РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
ДРУЖБЫ НАРОДОВ



РОССИЯ, XXI век: ПРАВО, ОБЩЕСТВО, ГОСУДАРСТВО

Материалы межрегиональной
научно-практической конференции
9 октября 2009 г.

Полиюридизм как отражение глобального уровня взаимодействия культур

Камкия Ф.Г.,
к.ю.н., доцент,
зав. кафедрой гражданского права и процесса
Сочинского института РУДН

Исследования правовых систем современности показывают, что правовой плюрализм представляет собой гораздо более широко распространенное явление, чем свойство части человечества, и его проявления мы находим не только исключительно у тех, «кто ведет традиционный образ жизни» [1], [2], [3]. По мнению исследователей причины распространения данного явления скрыты в правовом бытии человека, в котором посредством различных форм (источников) права отразились процессы преемственности и прерывистости в историческом развитии конкретного общества, в том числе, и «вследствие способности человеческого сознания сохранять на генетическом уровне некие «знания» о мире, накопленные предками» [4; 20], поскольку «прошлое никогда не дается нам как нечто отчужденное и застылое. Оно, разумеется, непреложно. Но всякий раз оно открывается нам в богатстве новых ассоциаций, в новых познавательных ракурсах. И потому непрерывно соотносится и собеседует с нами» [5;82].

Проблема правового плюрализма на Кавказе лежит в русле новых вызовов процессов глобализации, привлекая все большее внимание исследователей [6], [7], [8]. В апреле 2004г. в ИМЭМО состоялась научная конференция «Геном Востока: опыты и междисциплинарные возможности»; в апреле 2005 г. в Российском университете дружбы народов состоялась научная конференция «Глобализация и право» и т.д. Использование учеными в юридическом дискурсе таких понятий как «артефакт» [9;82], «доминанта духовности» [10;388], «идеальный юридический порядок» [11;52-55], «правовой стиль» [12] (в этот ряд сами собой напрашиваются понятия «архетип» [13], «геном» [5;81]) следует расценивать как отражение сложных закономерностей, связанных с взаимодействием культур в современных условиях.

Представляется, что процесс унификации, как следствие глобализации, актуализирует процесс уникализации, проявившийся на территории бывшего СССР в активном движении за самобытность, в «параде суверенитетов» и т.п. В связи с этим особую актуальность приобретает утверждение в отечественной правовой науке культурологического подхода, так как вне «факторов культуры нельзя понять также, почему процессы интеграции государств и правовых систем в рамках Европейского Союза и Содружества независимых государств, при всей внешней схожести имеют столь неодинаковую эффективность» [14; 4-5].

Анализ политико-правового развития, в частности, Кавказа невозможно вне исторического контекста. Влияние нескольких моделей модернизации – российской, европейской и турецкой сделали политико-правовое развитие фрагментарным. «Перспективы демократии на Кавказе определяются влиянием имперских соседей. Турция, Россия и Европа предлагают разные модели связи власти и собственности: в Турции и России с помощью власти делают деньги; в Европе с помощью денег покупают власть» [15;2]. Социальная система в таких случаях должна находить стабилизирующий ресурс – «социальную трансмиссию», каковым является обычай – одна из форм традиции.

В отечественной теории права в исследовании проблемы обычного права преобладала историко-правовая традиция, отодвигающая ее либо в глубь истории, либо отождествляющая ее с позитивным правом. В первом случае их функционирование рассматривалось в качестве пережитка, во втором – обычное право отождествлялось с государственным законом, что снимало вопрос о его существовании в качестве правового регулятора общественных отношений. На практике это приводит к признанию в качестве источников права лишь одного источника – нормативно-правового акта, хотя и обычай и судебная практика, и результаты толкования закона, прямо или косвенно – есть способы формирования права и правового мышления [16;102].

Изменение подхода обеспечил бы совершенство права, придал большую силу регулирующим возможностям, социальной ценности, способности правовой системы многосторонне, различными способами воздействовать на общественную жизнь.

Отмечая неодинаковую роль различных источников права в правовых системах, профессор М.Н. Марченко пишет: «все они являются, по сравнению с не правовыми средствами, весьма важными рычагами воздействия на общественные отношения и различные общественно-политические институты» [17;9].

Неубедительной представляется и широко распространенная в отечественной научной литературе точка зрения, связывающая нигилистическое отношение к обычному (традиционному) праву с его якобы ретроградной ролью, свойством только консервировать прошлое [18;30-31], [19;207], [20;211]. Современные исследования в области правовых систем вряд ли дают основания усомниться в том, что обычное право как один из способов правообразования, при всей устойчивости его принципов, институтов и норм, тем не менее, подвержено изменениям. Даже те системы обычного права, которые кажутся чрезвычайно устойчивыми, при более близком рассмотрении также демонстрируют происходящие в них изменения.

«Идеологический акцент на преемственность и традицию как на базис легитимации, который силен в некоторых системах обычного права, не должен заставлять нас верить, что в силу этого изменения невозмож-

ны» [2;11]. По этому поводу И.А. Покровский отмечал, что «обычаи меняются, меняются часто при помощи судебных решений, которые затем делаются прецедентами» [21;52]. Этот вывод находит подтверждение в современных исследованиях правосознания общества в Дагестане: «благодаря массовым переселениям и последующим реформам второй половины XIX и особенно XX в. обычное право и другие элементы плюралистической правовой ситуации в регионе необратимо изменились». И далее: «исламское и адатное «возрождение» на самом деле означает формирование в регионе абсолютно новых постсоветских традиции» [22;107]. Глубокие наблюдения востоковеда В.О. Бобровникова за процессами, происходящими на Северном Кавказе, позволяют убедиться в правильности тезиса о том, что «обычное право может испытать воздействие не только религиозного права, но и государственного права» [2;11]. Так, отмечая причину, приведшую к спаду популярности в Дагестане шариатского правосудия (во многом привнесенного извне радикально-реформаторского проекта «возрождения» и «очищения» мусульманского общества) в последние два – три года, автор отмечает: «нельзя не отметить происшедшую здесь при Советской власти секуляризацию общественной организации и правовой культуры» [23;28-29]. Данную закономерность подтверждает наблюдение Л.С. Васильева о том, что традиционалистская реакция наступает, утилизируя внешние и притом поверхностные достижения «национально-освободительного» и технологического прогресса [23;28-29].

В более широком плане современная практика правового развития свидетельствует о том, что обычное право может жить в самых передовых секторах экономики. Рыночная экономика требует нового набора упорядочивающих и стабилизирующих форм (источников) правового регулирования общественных отношений. Так как в обществе потребность в преемственности зависит от динамики новаций, отсюда – обычное право обретает актуальность благодаря традиции: «Именно традиция говорит, что следует подчиняться нормам обычного права. Следовательно, с точки зрения чистой теории права традиция в формальном смысле, несомненно, является grundnorm-ой; вместе с тем она является и правообразующим фактом» [24;169].

Исследование изменения роли и места обычного права в общеисторическом развитии права предполагает применение научно выверенного подхода к проблеме исторической типологии права. Так, Т.В. Кашанина к стадиям исторического развития права относит стадии детства, юношества и зрелости. Первой из них соответствует обычное право, которое ею определяется как варварское, примитивное, архаическое, народное право. Вторая стадия – стадия юности, охватывающая феодальную эпоху в Европе, в ходе которой формируется сословное, или корпоративное право. Третья стадия представлена развитым, или общегосударственным правом [25;205]. Вызывает сомнение явно эволюцио-

нистский взгляд автора, особенно в связи с последними достижениями обществоведческой науки.

С.С. Алексеев выделяет «четыре основные ступени позитивного права: право сильного; право власти; право государства; право гражданского общества». На наш взгляд, указанные характеристики «ступеней» развития права применимы не только для позитивного права. Ибо право не могло развиваться в одной – единственной форме, тем более, что и сам ученый допускает такое «восхождение» к праву: «ступени восхождения права – это в немалой степени есть трансформация и модификация силы, определяющей жизнь и реальность юридических установлений, когда право, оставаясь «силовым» образованием, *меняет стоящие за ним силовые институты и рычаги* (курсив – Ф.Г.), приспособляя их к данному состоянию и уровню гуманитарных ценностей» [26;220].

Наиболее приемлемым, на наш взгляд, является подход профессора Г.И. Муромцева, в целом соглашающегося с подходом профессора О.Э. Лейста к исследованию типологии права, однако отмечающего слабый учет Лейстом «различий правовых культур во временном разрезе». При этом в качестве наиболее серьезного недостатка в указанной типологии Г.И. Муромцев указывает на исключение из числа исторических типов обычного права. Ученый предлагает свое видение исторической типологии права: «право (в форме обычая) возникает еще на – либо предгосударственной стадии развития. Затем в течение длительного времени оно сосуществует с правом «государственным» – сначала как своеобразная парадигма последнего, или «среда обитания», а затем все более в качестве производного источника права. При этом и далее обычное право *остается постоянным фактором правового развития общества* (курсив наш – Ф.Г.)» [14;26].

Исходя из сказанного, можно сформулировать тезис: обычное право, также как и позитивное право, в своем историческом развитии прокладывало путь через «основные ступени» эволюции права. А в условиях перехода к демократическому способу организации общества, обычное право может складываться как форма (источник) права – «права гражданского общества» [14; 26].

Четкое представление о том, что такое право, или, что следует рассматривать в качестве «правового», а что таковым не является, имеет первостепенное значение для исследования более частных явлений в мире правового, каковым является обычное право и правовой плюрализм.

В определении сущности права наиболее обоснованным, с нашей точки зрения, является формально юридический подход В.С. Нерсесянца. Согласно его учению сущность права проявляется в его определении, где право – «это форма отношений равенства, свободы и справедливости, определяемая принципом формального равенства участников данной формы отношений. *Везде, где есть (действует) принцип формально-*

го равенства, там есть право, правовая форма отношений (курсив наш – Ф.Г.). Формальное равенство как принцип права и есть правовое начало, отличительное свойство и специфический признак права. В праве нет ничего, кроме принципа формального равенства (и конкретизации этого принципа)» [27;138]. Для нашего анализа важен также вывод известного ученого о соотношении содержания (сущности права) и формы права (правовых явлений): «это, по сути дела, соотношение правового принципа формального равенства и формы его осуществления» [28;83]. Далее ученый конкретизирует правовые явления (формы), в которых может реализоваться сущность права: «К этим формам относятся… феномены с правовым качеством, все равно, идет ли речь о правовом законе, (всех источниках действующего права, соответствующих требованиям принципа права) или о правовой норме, правовом субъекте, правовом статусе, правовом сознании, правовом отношении, правовой процедуре, правовом решении и т.д.» [28;43].

Внимательный анализ символа правосудия позволяет еще раз уточнить сущность права как «меры свободы». В действительности определить (судить) о том, что совершено преступление, можно на основе морали (именно это и требуется от присяжных заседателей), однако, на вопрос – *насколько нарушена свобода другого?* – может ответить только право. Именно здесь раскрывается сущность (специфика) права как формальной меры свободы и справедливости. Ею же (мерой) и продиктованы те признаки, качества и свойства права, посредством которых вершится *правосудие*. Только мере (любая мера, как известно, формальна), разумеется, если *она стала мерой для конкретного общества* – имманентно присущи нормативность, общеобязательность, всеобщность, предельная определенность предписаний, соразмерность наказания (здесь мы имеем в виду не только и не столько наказуемость, обеспечиваемую государством, в том числе, и потому, как оно не всегда может этим похвастаться). Они, эти качества права заданы самой мерой, поскольку «…по логике вещей только формальное может быть всеобщим, обладать свойством всеобщности» [27;139].

Если же эта мера нарушена (то же самое мы подразумеваем в отношении к физическим мерам – единицам измерения веса или расстояния), а значит, она не стала общеобязательной и всеобщей, то неизбежно последует наказание в виде отсутствия устойчивости, порядка и стабильности в обществе, потому как *она была их мерой* (устойчивости, порядка и стабильности).

Данный подход при анализе сущности (содержания) и явления (формы) права позволяет применить его в силу универсального характера, в том числе, к обычному праву, являющемуся одной из форм права.

Однако полнота исследования реальности прав и свобод человека требует рассмотрения права не только как «вещи в себе», но и в качестве, данном нам как явление, т.е. посредством правопонимания. Последнее,

как известно, не может строиться «в духовной и метафизической пустоте». История свидетельствует о том, что «вместе с эрозией духовных предпосылок свободы – этого в сущности общего, не до конца выговариваемого кроссцивилизационного «надтекста» человеческой истории, вместе с перерождением свободы в ублажение собственных капризов и прихотей, в одержимость эстетскими или оккультными играми умирают и предпосылки институциональные» [5;87]. Отсюда просматривается методологическая значимость макроуровневой конструкции структуры права, позволяющее отразить «характер правопонимания в обществе, которое в различной культурно – исторической среде бывает отнюдь не одинаковым» [24;8]. Исходя из этого становится понятно основание правового плюрализма, поскольку «отдельные элементы структуры права могут иметь в своей основе правопонимание, отличное от основного, господствующего в данном обществе, (например, обычное право или религиозное право в странах, где правовая система построена по европейской модели)» [14;8].

Если применяя формально – юридический подход (В.С. Несесянц) в определении сущности права (принципа, идеи права), можно получить универсальную характеристику права, то макроуровневый подход в анализе структуры права (Г.И. Муромцев), позволяет определить связь права со структурой общества (экономической, социальной и духовной) и выявить уникальное в праве – содержание правопанимания.

Таким образом, состояние полиюридизма – это такое явление, когда сложная структура общества (многоукладная, поликультурная и т.д.) порождает множество правовых идеалов, в котором своеобразно воплощается посредством различных форм права принцип формального равенства (идея права).

Если, рассматривать, исходя из этих позиций, обычное право абхазов (апсуа цас), то оно есть способ материализации «идеи права» как формальной меры свободы. Абхазский язык воплотил данную идею через понятие самого права. «Азин» в переводе с абхазского на русский язык переводится как «право», корень которого «весы» – «азага». Им определяется мера свободы и справедливого поведения. Это «нартский» образ жизни, который юридизируется (формализуется). Духовной доминантой этого понятия является «очаг» – «аунра», с которым связаны события прошлого, настоящего и будущего, при этом справедливо лишь то, что соответствует нартскому миропониманию. Доказательством тому является особое отношение абхаза к «ашта» – площадке перед домом, предназначенным для фиксации значимых в жизни людей событий, не только торжественных и траурных, но и для вынесения важных решений. Признаки ашта включают – обширность, особый уход, открытость (не должна быть засаженной деревьями). Степень соответствия этим требованиям ашта есть показатель статуса семьи, рода. Свобода здесь связана с идеей приращения («айзырхара») очага («аунра»). Свобода индивида не

есть свобода от кого – либо, а она есть то, что обретается в борьбе за благополучие своего народа, свобода это то, что связано с обязанностью приращать («ейзирхароуп аунра» – он обязан прирастить очаг – системообразующая доминанта) служить народу, близким, соседям. Границы свободы определяются через служение прошлому, настоящему и будущему. Причем каждое из них также состоит из цикла прошлое – настоящее – будущее, что является мотивационно-волевым моментом в правообразовании, через установление обязываний, притязаний и признаний в структуре правосознания абхазов.

Обычное право абхазов (апсуа цас) на основе принципа «ацабырг» – справедливости («ацас» – поведение, корень слова «бырг» от «абырг» – старший, в результате – устоявшееся во времени поведение) устанавливает единый, обязательный и целесообразный порядок, в соответствии с которым разрешаются конфликты. Таким образом учитываются интересы лиц на основе «нартского» миропонимания.

Отметим, что плюралистическая концепция не считает государственную санкционированность исключительным критерием права [29;2], в связи с чем и выводятся критерии «юстициабельности» правил поведения применительно к обычному праву абхазов. Данное обстоятельство, по мнению С.С. Алексеева, относится к числу недостаточно учитываемых наукой. «Обычай становится *правом* (в смысле позитивного права), – отмечает он, – не просто в случаях их какого-то «санкционирования публичной властью», как это принято считать на уровне абстрактных рассуждений, а реально и изначально тогда, когда это самое «санкционирование» выражается в *решениях власти – решениях правовой ситуации*, осуществляемых в соответствии с действующими обычаями» [26;285].

Как известно, обычное право неотделимо от решений правовых ситуаций, приобретающих в последующем характер прецедентов. Сохраняя стабильность и незыблемость (статическую составляющую в общественном развитии) этих решений, они в то же время могут приспосабливаться к новым экономическим и социальным условиям (динамическая составляющая благодаря спонтанному характеру их образования). Иными словами, юридический инструментарий, которым располагает обычное право, можно рассматривать в качестве важной ценности, выражающей определенные достоинства юридического регулирования и обладающего в связи с этим уникальным характером. Уникальность заключается в том, что в этих прецедентах (решениях) появляется возможность «творить право» непосредственно, минуя усложненные конструкции позитивного права. В таком творчестве не могут не отражаться духовные и нравственные критерии, императивы «здравого смысла», а в силу непосредственной, спонтанной способности правообразования – отвечать на требования современного общества, столь стремительно развивающегося. Важным моментом здесь является отражение в сознании людей практики правового регулирования как справедливой и

понятной. Мировой опыт свидетельствует о том, что регулятивные качества позитивного права не могут быть реализованы без накопления определенного объема прецедентов, юридических конструкций и решений, как официальных, так и, возможно (в зависимости от исторического контекста), обычно-правовых, достигая «критической» массы, когда, в этой связи, эти факторы путем перехода количества в качество образуют «corpus juris» – вещество позитивного права. Этим объясняется и то обстоятельство, что сегодня в РФ судебная практика фактически обретает статус источника права [17;399], [30;8], [31;20-22], [32;9], [33;14-16], [34;122].

Таким образом, если обычное право – это явление формы права, то очевидно ему присущи все (если не все, то основные) признаки права, которые характеризуют содержание права.

Как известно, категории «форма» и «содержание» находятся в диалектической связи и взаимодействии друг с другом, дополняют друг друга. Гегель определил характер отношений между этими категориями так: «Содержание не бесформенно, а форма в одно и то же время содержится в самом содержании и представляет собой нечто внешнее ему» [35; 298]. Современное определение дается следующим образом: «содержание есть то, что наполняет форму и из чего она осуществляется» [36;422]. Поэтому «формы существования антиправового закона не могут быть признаны формами существования права» [37;299]. Если обычное право есть форма права, то к его нормам не может относиться, на наш взгляд, к примеру, обычай кровной мести в силу его «антиправового» содержания, так как этот обычай в современных условиях не обеспечивает сохранение социального целого, и не способствует укреплению стабильности в обществе. На предмет применения кровной мести в Абхазии опрос старейшин выявил крайне негативное к нему отношение. В случае тяжких и особо тяжких преступлений старейшины санкционируют передачу таких дел официальному судопроизводству. Например, 16 августа 2003 г. в Очамчирском районе в селе Адзюбжа Совет старейшин села вынес такое решение в отношении тяжкого преступления – убийства. В данное время виновный на основании решения суда отбывает наказание в виде лишения свободы сроком на восемь лет. Необходимо отметить, что пострадавшая сторона, располагая возможностью осуществления возмездия, была склонена именно к такому исходу дела. В основу решения дела легли принципы обычного права: сохранение социального целого, удержание общества от большего зла, примирение сторон.

В отечественной практике отношение государственных институтов к другим правовым порядкам является непростым и часто неопределенным. Такое положение, очевидно, связано с наследованием в России традиции романо-германской семьи, в рамках которой «издавна сложились и продолжают существовать два взаимно исключающих друг друга

взгляда и подхода к обычаю как источнику права, к определению его места и роли в системе других источников права. Это, с одной стороны, так называемая «социологическая концепция», не в меру преувеличивающая роль обычая в сфере распространения романо-германского права, а с другой – позитивистская теория, фактически противопоставляющая обычай закону и в практическом плане сводящая его роль на нет» [17; 483-484]. Справедливости ради, следует отметить, что выход из такого сложного дискуссионного положения М.Н. Марченко видит в позиции Р. Давида и К. Жоффре – Спинози, которые утверждают, что позитивизму свойственно «отсутствие реализма, тогда как социологическая школа, напротив, преувеличивает роль обычая». По мнению авторов, обычай в романо-германском праве не является «тем основным и первичным элементом права, как того хочет социологическая школа. Он лишь один из элементов, позволяющих найти справедливое решение. И в современном обществе этот элемент далеко не всегда имеет первостепенное значение по отношению к законодательству». Однако, роль обычая «не так незначительна, как полагает юридический позитивизм» [38;94]. Данное положение находит отклик в среде современных отечественных исследователей: «Содержание закона зачастую представляет собой легализованное верховной властью «обычное право», т.е. те традиции регулирования и оценки возникающих социальных и политических отношений, которые спонтанно и самостоятельно возникают в обществе» [39;192].

Следующим обстоятельством, вызвавшим столь противоположные взгляды и подходы к обычному праву, являются многочисленные исследования, допускающие однозначное определение его роли и значения среди источников права в разных правовых системах и даже в странах одной правовой системы. Во многом это вызвано еще и тем, что в отдельно взятой стране могут существовать два и более уровня признания правового источника: формально-юридический, фактический (социологический), религиозный и т.д. Так, с формально-юридической точки зрения высшей юридической силой и непререкаемым приоритетом в Великобритании обладают акты парламента. Это обусловлено тем, что, например, теоретически парламент обладает «полным или неограниченным суверенитетом внутри страны», является «высшим творцом» всего действующего права. А в практическом плане «как в количественном отношении (удельный вес в законодательном массиве), так и в качественном (с точки зрения иерархии различных источников права) пальма первенства в правовой системе Великобритании принадлежит обычному (прецедентному) праву» [17; 8].

Роль и значение источников права меняются не только в зависимости от этапов развития общества, государства и права, но и в зависимости от особенностей самих правовых систем. Например, при анализе современной правовой системы Великобритании исследователями на-

зываются, как правило, три основных источника права. Это – прежде всего «статутное право», возникающее в результате законодательной деятельности парламента: «делегированное законодательство», исходящее от государственных органов, которым частично делегируется законодательная власть со стороны парламента, «обычное право», которое появляется в результате правотворческой деятельности различных судебных инстанций»; при этом значимость каждого из этих источников права в различных частях указанной страны не одинакова. Так, отмечается относительно Шотландии, что это – «совершенно иная правовая система, которая сложилась под огромным влиянием древнеримского права» [53; 3].

В правовой системе Австралии выделяются четыре основных источника права: обычное право, статутное право, делегированное законодательство и обычаи. В этой стране обычное право – наиболее распространенный источник права, который состоит из совокупности правил, устанавливаемых решением отдельных судей и судебных органов, принимаемых ими при рассмотрении конкретных дел. Обычное право здесь представляет собой не только и даже не столько «решения по каждому делу, сколько принципы, на основе которых выносятся эти решения» [54;8]. Статутное право Австралии в представлении большинства граждан этой страны занимает «важное место» среди других источников права, но в практическом плане оно как источник занимает лишь третье место после «общего права» и делегированного законодательства» [54;8].

Если обратиться к правовой системе Испании, то здесь обычай как источник права играет весьма важную практическую роль и ему придается большое значение. Так, в некоторых провинциях, например, Каталонии, обычное право, сформированное на базе местных обычаев, в значительной степени заменяет испанский гражданский кодекс. Обычное право в данном случае рассматривается как «первичный источник права» [55;122].

Иную картину полиюридизма можно пронаблюдать на примере Франции, где роль обычая в теоретическом и практическом плане считается весьма незначительной. Французские юристы в связи с принятием кодифицированного права и признания бесспорного верховенства закона, считают обычно-правовые нормы устаревшим источником права, играющим незначительную роль [60; 140].

Так же обстоит дело с ограничением роли обычая и в другой стране романо-германского права. Определяя место и роль обычая в системе немецкого права, многие исследователи указывают на то, что обычное право Германии имеет «весьма ограниченное влияние», хотя и вбирает в себя «признаваемую в качестве обязательной всю повседневную социально значимую практику». В целом обычаи в правовой системе Германии «почти исчезающий источник немецкого права» [56;47].

Учитывая незавершенный характер в развитии правовой системы современной России и, как следствие этого, низкий уровень законности и правопорядка в обществе, вызывает интерес позиция Г.Дж. Бермана относительно значения правового плюрализма в становлении западной традиции права: «Возможно, самая яркая черта западной традиции права – это сосуществование и соревнование внутри одного общества различных юрисдикций и различных правовых систем. Именно этот плюрализм юрисдикций и правовых систем и делает превосходство закона необходимым и возможным» [41;27]. А «необходимым и возможным» закон, очевидно, становится тогда, когда он морально оправдан и ценностно-ориентирован, включен в систему жизненных и этических ориентиров человека.

По мнению Г.Дж. Бермана, правовой плюрализм был следствием отделения церковной власти от светских властей и наличие у каждой из них исключительной юрисдикции по отдельным вопросам, а в некоторых случаях, совместной юрисдикции. В частности, вопросы брачно-семейных, наследства, духовных преступлений, договорных отношений, когда было дано слово, подлежали юрисдикции церковного суда, руководствующегося церковным правом. «И, наоборот, духовенство, в целом управляемое каноническим правом, подлежало светскому закону и юрисдикции светского суда в отношении определенных видов преступлений, определенных типов имущественных споров и т.п. Само светское право разделялось на разные соперничающие виды, включая королевское право, феодальное право, манориальное право, городское право и торговое право» [41;27].

Однако необходимо отметить и другую сторону проявления полиюридизма. Так, наличие и функционирование в одном правовом порядке различных правовых систем порождала сложнейшую правовую ситуацию с неизбежными правовыми разногласиями. «Право было способом разрешения этих политических и экономических конфликтов. Но оно же могло послужить и их обострению» [41; 27].

Этот плюрализм права на Западе, который отражал и одновременно укреплял плюрализм политической и экономической жизни Запада, явился, или когда-то являлся, источником развития, или роста – правового, равно как и экономического и политического. Он также стал, или когда-то был, источником свободы.

Социологический взгляд на право и правовые процессы обусловил появление юридической теории правового плюрализма и формирование нового направления в правовой науке – институциональной школы права. Согласно данной теории, формируемая государством и его органами власти правовая система не является единственной. Наряду с создаваемой государством правовой системой в обществе существуют и иные правовые системы: «обычное» право, право той или иной группы, «профсоюзное право» и т.п.

Российские ученые В.С. Нерсесянц, Г.В. Мальцев, Е.А. Лукашева установили, что рассматривать право следует не только с точки зрения его опоры на государственную власть как силу внешнего обеспечения, но и понимать, вскрывая сущность этого явления, что право формируется и функционирует на базе внутренней, имманентной власти – юридической власти [42].

Обращает на себя внимание позиция профессора А.И. Ковлера, актуальность которой очевидна не только для России: «Сохранение письменной, официальной и устной, народной правовых традиций характерно не только для традиционных, но и для многих современных обществ, необходимо «лишь» признание этого очевидного факта – юридического плюрализма, к которому эволюционирует современное общество» [43;108].

Понятие «правового плюрализма» введено западноевропейскими учеными, которые, изучая колонии и то, как в них регулировались общественные отношения, выявили общее в данной сфере – наряду с правом официальным отношения между людьми регулируются нормами негосударственного права. Одним из первых определение понятия «полиюридизма» попытался сформулировать Ж. Вандерлинден, охарактеризовавший его как «наличие в рамках одного конкретного общества нескольких правовых механизмов, по-разному действующих в одинаковых ситуациях»[57;19], либо как «ситуацию, при которой две или более правовые системы сосуществуют в одном социальном поле» [58;5].

Правовому плюрализму противостоит концепция правового монизма. Она соответствует формально-догматической юриспруденции определенной политической ситуации, а именно образованию в XVIII веках крупных национальных государств. В связи с этим утверждение Г.Д. Гурвича, о том, что монизм никак не связан с природой самого права [44;18], заслуживает глубокого уважения. По мнению Г.Д. Гурвича, в современных обществах также существуют многочисленные центры, вырабатывающие право: международные организации, профсоюзы, оперативы, тресты, предприятия и др. [44;18].

Вывод Г.Д. Гурвича о том, что юридическая власть, создающая право, находится не в государстве, а в нормативных фактах, в самой социальной жизни, имеет важное методологическое значение в исследовании и современного правового плюрализма. В этой связи предположение о том, что позитивное право является единственно приемлемым, требует серьезной проверки в различных регионах и в различных сферах правового регулирования.

Методологически значимым является осуществленная Жаном Карбонье классификация правового плюрализма, в рамках которого определяются «коллективные и «индивидуальные», «конкурирующие» и «возвратные», «четкие» и «неотчетливые» явления.

«Коллективные» явления полиюридизма имеют место в случае использования отдельной группой права, отличного от установленного государством. «Индивидуальный» полиюридизм проявляется в сознании человека, когда он одновременно разделяет принципы и нормы двух правопорядков [45;181].

«Конкурирующие» явления определяются в качестве первостепенных и подразумеваются под ними другие, существующие наряду, с государством установленными нормами и не совпадающие с ними. Возвратные явления обозначают ситуации, при которых отмененный формально закон фактически может продолжать действовать, но не в формально-догматическом смысле, а в социологическом [45;181].

Не всегда полиюридизм проявляется в четких очертаниях, подобно формальному праву. Для различения таких ситуаций вводятся понятия «четкого» и «неотчетливого» явлений [45;181]. Важным, с нашей точки зрения, является выделение в рамках концепции правового плюрализма двух его видов: явного, или сильно выраженного и скрытого, или слабо выраженного.

Ж. Карбонье также утверждает, что есть некий подлинный юридический плюрализм, поддающийся обнаружению лишь «в более глубоких слоях действительности и при условии, что будем противопоставлять друг другу не сами нормы, а различные виды их применения» [45;181]. Действительно, при таком подходе задача обнаружения правового плюрализма представляется значительно доступней, если использовать статистические данные о количестве людей, обратившихся в суд или в другие органы, разбирающие конфликты – по регионам, социальным группам и другим критериям. Сюда же можно отнести критерий единообразности – как в части формы рассмотрения споров, так и в отношении самих решений. Как известно, достаточно часто особенности судебных решений бывают обусловлены объективными факторами данной социальной среды – историческими или географическими, экономическими или культурными, которые данная судебная инстанция не может не принять во внимание. Такое явление можно определить как «правовую подсистему».

Очевидно, можно говорить и о том, что существует связь между различными источниками права, обладающими в каждом обществе своими специфическими чертами, и официальным позитивным правом. Например, в периоды «безжизненности» позитивного права, практического неприменения формально действующих норм, может наступать господство «живого права», рождающегося «снизу». В этом случае, позитивное право стремится с большим или меньшим успехом отбросить все иные формы и способы регулирования общественных отношений. Иногда может наблюдаться компромиссный полиюридизм, возможно, когда позитивное право и обычное права в молчаливой форме взаимно признают справедливость принятых ими решений.

В отечественной правовой науке проблема правового плюрализма наиболее обстоятельно исследована профессором Г.И. Муромцевым. Автор, проанализировав существующие в науке концепции исторического процесса, выделяет в качестве наиболее методологически удачной ту из них, в которой экономический уклад является одним из ключевых понятий, определяющим характер восприятия мира [4;17]. Данная методология, как отмечает Г.И. Муромцев, позволяет понять факт существования различных укладов в рамках одного общества и «…способности права сохранять свою структуру (многие его аспекты) даже при существенном изменении социальных структур» [13].

В основе концепции правового плюрализма лежит понятие «полуавтономное социальное поле», определяемое в свою очередь как некое социальное пространство, которое вырабатывает свои внутренние правила взаимодействия, подчиняясь в некоторой степени законам и решениям окружающего внешнего мира, в котором существенную роль выполняет «экономический уклад».

Резкий распад Советского Союза в начале 90-х гг. XX в. (не случайно в этом контексте понятие «шоковой терапии») сопровождался крушением индустриальной экономики, ростом безработицы, бегством из города в деревню – к натуральному хозяйству, стало быть, и соответствующего экономического уклада: «Параллельно деиндустриализации развивается сектор примитивной субсистентной экономики приусадебных хозяйств».

«Деиндустриализация» явилась одной из проблем, характерных для большинства переходных (модернизирующихся) стран и которых не смогли избежать постсоветские государства: «отсутствие существенного экономического роста или даже стагнация и упадок, обострение социальной напряженности, этнических, культурных и иных противоречий, нарастание конфликтности и насилия, распад социальных норм, маргинализация общества, коррупция госаппарата» [46;9-10].

Образовавшийся спонтанно уклад, ослабление федеральной власти, активный поиск самоидентификации вызвали к жизни соответствующую соционормативную «надстройку». Примечательны в этой связи такие яркие факты как проявление таких процессов как «исламский бум» на Северном Кавказе: в одном только Дагестане открылось 1500 мечетей и несколько тысяч молельных домов; деятельность шариатских судов, как средства, способного решать все социальные и правовые проблемы. Здесь мусульманское право – шариат трактуется как орудие национального возрождения и социального развития, а ваххабизм как крайняя форма выступает за «очищение» постсоветского мусульманского общества от «недозволенных исламом новшеств» и за возвращение к правовым нормам времен праведных первых мусульман. По мнению идеологов ваххабизма, необходимо превратить Северный Кавказ в исламское государство с шариатскими судами и полицией нра-

вов (мухтасубин), которая будет карать виновных в продаже и употреблении алкоголя, табака и наркотиков. Только подобные радикальные меры могут очистить северокавказское общество от преступников и многобожников (мушрикун) и вернуть его в «золотой век» чистого ислама времен пророка Мухаммеда и «праведных халифов» [22;220]. Драматичность событий перестроечной эпохи так характеризует А.С. Ципко: «Надо смотреть на вещи трезво. Законы шариата, спасающие чеченцев от саморазложения, в сто раз прогрессивнее, чем законы и культура, стимулирующие самоистребление народов (*имеются в виду ценности так называемого «общества потребления» или современного цивилизованного общества – Ф.К.*)» [47].

Укрепление авторитета федеральной власти и восстановление экономики вызвали тягу у людей к умеренным настроениям в связи с осознанием отсутствия угрозы «саморазрушения», проявившегося в спаде «исламского бума», сокращении числа зарегистрированных мечетей и мектебов. Возрожденческие процессы в исламе не дали заметного прогресса в нравственной духовной жизни мусульман, в силу чего ислам не стал стабилизирующим фактором в республике, однако: «дагестанский случай реституции шариатских судов свидетельствует о том, что на постсоветском Кавказе полным ходом идет складывание новых форм правового плюрализма, вступившего ныне в свою новую, явно выраженную фазу» [59].

Анализ полиюридизма включает исследование «правовых полей» или «нормативных уровней» социальной действительности, которая постоянно порождает различные формы правового бытия – нормы обычая, идеалы, ценности, символы нормативного характера. Правовой плюрализм «отражает нормативную гетерогенность, связанную с тем фактом, что всякое действие в обществе совершается во множестве частично перекрывающих друг друга «полуавтономных социальных областей». Такая ситуация не может не складываться потому, что «современные общества в большей степени, чем традиционные, являются сегментарными обществами, в которых каждый сегмент (страта, группа, корпорация) обладают способностью к правовой секреции» [43;110].

Исследования обычного права уже в колониальном и постколониальном контексте подвели ученых к основному тезису правового плюрализма: государство не имеет монополии на правотворчество, а потому «государство должно отражать социологическое многообразие составляющих его частей» [43;110].

К аналогичному выводу приходит исследователь обычного права Дагестана В.О. Бобровников: «Правовая культура и самосознание должны быть признаны не только у юристов и образованных классов общества, но и у его «низов» [22;102].

В то же время следует помнить, что в последнее время концепция правового плюрализма подверглась критике. По общему мнению ис-

следователей, наиболее сильную позицию в этом ряду занимает Брайен Таманаха, который усматривает порочность данной концепции в том, что в любом виде социального контроля здесь усматривается «право», и на этом основании выдвигаются положения, противоположные с концепциями, устоявшимися в юриспруденции [61;20]. Другие оппоненты также отмечают в качестве недостатка терминологическую размытость, свойственную концепции правового плюрализма. В целом, как нам представляется, обоснованная критика радикально правового плюрализма не должна приводить к тому, чтобы вместе с грязной водой выплескивать и младенца. По мнению К. фон Бенда-Бекманн, «каково бы ни было право, по которому живут люди, то есть, будь оно традиционным, обычным или вновь созданным, это и есть правовая система народа, и потому она должна восприниматься самым серьезным образом. Это система права может соединять черты обычая и традиции, религии, государственного права, и она может даже включать новые нормы, не вписывающиеся ни в одну из перечисленных выше категорий» [48;11].

Применение концепции правового плюрализма применительно к кавказскому региону (и не только, разумеется) является действительно оправданным, поскольку позволяет раскрыть своеобразие соционормативной культуры кавказских народов, относящихся к «горской цивилизации» в отличие от цивилизации степей, морей и плоскогорья.

События на Северном Кавказе за последних полтора-два столетия привели к укреплению правового плюрализма (во второй половине XIX и начале XX в., в постсоветскую эпоху). В.О. Бобровников дал, на наш взгляд, довольно скромную оценку данному явлению, определяя его как скрытого или «слабого» полиюридизма [22;108], хотя его собственное исследование является иллюстрацией скорее явного проявления полиюридизма. Автор справедливо отмечает, что на Кавказе имеет место тенденция рассматривать концепцию правового плюрализма в «эволюционной перспективе», а также преувеличение «традиционализма», заключающееся в механическом проецировании прошлого на современность [22;106-107]. «Еще одной характерной особенностью, – пишет исследователь,- является романтически-прикладной подход к явлениям правого плюрализма» [22;108]. Некоторые ученые-этнологи пытаются реставрировать «традиционные правовые институты горцев», воспевая традиционные культуры народов, обосновывая это желанием укрепить правопорядок. Однако более внимательный анализ событий, как уже отмечалось, позволяет выявить закономерность, заключающуюся в том, что попытки «возрождения» обычного права на Кавказе, относящегося к доиндустриальному укладу общества, постепенно уступают место новым традициям и обычаям в условиях формирования рыночной индустриальной экономики. На Кавказе наблюдается процесс формирова-

ния по сути новых традиций – «постсоветских», сохраняющих цивилизационную преемственность.

Проводя параллели с постсоветской Абхазией, В.О. Бобровников выявляет ту же особенность: «в целом ... можно говорить не о возрождении традиционного адата, а об изобретении новой постсоветской адатной (*выделено мной – К.Ф.*) традиции» [22;286]. Правовая реальность современной Абхазии демонстрирует особенности развития обычного права уже в новых политических и экономических условиях, отвечая новым вызовам безопасности, устойчивости и стабильности социального целого. Ярким примером этому является проявление компромиссного полиюридизма в событиях 2004 г., связанных с выборами нового президента Республики Абхазия. Внутриполитический кризис, который мог привести к непредсказуемым результатам, был урегулирован мощным воздействием института Совета Старейшин Абхазии, который очертил границы свободы, дозволенного и недозволенного («меру») поведения всех заинтересованных лиц. Он призвал стороны соблюдать закон и при этом апеллировал к общеобязательным, всеобщим принципам и нормам обычного права абхазов. Прежде всего, речь идет о таких принципах, как ответственность перед предками и будущими поколениями, принцип приоритета целого – сохранение единства народа над другими интересами, служения народу, родине и принцип соблюдения императивов «апсуара» [49;21-22]. Ш.Д. Инал-ипа дал следующее определение: «Апсуара» (досл. «абхазство») – это исторически сложившаяся форма проявления национального самосознания и самоутверждения абхазов; неписанный кодекс народных знаний и ценностей, обнимающий собой систему обычаев и представлений о принципах духовного и нравственного бытия человека, нарушение которых «смерти подобно». О том, что обычное право меняется в зависимости от нарождающихся новых отношений в обществе, свидетельствуют выводы экспертов по итогам выборов: «Если раньше голосование определялось клановой и родственной принадлежностью, то в октябре 2004 года выбор в пользу кандидатов зависел от политических воззрений. Границы политического выбора не совпали с границами кланов (гудаутский или очамчирский). Раскол прошел даже на уровне отдельных семей, члены которых по-разному представляли себе политическое развитие республики» [50;4].

Таким образом, практически значимой становится принцип равного отношения ко всем формам (источникам) права, если в их содержании действительно выражается правовая суть, «правовая материя». В связи с этим исследователи отмечают: «Обычному праву может быть обеспечено равноправное место в общенациональной правовой системе только при условии, что его юриспруденция будет удовлетворять определенным конституционным требованиям» [51;169]. Такой вывод, возможно, более актуален для новых государств постсоветского пространства, где

активно идет процесс становления *своей* правовой системы. Особо нужно отметить ценность признания правового плюрализма для обществ со сложной полиэтничной, поликонфессиональной структурой. Потому как, исходя из указанных различий, нельзя сбрасывать со счетов возможность творить право посредством различных форм, в том числе в виде обычного права с присущим ему характером правообразования. Проведенный анализ показывает, что вместе с изменением структуры общества, право развивается в многообразии форм, которые обратно воздействуют на утверждение в правосознании людей его универсального содержания, что ведет в целом к укреплению устойчивости и эффективности правовой системы социума.

Выявляя особенности взаимовлияния и взаимопроникновения различных культур, В.П. Малахов приходит к выводу: «Их сосуществование, основанное на двух принципах: универсализации и плюрализации – требует ясного осознания как самобытности каждой из культур, так и их глубочайшей родственности» [11;420]. Анализ взаимодействия культур привел И. Берлина к заключению: «Взаимное общение между культурами во времени и пространстве возможно только потому, что то, что делает людей человеческими существами, присуще всем людям и образует мост между ними» [52;55]. Состояние правового полиюридизма, таким образом, отражает глобальный уровень взаимодействия культур и может рассматриваться как частный случай универсальной закономерности, что и подтверждается приведенными аргументами.

Литература

1. *Ковлер А.И.* Ценностные и стратегические перспективы правового плюрализма / Человек и право. -М., 1999.

2. *Фон Бенда – Бекманн К.* Зачем беспокоится о правовом плюрализме? Вопросы изучения и осуществления политики правового плюрализма / Обычное право и правовой плюрализм. (Мат. XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму, август 1997.г. Москва).- М., 1999.

3. *Вудмэн Г.* Оценочные и стратегические перспективы правового плюрализма /Человек и право. М., 1999 и др.

4. *Муромцев Г.И.* О некоторых аспектах структуры права /Структура права: вопросы теории, истории и методологии. (Материалы межвузовской научной конференции. Москва. 7 апреля 2004г.) – М., 2005.

5. *Рашковский Е.Б.* «Восточное» в глобальном: заметки с конференции российских востоковедов //МЭиМО. 2005. №1.

6. *Поленина С.В., Гаврилов О.А., Калдаева Н.П., Лукъянова Е.Г., Скурко Е.В.* Воздействие глобализации на правовую систему глобализации // Государство и право. 2003. № 3.

7. *Иванец Г.И., Червонюк В.И.* Глобализация, государство, право //Государство и право. 2003. № 8.

8. *Красин Ю.* Размышления о российской демократии в глобализирующемся мире //МЭиМО. 2004. №12.

9. *Бачинин В.А.* История философии и социологии права. – СПб., 2001.

10. *Малахов В.П.* Философия права. -М., 2002.

11. *Рулан Н.* Юридическая антропология. – М., 1999.

12. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. -Том 1. М., 1998.

13. *Ахиезер А.С.* Социокультурная динамика России //Полис. – 1991. – № 5.

14. *Муромцев Г.И.* Правовая культура как объект научного исследования. / Правовые культуры: история, эволюция, тенденции развития – Материалы межвузовской научной конференции. М., 2003.

15. *Макаренко В.П.* Кавказ: концептологический анализ //Социологические исследования. 2006. №12.

16. *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права. – М., 2000.

17. *Марченко М.Н.* Источники права. – М., 2005.

18. *Свечникова Л.Г.* Обычай в правовой системе. – Ставрополь, 2002.

19. *Кондрашева А.С.* К проблеме соотношения обычно-правовых норм и официального законодательства на примере правового развития Кавказа (вторая половина XIXв.) / Обычное право и правовой плюрализм в изменяющихся обществах. – М., 1999.

20. *Смирнова Я. С., Тайсаева С.К.* Полиюридизм на Северном Кавказе (вторая половина XIX –XX в.) / Обычное право и правовой плюрализм в изменяющихся обществах. – М., 1999.

21. *Покровский И. А.* История римского права. СПб., 1998.

22. *Бобровников В.О.* Мусульмане Северного Кавказа: обычай, право, насилие: Очерки по истории и этнографии права Нагорного Дагестана.- М., 2002.

23. *Васильев Л.С.* Современный Восток идет в наступление. – М., 2004.

24. *Хинз М.* Правовой плюрализм и «основная норма» Кельзена: к антропологии юриспруденции / Обычное право и правовой плюрализм в изменяющихся обществах. – М., 1999.

25. *Кашанина Т.В.* Происхождение государства и права. – М., 1999.

26. *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. – М., 2001.

27. Проблемы общей теории права и государства/Под общ. ред. Нерсесянца В.С. – М., 1999.

28. *Нерсесянц В.С.* Философия права. – М., 1999.

29. *Супатаев М.А.* Культурология и право. – М., 1998.

30. *Наумов А.* Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. 1994. №1.

31. *Мартынчик Е., Колоколова Э.* Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике //Российская юстиция. 1994. №12.

32. *Гранат Н. Л.* Источники права //Юрист. 1998. №9.

33. *Гурова Т.В.* Судебная власть и судебный прецедент в современной России (дискуссионные вопросы) //Атриум. 1997. №1.

34. *Барак А.* Судейское усмотрение. – М., 1999.

35. *Гегель В. Е.* Энциклопедия философских наук. Т. 1.- М., 1974.

36. Философский энциклопедический словарь. – М., 2005.

37. *Нерсесянц В.С.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. – М., 1992.

38. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. – М., 1998.

39. *Величко А.М.* Нравственный идеал и право //Правоведение. 2001. №5.

40. *Берман Г.Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. – 2-е изд. – М., 1998.

41. Право и политика современной России. – М., 1996.

42. *Ковлер А.И.* Ценностные и стратегические перспективы правового плюрализма //Человек и право. Книга о Летней школе по юридической антропологии. – М., 1999.

43. *Гурвич Г.Д.* Философия и социология права: Избр. соч./ Пер. М.В. Антонова, Л.В.Ворониной. СПб., 2004.

44. *Карбонье Ж.* Юридическая социология. – М., 1986.

45. *Березкина О.* Отказывается ли президент от демократии? //Родина. 2005. №1.

46. Независимая газета. От 13 февраля 1997г.

47. *Фон Бенда -Бекманн К.* Правовой плюрализм / Человек и право: Книга о Летней школе по юридической антропологии.- М., 1999.

48. *Инал-ипа Ш.Д.* К изучению абхазского народного кодекса «апсуара» // Абаза. 1996. №2.

49. *Маркедонов С.* Абхазия будет жить по-своему/ Газета «Нужная» от 5 апреля 2005. №14.

50. *Хинз М.* Правовой плюрализм и «основная норма» Кельзена: к антропологии юриспруденции / Обычное право и правовой плюрализм в изменяющихся обществах. – М., 1999.

51. *Берлин И.* Стремление к идеалу //Вопросы философии. 2000. №5.

52. *Sim R., Pace P.* A Lawel of English Law. 1991.

53. *Gifford D., Gifford K.* Our Legal Sustem. Sudneu, 1983.

54. *Glendon M., Gordon M., Osakwe Ch.* Comparative Legal Traditions in a Nutshell. St. Minn., 1982.

55. *Foster N.* German Law and Legal System. Mayfield, 1993.

56. *Vanderlinden J.* Le pluralisme juridique: essai de synthese // Le pluralisme juridique. Publ. par J. Gilissen. Bruxelles, 1971.

57. *Merry S.E.* Legal Pluralism // Law and Society Review. 1988.Vol. 22.

58. Griffiths J. What is legal pluralism ? //Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, No 24. Iff. 1986.

59. *Давид Р.* Основные правовые системы современности (сравнительный анализ). – М., 1967.

60. *Tamanaha B.Z.* The folly of the social scientific concept of legal pluralism // Journal of Law and Society. 1993 (1).