

© 1997 г., ЭО, № 4

Ю.И. Семенов

ФОРМЫ ОБЩЕСТВЕННОЙ ВОЛИ В ДОКЛАССОВОМ ОБЩЕСТВЕ: ТАБУИТЕТ, МОРАЛЬ И ОБЫЧНОЕ ПРАВО*

Введение в проблему

Последние годы характеризуются растущим интересом этнографов и юристов к явлению, которое в русской литературе принято именовать обычным правом. В связи с этим возродился давно уже не употреблявшийся у нас термин «юридическая этнография»¹. Выходят статьи и книги, посвященные обычному праву, проводятся симпозиумы и конференции, в названии которых постоянно фигурирует словосочетание «юридическая этнография». Среди работ по обычному праву имеются очень интересные. Хотелось бы особо отметить труды безвременно умершего талантливого сибирского ученого В.А. Зибарева, среди которых выделяется книга «Юстиция у малых народов Севера (XVII–XIX вв.)» (Томск, 1990).

Почти все труды по обычному праву носят в основном описательный характер. В них рассматривается обычное право тех или иных народов или групп народов. Теоретические проблемы обычного права в большинстве работ почти не затрагиваются. Между тем необходимость в теоретической разработке обычного права существует. Без нее по сути невозможны дальнейшие исследования в этой области.

Я не буду рассматривать историю взглядов на обычное право. Желающие ознакомиться с ними могут обратиться к интереснейшей работе крупнейшего специалиста по истории первобытного общества А.И. Першица «Проблемы нормативной этнографии», опубликованной в сборнике «Исследования по общей этнографии» (М., 1979). Ограничусь лишь самым необходимым для понимания современного состояния вопроса.

Несомненно, что в доклассовом обществе существовало множество норм, которые регулировали поведение людей и их отношение друг к другу. Некоторые дореволюционные русские этнографы называли все эти поведенческие нормы, вместе взятые, обычным правом или даже просто правом. Так поступают и многие современные западные исследователи. Они объединяют все эти нормы под названием обычного права, буквально, обычного закона (*common law*, реже – *customary law*) или просто права, буквально, закона (*law*). Соответственно раздел этнографии, изучающий данные нормы, они именуют антропологией права (*anthropology of law*) или правовой антропологией (*legal anthropology*)².

Другие исследователи, преимущественно советские, категорически настаивали на том, что термины «право», а тем самым и «обычное право» в принципе неприменимы к доклассовому обществу. Право есть воля господствующего класса, возведенная в закон государством. Поэтому о праве можно говорить только с появлением классового общества и государства. В доклассовом обществе существовала только мораль. Как моральные характеризовал все поведенческие нормы, существующие в первобытном обществе, крупнейший советский этнограф С.А. Токарев в статье «Проблемы об-

* Данная работа выполнена при поддержке Российского гуманитарного научного фонда: проект 96-01-00503.

щественного сознания доклассовой эпохи», опубликованной в сборнике «Охотники. Собиратели. Рыболовы. Проблемы социально-экономических отношений в доземледельческом обществе» (Л., 1972).

Своеобразную позицию занял А.И. Першиц. Настаивая на том, что термины «право» и «обычное право» не годятся в применении к первобытному обществу, он в то же время подчеркивал, что первобытные поведенческие нормы не являются моральными в привычном смысле слова. Они сочетают в себе особенности моральных и правовых норм. Поэтому А.И. Першиц счел нужным создать для их обозначения особый термин. «...Учитывая синкретность, неотдифференцированность основных правил поведения в первобытном обществе, – писал он, – более удачным представляется термин "мононорма", отражающий такую синкретность»³. Понятие «мононорма» включало в себя еще один смысл. В отличие от норм морали в классовом обществе эти правила были едиными для всех. Все множество поведенческих норм, существовавших в первобытном обществе, А.И. Першиц предложил называть мононорматикой.

А.И. Першиц не считал нужным отказываться от термина «обычное право». Но он вкладывал в него строго определенный, ограниченный смысл. Следуя за большинством советских юристов, он определял обычное право как «совокупность так называемых юридических обычаев – тех догосударственных норм, которые были санкционированы государством и составили древнейший слой права»⁴.

Некоторые этнографы считали, что в первобытном обществе существовали как мораль, так и обычное право, отличное от права классового общества. Однако никто из них даже не попытался раскрыть грань между моральными правилами поведения и нормами обычного права.

Мораль и право

Чтобы решить вопрос о том, какой характер носили нормы поведения в первобытном обществе и относились ли они к одной форме социального контроля или же к нескольким разным, рассмотрим предварительно право и мораль в чистом виде.

Любые действующие нормы поведения представляют собой проявление власти, причем не власти инстинктов, среды, обстоятельств, а особого рода власти – власти социальной, общественной. Из всех форм власти в обществе нас прежде всего интересует власть, которую чаще именуют публичной. Под публичной обычно понимают власть в масштабах общества в целом, а не отдельных входящих в его состав различного рода образований (семья, хозяйственная ячейка, учебное заведение, политическая партия и др.).

Говоря об обществе, следует учитывать, что слово «общество» имеет в научном языке несколько разных значений. Нас прежде всего интересует одно из них – то или иное конкретное общество, представляющее собой относительно самостоятельную единицу исторического развития. Общество в таком понимании я давно уже предложил именовать социально-историческим (социоисторическим) организмом, или, сокращенно, социором⁵. Таким образом, публичная власть – это власть в пределах всего социоисторического организма, власть социорная.

Социорная (публичная) власть, как и всякая общественная власть, представляет собой сложное явление, включающее в себя несколько моментов. Первым является властная воля, вторым – носитель властной воли, субъект власти, третьим – подвластные воли, четвертым – носители подвластных волей, объекты власти. Пятым моментом власти является отношение между властной волей и подвластными волями, которое состоит в том, что властная воля определяет, детерминирует подвластные воли. Это и есть собственно общественная власть в узком смысле этого слова. Шестой момент власти – это сила, при помощи которой властная воля детерминирует подвластные воли.

В обыденном языке властью называют не только воздействие властной воли на подвластные воли, но и саму властную волю, а нередко и ее носителя. Очень часто

властью называют также силу, при помощи которой властная воля детерминирует подвластные воли. Властная воля проявляется не только в нормах. Но последние – всегда важнейшая форма ее проявления и способ ее закрепления и фиксации. В нормах выражается и закрепляется главное содержание властной воли.

Самая зримая форма социорной власти – государственная. Здесь все до предела отчетливо. Властная воля есть воля государства, которое является ее носителем. Эта воля фиксируется в нормах, которые именуются правовыми и совокупность которых образует право. Право есть воля государства. Во властной воле государства проявляются его интересы. Подвластные воли – воли подданных или граждан государства и вообще всех, кто проживает на его территории. Силой, при помощи которой воля государства навязывается его подданным или гражданам, являются особые его органы – отряды вооруженных людей (полиция, милиция, армия). Именно эта сила стоит на страже правовых норм.

Право одновременно и является и не является социорной волей. Оно представляет собой социорную волю в том смысле, что его предписания обязательны для всех членов того или иного общества. Но в этой воле выражаются интересы не всех членов социоисторического организма, вместе взятых, а прежде всего основные интересы господствующего эксплуататорского класса, которые и приобретают форму интересов государства. Поэтому право не есть воля всего социора и в этом смысле не представляет собой социорной воли. Именно поэтому данная воля может быть навязана всем членам общества только с помощью особого, непосредственно не совпадающего с обществом аппарата принуждения, которым и является государство.

Вместе с тем в любом классовом обществе кроме правовых норм существуют и иные – моральные. С ними дело обстоит сложнее, чем с правом. Мораль у нас обычно определяли как одну из форм общественного сознания. В целом это верно, но в таком определении не схвачена главная особенность морали. А она состоит в том, что мораль, как и право, есть форма общественной воли. Однако в отличие от права она не есть воля государства. В идеале она представляет собой волю социоисторического организма, что в полной степени справедливо лишь в отношении общества без классов.

Правовые нормы зафиксированы в различного рода документах: уголовных и гражданских кодексах, конституциях, отдельных законодательных актах и др. Моральные нормы не записаны нигде. Они существуют лишь в общественном мнении. И последнее является единственной силой, обеспечивающей соблюдение норм морали.

Конечно, моральные нормы можно записать и затем довести их до сведения всех членов общества. Но это не имеет никакого отношения к реальному функционированию морали. Чтобы понять сущность моральной власти, необходимо хотя бы коротко ознакомиться с целым рядом понятий. Для простоты я буду рассматривать мораль в том ее виде, в котором она может существовать только в обществе без классов, ибо существование последних значительно осложняет дело.

Когда человек появляется на свет, он представляет собой всего лишь биологический организм. Затем он шаг за шагом вступает в человеческую среду. Человек совершает различного рода действия, а окружающие его люди определенным образом их оценивают. Нас в данном случае интересуют не все действия человека, а лишь те, в которых проявляется его отношение к другим людям и к обществу в целом.

Для оценки этих действий существуют два основных понятия: добро и зло. Эти оценки имеют объективную основу. Эта основа – интересы общества, уходящие в конечном счете своими корнями к системе социально-экономических отношений. Добро – действия людей, совпадающие с интересами общества и служащие им. Эти действия одобряются обществом. Зло – действия людей, идущие вразрез с интересами общества, наносящие ему ущерб. Подобного рода действия влекут за собой санкции со стороны общества, осуждаются им. Вместе с тем санкции за нарушение моральных норм никогда не принимают форму физического насилия. Когда окружающие человека лица осуждают его поступки, у него возникают чувства вины и стыда перед ними за

свои действия. С завершением формирования этих чувств человеку становится стыдно за осуждаемые обществом действия и тогда, когда о них знает только он сам.

У обществ с разными социально-экономическими структурами представления о добре и зле могут не совпадать. Повседневно оценивая действия людей как хорошие и плохие, одобряя одни и осуждая другие, общество тем самым формирует у человека представление не только о том, что можно делать и чего делать нельзя, но и о том, что делать нужно.

Интересы общества заставляют его предъявлять к человеку определенные требования. И эти требования общества к своему члену не выступают перед последним как что-то совершенно ему чуждое. Ведь интересы общества – одновременно и интересы каждого из его членов. Безусловно, у каждого человека имеются и собственные интересы, которые не являются общественными. Вместе с тем общественные интересы в конечном счете (хотя и не прямо) являются интересами индивидов. В силу этого требования, которые общество предъявляет человеку, выступают перед последним как его долг перед обществом.

Объективное совпадение интересов общества с интересами индивида дает основание для превращения требования общества к индивиду в его требования к самому себе. Так возникает чувство долга. Человек теперь сам стремится к тому, чего требует от него общество. Он не просто заставляет себя так поступать, он теперь не может поступать иначе.

Одновременно с чувством долга формируется чувство чести. Честь человека состоит в неуклонном следовании требованиям долга. Поступки человека, идущие вразрез с его долгом, пятнают его честь, лишают его чести. Чувство чести возникает одновременно с чувством человеческого достоинства. Последнее заключается в следовании велениям долга и чести. Вместе с понятиями долга, чести и достоинства возникает новая оценка действий человека. Его действия рассматриваются теперь обществом не только как хорошие и плохие, но и как честные или бесчестные, достойные или недостойные. Так, поступки человека оценивает теперь не только общество, но и он сам.

Вместе с чувствами долга, чести и достоинства возникает чувство совести. Совесть – это внутренний суд человека над самим собой, когда он оценивает собственные действия с тех же позиций, с которых их судит общество. Если эти поступки идут вразрез с требованиями общества и велениями долга, человек испытывает угрызения совести, которые нередко оказываются более мучительными, чем физические страдания.

Неуклонное следование велениям долга, незапятнанная честь, чистая совесть – величайшие ценности. Во имя них человек готов идти на любые лишения, даже на смерть. Достаточно напомнить слова Шота Руставели: «Лучше смерть, но смерть со славой, чем бесславных дней позор». Система этих ценностей представляет собой идеал, к которому человек стремится. Здесь мы имеем дело не просто с нормами поведения, а с мощными стимулами, которые движут человеком. И эти стимулы, имеющие корни в структуре общественного организма, являются более мощными, чем биологические инстинкты.

Чувства долга, чести и совести образуют основу морального облика человека как общественного существа. С формированием этих чувств общественные отношения, продолжая свое бытие вне человека, начинают одновременно существовать и в нем самом, т.е. входят в его плоть и кровь. Формирование этих чувств есть процесс интернализации, или «вовнутривления» общественных отношений. И эта интериоризация, которая начинается с формирования чувств вины и стыда и завершается формированием чувств долга, чести и совести, является процессом социализации, или очеловечивания человека. В результате этого процесса появившийся на свет индивид вида *Homo sapiens* становится человеком, т.е. общественным существом.

Формирует человека не экономика общества непосредственно, а детерминируемая экономикой общественная воля, прежде всего мораль и вообще вся духовная культура общества в целом.

Совесть есть стержень человека. Она служит признаком человека не в меньшей степени, чем, скажем, наличие у него разума, мышления. Человек, лишенный разума – не человек. Это человекоподобное животное. Человека без совести также трудно называть человеком, даже если он и сохранил разум. Он в подобном случае представляет собой пусть и рационально мыслящее, но все же животное. Такой индивид – рационально мыслящий и поэтому особенно опасный зверь.

Во всех докапиталистических обществах система социально-экономических отношений определяла волю, а тем самым действия людей не прямо, а через посредство общественной воли: в раннепервобытном обществе в основном через посредство морали, в классовых обществах через посредство морали и права. Мораль и право определяли действия людей и в экономической области, прежде всего в сфере распределения общественного продукта. Член раннепервобытной общины делился своей добычей с остальными членами общины потому, что того требовали нормы морали. Крепостной крестьянин отдавал часть продукта своего труда крепостнику потому, что этого требовал закон, прикрепивший его к земле, и потому, что, согласно закону, крепостник мог его физически наказать.

На поверхность в этих обществах выступали моральные и правовые отношения, социально-экономические же были скрыты под ними. Люди даже не догадывались о существовании последних. Отсюда и выводы многих исследователей, что в докапиталистических обществах социально-экономических отношений либо вообще не существовало, либо они были производными от морали, права, родства, религии и других неэкономических факторов⁶.

Социально-экономические связи выдвинулись на первый план и стали прямо определять волю и действия людей тогда, когда они стали отношениями капиталистического рынка. Действия людей в сфере экономики начали всецело определяться стремлениями к материальной выгоде и, соответственно, рациональным расчетом. Именно эти и только эти факторы обычно имеют в виду, когда говорят об экономических мотивах человеческих действий. На данном основании многие исследователи утверждают, что если материалистическое понимание истории и справедливо, то только по отношению к капиталистическому обществу. К докапиталистическим обществам оно совершенно не применимо.

Выгодой и расчетом при капитализме стали определяться действия людей не только в экономической, но и в других сферах жизни. «Буржуазия, – писали К. Маркс и Ф. Энгельс, – повсюду, где она достигла господства, разрушила все феодальные, патриархальные, идилические отношения. Безжалостно разорвала она пестрые феодальные путы, привязывавшие человека к его "естественным повелителям", и не оставила между людьми никакой другой связи, кроме голого интереса, бессердечного "чистогана". В ледяной воде эгоистического расчета потопила она священный трепет религиозного экстаза, рыцарского энтузиазма, мещанской сентиментальности. Она превратила личное достоинство человека в меновую стоимость и поставила на место бесчисленных пожалованных и благоприобретенных свобод одну бессовестную свободу торговли. Словом, эксплуатацию, прикрытую религиозными и политическими иллюзиями, она заменила эксплуатацией открытой, бесстыдной, прямой, черствой»⁷.

Капитализм – общество, в котором, как и в животном мире, господствует индивидуализм, но не зоологический, а имеющий качественно иные корни – не биологические, а социальные. Общая тенденция капитализма – уничтожение чувств долга, чести и совести как регуляторов человеческого поведения, превращение человека в рационально калькулирующего зверя. Эту тенденцию уловили многие западные мыслители, которые давно пишут о духовном кризисе западного общества, о непрерывно набирающем силу процессе дегуманизации и т.п.

Табуитет и первобытная мораль

На вопрос о том, существуют ли в первобытном обществе нормы поведения, которые поддерживаются исключительно силой общественного мнения, можно дать только утвердительный ответ. Присущи людям первобытного общества и чувства долга, чести и совести. Таким образом, в первобытном обществе существовали чисто моральные нормы, а тем самым и мораль в точном смысле этого слова.

Однако наряду с нормами, соблюдение которых обеспечивалось лишь силой общественного мнения, существовали и иные нормы. Были среди них и такие, за нарушение которых общество жестоко карало своих членов, нередко даже лишало их жизни. Эти нормы известны под названием *табу*.

Этнологи давно уже выделили эти нормы из всего многообразия правил поведения, существовавших в первобытном обществе. Исследователи давно заподозрили, что именно в такой форме возникли самые древние из всех существующих человеческих поведенческих норм.

Табу – норма не позитивная, а негативная. Она не предписывает совершение каких-либо действий, а, напротив, запрещает определенные действия. Суть табу – в запрете. Термин *табу* применяется прежде всего для обозначения особого рода запретов совершать определенные действия и самих этих запретных действий. Первоначально табу и представляли собой лишь запреты. Не все табу-запреты регулировали отношения людей в обществе, т.е. были нормами поведения. Но именно в табу – нормах поведения, или поведенческих табу – все особенности табу-запретов проявлялись наиболее отчетливо. Они были исходной, первоначальной формой табу. В дальнейшем речь пойдет исключительно о них.

Если всякое поведенческое табу есть запрет, то не всякая норма поведения, состоящая в запрете тех или иных действий, есть табу. Табу – запрет особого рода, включающий в себя три основных компонента.

Первый компонент – глубокое убеждение коллектива в том, что если кто-то из его членов совершит определенные действия, то это неизбежно навлечет не только на него, но и на весь коллектив опасность, возможно, даже приведет к гибели всех. При этом люди не могут сказать ничего определенного ни о природе этой опасности, ни о том, почему и каким образом данные действия влекут ее за собой. Им известно только, что, пока люди воздерживаются от запретных действий, эта опасность остается скрытой; когда же они их совершают, опасность автоматически из потенциальной превращается в реальную и угрожает всем. В силу этого они рассматривают человека, совершающего такого рода действия, одновременно и как находящегося в опасности, и как представляющего опасность для коллектива.

Второй компонент – чувство страха или ужаса перед неведомой опасностью, которую навлекают некоторые действия людей на коллектив, и тем самым страха перед этими действиями.

Третий компонент – собственно запрет, норма. Наличие запрета свидетельствует о том, что ни веры в опасность, навлекаемую данными актами поведения человека, ни ужаса перед ней не было достаточно для того, чтобы отвратить людей от совершения опасных действий. Отсюда следует, что эти действия были чем-то притягательны для людей, что имелись какие-то достаточно могущественные силы, которые толкали человека к их совершению.

Поскольку действия того или иного члена общества представляли опасность не только для него самого, но и для человеческого коллектива в целом, последний должен был принимать меры, чтобы заставить всех своих членов воздерживаться от них, и наказывать тех, кто с этим требованием не считался. Опасные действия становились запретными.

Таким образом, табу представляли собой нормы поведения, как бы извне навязанные обществу какой-то посторонней, внешней силой, с которой невозможно было не считаться. На эту особенность табу давно уже обратили внимание некоторые исследователи. Именно такой характер и должны были иметь первые нормы поведения,

возникшие как средства нейтрализации опасности, которую представлял для формирующегося человеческого общества зоологический индивидуализм. При таком подходе становится понятнее природа силы, толкавшей людей к опасным действиям. Этой силой была власть биологических инстинктов.

На основе анализа этнографических данных многие исследователи пришли к выводу, что табу первоначально возникли как средства подавления животных инстинктов, предотвращения опасности, угрожавшей человеческому коллективу со стороны животного эгоизма. «Наиболее характерной чертой человеческого ума и поведения, – писал, например, Р. Бриффо, – является дуализм социальных традиций, с одной стороны, и унаследованных естественных инстинктов – с другой – и постоянный контроль первых над вторыми»⁸. В подавлении и регулировании биологических инстинктов и заключается, по его мнению, сущность морали. Запреты, налагаемые на естественные инстинкты, должны были впервые появиться в прямой и категоричной форме. Они должны были быть навязаны человеку как неотвратимая необходимость. Табу как раз и являются теми первыми, навязанными человеку как неотвратимая необходимость запретами⁹.

Такого же мнения придерживался и С. Рейнак. «...Табу, – писал он, – это преграда, возведенная против разрушительных и кровавых стремлений, являющихся наследством человека, полученным от животных»¹⁰.

Совокупность рассмотренных выше норм требует своего названия. Понятие мораль к ним неприменимо, поскольку нарушение табу не только влекло за собой осуждение со стороны общественного мнения, но и грозило физическим наказанием, в том числе смертью. Эту исторически первую форму общественной социорной воли можно было бы назвать *табуитетом*. Табуитет был формирующейся моралью (праморалью). «Если мы не ошибаемся, – писал Зигмунд Фрейд, – то понимание табу проливает свет на природу и возникновение *совести*. Не расширяя понятия, можно говорить о совести табу и о сознании вины табу после нарушения табу»¹¹. В этом, как мне представляется, он был прав.

В дальнейшем развитии первобытного общества из табуитета выросла подлинная мораль, которая постепенно стала господствующей формой социорной воли, по крайней мере в раннем первобытном обществе.

В раннепервобытной общине господствовало распределение, которое нередко именуют уравнивательным. Однако оно не предлагало распределения продукта между членами общины поровну, хотя это и могло иметь место. Суть этой формы распределения заключалась в том, что человек имел право на долю продукта (прежде всего пищи), добытого членами его общины, исключительно лишь в силу принадлежности к ней. Никаких других оснований не требовалось. Не имело значения, участвовал ли тот или иной человек в добычании данного продукта или не участвовал.

Что касается размера получаемой доли, то она зависела, во-первых, от общего объема продукта, во-вторых, от потребностей данного индивида. Когда продукта было много, каждый получал столько, сколько он хотел. Но и в период, когда продукта было недостаточно для полного удовлетворения нужд членов общины, он все равно распределялся в соответствии с реальными потребностями индивидов. Например, взрослые мужчины, занятые тяжелым физическим трудом, требовавшим значительных затрат энергии, получали больше пищи, чем женщины и дети. В раннепервобытной общине распределение осуществлялось в соответствии с потребностями.

Описанные выше отношения распределения были не чем иным, как отношениями собственности, причем собственности общинной, общественной. Именно потому, что вся пища, совершенно независимо от того, кто ее добыл, принадлежала всем членам раннепервобытной общины, вместе взятым, каждый член этой общины имел право на определенную ее долю. И общинной собственностью на этой стадии была не только пища, но и все вообще предметы потребления и средства производства.

Раннепервобытная община являлась подлинным коллективом, настоящей коммуной. В ней действовал принцип: от каждого по способностям, каждому по потребностям.

Соответственно отношения собственности и распределения в этой общине могут быть названы первобытнокоммунистическими, или коммуналистическими. Раннепервобытное общество было обществом первобытнокоммунистическим, или коммуналистическим.

Отношения собственности имеют бытие в двух видах. Один из них – экономические отношения собственности, существующие в форме отношений распределения и обмена. В обществе с государством экономические отношения собственности закрепляются в праве, в котором выражается воля государства. Так возникают правовые, юридические отношения собственности.

В первобытном обществе государства не было. Соответственно не было и столь привычного для нас права. В раннепервобытном обществе экономические отношения собственности закреплялись в морали, в которой выражалась воля общества в целом. Важнейшей нормой первобытнокоммунистической морали было предьявляемое к каждому члену коллектива требование делиться с остальными его членами. Соблюдение этой нормы обеспечивалось лишь силой общественного мнения. Однако сказать, что общественное мнение принуждало человека делиться пищей с остальными членами коллектива, было бы неверно. Эта норма входила в плоть и кровь человека. Она была настолько само собой разумеющейся, что никому не могло прийти в голову не поделиться с членами своего коллектива. В этой норме выражалась и закреплялась общественная собственность на пищу.

Таким образом, и в раннепервобытном обществе существовали не только экономические отношения собственности, но и волевые. Но если в обществе с государством волевые отношения собственности были правовыми, юридическими, то в раннепервобытном обществе – моральными. В раннем первобытном обществе социально-экономические отношения определяли волю отдельных людей через общественную волю, мораль. Для людей раннепервобытного общества дежеж продукта в масштабах общества, т.е. общины, выступал прежде всего как требование морали и осознавался как норма морали, а не как насущная экономическая необходимость, каковой в реальности он был.

Важнейшая особенность как табуитета, так и первобытной морали заключалась в том, что обе эти формы общественной воли регулировали отношения только между членами того или иного социоисторического организма.

Каждая община имела собственную волю, нормы которой распространялись исключительно на ее членов. На человека, не входившего в состав данной общины, не распространялось действие ни негативных, ни позитивных норм, существовавших в данном социоисторическом организме. Об этом писали многие этнографы. Ограничусь обобщающим высказыванием М.М. Ковалевского. «Их поведение, – писал он о людях доклассового общества, – совершенно различно, смотря по тому, идет ли дело об иностранцах или сородичах... Что позволено по отношению к чужеродцам, то нетерпимо по отношению к сородичам. Один и тот же способ поведения может представиться то дозволенным и даже заслуживающим похвал, то запрещенным и позорным... Тот, кто нарушает обычаи, тем самым обнаруживает злую волю по отношению к сородичам и должен быть поэтому извергнут из своей среды. Те же самые действия, совершенные над иностранцами, над лицами, стоящими вне группы, теряют всякую нравственную квалификацию, они не считаются ни дозволенными, ни запрещенными, или, вернее, интерес группы придает им ту или другую природу»¹².

Раннепервобытное (первобытнокоммунистическое) общество: у истоков обычного права

Так как нормы, действовавшие внутри коллективов, не распространялись на отношения между членами разных общин, то последние могли носить разный характер. Соседи могли сотрудничать. Но между ними могли возникать и конфликты. Причиной конфликтов чаще всего был ущерб, который был нанесен члену или членам

одного рода, а тем самым и роду в целом, членом или членами другого рода. Этот ущерб мог носить различный характер: ранение, убийство, изнасилование или похищение женщины – представительницы рода или жены члена рода, похищение вещей и т.п.

Ущерб, нанесенный члену рода, затрагивал весь род. Причинение ущерба члену рода означало нанесение обиды не только ему, но и всему его роду. Чувство обиды порождало вражду. Обиженный род должен был реагировать на нанесенный ему ущерб. Ответ мог быть только один – роду обидчика или обидчиков следовало нанести не меньший ущерб. Убийство члена рода могло быть возмещено лишь убийством, не обязательно самого убийцы, но непременно одного из членов его рода. Кровная месть возникла как явление межсоциорное. Внутри раннепервобытной общины кровной мести не могло быть в принципе. Когда один член рода убивал другого его члена, роду, безусловно, наносился ущерб. Но убить убийцу означало нанести роду еще один такой же ущерб. Убийство члена рода обидчика могло быть воздаянием не только за убийство, но и за другие тяжкие виды ущерба.

Кровная месть и вообще нанесение ответного ущерба на той стадии было суровой необходимостью. Ведь когда община теряла человека, то изменялось соотношение сил в пользу той общины, члены которой совершили убийство. Оставление убийства безнаказанным открывало путь к новым, такого же рода действиям, что в конце концов могло привести к гибели общины, не нашедшей силы для ответного удара. Уничтожение члена общины обидчика, во-первых, восстанавливало баланс сил, во-вторых, являлось предупреждением всем соседям, что смерть члена данной общины не может оставаться безнаказанной. Виновные неотвратимо понесут наказание, а стало быть, и потери.

Кровная месть могла вызвать ответную кровную месть и положить начало бесконечной череде убийств, которая в свою очередь могла привести к гибели обоих враждующих коллективов. Возникла необходимость установления каких-то правил, которые регулировали бы конфликты между коллективами. В результате возник знаменитый принцип, который известен под названием *талиона* (от лат. *talioni* – возмездие). Он заключался в том, что ответный ущерб должен быть равен инициальному ущербу: око за око, зуб за зуб, смерть за смерть. В таком случае конфликт считался исчерпанным, вражде приходил конец. Теперь потерпевшая сторона не имела права на возмездие. Если же она пыталась совершить ответные действия, то развертывался новый конфликт, снова возникала вражда.

Так начали одновременно формироваться и понятие, и чувство справедливости. Когда одна сторона нанесла ущерб другой, произошло нарушение справедливости. Справедливость должна быть восстановлена. Самый первый способ ее восстановления – нанесение обидчику или обидчикам адекватного ущерба. Понятие справедливости было важнейшим в обычном праве. Оттуда оно перешло в право, где сохранило свое значение. Как известно, латинское слово «юстиция» (*justitia*) означает справедливость. Возникнув в сфере обычного права, понятие справедливости затем вошло и в число категорий морали.

В результате возникла новая форма регулирования отношений между людьми, отличная как от табуитета, так и от морали. Именно ее и принято называть обычным правом. Обычное право первоначально регулировало отношения только между социоисторическими организмами, оно было явлением не внутрисоциорным (интрасоциорным), а межсоциорным (интерсоциорным), или, выражаясь привычным для нас языком, международным. В качестве сторон, отношения между которыми регулировались обычным правом, т.е. субъектов обычного права, первоначально выступали только группы, но не индивиды.

На самом раннем этапе развития первобытного общества, пришедшего на смену формирующемуся обществу (праобществу), социоисторическими организмами были роды, которые одновременно являлись и общинами. Эти роды-общины и стали субъектами обычного права.

Когда возник брак между индивидами, род и община перестали совпадать. В состав общины теперь стали входить члены по крайней мере двух разных родов. Но ядро каждой общины на стадии раннего первобытного (первобытнокоммунистического) общества состояло из ядра одного и только одного рода. В этом смысле община была родовой, а род может быть охарактеризован как локализованный.

С расщеплением рода и общины, общины, теперь уже не совпадающие с родами, стали социоисторическими организмами. Но роль субъектов обычного права при этом продолжали играть роды. Обычное право регулировало отношения прежде всего между родами и только через них между общинами, а не непосредственно между общинами. Силой, обеспечивавшей действие талиона, формально был род, но реально эту роль играло родовое ядро, которое на том этапе всегда входило в состав только одной общины и составляло ее основу.

Позднепервобытное (первобытнопрестижное) общество: развитие и оформление обычного права

Положение существенно изменилось с переходом от раннего первобытного к позднему первобытному обществу. Если в раннепервобытном безраздельно господствовало распределение по потребностям, то в позднепервобытном обществе возникло и начало приобретать все большее значение распределение по труду. Возникновение такого распределения привело к изменению всей системы социально-экономических отношений. Утверждение распределения по труду с необходимостью предполагало возникновение собственности отдельных лиц по крайней мере на часть продукта и постепенное проникновение отношений обмена вовнутрь общины. Если раньше циркуляция общественного продукта внутри общины происходила в форме распределения, то теперь она все в большей степени стала совершаться в форме обмена. В свою очередь возникновение отдельной собственности и превращение отношений между членами общины в возмездные с неизбежностью влекли за собой становление имущественного и социального неравенства.

Становление новых отношений отнюдь не сводилось к простому переходу от самых поздних форм дележа к ранним формам обмена, хотя это и имело место. С переходом к позднепервобытному обществу произошло своеобразное раздвоение экономики, раздвоение системы социально-экономических отношений. Наряду с системой циркуляции жизнеобеспечивающего продукта возникли особые системы обращения избыточного продукта, которые получили название *престижной экономики*. Если жизнеобеспечивающий продукт циркулировал в основном внутри общин, то избыточный – между общинами.

Престижная экономика представляет собой не что иное, как особую систему дарообмена, именно престижного дарообмена. Важнейший принцип всякого дарообмена – эквивалентность. Каждый престижный дар с необходимостью предполагал равный по ценности отдар. В своем завершенном виде престижная экономика включает в себя три компонента, которые можно назвать *дародачеобменом*, *дароплатежеобменом* и *великодарообменом*.

При дародачеобмене дары без конца переходили из рук в руки. Возникали линии дарообмена, включавшие несколько десятков людей и простиравшиеся на сотни километров (*мербок* у муллуков муллуков и мандгелла Арнемленда, *кхсаро* у бушменов области Добе в Калахари и др.). Иногда начало таких линий смыкалось с концом и возникали грандиозные кольца обмена. Примером может послужить знаменитая *кула* меланезийцев Массима.

Дароплатежи были обязательными при определенных жизненных обстоятельствах: рождении, имянаречении, инициациях, вступлении в брак, смерти. Они первоначально, как и любые другие дары, происходили лишь между членами разных общин и чаще всего совершались на особого рода сборищах – даропредставлениях.

Великораздаривание всегда происходило на дароторжествах, примерами которых являются потлачи у индейцев Северной Америки, пиры вестников и пиры мертвых у эскимосов Аляски, ореховые и свиные праздники у папуасов Новой Гвинеи и т.п. Дароторжество могли устроить один или несколько человек, община в целом. В любом случае это было делом общинным. Готовилась и участвовала в дароторжестве всегда вся община. Подготовка к нему занимала много времени, иногда несколько лет. Запасалось огромное количество пищи. Нередко создавалось и приобреталось множество самых разнообразных вещей. Дароторжества всегда устраивались для членов других общин, которые приглашались в качестве гостей. Для гостей организовывали грандиозный пир, а затем нередко дарили им много вещей. В этом заключался смысл великодарения.

Престижная экономика играла в позднепервобытном обществе столь огромное значение, что данное общество с полным правом может быть названо первобытно-престижным¹³.

Возникновение престижной экономики имело своим следствием появление сложнейшей системы имущественных отношений между членами разных общин. Если вначале эти экономические связи сводились к дарообмену, то впоследствии возникли отношения займа, товарообмена и др. И все они нуждались в регулировании. Формой этого регулирования не могла быть мораль. В результате необычайно расширилась область обычного права. Оно стало регулировать возникшие новые имущественные отношения. Но самое главное – обычное право стало проникать и вовнутрь общины. Это связано с изменением структуры последней.

Избыточный продукт циркулировал не только между членами разных общин, но и между людьми, принадлежавшими к одной общине. Если первые с самого начала обменивались избыточным продуктом, то вторые первоначально делились им. Вскоре, однако, этот дележ приобрел форму дачи помощи, которая предоставлялась не постоянно, а лишь в случае нужды. Эта форма помощи, как и дележ, не предполагала эквивалентного возмещения. Круги помогдачи в целом совпадали с дележными кругами.

И на стадии позднепервобытного общества люди, принадлежавшие к одному дележному кругу, обязаны были делить продукт между собой и/или делиться им друг с другом. По-прежнему принадлежность к данному дележному кругу накладывала на человека обязанность давать часть продукта другим членам круга и предоставляла ему право получения доли продукта от них.

Но теперь этот дележный круг не совпадал с общиной. Он охватывал лишь часть членов общины. Таким образом, в социоисторическом организме начали существовать несколько пусть тесно связанных, но все же различных дележных кругов. Это позволило значительно увеличить размеры общины. Пока община в общем и целом совпадала с дележным кругом, возможности ее роста были весьма ограничены. Дележный круг по своей природе не мог быть слишком большим. Когда же стало возможным образование внутри общины не одного, а нескольких дележных кругов, это препятствие исчезло. В результате, если число членов раннепервобытной общины никогда не превышало 100 человек, то позднепервобытные общины могли насчитывать в своем составе несколько сотен.

Другое важное изменение состояло в приобретении дележными кругами относительного характера. Одни продукты распределялись в более широком кругу, другие в более узком. Так, например, хотя социоисторический организм перестал быть дележным кругом по отношению к большинству продуктов, некоторые виды добычи продолжали распределяться между всеми его членами. И по отношению к этим видам добычи он продолжал оставаться дележным кругом. Размеры дележного круга зависели от ситуации: в одной он включал в себя большее число людей, в другой – меньшее. В результате возникла своеобразная иерархия дележных кругов.

Все это делало крайне своеобразными отношения собственности на продукты труда. Любой человек был собственником только в определенном отношении. По

отношению к одним вещам он являлся собственником, по отношению к другим, а именно к тем, которыми был обязан делиться с членами своего дележного круга, лишь распорядителем. Он являлся собственником данной вещи по отношению к одним людям, но лишь распорядителем по отношению к другим, а именно членам своего дележного круга. Он был собственником данной вещи по отношению к определенным людям в одной ситуации, но лишь распорядителем в другой.

И дальнейшее развитие шло по линии, во-первых, сужения круга лиц, обязанных делиться друг с другом, во-вторых, сокращения круга вещей, которыми человек был обязан делиться с другими, в-третьих, уменьшения числа ситуаций, в которых человеку следовало делиться. Однако в течение всей этой фазы каждый взрослый человек одновременно и был, и не был отдельным собственником. Не существовало каких-либо определенных ячеек отдельной собственности. Грани между ними носили относительный характер. Условны были границы и между дележными кругами.

В этих условиях семья не могла быть единицей собственности. Каждый человек был отдельным собственником и, кроме того, входил в дележный круг, который не обязательно совпадал с теми, в которые входили члены его семьи. На существование в позднепервобытных и даже предклассовых обществах раздельной собственности мужа и жены указывают многие исследователи.

Вместе с тем, не будучи единицей собственности, семья оставалась иждивенческо-потребительской ячейкой и во все большей степени становилась хозяйственной ячейкой. Это было связано с целым рядом обстоятельств. Одно из них заключалось в том, что позднепервобытная община, переставая быть единым дележным кругом, переставала в результате быть хозяйственной ячейкой. Она все больше и больше приобретала черты только хозяйственного организма¹⁴.

Отношения между членами общины, которые принадлежали к разным дележным кругам, все в большей степени становились отношениями обмена, предполагавшими эквивалентное возмещение. Виды этого обмена были различными: обмен помощью, платеж за услуги, заем и возврат долга; позднее к ним добавились обмены дарами и товарами. Регулировать эти отношения мораль не могла. В итоге обычное право начало действовать и внутри общины. И она начала регулировать не только имущественные отношения между ее членами. Силой, которая обеспечивала соблюдение норм обычного права, была теперь не община, а группы, на которые она стала теперь подразделяться.

Еще на последнем этапе развития превовбытнокоммунистического общества (в связи с усложнением отношений дележа) возникла необходимость учитывать не только линию, связывающую человека либо с матерью (в обществах с материнским родом), либо с отцом (в обществах с отцовским родом), но и другие линии родства. Это дало первый толчок к возникновению наряду со старой формой родства (классификационным или групповым родством) новой его формы (описательного или линейно-степенного родства).

Поскольку на стадии первобытнопрестижного общества в общине вместо одного дележного круга возникло несколько, важными стали вопросы фиксации принадлежности человека к тому или иному кругу и проведения достаточно зримых границ между этими кругами. Выходом из положения стало прослеживание связей по происхождению между людьми, генеалогических отношений между ними. Тот или иной дележный круг начал оформляться как совокупность людей, связанных своим происхождением от более или менее отдаленного реального предка, причем это происхождение по традиции, по крайней мере на первых порах, считалось либо только по матери (в обществах с материнскими родами), либо только по отцу (в обществах с отцовскими родами). Поэтому эти новые родственные образования возникли и рассматривались как части родов.

Если раньше роды распадались на совершенно самостоятельные новые роды, объединенные лишь принадлежностью к качественно иному образованию – фратрии, то теперь деление приобрело характер не распада, а сегментации. Новые образования

не становились, по крайней мере сразу, новыми родами. Они существовали как части, сегменты продолжавшего жить прежнего рода.

По мере развития эти образования в свою очередь сегментировались, возникшие группы делились на сегменты и т.д. В результате возникала сложная иерархия унилинейных родственных групп. Рано или поздно самые высшие сегменты, на которые подразделялся старый род, становились самостоятельными родами, а сам он либо исчезал, либо сохранялся в виде фратрии.

Когда группы людей, происходивших по одной линии от общего предка, превратились в роды, на смену старому типу рода – беспредковому пришел род нового типа – предковый.

Внутриродовые сегменты всех уровней в англоязычной этнографической литературе принято именовать линиджами. В зависимости от типа филиации их называют либо матрилиниджами, либо патрилиниджами. Сегменты самого низшего уровня принято именовать минилиниджами, высшего – максилиниджами. Сегменты, на которые непосредственно подразделяется род, некоторые авторы называют подродами, а сегменты уровнем ниже – подподродами. Когда встает вопрос о том, чем отличается линидж от предкового рода, обычно указывают, что линиджный предок является реальной личностью и поэтому его члены способны проследить свои генеалогические связи с ним и соответственно друг с другом. Что касается родового предка, то он – личность во многом легендарная, поэтому члены рода лишь верят в свое общее происхождение от него, но не способны проследить свое родство с ним.

Если подходить с чисто формальной стороны, то никаких принципиальных различий между предковой фратрией, предковым родом и его сегментами любого уровня, не существует. Поэтому их следовало бы объединить под одним названием. Так как унилинейный счет принадлежности к родственной группе можно назвать филиацией, то такого типа родственные группы могли бы получить название *филии*. По типу филиации они подразделяются на *матрифилии* и *патрифилии*. Филии самого низшего уровня можно назвать *минифилиями*, самого высокого – *максифилиями*. А между минифилиями и максифилиями размещается несколько уровней *медифилий*.

Выделение одного из уровней иерархии филий под названием рода происходит не по формальным признакам, а по значению этого унилинейного родственного образования в реальной жизни общества. Поэтому между этнографами, изучающими те или иные первобытные общества, иногда идут споры по вопросу о том, какое именно унилинейное родственное образование нужно называть родом. Но вряд ли могут быть сомнения в том, что одна из ступеней иерархической лестницы филий действительно имеет ключевое значение. Все филии, находящиеся ниже этого основного образования, представляют собой его подразделения, а все вышестоящие – различного типа ассоциации этих ключевых филий. Такого рода фундаментальную филию можно было бы назвать *родофилией*, или *генофилией* (от греч. генос – род).

С момента расщепления рода и общины, члены одного рода могли жить в разных общинах, но ядро такого рода всегда входило в состав только одной общины. Оно было монолитным. В состав других общин входили лишь члены родовой периферии. С началом сегментации родов положение изменилось. Каждая филия тоже имела свое ядро, которое можно было бы назвать *нуклефилией* (от лат. nucleus – ядро). Но монолитным являлось лишь ядро минифилии. Ядра всех филий более высокого порядка состояли из ядер филий низших порядков. Поэтому члены ядра любой филии высшего порядка, включая генофилию, могли входить в состав не одной, а нескольких общин. Когда ядро предкового рода входит в состав одной общины, род называют локализованным. В противном случае род характеризуют как нелокализованный. Филия любого порядка, кроме самого низшего, могла быть как локализованной, так и нелокализованной.

На прежнем этапе ядро одного рода не только всегда входило в состав одной общины, но и было единственным в ней. В этом смысле община, хотя в нее обязательно входили члены и других родов, была однородовой. На новом этапе

община тоже вполне могла быть родовой в указанном смысле. Однако однородовыми применительно к этому этапу называют не только общины, в которые входило все ядро того или иного рода, генофилии, но и общины, в которые входила лишь часть ядра того или иного рода при условии, что там не было ни ядер, ни частей ядер других родов. Вместе с тем на новом этапе кроме однородовых общин могли существовать и существовали многогородовые общины, т.е. такие, в состав которых входили ядра или части ядер нескольких родов.

На этом же новом этапе у некоторых народов наблюдался частичный, а иногда и полный отказ от родовой экзогамии. Браки стали возможны и между членами одного рода. И хотя чаще всего принадлежность к этому родственному образованию еще долгое время продолжала считаться лишь по одной линии (только по материнской или только по отцовской), оно переставало быть родом и вообще филией в точном смысле этого слова. К такого рода образованиям, которые внешне выглядели как филии, но таковыми уже не являлись, можно было бы применить термин «псевдофилия».

Появились родственные образования, члены которых имели общего предка, но происходили от него по любой линии: отцовской, материнской или по обоим сразу. Такие родственные объединения существовали, например, у маори Новой Зеландии. Туземцы их называли *хану*. Существовали и иные формы билинейных или билатеральных родственных объединений. В целом же на этой стадии основной формой родственных группировок являлись филии вообще, а среди них прежде всего генофилии.

На предшествующем этапе основной силой при разрешении конфликтов, возникавших между членами разных общин, были роды. На данном этапе такой силой по-прежнему оставались родственные объединения, однако теперь уже филии разных уровней, включая генофилию, а там, где они уже исчезли, псевдофилии и различного рода билинейные родственные группы.

На этапе первобытнокоммунистического общества главным источником конфликтов между общинами являлся различного рода ущерб, нанесенный личности человека. С развитием дарообменных отношений и возникновением престижной экономики важным источником конфликтов стал имущественный ущерб. Первоначально конфликты на этой почве возникали лишь между членами разных общин. В последующем они стали возможными и между членами одной общины.

Главными по-прежнему оставались конфликты из-за ущерба, нанесенного личности, и прежде всего из-за убийства члена одной родственной группы членами другой. Но раньше был возможен лишь один ответ пострадавшей стороны – возмездие, выражавшееся в нанесении аналогичного ущерба виновной стороне. Здесь действовал закон талиона. С развитием дарообменных отношений и утверждением принципа эквивалентности, с появлением и широким распространением дароплатежных отношений возник еще один способ восстановления справедливости и улаживания конфликта – не нанесение эквивалентного ущерба виновной стороне, а эквивалентное возмещение последней нанесенного ущерба.

Если одна родственная группа по вине другой теряла своего члена, то виновная сторона могла возместить нанесенный ущерб выплатой дароплатежа. Так возникла цена крови – вергельд. Если даже убийство можно было компенсировать дароплатежом, то тем более становилась возможной компенсация за прочие виды личного ущерба: ранения, увечье, насилие, оскорбление и т.п. Так возникли различного рода компенсации. Причем принятие вергельда не было обязательным. Потерпевшая сторона могла предпочесть возмездие – кровную месть.

Подобно тому как обязанность мстить за обиду лежала на всех членах потерпевшей родственной группы и объектом кровавого возмездия мог быть любой член виновной стороны, обязанность выплаты возмещения за ущерб лежала не только на обидчике, но и на всей его группе. Действовал принцип коллективной вины. На стадии первобытнокоммунистического общества в качестве сторон, между которыми имел место конфликт, выступали роды. На стадии первобытнопрестижного общества ими

стали главным образом филии. И общая тенденция развития заключалась в том, что в качестве сторон в конфликте начинают выступать филии все более низкого уровня: не столько генофилии, сколько медифилии и даже минифилии. Именно на членов этих родственных подразделений ложилась теперь обязанность и мстить за обиду, и выплачивать компенсацию потерпевшей стороне.

Раньше конфликты из-за нанесения личного ущерба случались только между членами разных общин. С переходом к первобытнопрестижному обществу, с увеличением размера общин и появлением в их составе нескольких родственных групп, главным образом филий низкого порядка, такого рода конфликты стали возможными и внутри общин, причем не только многогородовых, но и однородовых. Мстили друг другу и выплачивали компенсации филии, принадлежавшие к одной, более широкой филии, скажем, генофилии. В результате обычное право, которое раньше регулировало отношения только между членами разных общин, начало теперь, наряду с табуитетом и моралью, определять отношения людей и внутри социоисторических организмов.

В случае, когда виновная сторона была готова возместить ущерб, между вовлеченными в конфликт группами могли вестись переговоры нередко через посредство лиц, которые не принадлежали ни к одной из сторон, но имели связи и с той, и с другой.

Обращаясь к конфликтам, связанным с причинением имущественного ущерба члену одной родственной группы членами другой, прежде всего отмечу, что отнятие имущества с применением насилия, т.е. грабеж, в первобытнопрестижном и предклассовом обществах рассматривалось как нанесение ущерба личности. Этот конфликт разрешался теми же способами, как и в случае убийства, ранения, похищения женщины, насилия над ней и т.п.

Под причинением собственно имущественного ущерба, отличного от ущерба, нанесенного личности человека, кроме кражи и потравы полей, понималось в основном невыполнение человеком его имущественных обязательств по отношению к члену другой родственной группы. Это – затягивание с отдаром, явно неэквивалентный отдар или отказ от отдаривания, слишком малый дароплатеж, затягивание с его выплатой или прямой отказ от выплаты, затягивание с возвращением займа или отказ от него и т.п.

Как уже указывалось, конфликты на почве имущественного ущерба, которые тоже первоначально возникали между членами разных общин, в последующем стали возможными и между членами одной общины. За человека, потерпевшего имущественный ущерб в результате действий члена другой родственной группы, могли вступить и обычно вступались члены его собственной родственной группы. Однако совместные действия в такого рода случаях не были столь обязательными, как в случае убийства или причинения иного личностного ущерба.

В результате человек, потерпевший имущественный ущерб, нередко прибегал к помощи вредоносной магии, стремясь навлечь на обидчика или обидчиков кару не естественным, а сверхъестественным способом. Чаще всего обиженный стремился магическим способом умертвить обидчика. С этой целью он либо сам совершал нужные магические действия, либо обращался к услугам известного своим магическим искусством колдуна. В первобытнопрестижных и более поздних – предклассовых обществах угроза применения вредоносной магии являлась важным средством обеспечения соблюдения людьми, принадлежавшими к разным родственным группам, имущественных обязательств по отношению друг к другу. Об этом свидетельствуют данные этнографии.

Широкое распространение на этой вредоносной магии привело к возникновению у значительного числа народов веры в то, что всякая ненасильственная смерть – это следствие колдовства. Поэтому, когда в такого рода обществе умирал человек, члены его группы начинали выяснять, кто именно из чужаков своими магическими действиями вызвал его смерть. А дальше родственники умершего стремились либо убить подозреваемого или одного из его родственников, либо получить от группы подозреваемого компенсацию. Подозреваемые обычно отрицали свою вину. Результатом

нередко становилась длительная вражда, которая выливалась в серию кровавых расправ.

Дела, в которых были очевидны и виновность одной из сторон, и размеры причиненного ею ущерба, обычно решались путем переговоров между вовлеченными в конфликт группами. Эти переговоры могли вестись как прямо, так и через посредников. Когда же в деле оставалось много неясного и каждая из сторон трактовала его по-разному, возникала тяжба. Если втянутые в нее стороны оказывались неспособными разрешить конфликт самостоятельно, они могли обратиться к посторонним лицам с просьбой рассмотреть их доводы и решить, кто из них прав и кто виноват. Так, по-видимому на этой стадии возник суд посредников (медиаторов), или третейский суд. Чаще всего этот суд разрешал имущественные тяжбы, хотя в принципе мог рассматривать любые конфликты.

Вместе с тем третейский суд не был постоянным органом. Вопрос о его составе каждый раз решался заново сторонами, которые прибегали к такому способу разрешения конфликта. Само собой разумеется, что никакой принудительной силой этот суд не располагал. Единственной реальной силой, способной прибегнуть к физическому насилию, являлись только родственные группы, прежде всего филии. Когда две стороны обращались к услугам суда посредников, то предполагалось, что они примут его решение, каким бы оно ни было. И когда одна из сторон отказывалась выполнить решение суда, другая получала санкцию общественного мнения на применение силы.

Хотя на данной стадии обычное право продолжало регулировать отношения прежде всего между группами, оно стало существенно сказываться и на отношениях внутри групп. И дело здесь не только в том, что группа, являвшаяся субъектом обычного права, могла состоять из нескольких образований, каждое из которых также могло быть субъектом обычного права. Каждая группа выступала в защиту своего члена независимо от того, был ли он прав или не прав в своих отношениях с членами других групп. Если же член одной группы слишком часто ввязывался в конфликты с членами других групп, это могло дорого обойтись первой группе: она либо теряла людей, либо делала большие выплаты в качестве компенсации за ущерб, который ее член наносил чужакам. В результате общественное мнение начинало осуждать действия данного человека. Так к обеспечению функционирования обычного права оказывалось подключенным общественное мнение группы. Если давление группы не приводило к желаемому результату, предпринимались определенные действия: нарушителя могли изгнать из группы или даже уничтожить, чтобы пресечь зло, которое причиняли его действия.

Предклассовое общество: дальнейшая эволюция обычного права и начало становления права

На смену первобытнопрестижному приходит общество, которое является переходным к классовому. За ним в настоящее время закрепилось название предклассового общества. Для него было характерно одновременное существование нескольких существенно отличавшихся друг от друга типов социально-экономических структур. Однако при всем различии у них было нечто общее: все они включали в себя формирующийся крестьянско-общинный общественно-экономический уклад, который я буду называть *пракредьянско-общинным*.

На базе пракредьянско-общинного способа производства, который по своей природе не был антагонистическим, могли возникнуть и возникали различного рода антагонистические образы и способы производства. Становление крестьянско-общинного уклада с необходимостью предполагало формирование ячеек особой (обособленной) собственности – крестьянских домохозяйств, или дворов. Ячейками точно такой же собственности являлись и хозяйства ремесленников, которые стали возникать на этой же стадии развития. Формирование тех или иных антагонистических укладов

было невозможно без оформления ячеек частной собственности. Для ячеек обособленной (особой) и частной собственности было характерно распределение по собственности, поэтому для упрощения можно объединить эти образования под названием ячеек частной собственности. Чаще всего единицами отдельной, особой (обособленной) или частной, собственности являлись большие или (реже) малые семьи. С утверждением ячеек частной собственности постепенно исчезают дележные отношения и дележные круги, хотя пережитки их еще долгое время продолжают сохраняться. Их находят даже в крестьянском мире классовых обществ.

Семья становится прочным экономическим единством. В чисто экономическом плане связь человека, включая главу семьи, с членами этой ячейки общества становится гораздо более прочной, чем связь с членами своей филлии, которые не входили в его семью. Однако филлия, потеряв во многом (но не полностью) экономическое значение, продолжает оставаться крайне важной для человека, ибо она и только она способна обеспечить защиту человека от покушений членов других родственных групп на его жизнь и имущество.

В результате синтеза семейных и филильных связей возникает очень своеобразное социальное образование, состоявшее из семей, главы которых (и значительная часть их членов) входили в одну филлию. Одним из первых отделил эту социальную форму от всех остальных М.О. Косвен. Он назвал ее патронимией (от лат. *pater* – отец и лат. *patrona* – имя). Я буду называть ее *парафиллией* (от греч. пара – около, возле, рядом). Подобно иерархии филий существовала иерархия парафилий.

В статье «Переход от первобытного общества к классовому: пути и варианты развития» (Этнограф. обозрение. 1993. № 1–2) мною были охарактеризованы основные образы и способы эксплуатации, существовавшие в эту эпоху, выделены главные типы предклассового общества. Не повторяя сказанного в названной выше статье, ограничусь лишь перечислением данных типов (с учетом последних моих исследований в этой области). Такими типами являлись: пракрестьянское, протополитарное (социоисторические организмы подобного рода обычно называют вождествами), протонобиларное, протодомимагнарное, протонобимагнарное и протомилитомагнарное общества. В этнографическом мире наиболее распространены пракрестьянские и протополитарные общества, реже встречаются протодомимагнарные и протонобимагнарные, еще более редки протонобиларные и известны лишь единичные случаи протомилитомагнарных. Если на стадиях первобытнокоммунистического и первобытнопрестижного общества социоисторическими организмами были общины, то на ступени предклассового общества наряду с однообщинными социоисторическими организмами (общиносоциорами) возникли организмы, состоявшие из нескольких пракрестьянских общин (*трибисоциоры* и *вождества*, или *протополитархии*).

Во всех этих обществах огромную роль играло обычное право. Когда социально-исторические организмы были сравнительно малы, обычное право регулировало отношения как между этими организмами, так и между различного рода родственными группами, которые входили в их состав. Обычное право всегда наряду с моралью и пережитками табуитета регулировало отношения внутри социоисторических организмов. Но в отличие от морали оно нормировало отношения не непосредственно между индивидами, а прежде всего между их группами, и тем самым между самими индивидами. Когда социоисторические организмы были достаточно велики, обычное право становилось явлением почти исключительно внутрисоциорным.

Если в первобытнокоммунистическом обществе волевые отношения собственности были моральными, то в предклассовом обществе, где в значительной степени завершился процесс, который начался с переходом к первобытнопрестижному, экономические отношения собственности стали выражаться и закрепляться не в нормах морали, а в нормах обычного права. Имущественные, т.е. волевые отношения собственности стали теперь не моральными, а обычноправовыми. Обычное право регулировало различного рода отношения обмена (включая куплю–продажу, кредит и др.), пользование, распоряжение и владение движимым и недвижимым имуществом,

землепользование и землевладение, наследование и др. Безусловно, обычное право не ограничивалось только областью имущественных отношений. Оно регулировало семейно-брачные отношения. И, конечно же, по-прежнему играло важнейшую роль в разрешении дел, связанных с убийством, нанесением телесных повреждений и причинением других обид.

Важной особенностью в какой-то степени уже первобытнопрестижного и в полной мере предклассового общества было существование своеобразной иерархии ячеек разрешения конфликтов. Низшей ячейкой являлась семья, чаще всего большая. Все конфликты, которые происходили между ее членами, включая убийства, были ее частным делом. Никто не имел права в них вмешиваться.

Если конфликт происходил между людьми, принадлежавшими к разным семьям одной родственной группы (ближайшей филии, парафилии и т.п.), он становился делом двух данных семей. Как мы уже видели, на стадии первобытнокоммунистического общества кровная месть внутри рода была немыслима. Она случалась только между родами. С переходом к первобытнопрестижному обществу и появлением иерархии филий кровная месть (и соответственно возникшая на этой стадии компенсация за убийство) стала возможна и внутри рода (генофилии), вначале только между самыми высшими медифилиями, а затем и филиями более низких порядков, а кое-где даже между минифилиями и реже семьями. В последнем случае конфликт между семьей убитого и семьей убийцы разрешался путем кровной мести или уплаты цены крови даже в том случае, если убийца и его жертва принадлежали к одной минифилии. Вмешательство минифилии в этот конфликт сводилось лишь к посредничеству.

Если убийца и его жертва принадлежали не только к разным семьям, но и к разным минифилиям, входившим в состав одной ближайшей медифилии, конфликт становился делом только этих двух минифилий. Вмешательство ближайшей медифилии сводилось лишь к посредничеству. Если убийца и его жертва принадлежали к разным семьям, минифилиям и ближайшим медифилиям, но входили в состав одной медифилии более высокого порядка, в конфликте принимали участие ближайшие медифилии. По этой лестнице можно подниматься до тех пор, пока не будет достигнута генофилия.

Наряду с филиями существовали общины. Ядро последних и на этой стадии могло совпадать с ядром какой-либо филии. Но оно могло состоять и из ядер нескольких неродственных филий. Община была заинтересована в мирном разрешении конфликтов между всеми своими членами, между всеми входившими в ее состав семьями и родственными группами.

В самостоятельных пракрестыанских общинах постепенно возникает постоянный орган, который разбирает конфликты между членами разных семей и родственных групп, входящих в состав общины. Этим органом становится общее собрание всех взрослых мужчин общины. На этом собрании, происходившем под председательством старосты общины, тяжущиеся стороны излагали свои аргументы, затем выступали свидетели и, наконец, высказывались все желающие. В заключение староста подводил итоги и формулировал общее мнение присутствующих. Общинная воля требовала от сторон выполнения решения общинного суда. Каких-либо мер физического принуждения община обычно не предпринимала.

Однако если проигравшая сторона не хотела следовать этому решению, то выигравшая сторона при одобрении общественного мнения применяла различные средства, включая использование физической силы с тем, чтобы добиться его выполнения. Человека, постоянно нарушавшего покой общины и отказывавшегося выполнять решения ее суда, могли изгнать. Перечень дел, которые рассматривало общинное собрание, был, как правило, ограниченным. Вне его компетенции обычно находились дела об убийствах. Они решались вовлеченными в них сторонами прямо, с помощью посредников или третейского суда. Мелкие дела разбирал единолично староста в присутствии заинтересованных сторон.

Судебная организация в предклассовых обществах разного типа была неодинаковой. А в некоторых обществах, чаще всего в протодомимагнарных и протонобимаг-

нарных, нередко существовали специальные выборные суды, которые взымали штрафы с виновных. К сожалению, более подробный рассказ об этом занял бы слишком много места. Имеет смысл специально остановиться лишь на протополитархиях (вождествах), которые представляли собой формирующиеся государства (прагосударства).

В ранних протополитарных обществах право суда принадлежало правителю вождества (протополитарху), правителям провинций и округов (субпротополитархам) и старостам общин. Правители публично, в присутствии всех желающих, рассматривали доводы сторон, заслушивали свидетелей и принимали решения, основанные на нормах обычного права. С проигравшей стороны взыскивался штраф в пользу правителя.

Когда мы обращаемся к современному праву, то оно прежде всего подразделяется на уголовное и гражданское. Уголовный процесс заключается в том, что государство в лице определенных органов, узнав о деянии, которое представляет собой нарушение норм этого права, иными словами, преступление, возбуждает дело против человека или группы людей, подозреваемых в совершении преступления. Если обвинение во время судебного процесса подтверждается, суд приговаривает преступников к наказанию, которое зависит от тяжести преступления. Высшей мерой наказания является смертная казнь. Государство берет на себя приведение приговора в исполнение.

Гражданский процесс возбуждается государством только по инициативе людей, которые имеют какие-либо претензии, чаще всего имущественные, к другим лицам. Когда иск принимается государством, люди, предъявившие иск, выступают в роли истцов, а противоположная сторона – в роли ответчиков. Заслушав доводы обеих сторон, суд принимает решение удовлетворить или отклонить иск. В случае положительного решения государство обеспечивает его реализацию. К гражданскому процессу неприменимы такие понятия, как «преступление», «обвинение», «обвиняемый», «приговор», «наказание».

В ранних протополитархиях почти все процессы, включая и связанные с убийством, носили, выражаясь современным языком, характер не столько уголовных, сколько гражданских процессов. Если был убит человек, то формирующееся государство никакого дела по своей инициативе не возбуждало, оставляя это на рассмотрение двух сторон – потерпевшей ущерб и нанесшей ущерб. Правитель рассматривал дело об убийстве только в том случае, если потерпевшая сторона обращалась к нему. На суд приглашались обе стороны, которые излагали свои доводы. Если правитель приходил к выводу, что убийство совершили люди, которых обвиняла потерпевшая сторона, он обязывал родственников убийцы или убийц выплатить цену крови. В этом процессе присутствовало понятие «обвинение», но отсутствовали понятия «преступление», «преступники», «приговор», «наказание».

После принятия правителем решения формирующийся государственный аппарат не занимался его исполнением. Забота об этом целиком ложилась на потерпевшую сторону. Она собственными силами должна была добиться выплаты вергельда. Таким образом, даже в протополитарных обществах, не говоря уже об остальных типах предклассового общества, главными организациями, обеспечивавшими защиту человека и его имущества, продолжали оставаться родственные группы (филии, парафилии, псевдофилии, билинейные образования).

Прагосударство первоначально возбуждало дело по своей инициативе лишь тогда, когда совершались покушения на власть и на особу правителя. Тогда человека задерживали, обвиняли в преступлении, приговаривали, как правило, к смерти и приводили приговор в исполнение. Впрочем, заподозренного в таком преступлении могли по приказу правителя просто убить без всякого суда. В случае, когда дело обвинения в покушении на власть и на особу правителя рассматривалось в суде, мы можем говорить о возникновении права, причем права уголовного. Первым уголовным преступлением считалось преступление против самого государства, т.е. государственное преступление в узком смысле слова.

В процессе дальнейшего развития, чаще всего уже на стадии классового общества, возник запрет убийств одних подданных государства другими совершенно независимо от причин, которые их к этому побудили. Законное убийство подданных стало монополией государства. Все остальные убийства оказались вне закона, их начали квалифицировать как преступления. В последующем преступлениями были объявлены воровство, грабежи, насилия и т.п. Так формировалось уголовное право. Одновременно шел процесс становления гражданского права. В основу его норм легли многие нормы обычного права.

С возникновением права обычное право сразу не исчезло. Оно долгое время продолжало сохраняться и действовать на низших уровнях классового общества, особенно часто на уровне крестьянских общин. Но сфера его действия была значительно сужена. Не подлежали, в частности, обычному праву дела об убийствах. Изменился в классовом обществе и субъект обычного права. Уже на стадиях первобытнопрестижного и предклассового общества обнаружилась тенденция к тому, что субъектами обычного права становились все меньшие и меньшие родственные группы. На стадии классового общества эта тенденция достигла своего апогея. В качестве субъектов обычного права все реже выступали группы родственников и семьи и все чаще – индивиды. Начал исчезать принцип коллективной ответственности.

Заключение

Перед нами представляли четыре формы общественной воли: табуитет, мораль (главным образом первобытная, но не только она), обычное право и право.

Табуитет представлял собой совокупность особого рода запретов. Табу являлись запретами тех действий, которые, как верили люди, неотвратимо навлекали на них непонятную, но грозную опасность. Человек, нарушивший табу, совершал преступление против общества в целом. Преступника наказывали: убивали или, реже, изгоняли из общины.

Для морали была характерна оценка поступков людей с помощью понятий добра и зла. Тем самым они подразделялись на одобряемые и осуждаемые обществом. Не буду повторять того, что уже было сказано выше об интериоризации велений морали, о чувствах долга, чести, совести и т.д. Нарушение норм морали, в том числе первобытной, представляло собой не преступление, а проступок. Нарушителя не наказывали. Его действия подлежали лишь суду общественного мнения и его собственной совести.

На более позднем этапе от морали отделился этикет. Если мораль определяла содержание человеческого поведения, то этикет – лишь его внешнюю форму. Основное в этикете – понятие приличия. Действия людей оцениваются как отвечающие приличию (приличные) и не отвечающие ему (неприличные или даже непристойные). Когда действия человека оцениваются окружающими как нарушение приличия, он испытывает чувство неловкости или стыда. Понятия приличия и неприличия могут распространяться не только на действия человека, но и на другие моменты. Этикет ранее нередко диктовал, во что человек должен быть одет, какую прическу ему носить и т.п. До сих пор отставание от моды нередко считают неприличным. Одета не по моде женщина может испытывать чувство неловкости или даже стыда.

Обычное право непосредственно не представляет собой совокупности норм, отклонение от которых считается преступлением или проступком. Исходным в обычном праве является понятие ущерба, который члены одной человеческой группы причиняют членам другой группы. Это понятие тесно переплетается, хотя полностью и не совпадает, с понятием обиды. Нанесение ущерба (обиды) рассматривается потерпевшей стороной как нарушение справедливости. В результате между вовлеченными в конфликт сторонами возникает вражда. На более позднем этапе вражда между сторонами частично дополняется, частично замещается тяжбой между ними. На более

раннем этапе суть норм обычного права заключалась в том, чтобы прекратить вражду, т.е. добиться примирения сторон, а на более позднем этапе – еще и в том, чтобы разрешить тяжбу между сторонами. Это можно сделать только путем восстановления справедливости. Нормы обычного права диктуют способы прекращения вражды и разрешения тяжбы, т.е. методы восстановления нарушенной справедливости. Один способ – это причинение виновной стороне точно такого же ущерба, другой – возмещение ущерба.

Вместе с тем лучший способ избежать вражды и не втягиваться в тяжбу состоит в том, чтобы не причинять людям ущерба (обиды), т.е. не нарушать справедливости. Определяя, в чем заключается нанесение ущерба (обиды), обычное право тем самым указывает человеку, какие его действия вызовут вражду, а какие нет, т.е., иными словами, как ему следует вести себя, чтобы не попасть в беду. И в этом смысле обычное право, так же, как табуитет и мораль (в том числе и первобытная), регулирует поведение людей не только в чрезвычайных обстоятельствах, но и в их повседневной жизни.

Право прежде всего подразделяется на гражданское и уголовное. Гражданское право прямо, непосредственно выступает в качестве совокупности норм, регулирующих поведение людей. Эти нормы государство возводит в закон и требует их соблюдения от всех своих подданных или граждан. Если человек нарушает эти нормы, государство по иску потерпевших заставляет нарушителя соблюдать их и возмещать причиненный его неправовыми действиями ущерб, т.е. восстанавливает справедливость.

Уголовное право есть перечень действий, которые являются преступлениями против государства и подлежат каре с его стороны. Государство судит преступников, приговаривает их к наказанию, которое соответствует тяжести совершенного преступления, и приводит приговор в исполнение. Тем самым оно восстанавливает справедливость.

В заключение хотелось бы сказать несколько слов о том, как следует именовать раздел этнографии (этнологии), изучающий поведенческие нормы доклассового общества. Исходя из того, что эти нормы относились к трем разным формам общественной воли (табуитету, морали и обычному праву), для обозначения науки о них лучше всего было бы использовать предложенный А.И. Першицем термин «нормативная этнография (этнология)».

Примечания

¹ См., например: *Бабич И.Л.* А.М. Ладыженский как исследователь в области юридической этнографии // *Этнограф. обозрение.* 1995. № 4.

² См., например: *Pospisil L.* *Anthropology of Law: A Comparative Theory.* N.Y., 1971; *Roberts S.* *Order and Dispute: Introduction in Legal Anthropology.* L., 1979.

³ *Першиц А.И.* Проблемы нормативной этнографии // *Исследования по общей этнографии.* М., 1979. С. 214.

⁴ Там же. С. 222.

⁵ Подробнее см.: *Семенов Ю.И.* *Секреты Клио.* Сжатое введение в философию истории. М., 1996.

⁶ Подробнее см.: *Семенов Ю.И.* *Экономическая этнология.* Первобытное и раннее предклассовое общество. Вып. 1. М., 1993. С. 62–99.

⁷ *Маркс К., Энгельс Ф.* *Манифест Коммунистической партии* // Соч. Изд. 2-е. Т. 4. С. 426.

⁸ *Briffault R.* *The Mothers.* V. 2. L., 1927. P. 352–353.

⁹ *Ibiem.* P. 351–365; V. 3. L., 1927. P. 251–253.

¹⁰ *Рейнак С.* *Орфей.* Всеобщая история религий. Вып. 1. М., 1919. С. 16.

¹¹ *Фрейд З.* *Тотем и табу* // *Фрейд З.* «Я» и «Оно». Труды разных лет. Кн. 1. Тбилиси, 1991. С. 261.

¹² *Ковалевский М.М.* *Обособление дозволенных и недозволенных действий* // *Новые идеи в социологии.* Сб. 4. СПб., 1913. С. 90.

¹³ Подробнее о престижной экономике см.: *Семенов Ю.И.* *Экономическая этнология...* Вып. 2–3. М., 1993.

¹⁴ Подробнее об этих понятиях см.: *Семенов Ю.И.* *Ленинская категория «общественно-экономический уклад» и некоторые проблемы истории первобытного общества* // *Ленинизм и проблемы этнографии.* М., 1987.

Yu.I. S e m e n o v. The Forms of Public Will in a Primitive Society: Tabooitet, Morals and Common Law

In primitive society there were three forms of public will: tabooitet, morals and common law.

Taboos were the interdictions of actions, which, as the people trusted, inevitably attracted on all their unintelligible, but terrible danger. The person, breaking taboo, made a crime against a society as a whole. A criminal punished: killed or, less often, expelled from community.

Of morals an estimation of acts of the people with the help concepts of goods and evil was characteristic. Approving one human action and condemning other, society thus dictated to the people as at as necessary lead yourself, gave them certain norms of behavior. The infringement of norm of morals represented not a crime, but offense. The infringer was not punished. His action were subject to court only of public opinion and his own conscience.

The common law directly does not represent set of norms, a divination from which it is considered as a crime or offense. Initial in the common law is the concept of damage, which the members of one human group cause to the members other. Drawing damage is considered by the dissatisfied party as infringement justice. As the result between the involved parties arises enmity. Essence of the common law consists in stopping enmity, to achieve reconciliation of the parties. It can be made only by restoration justice. The norms of the common law dictate ways of the termination enmity, methods restoration broken justice. One way – infliction to the guilty party of precisely some damage, second – compensation of damage.