© ЭО, 2005 г., № 5

Х. Зиёев

ПУТИ ГАРМОНИЗАЦИИ ТРАДИЦИИ И ПРАВА
(к постановке проблемы на примере Таджикистана)

Таджикистан, несмотря на длительный опыт функционирования современного права, все-таки больше тяготеет к традиционным, нежели к современным, обществам. По этой причине введение современного права здесь должно иметь свои особенности. Данные особенности в прошлом, за исключением позднего советского периода, учитывались законодателями. Это касается прежде всего конца XIX – начала XX в., когда вводилось имперское право России, и 20-х годов XX столетия, когда вводилось советское право (*Тохиров* 2003). Некоторые характеристики Таджикистана как страны с традиционным укладом жизни людей, учитываются и нынешними законодателями. Однако сегодня введение современного права и строительство правового государства, что определено в Конституции Республики Таджикистан как цель, требуют большего внимания к проблеме гармонизации традиции и права. Без решения данного вопроса многие законы могут существовать только де-юре, но не де-факто. Какие вопросы в первую очередь должны быть решены и на какие сферы следует обратить внимание? Мы попытаемся обозначить и осветить некоторые аспекты указанной проблемы.

В целом в традиционных обществах введение современного права никогда не может заменить традицию. И, наоборот, там, где традиционные общества обладают элементами современного права, традиция не способна регулировать все сферы отношения людей, не опираясь на право. Поэтому соотношение традиции и права, его роль в строительстве правового государства в таких обществах имеет тенденцию становиться все более актуальной. Но эта роль имеет разную степень значимости для различных обществ. Для стран Центральной Азии, в том числе для Таджикистана, с их опытом проживания в составе Советского Союза, где традиции в большинстве своем игнорировались, соотношение традиции и права имеют специфику – здесь право должно активно вмешиваться в традицию, а традиции должны быть эффективно включены в процесс законотворчества. Другими словами, в этом регионе важное значение имеет вопрос о том, насколько право сможет удовлетворять правомерные правопритязания традиции (*Нерсесянц* 2000: 32–52). Вместе с тем в традиционных обществах на современном этапе развития, если поставлена цель строительства правового государства, традиция обязательно должна быть подконтрольна праву.

Говоря о проблеме гармонизации традиции и права, следует отметить, что один из важных вопросов в данном направлении – вопрос о сферах применения обычного права. Это можно проиллюстрировать на примере России. Здесь с середины 90-х годов XX в. проблема соотношения обычая и права стала одной из наиболее обсуждаемых в этнографии (антропологии). Например, Н.И. Новикова отмечает, что у аборигенных народов Севера объектами обычно-правового регулирования могут стать традиционное природопользование, самоуправление коренных народов и общие принципы организации и деятельности их общин, некоторые вопросы семейного права и наследования и т.д. Для современного Таджикистана наиболее широкий

Хуршедджон Зиёев – кандидат философских наук, заместитель ректора Таджикского государственного института языков.

простор для гармонизации традиции и права и ее использования в процессе законотворчества имеется, с нашей точки зрения, в следующих сферах: религиозные отношения, управление обществом на уровне местной власти и использование традиционных институтов власти в ней, семейное и наследственное право, трудовой кодекс, использование земли и воды, решение конфликтов локального характера, регулирование некоторых обрядов и т.д. Сходство проблем этих двух находящихся в тысячах километрах друг от друга регионов подтверждает, что гармонизация традиции и права немыслима без разработки общих принципов традиционного права любого народа и их применения в процессе принятия актов современного права.

Возвращаясь к сферам применения обычного права на примере Таджикистана, необходимо отметить, что в сфере религиозных отношений, например, республика сегодня, по Конституции, объявлена светским государством. Но насколько данная характеристика проявляется на практике – остается вопросом. Во-первых, население республики, абсолютное большинство которого составляют мусульмане, является религиозным и выполняет большинство требований ислама или, во всяком случае, старается жить согласно религиозным предписаниям. Поэтому иметь светского лидера во главе государства и религиозного лидера во главе религиозной общины для населения почти равнозначно двоевластию, что в современное время недопустимо. Во-вторых, религиозные праздники – один из основных видов проявления сути ислама, признаны на официальном уровне, в рамках действующих законов. В-третьих, государственные деятели всех рангов в собственных действиях никогда не показывают свою отдаленность от ислама и т.д. Эти и другие факты говорят о том, что отношение к религии на законодательном уровне должно быть пересмотрено.

На наш взгляд, создание министерства по религиозным делам могло бы стать одним из таких путей. Это, в свою очередь, поможет предотвратить те негативные явления, которые связаны с политизированным исламом, религиозным насилием и т.д., ибо основная причина этого – бесконтрольность некоторых религиозных лидеров. Другими словами, государственный контроль и регулирование религиозных отношений в последнее время в условиях Таджикистана, где позиция традиции, в том числе и религиозной, очень сильна, становится необходимостью. Но каковы механизмы установления такого порядка – это предмет тщательного обсуждения юристов и религиозных деятелей, в том числе путем активного использования опыта самого мусульманского права.

Другой наиболее перспективной сферой в деле гармонизации традиции и права в Таджикистане можно считать местные органы. Но прежде чем рассмотреть данный вопрос, вкратце ознакомимся с местными органами управления, самоуправления и территориального самоуправления (Гражданственность…: 2004). Структура и законные полномочия местных органов власти изложены в различных законах, самые важные из которых были приняты в 1994 г. и 1999 г.

К местным органам управления в Таджикистане относятся областные (*вилоят*) и районные (*нохия*) администрации, а также города (*шахр*) и поселки (*шахрак*) их подчинения. Районы, города и поселки входят в состав областей или напрямую подчиняются центральной власти республики (районы республиканского подчинения). На этих уровнях местные органы осуществляют регулирование в соответствии с законодательством, и в деле гармонизации традиции и права здесь особых проблем не существует.

Вслед за местными органами идут органы местного самоуправления. К ним относятся джамоаты. Этот уровень самоуправления был введен в современном Таджикистане в 1994 г. Джамоат имеет как исполнительные, так и представительные функции. Он возглавляется председателем, кандидатуру которого предлагает председатель района и голосованием утверждает совет джамоата. Председатель может быть отстранен от должности по решению двух третей членов совета.

Обычно в состав совета джамоата избирается от 20 до 40 депутатов из числа жителей его территории, достигших 18-летнего возраста. В составе совета должно

быть по одному представителю от каждой улицы, махаллы или села, находящихся в его географической зоне. Выборы членов совета джамоата проводятся на сходе открытым голосованием путем поднятия рук. В отличие от депутатов районных и областных маджлисов члены совета джамоата не имеют официального статуса депутатов и работают на общественных началах. Председатель джамоата в зависимости от численности населения управляемой территории назначает оплачиваемый штатный персонал. Джамоат на своей территории проводит мероприятия от имени районных властей, а его председатель также представляет интересы избранного совета. Решения джамоата утверждаются его советом. Последний создает различные комитеты для проведения в жизнь того или иного вопроса.

Таким образом, джамоат представляет собой официальный орган местного самоуправления, но своего бюджета у него нет. Вместо этого в районных бюджетах отдельной строкой выделяются предлагаемые расходы и ассигнования для джамоатов. Кроме того, джамоат не имеет права вводить и собирать собственные налоги. Он собирает налоги и тратит средства от имени районного хукумата. Джамоат подчиняется районным, областным и общегосударственным законам и правилам, расходует полученные от вышестоящих инстанций средства на те цели, для которых они предназначались, и отчитывается в их использовании. Председатели некоторых джамоатов работают в тесном контакте с избранным советом. Однако в большинстве джамоатов советы пассивны или вообще не функционируют. Вместе с тем некоторые председатели оказываются в очень большой зависимости от руководства местных сельскохозяйственных и других предприятий, так как именно они зачастую являются единственным источником независимого финансирования джамоата (Гражданственность…: 46).

Из сказанного следует, что на уровне джамоатской местной власти, с учетом традиционных форм управления и институтов, все отношения регулируются законодательным путем. Однако широкое применение добровольно-принудительного участия граждан в решении разных вопросов делает их работу неэффективной. Другими словами, смешение функций государства и гражданского общества (к чему можно отнести и традиционные формы регулирования отношений) на этом уровне власти не дает должной отдачи. Поэтому джамоаты должны быть укреплены в законодательном порядке, особенно с точки зрения их бюджетного финансирования. Это основной способ укрепления правового государства на местах.

Джамоат обычно состоит из махалл, которые относятся к органам "местного территориального самоуправления". Махалла, как и подобные ей институты – кишлачные комитеты, квартальные комитеты и т.п., не является законным органом с юридическими статусом и полномочиями, но обычно признается городскими и районными официальными властями. Это своего рода неправительственная организация (некоторые махаллы сегодня даже регистрированы именно в таком качестве). Махалла – традиционная форма сельского самоуправления в Таджикистане, играющая важную роль в развитии способности и мотивации людей к участию в делах гражданского общества и внесению своего вклада в его работу на уровне местного сообщества. В махалле власть обычно находится в руках махаллинского комитета. Комитет традиционно, но не всегда, состоит из мужчин-старейшин. Они обычно выбирают руководителя (*раиса*), представляющего их перед вышестоящими органами управления. Раис может получать пособие от районных, городских или джамоатских органов, но работа, структура и способы взаимодействия этих организаций с областными и районными органами государственной власти различаются. Махалла выполняет важную социальную функцию. Часто она организует традиционные хашары, оказывает помощь беднейшим семьям и отдельным лицам, содействует разрешению местных конфликтов и организует жителей на благоустройство и развитие территории своей махалли и деревни (Гражданственность…: 47).

В городской местности тоже существуют махаллы, объединяющие жителей нескольких соседних улиц. Городская махалла выполняет те же функции, что и сель-

ская, но ее руководители непосредственно подчиняются городской власти – хукумату. Наряду с этим в городах существуют комитеты, советы микрорайонов и другие объединения. Они представляют собой органы, при помощи которых жители микрорайонов могут использовать совместные ресурсы для благоустройства своей жилой площади. Эффективность и методы их работы различаются. Обычно такие комитеты ежегодно выбирают председателя, который получает небольшую зарплату от городской или поселковой администрации. Если председатель не справляется со своими обязанностями, он может быть сменен по решению большинства жителей. Выборы проводятся прямым открытым голосованием. Председатель обычно собирает деньги на оплату некоторых коммунальных услуг и на ремонт объектов общего пользования – крыши, дворовых сооружений. Для оказания ему помощи может наниматься бухгалтер. С распадом Советского Союза объем работы этих объединений возрос, потому что государство стало оказывать намного меньше социальных услуг. Сегодня можно легко сказать, где комитет работает хорошо, просто посмотрев на чистоту подъездов и лифтов.

Таким образом, в современном Таджикистане на уровне местного территориального самоуправления возрождены многие функции традиционных институтов власти общины. Большинство подобных институтов традиционны для таджикского общества. Некоторые появились недавно. В любом случае – и те, и другие играют позитивную роль в строительстве правового государства. Впрочем, и тут имеются существенные вопросы, связанные с гармонизацией традиции и права. Во-первых, если глава общины получает заработную плату из государственного бюджета, то его полномочия должны быть законодательно оформлены. Во-вторых, здесь допустимо соединение функций государства и гражданского общества, традиционных институтов власти, но ради предупреждения злоупотреблений и эти функции тоже должны быть отражены в законах. Иначе говоря, необходимо законодательное оформление традиционных полномочий и функций махаллы.

Безусловно, это можно расценивать как чрезмерное вмешательство государства в дела гражданского общества. Но, с нашей точки зрения, ради предсказуемости и подконтрольности процессов на этом уровне функционирования таджикского общества стоит усилить такое вмешательство. В частности, законодательным путем следует определить полномочия, а не механизмы решения отношений на уровне общины. Каковы должны быть механизмы, покажет практика, реалии жизни. В ходе законодательного становления отношений между государством и махаллами, постепенно выяснится вопрос о том, насколько здесь могут быть применены какие-то элементы традиционного права.

В области применения наследственного права при введении современного права также необходимо учитывать некоторые традиции таджикского народа. В целом в области наследования современные таджикские законы не имеют погрешностей, но в них иногда учитываются абстрактные, а не практические ситуации. Такие ситуации в законах в основном базируются на существующих европейских правовых актах, а не на реалии таджикского общества и общины. Приведем некоторые факты. У зороастрийцев, например, жена была обязана содержать в полной сохранности имущество, оставленное мужем. Или же усыновленные дети имели те же права, что и кровные члены семьи. Отражены ли такие нормы в нашем законодательстве? Этот вопрос актуален, поскольку сегодня подобные ситуации встречаются нередко, а таджики не привыкли писать завещания и надеются, что после них из-за уважения к умершему человеку люди могут решать наследственные вопросы согласованно. На практике часто случается обратное – из-за дома или другого движимого или недвижимого имущества, оставленного покойным главой семьи, возникают споры и ссоры между детьми и другими родственниками, которые требуют судебного разбирательства. В целом наследственное право Таджикистана больше полагается на “авось”, нежели на реальные отношения.

Наследственное право среди таджиков имело в прошлом в основном религиозную окраску, и наследовать имели право только близкие родственники, причем ислам вводил градацию по половому признаку – женщинам полагалась лишь половина доли мужчин. Эта практика действует в некоторых регионах и до наших дней. Не пора ли глубже задуматься над гендерными аспектами наследственного права, отражая их в законах государства? Согласно юридическим адатам южных таджиков досоветского периода, раздел наследства между потомством двух или нескольких жен осуществлялся поровну, т. е. дети от одного брака получали столько же, сколько и дети от другого брака. Учтены ли сегодня в нашем законодательстве права детей "вторых" жен (многоженство официально запрещено, но на практике распространено повсеместно)? Кроме того, в былые времена, если у наследодателя оставалась единственная дочь, она должна была, по мусульманским законам, получать половину наследства, а вторая половина переходила другим родственникам. Есть ли законодательные основы для искоренения такой несправедливой нормы?

В области применения семейного права также существуют свои пробелы. Среди таджиков, как известно, брак официально регистрируется в загсе и неофициально – у муллы. Как можно совместить эти две процедуры и эффективно использовать их для упрочения семьи? Стоит ли документально оформить, как в былые времена, религиозное заключение брака? Многочисленные проблемы возникают и при разводах. Среди них основная, с нашей точки зрения, – соблюдение прав женщины. Женщина в такой ситуации, согласно сложившимся традициям, оказывается совершенно обездоленной. Ей обычно при разводе остаются дети и материальные проблемы, ибо конкретных брачных обязательств или правил развода не существует. Следует ли законодательно оформить такие обязательства мужа и жены в совместной жизни и при разводе? В зороастрийских и исламских правовых обычаях таджиков эта процедура существовала, и не случайно, что некоторые исследователи предлагают возродить это положение. "Было бы хорошо, – пишет Ю. Якубов, – если бы мы возобновили древнюю традицию в современном бракосочетании таджиков и взяли бы из нее положительные пункты в пользу женщин" (*Якубов* 2002: 5).

Еще один вопрос касается калыма и махра, которые существуют до сих пор и именно в них большинство населения видит причину устойчивости таджикской семьи. Но они не имеют конкретной формы, различаются в разных регионах, с течением времени видоизменяются и в целом не являются устойчивым элементом в создании семьи. Стоит ли легализовать их и как? Этот вопрос не очень легкий. Попытка легализовать "калым" и "махр" стала бы искусственным внедрением в практику совершенно других явлений, как полагает С. Н. Абашин. Узаконивать реальную ситуацию, в которой калым и махр нейтрализуют друг друга и превращаются в фикцию, по его мнению, нет никакого смысла. В этом случае пришлось бы сделать нормой либо калым, либо махр. Например, в соответствии с буквой шариата, в Средней Азии будет установлена обязательная норма заключения своеобразного брачного договора, где будут прописаны виды собственности, переведенные мужем на имя жены. И при этом не будет приниматься во внимание калым или свадебные расходы, обязательность дарения или прошения махра. "Такая ситуация, без всякого сомнения, – пишет С.Н. Абашин, – привела бы к конфликтам, судебным тяжбам, столкновению права и практики и в конечном итоге – к изменению всего семейного быта и перестройке многих институтов среднеазиатского общества. То же самое случилось бы при легализации калыма. Причем я уверен, что в результате подобного эксперимента возникли бы вовсе не те калым и махр, которые подразумеваются в правовой теории. Была бы создана некая новая практика. И уж тем более данный эксперимент никак не стал бы возвращением к истокам народной жизни, а напротив, мог бы оказаться причиной глубоких социальных изменений" (*Абашин* 2003: 434–435).

Говоря о правах граждан в сфере труда, следует отметить, что в современном законодательстве Таджикистана отражен положительный опыт многих стран. Однако

в сфере использования женского и детского труда в нем не отражены практика региона и реалии жизни его населения. В современности, когда появляются многочисленные предприятия в негосударственном секторе, из-за экономических трудностей семьи дети и женщины вынуждены работать в нетрадиционных сферах. Это в законодательном порядке запрещено, и на практике государственные органы борются с такими явлениями. Однако подобные действия не дают должного эффекта (достаточно вспомнить о борьбе милиции с мойщиками машин в Душанбе). Другими словами, конфликт закона и практики в этой сфере более чем очевиден, и это должно быть учтено при законотворчестве и пересмотре трудового кодекса.

Традиционно в Таджикистане действует определенный порядок использования земли и воды. Но эти порядки различаются в равнинных и горных районах республики. Если в долинах государственные структуры берут на себя решение проблем, то в горных местностях эти проблемы решаются плохо, особенно в части использования богарных земель, участков земли в горных местностях. Ныне большое количество людей в целях выживания пользуются такими землями, и государство из-за ненадобности данных участков не обращает на это внимания. Однако если посмотреть на ситуацию с точки зрения права, то это не что иное, как незаконный захват земли, подлежащий уголовному наказанию. Поэтому настала пора законодательно оформить подобного рода ситуации. Законодательно регулируя использование земли и воды, одновременно можно способствовать решению многих конфликтов местного характера, которые часто возникают именно на этой почве.

В целом можно сказать, что в современном Таджикистане уже имеются прецеденты гармонизации традиции и права в виде вмешательства государственных органов в сферу традиции. Наглядным примером может служить реформа некоторых обрядов согласно Рекомендациям по регулированию народных обычаев, праздников и обрядов в Республике Таджикистан, утвержденным правительством в ноябре 1999 г. Эти рекомендации были призваны устранить определенные негативные моменты при проведении, в частности, свадебных и похоронных обрядов. На современном этапе развития Таджикистана, переживающего экономические трудности, те или иные праздники стали для населения слишком затратными. Государство вынуждено вмешиваться в традиционные взаимоотношения в обществе и в общине. Но насколько такое вмешательство может стать эффективным и должно ли оно вообще иметь место – этот вопрос еще долго останется открытым.

Литература

Абашин 2003 – *Абашин С.Н.* Калым и махр в Средней Азии: право или ритуал? // Отечественные записки. 2003. № 5.

Государственность… 2004 – Государственность и участие в управлении. Душанбе, 2004.

Нерсесянц 2000 – *Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 2000.

Тохиров 2003 – *Тохиров Ф.Т.* История государства и права в Таджикистане. Т. 2. Ч. 1. Душанбе, 2003.

Якубов 2002 – *Якубов Ю.* Брачные обычаи таджиков в Согде. Душанбе, 2002.

K. Ziioev. Ways of Harmonizing Tradition and Law (Toward Studying the Issue in the Case of Tajikistan)

Tajikistan, the author argues, displays a leaning toward a traditional, rather than modern, way of social life. Therefore the introduction of modern law principles is a very specific task in this society. Despite the fact that some of the aspects of the tradition-centered social context are taken into account by legislators in Tajikistan, the goal of establishing the rule of modern law in the country, the author points out, requires much closer attention to the problem of harmonizing tradition and law. Without that, as the author tries to demonstrate in this case study, many of the laws being introduced remain laws on paper that are not de facto functional.