

КУЛЬТУРНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ТРАДИЦИОННОГО КАЗАХСКОГО ПРАВА И ЕГО ХАРАКТЕРНЫЕ ЧЕРТЫ

© 2019 г. К. Н. Дауталиев

*Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации, Москва*

E-mail: dautaliev2030@mail.ru

Поступила в редакцию 19.03.2019 г.

Аннотация. В статье анализируется объем понятия традиционного права, раскрываются культурные особенности традиционного казахского права с учетом концепта культа стыда («ұят болады»).

Ключевые слова: традиционное право, традиционное казахское право, культ стыда («ұят болады»), источники обычного права.

Цитирование: Дауталиев К.Н. Культурные особенности традиционного казахского права и его характерные черты // Государство и право. 2019. № 9. С. 65–74.

DOI: 10.31857/S013207690006731-6

CULTURAL SPECIFICITY OF TRADITIONAL KAZAKH LAW AND ITS CHARACTERISTIC FEATURES

© 2019 K. N. Dautaliyev

*Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation, Moscow*

E-mail: dautaliev2030@mail.ru

Received 19.03.2019

Abstract. The article analyzes the scope of the concept of traditional law, reveals the cultural peculiarities of traditional Kazakh law, taking into account the cult of shame “ұят болады”.

Key words: traditional law, traditional Kazakh law; cult of shame (“ұят болады”); sources of customary law.

For citation: Dautaliyev, K.N. (2019). Cultural specificity of traditional Kazakh law and its characteristic features // Gosudarstvo i pravo=State and Law, № 9, pp. 65–74.

Введение к проблеме традиционного казахского права

Понятие «традиционное право» в гуманитарных науках объясняется доиндустриальным состоянием общества. Действительно, исходя от соотношения права к аграрному или индустриальному типу обществ, было бы логично различать «традиционное» и «современное» право. Но, как показывает практика, данный критерий не может быть применен к современным религиозным традиционным правовым системам, которые успевают

перешагнуть эпоху индустриализации и устремлены к постиндустриальному миру. Например, часто возникают сложности, когда пытаются применить этот критерий к мусульманской традиционной правовой системе. Сфера действия традиционного права не ограничивается аграрным периодом общества, и ее следы обнаруживаются в современном мире не меньше, чем право позитивное. Г.В. Мальцев отмечает, что «индустриальная эпоха явилась преодолением основных традиционных ценностей, хотя многие традиционные порядки и институты

продолжают существовать, особенно вне западной культуры»¹. Но применительно к обычному праву казахов определение «традиционное право» вполне подходящее и соответствует его доиндустриальному положению, если рассмотреть вопрос в историческом контексте. Ведь «в традиционном обществе право также является традиционным»².

В определении статуса обычного права не только тип общества имеет важную роль, но и сила традиции является существенным фактором. «Обычай — это вид традиции, но вид специфический, нормативный»³, — пишет Г.В. Мальцев. Другой исследователь, Г.Г. Небрatenко, специалист по обычному праву традиционного общества, нормативную сущность обычаев раскрывает в их непосредственном регулировании общественных отношений: «... традиция представляет собою общее правило, находящееся в сфере общественного сознания. В отличие от традиции, обычай непосредственно регламентирует определенную разновидность общественных отношений»⁴. Нормы, вплетенные в тот или иной обычай, — явление единичное по отношению к обычному праву, а последнее в свою очередь выступает как особенное. Традиция есть общее в этой системе отношений и отличается выраженной статичностью, в отличие от единичного — обычая, где динамизм является скорее закономерностью, чем исключением. Поэтому в правовых семьях, в частности традиционного типа, любое изменение норм права преломляется через укорененные в обществе традиции и этические соображения, гармонизируя должное (традиции) с сущим (право). Связь традиции и права необходима. Не случайно, что в Индии, согласно утверждению французского ученого по антропологии права Р. Нурбера, «правило “дхармы” становится юридическим правилом лишь тогда, когда оно становится обычаем»⁵. В конечном счете в этом и состоит суть диалектики традиции и обычного права на сегодняшний день — в нахождении точек соприкосновения между глобализирующим миром и традиционными ценностями. Обычное право и религиозное (индусское, мусульманское и проч.) в исследовании Г.И. Муромцева еще в 1980-е годы

рассматриваются как разновидности традиционного права, статус которого обусловлен, с одной стороны, типом общества, и с другой — традицией⁶. В действительности наличие традиции в обществе обуславливает существование соответствующего ее статусу права. Но недостаток такой трактовки заключается в том, что она автоматически маркирует все существующие правовые системы как традиционные, если следовать логике такого суждения. В этой связи думается, почему римской правовой традицией представленные правовые системы мира, несмотря на огромную роль христианской религии в ее развитии, не называются традиционными, хотя вина («первородный грех», а также «личные» грехи⁷) и идея спасения души (искупление, исповедальная практика) как фундаментальные категории христианства лежат в основе западной правовой культуры, в частности правового мышления. «Искупление подразумевало уплату определенной цены, — пишет Г. Берман, — а вовсе не постепенное исправление: душа оставалась виновной (то есть в долгу) вплоть до полной оплаты назначенной цены»⁸. Как кажется, в этом и кроется наблюдаемая Н. Руланом причина существования «патологического» видения западной юриспруденции в вопросах понимания природы правонарушения⁹. Все это показывает, что эволюция светской черты западного права не меняет сути традиции, так как религиозная идея в процессе секуляризации превращается в рациональный концепт «культ вины» и продолжает занимать ведущее место в современных юридических конструкциях обществ западного типа.

Понятие «традиционное право» существует еще по той причине, что в действительности все правовые системы, относящиеся к «традиционному праву» (индусское, мусульманское, китайское и т.д.), образовались в рамках определенной цивилизации. Соответственно, в локальных этнических культурах, приобщенных к очагам цивилизации, произошли ценностные изменения, идентифицирующие их как часть более общего. В этом контексте отдельное внимание стоит обратить на религиозный фактор, который с приходом ислама в регион Средней Азии и Казахстана усиливал цивилизационные процессы. В результате обычно-правовая

¹ Мальцев Г.В. Очерки истории раннего права и государства. М., 2010. С. 316.

² Муромцев Г.И. О некоторых особенностях традиционного права в развивающихся странах Азии и Африки // Сов. государство и право. 1989. № 6. С. 95.

³ Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов н/Д., 1999. С. 13.

⁴ Небрatenко Г.Г. Обычно-правовая система традиционного общества: дис. ... д-ра юрид. наук. Ростов н/Д., 2011. С. 195.

⁵ Рулан Н. Историческое введение в право / пер. с фр. А.Б. Воронова и др. М., 2005. С. 42.

⁶ См.: Муромцев Г.И. Указ. соч. С. 95.

⁷ Два вида греха хорошо показывается в работе Г. Бермана. Он отмечает: «В отличие от первородного греха человечества (Адамова греха), реальные грехи отдельных христиан, крещенных и кающихся, не требуют уничтожения в качестве единственной меры, соизмеримой с тяжестью деяния; их можно искупить временными наказаниями в этой жизни и в чистилище» (см.: Берман Г.Д. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 181).

⁸ Берман Г.Д. Указ. соч. С. 169.

⁹ См.: Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1999. С. 44.

система большинства тюркоязычных кочевых народов подверглась изменению под сильным воздействием религии. Существовавшие в форме тэнгрианства доисламские религиозные традиции полностью деконструировались. Тем не менее, как правильно замечает М.А. Супатаев, «у народов Северного Кавказа и среднеазиатских народов ислам всегда оставался лишь тонкой амальгамой на поверхности местных верований и культур»¹⁰. Светский характер казахского обычного права также отмечается в совместной монографии С.З. Зиманова и Н.У. Усерова¹¹, хотя авторы отдают отчет, что подобная оценка весьма относительная, поскольку традиционное казахское общество являлось частью исламского мира, независимо от того, какое влияние имел шариат в правовой жизни кочевников. Актуальный на сегодняшний день принцип правового плюрализма (с некоторыми оговорками) присутствовал в правовой жизни традиционного казахского общества, так как наравне с судами (биев) обычного права функционировал суд кадиев (казиев) по мусульманскому праву. Правда, дела, относящиеся к их предметам разбирательства, в большинстве случаев определялись по территориальной принадлежности, нежели исходили из юридического статуса спора. В кочевой среде все правовые споры рассматривались бийским правосудием, которое в свою очередь функционировало в двух формах: как третейское разбирательство, так и как суд обычного права. Но это не мешало им применять нормы мусульманского права в регулировании некоторых видов общественных отношений. Скорее происходил некий синтез, учитывающий, с одной стороны, авторитет религии для придания легитимности некоторым судебным решениям, если это не противоречило нормам обычного права и служило интересам общества, с другой — привязка норм обычного права к религиозным канонам постепенно актуализировала роль шариата, который уже стал неотъемлемой частью в регулировании таких отношений, как брачно-семейные, наследственные. Нормы обычного права в таком синтезе были пластичными и показали высокую практическую, поскольку наиболее эффективно отражали социокультурные условия жизни человека. В оседлой зоне дело обстоит по-другому. Здесь параллельно действовали шариатский и бийский суды. В городской среде местами наблюдалось, что одно и то же лицо рассматривало правовые споры в зависимости от пожеланий сторон: либо суд

кадиев, либо суд биев. Все зависело от желаний обращающихся в суд сторон. Тенденция укоренения суда кади в городской среде наблюдалась и в странах Тропической Африки. «Интеграция мусульманского и обычного права обеспечивалась тем, что мусульманские суды существовали лишь в городах, тогда как в сельских местностях «хранителями» мусульманского и обычного права выступали старейшины общины»¹². Ценности как мусульманского, так и обычного права растворились, так как содержание последнего подверглось формализации со стороны первого. Впоследствии адаптированные к мусульманской правовой системе нормы обычного права стали называться «адатами». Отношение к адату у суда биев было критическое, применялись только те нормы, которые соответствовали и отражали, как считалось, сущность народного духа. «Әдет — әдет емес, жөн — әдет», — говорили бии-судьи. В смысловом переводе на русский язык это означало: «Адат не право, правильная норма — право». Поэтому традиционное казахское право включало в себя не только нормы адата (санкционированное мусульманским духовенством право), но и собственный правовой опыт, идущий из глубины кочевой жизни и истории народа. Именно этим и объясняется легитимность бийского суда казахов как суда обычного права, так и суда в форме третейского разбирательства, существовавшего в Казахстане вплоть до 30-х годов XX в.¹³, пока его не отменили в принудительном порядке советским законодательством¹⁴. Все это показывает, что система права традиционного казахского общества состояла из норм не только обычного права, но и права мусульманского, находившего свою легитимацию в виде адата. Все это позволяет считать систему права кочевых казахов сложной и в то же время традиционной.

С одной стороны, консервативные ценности традиционного общества прикрывались нормами мусульманского права, тем самым обеспечив его легальное присутствие, и, с другой — стремление к примирению и восстановлению нарушенных прав, которое является фундаментальным свойством обычного права, способствовало развитию таких качеств права, как

¹⁰ Супатаев М.А. Проблемы соотношения культуры «вины» и культуры «стыда» в традиционном праве // Обычное право России: проблемы теории, истории и практики / отв. ред.: Г.В. Мальцев, Д.Ю. Шапсугов. Ростов н/Д., 1999. С. 230.

¹¹ См.: Зиманов С.З., Усеров Н. Казах әдет-ғұрып заңдарына шариаттың әсері. Алматы, 1998. [Влияние шариата на казахское обычное право].

¹² Супатаев М.А. Мусульманское право и его роль в правовых системах стран Тропической Африки // Мусульманское право (Структура и основные институты): сб. ст. / редкол.: Л.Р. Сюкияйнен (отв. ред.) и др. М., 1984. С. 50.

¹³ Например, Ш. Кудайбердиұлы, известный казахский поэт, би-судья в 1925 г. рассмотрел спор о компенсации убитого человека («құн дауы») по обычному праву.

¹⁴ См.: Декрет от 27 декабря 1920 г. «Об отмене куна», Декрет от 28 декабря 1920 г. «Об отмене калыма», Декрет от 17 января 1921 г. «О брачном праве у киргизов» и др.

эффективность и практичность. Добиваться права («тендік»¹⁵ — ближе к смыслу субъективного права) не всегда было возможным в суде кадиев из-за его лояльности к консервативной религиозной норме, которая отнюдь не удовлетворяла привыкших к восстановительному правосудию кочевых скотоводов. Бийский суд (в отличие от суда кадиев) был светским, разбирая поступившие дела независимо от религиозной принадлежности сторон, что отражалось и в характере права традиционного общества. Видимо, этим и объясняется одна из причин, по которой для разбора споров между кочевым населением русские переселенцы предпочитали обратиться в суд биев, чем в пограничные имперские суды¹⁶.

Как показывает опыт, традиционное право не застывает в доиндустриальном обществе. В связи с этим понятие «традиционное право» используется в юридической антропологии в разных ипостасях. Это прежде всего связано с идеей правового плюрализма, согласно которой в государствоорганизованном обществе могут сосуществовать несколько правовых систем (обычно-правовых, религиозно-правовых, позитивно-правовых) одновременно. Нельзя не отметить, что такой контраст в понимании правовой действительности, в свою очередь, расширяет границы правовой культуры. В современных государствах гарантируется право коренных малочисленных народов на традиционное природопользование и ведение соответствующего образа жизни. Их правила поведения, поддерживающие жизнеспособность коллектива, носят традиционный характер. В отличие от официального (позитивного, государственного) права, в регулировании их традиционного образа жизни «доминирующая роль принадлежит традиционному праву, основанному на обычаях»¹⁷. Поэтому объем предоставляемых прав на традиционное природопользование прежде всего определялся сложившимися

этническими обычаями и традициями коренного малочисленного народа. «У народов Российской империи Севера, — пишет О.А. Плоцкая, — имелся тщательно разработанный институт охотничьего права, нормировавший все существенные его стороны, в том числе и право на охотничью территорию»¹⁸. Все это показывает, что государство, обеспечивая реализацию прав коренных малочисленных народов на традиционное природопользование, «молчаливо» признает юридическую легитимность их действующих обычаев и традиции, которые определяют содержание их деятельности (традиционного образа жизни) в процессе пользования ресурсами природы (объектами животного и растительного мира, земель, лесными и водными ресурсами, ресурсами континентального шельфа, недр и др.). Поэтому молчаливое согласие государства нами рассматривается как один из способов санкционирования обычая. К тому же природа обычая сама заключается именно в молчаливом его признании. Данное свойство обычая было известно еще римским юристам, в частности определение Ульпиана гласит, что «обычай — это молчаливое согласие народа, укоренившееся длительной привычкой»¹⁹. Молчаливое согласие государства как феномен санкционирования рассматривается В.В. Наумкиной в ее исследовании: «Наделение юридической силой возможно в виде закрепления санкции или же в виде признания возможности использования обычая. Во втором случае при санкционировании санкция может и не содержаться в источнике, признающем действие обычая»²⁰. Отсутствие прямого санкционирования государством не отменяет действия обычая, который непосредственно регулирует традиционный образ жизни и позволяет обратиться в суд в случае его нарушения. В конечном счете судебная практика может стать наиболее действенным способом санкционирования обычаев малочисленных народов, поскольку законодательный охват всех обычаев не всегда будет совпадать с конечным интересом малочисленных народов, ведущих традиционный образ жизни, способствуя их самосохранению. Государство тоже не может себя обременить такой задачей по причине того, что обычаи всегда находятся в состоянии обновления. Тем не менее, как в правовой науке, так и на практике нет единого понимания в вопросе санкционирования обычая. Это связано прежде всего с вопросами понимания права, а также с особенностями происходящих цивилизационных

¹⁵ Обращение «тендігімді бер» (буквально означало «отдай [отобранное] равноправие») изначально было направлено на ответчика, который, по мнению истца, является источником произвола. Позже такое обращение истца стало формальным требованием, предполагало, как минимум, наличие третейского разбирательства биём-судьей того рода, в котором состоял ответчик. Неудивительно, что одно из значений правосудия в русском языке, означающее «правду дать» (см.: Дювернуа А.Л. Материалы для словаря древнерусского языка. 2-е изд., репр. М., 2016. С. 166 (Сер. «Лингвистическое наследие XIX в.»), совпадает со смыслом «тендігімді бер», которые, на наш взгляд, с некоторыми оговорками предвещают принцип доступа к правосудию, в частности права на обращение в суд.

¹⁶ См.: Бекмаханова Н.Е. Особенности судебной системы для кочевников в Казахстане второй половины 19 века // Личность, общество и власть в истории России: системный компаративный анализ: материалы Третьей Междунар. конф. М., 1998. С. 276.

¹⁷ Сртлян С.В. Право и традиционный образ жизни: дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2008. С. 87.

¹⁸ Плоцкая О.А. Обычное право пермских народов в Российской Империи XVIII — XIX вв.: историко-правовой аспект: дис. ... д-ра юрид. наук. С. 252.

¹⁹ Ulp. Reg., 1.4: «Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus».

²⁰ Наумкина В.В. Обычное право кочевых народов Восточной Сибири в правовой системе Российского государства XIX — начала XX вв.: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 59.

процессов каждой страны. Например, школа юридического позитивизма, где под правом понимается система норм, санкционированных государством, моментом возникновения правового обычая считает его официальное признание государством, тогда как в социологической школе права юридическая природа обычаев не связана с государством, и они существуют в меру их социальной обусловленности. Последняя позиция в санкционировании обычаев малочисленных народов, ведущих традиционный образ жизни, на наш взгляд, является оправданной и более объективной. Цивилизационный аспект вопроса тоже не менее важен: в частности, особенность российской цивилизации заключается в том, что каждый этнос, будучи интегрированным в единое государство, сохраняет свою самобытность и свободно развивает традиционную культуру как средство самовоспроизведения. Замечание Л. Андриченко можно считать справедливым: ведь конечная цель признания законодателя за малыми народами права традиционного природопользования состоит в предотвращении их исчезновения как самостоятельных этносов²¹. Видимо, по этой причине в акте молчаливого согласия государства как способа санкционирования обычая выражается особенность российской цивилизации, отличающая ее от западной цивилизации. Так, французский правовед Н. Рулан в предисловии к русскому изданию его работы справедливо подметил данную цивилизационную черту российского права: «Россия как во времена ее имперского прошлого, так даже и сегодня является государством, в котором разница внешних признаков находит свое отражение и в правовом плане, например в Конституции. Можно жить вместе, но по-разному: с этой мыслью россиянин свыкся давно, но французу с этим смириться труднее. Однако разве не Монтескье очень мудро заметил, что мудрость состоит в том, чтобы определять, когда необходимы различия, а когда — единство?»²².

Традиция признания права инородцев на природопользование, в том числе кочевых скотоводческих народов в дореволюционной России, отличается тем, что она являет собой дифференцированный характер. Как пишет Е. В. Жукова, «за ними признавалось право заниматься традиционной деятельностью и промыслами, охранялись территории их проживания; закреплялось право пользования землями, причем на этих землях запрещалось

селиться представителям других народов»²³. Поэтому казахи, будучи кочевниками-скотоводами, в повседневной жизни распоряжались природными ресурсами согласно их обычно-правовым представлениям, по крайней мере так происходило вплоть до эпохи массовой коллективизации XX в.

Исследование обычно-правовых систем традиционного общества свидетельствует, что существование права обусловлено этнической, а также религиозной средой, которые в свою очередь выступают как факторы идентичности. Юридическое пространство традиционного права определяется критерием принадлежности того или иного индивида к большим коллективам, которые составляют базовую ячейку традиционного общества. Порядок определения такой принадлежности является прерогативой традиции и не всегда совпадает с волей индивида, вызывая массу противоречий при встрече с современным правом. Данный аспект традиционного права хорошо отражен в «кенийском прецеденте»²⁴. Принадлежность к коллективу дает право быть идентифицированным как субъект традиционного права. Поэтому одним из существенных признаков традиционного права является его этнический характер, в рамках которого оно действует. Без этнической среды традиционное право в обществе не может существовать, по крайней мере на длительный период. Но здесь необходимо учитывать, что этническая среда, особенно в современном мире, не всегда совпадает с ареалом традиционного общества. Миграционные процессы, происходящие в индустриально развитых странах западного мира, принесли ряд проблем, в частности, в правовую жизнь общества. Правовая культура мигранта и его принимающей страны часто становится причиной юридического конфликта. Такая проблема, именуемая как феномен «кочующего права»²⁵, начала обсуждаться в науке.

Таким образом, доиндустриальный тип общества (кочевого), этническая среда, наличие религиозных традиций (языческих и мусульманских), влияние исламской цивилизации, а также традиционный образ жизни (экстенсивное кочевое скотоводство) позволяют нам определить мир права кочевых казахов как традиционное право.

²¹ См.: Андриченко Л. Традиционное природопользование коренных малочисленных народов России и проблем правового регулирования [Электронный ресурс] — Режим доступа: URL: <http://sfd-canada.nonolet.ru/text/Andrichenko.htm> (дата обращения: 16.12.2005).

²² Рулан Н. Историческое введение в право / пер. с фр. А. Б. Воронова и др. С. 42.

²³ Жукова Е. В. Право на традиционное природопользование коренных малочисленных народов России в системе их экологических прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 13.

²⁴ Синицына И. Е. Обычай и обычное право в современной Африке. История изучения. Кодексы обычного права. М., 1978. С. 174–226.

²⁵ Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 139, 140.

Характерные черты традиционного казахского права

Следует отметить, что как тип общества, так и правовая культура являются взаимообуславливающими детерминантами. «Правовая культура как составляющая культуры конкретно-исторического общества содержит общие для данной культуры характеристики», — пишет А.С. Автономов²⁶. В связи с этим традиционное казахское право как культурное явление, находящееся в постоянном и циклическом движении (кочевой быт) в пространстве и во времени, позволяет нам показать ряд наиболее отличительных по содержанию и форме «сущностных» черт, которые также были отмечены так или иначе русскими и польскими исследователями в их трудах дореволюционного периода:

1) «кочевое право» — право, обслуживающее кочевую модель экстенсивного скотоводства и регулирующее общественные отношения, связанные с передвижением кочевых скотоводческих родо-племенных групп в пастбищно-кочевой системе. Скотоводство как основной вид деятельности кочевников-казахов наложило характерный отпечаток на все стороны жизни, в том числе и на их правовую культуру. Этим, вероятно, объясняется большое количество животноводческой терминологии у казахов, которая насчитывает свыше 3 тыс. слов. Например, только названий лошадей больше пятисот²⁷, а верблюдов — около ста;

2) «степное право» — пространство кочевой правовой культуры, которое характеризуется расположенностью в этнокультурном ареале (Восточный Дешти-Кипчак) евразийской кочевой цивилизации;

3) право свободоискателей, т.е. «право казахов» (от сл. «казаковать» — удалцы, свободные беглецы), — социокультурный консолидирующий феномен, в основании которого лежат такие ценности, как а) свобода (на передвижение, самоуправление и протестное мнение «дат») рода и его членов, проявляющаяся в феномене поиска «убежища»²⁸ в степи от деспотического и клерикально-религиозного режимов среднеазиатских земледельческих государств, и б) честь («ар»), которая определяется как репутация рода и его членов, детерминированная культурой стыда («ұят болады»).

Перечисленные характеристики традиционного казахского права сопровождаются объективными и субъективными факторами, которые определяют право в динамике как положительный итог («бітім»)

примирительной процедуры бийского правосудия и в статике как нормы обычного права («жол»).

Ценностные приоритеты общества определяют характер и свойства права, в которых отражены следующие базовые особенности традиционного казахского права:

право, нацеленное на избежание междоусобных войн и столкновений кочевых племен, в связи с чем устоявшееся как миролюбивое право, которое приведет к разрастанию материальных благ в кочевом скотоводческом хозяйстве. Поэтому роль третейского (досудебного) разбирательства и примирительной процедуры, имеющая важное значение в урегулировании правовых споров, а также многочисленные штрафы и замена института кровной мести с компенсацией (институт кун) доказывают приверженность кочевых обществ к идеям гармонии и социального равновесия...;

право, пропагандирующее и устанавливающее идеологию единства, безопасности родо-племенного союза и приоритетов коллективного интереса, т.е. идеологию, в которой последний является субстанцией (коллективное «Я»). Коллективные интересы более крупных структурных генеалогических единиц («алты алаш», «жүз») состоят из коллективного интереса меньших структурных единиц («ел», «ру»), связанных между собой общегенеалогическим и/или идеологическим предками. Мудрые бии-судьи часто задавали молодым биям-судьям во время проверки их знаний и умственной способности такого рода вопросы, как «10» (точнее, это 10 табуированных запретов), молча показывая только 10 пальцев, на что тот должен был ответить следующим образом: «Один — это единство, Плохо то племя («ел»), которое потеряло единство. Два — это вражда, Плохо, когда без конца враждуют племена/богатыри, и т.д.». Остальные ответы, кроме первых двух, интерпретировались свободно, с учетом жизненно важных обстоятельств для кочевого быта, но всегда выражались строго в нравственно-санкционированном содержании;

право чести и достоинства («ар»), которое воспринимается в правовом сознании и как индивидуальная, и как надындивидуальная ценность. Отталкиваясь от нарушенного интереса конкретного индивида, она затрагивает репутацию целого рода. Таким образом, категория «ар» имеет дуальную природу: честь человека, с одной стороны, и репутацию рода — с другой. Последняя, т.е. репутация рода в социальных отношениях, присутствует скрыто, не проявляет себя как отдельно стоящая ценность, в отличие от чести человека. Но также и наоборот: честь человека не имела бы такой важности, если бы она не представлялась родом. Правовая ценность категории «ар», т.е. честь человека, отражена в следующем фундаментальном

²⁶ См.: Автономов А. С. Структурный анализ правовой культуры // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 2. С. 6.

²⁷ См.: Тоқтабай А. Қазақ жылқысының тарихы. Алматы, 2010.

²⁸ Зиманов С. Казахский суд биев — уникальная судебная система. Алматы, 2008.

принципе: «Скот — оплата моей собственной жизни, а собственная жизнь — оплата моей чести “ар”» («Малым — жанымның садағасы, жаным — арымның садағасы»). Для скотоводов-казахов «гнев краденного скота есть гнев души» («мал ашуы — жан ашуы»). Скот являлся основным средством пропитания в степи и ценился должным образом. Тем не менее в системе ценностей видно, что скот занимает по отношению к жизни и чести человека последнее место: «скот» < «жизнь человека» < «честь “ар” человека». Если данную схему перевести в правовую плоскость, то это выглядит следующим образом: «право собственности на скот» < «право на жизнь» < «право чести и достоинства». В фольклоре известна пословица, имеющая юридическое свойство: «кун мужчины — сто лошадей, а кун “ар” — тысяча лошадей» («ердің кұны жүз жылқы, ардың кұны мың жылқы»). Если попытаться разобрать смысловой подтекст, то увидим, что это даже не пословица, а некая синкретная норма, где первая часть действительно представляет собой правовую норму, которая реально регулирует возникшие споры о куне (кун мужчины — сто лошадей), тогда как вторая часть выступает как норма-мораль (кун «ар» — тысяча лошадей) и предписывает «идеальное» поведение. В практике бийского правосудия нет примера, где за «ар» человека выплачена компенсация в размере тысячи лошадей. Это — продукт сравнительно-образного мышления. «Ар» в этом контексте — скорее морально-нравственная категория, чем правовая. Тем не менее, категория «ар» практически во всех правовых спорах скрыто присутствует как исходная коллективная ценность в суждении спорящих сторон, за исключением тех случаев, когда репутация известного человека подвергается посягательству и является самостоятельным предметом правового регулирования. Последний случай в традиционном праве называется спором о чести (ар дауы). Причина существования таких синкретных норм вызвана прежде всего необходимостью примирить стороны, где виновная сторона не только обязана возмещать причиненный ущерб, установленный нормами обычного права, но и должна отдать дань уважения роду истца за то, что последний простил и согласился на материальное возмещение. Сохранить лицо рода и не запятнать его было фундаментальной ценностью в традиционном обществе казахов, равноценной «культурной» смерти родовой организации в случае ее нарушения. Таким образом, вышеприведенный текст переводится на юридический язык как «кун мужчины — сто лошадей, а «лицо» рода — тысяча лошадей». Разбор категории «ар» приводит нас к культуре стыда, которая на казахском, а также во многих других тюркских языках так и называется — «ұят болады». Слово «ұят» переводится как «стыд», «позор»,

а «болу» — это глагол, означающий «быть», «случиться». Назначение культуры «ұят болады» заключается в предупреждении возможного нарушения социальной нормы, в том числе правовой. Поэтому данное словосочетание употребляется в повседневном, а также и в правовом общении в качестве запрета на совершение стыдного проступка. Дихотомией культуры стыда «ұят болады» выступает чувство гордости, похвальное поведение человека. Прославленный предок и примеры его поведения являются предметом гордости, с одной стороны, и идеальном поведении — с другой. Отсюда идет подражание образцовому поведению, в частности правовому. Решение прославленного справедливого бия-судьи могло стать судебной практикой, имеющей прецедентное значение.

Слово «ар» часто выступает в словосочетании «ар-намыс» как синоним. «Намыс» как феномен культуры стыда регулирует в арабо-мусульманском мире отношения внутри семьи, выраженные в гендерном контексте, с учетом таких этических императивов, как честь, внимание и уважение. С приходом ислама категория «намыс» быстро нашла ассоциацию с этической категорией «ар» тюркских народов, которые проживали на территории Средней Азии и Казахстана;

право, обладающее развитым институтом взаимопомощи («жылу», «асар», «шулен тарату», «кызыл котеру», «журтшылык», «ас-той», «тасу», «ат майы», «сауын мал» и т.д.), в основе которого лежат родственно-чувственная связь и принадлежность к одной кровнородственной группе. Кочевой образ жизни казахов требовал взаимопомощи, так как одной семье было невозможно выжить в суровых условиях огромной степи. Характерными чертами кочевников всегда была поддержка, взаимовыручка, сострадание в горе и стремление помочь друг другу. Этим объясняется то важное значение принципа солидарности, которое определяет характер юридической ответственности в традиционном обществе;

право, отличающееся светскостью, т.е. регулированием правовых споров нормами обычно-правовой системы и богатой судебной практикой бийского правосудия, а не нормами шариата и судами кади. Физическое отсутствие мечети, детерминированное кочевым образом жизни, препятствовало повсеместному распространению норм мусульманского права. Кроме того, как уже отмечалось, восстановительное правосудие больше отвечало изменяющимся потребностям кочевого общества, нежели консервативные по характеру каноны ислама;

право, основанное на родственной связи. Родственная связь определяет персональный статус индивида, согласно которому выясняются и таким образом выстраиваются межличностные

отношения. Кровнородственные связи имеют огромное влияние и на содержание правовых отношений (земельных, семейных, трудовых и т.д.), которые являются в правовой культуре казахов отражением естественного идеального порядка, т.е. родственной модели. В традиционном обществе казахов родственные связи выполняют системообразующую роль в праве. Принцип старшинства, три степени родства (свои сородичи, родственники со стороны матери, родственники со стороны жены), а также свойство родственников определяли правовое положение и юридические возможности человека в обществе. Объем такой модели правового регулирования достаточно велик, поскольку повседневные общественные отношения возникали практически между родственниками, внутри рода или племени. Всем исследователям права традиционных обществ известен тот факт, что внутриродовые конфликты практически не встречаются, но даже если и возникают, то не накаляются до острого конфликта. Это объясняется делением культурно-пространственного представления на «чужое» и «свое», которые обозначились принадлежностью к роду, степенью родства и персональными свойствами родственных связей индивида. Родственная система казахов отличается жесткой нормативностью, которая направлена на персонализацию правового положения индивида в зависимости от его места и роли в родственных связях. Внеродственные отношения урегулировались иначе, хотя в основе и этих отношений лежали те же базовые принципы, исходящие из родственной связи. Внеродственное отношение тождественно к межродовому отношению, которое возникает между а) родами и б) жузами. Право, регулирующее межродовые отношения, существенно отличается от внутриродовых правил поведения тем, что здесь регулируемый вид общественных отношений носит уже публично-властный характер, цель которого состоит прежде всего в объединении кочевых племен на основе политических мифотворчеств. Наиболее яркими центристскими проектами выступали такие мифологемы, как «Үш жүз» (три жуза), «Алты Алаш» (шесть Алаш) и «Жеті жарғы» (семь жаргы), которые имели свойство структуризации межродовых (жузовых и более крупных) отношений, а также выстраивания общей политико-правовой идеологии. Мифологические идеи, символично выраженные в количественных понятиях, отражали суть идеального порядка в межродовых отношениях и в то же время скрывали в себе сакральный смысл чисел. Думается, что не случайно используются количественные понятия в современном политическом мифотворчестве Казахстана. На наш взгляд, политическое мифотворчество имеет тенденцию потому, что прежде всего связано как

с глубинными архетипами коллективного бессознательного, так и с героико-трагическим типом мышления кочевых народов Евразии. Существование «Казахстан-2030», «Казахстан-2050», «100 конкретных шагов», «100 новых лиц», «Программа трехязычия», «Третья модернизация» и других государственных программ является тому ярким примером. В традиционном обществе казахов подсчет родственников как по горизонтали, так и по вертикали всегда имел практическое значение, которое помогало упорядочению общественных отношений.

Особенности традиционного казахского общества, являющиеся продуктом евразийской кочевой цивилизации, преимущественно отражены в кровнородственной этносоциальной системе и в древнем бытии права, которые взаимодействуют между собой как содержание и форма. Основные свойства, черты и характеристики, а также структура развития традиционного общества казахов воплощены в праве и через него самообнаруживаются.

В традиционном обществе объективированное право в форме ханских законоположений существует скорее как консолидирующее политико-правовое событие, где определялись основные принципы права, а не его детальная регламентация, после чего право, дарованное ханской властью, развивается субъективно благодаря предоставленным широким возможностям (бийскому правосудию) интерпретировать, создавать правовые доктрины и нормы права. Основные положения ханского законодательства, как и принципы права, в целом были проведены в правовую жизнь бийским правосудием, которое наиболее объективно отражало социальную действительность, с одной стороны, и испытывало в себе культурные особенности этносоциальной среды — с другой. Не вписывающиеся в такую среду нормы права быстро потеряли юридическую актуальность. Но это вовсе не означает, что право не воздействует на культуру, налицо взаимовлияние: если в западном типе общества праву присуща главенствующая роль, то во внезападном мире эту роль берет на себя традиционная культура. Тем не менее слепого следования права культуре мы и тут не обнаружим: происходит деконструкция смыслов традиции, учитывающая современные вызовы.

* * *

Правовая аккультурация в Казахстане, как и в других государствах постсоветских стран, не имела огромного успеха. Одной из важных причин этого является отсутствие рефлексии с учетом социокультурной основы общества в диахронном и синхронном срезе.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Автономов А. С. Структурный анализ правовой культуры // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 2. С. 6.
2. Андриченко Л. Традиционное природопользование коренных малочисленных народов России и проблем правового регулирования [Электронный ресурс] — Режим доступа: URL: <http://sfd-canada.nonolet.ru/text/Andrichenko.htm> (дата обращения: 16.12.2005).
3. Бекмаханова Н. Е. Особенности судебной системы для кочевников в Казахстане второй половины 19 века // Личность, общество и власть в истории России: системный компаративный анализ: материалы Третьей Междунар. конф. М., 1998. С. 276.
4. Берман Г. Д. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 169, 181.
5. Дювернуа А. Л. Материалы для словаря древнерусского языка. 2-е изд., репр. М., 2016. С. 166 (Сер. «Лингвистическое наследие XIX в. »).
6. Жукова Е. В. Право на традиционное природопользование коренных малочисленных народов России в системе их экологических прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 13.
7. Зиманов С. Казахский суд биев — уникальная судебная система. Алматы, 2008.
8. Мальцев Г. В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов н/Д., 1999. С. 13.
9. Мальцев Г. В. Очерки истории раннего права и государства. М., 2010. С. 316.
10. Муромцев Г. И. О некоторых особенностях традиционного права в развивающихся странах Азии и Африки // Сов. государство и право. 1989. № 6. С. 95.
11. Наумкина В. В. Обычное право кочевых народов Восточной Сибири в правовой системе Российского государства XIX — начала XX вв.: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 59.
12. Небратенко Г. Г. Обычно-правовая система традиционного общества: дис. ... д-ра юрид. наук. Ростов н/Д., 2011. С. 195.
13. Плоцкая О. А. Обычное право пермских народов в Российской Империи XVIII — XIX вв.: историко-правовой аспект: дис. ... д-ра юрид. наук. С. 252.
14. Рулан Н. Историческое введение в право / пер. с фр. А. Б. Воронова и др. М., 2005. С. 42.
15. Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1999. С. 44.
16. Синицына И. Е. Обычай и обычное право в современной Африке. История изучения. Кодексы обычного права. М., 1978. С. 174—226.
17. Сртлян С. В. Право и традиционный образ жизни: дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2008. С. 87.
18. Сунатаев М. А. Мусульманское право и его роль в правовых системах стран Тропической Африки // Мусульманское право (Структура и основные институты): сб. ст. / редкол.: Л. Р. Сюкияйнен (отв. ред.) и др. М., 1984. С. 50.
19. Сунатаев М. А. Проблемы соотношения культуры «вины» и культуры «стыда» в традиционном праве // Обычное право России: проблемы теории, истории и практики / отв. ред.: Г. В. Мальцев, Д. Ю. Шапсугов. Ростов н/Д., 1999. С. 230.
20. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 139, 140.
21. Зиманов С. З., Өсеров Н. Қазак әдет-ғұрып заңдарына шариаттың әсері. Алматы, 1998. [Влияние шариата на казахское обычное право].
22. Тоқтабай А. Қазак жылқысының тарихы. Алматы, 2010.

REFERENCES

1. Avtonomov A. S. Structural analysis of legal culture // Journal of foreign legislation and comparative law. 2016. No. 2. P. 6 (in Russ.).
2. Andrichenko L. Traditional nature management of indigenous peoples of Russia and problems of legal regulation [Electronic resource] — Access mode: URL: <http://sfd-canada.nonolet.ru/text/Andrichenko.htm> (accessed: 16.12.2005) (in Russ.).
3. Bekmakhanova N. E. Features of the judicial system for nomads in Kazakhstan in the second half of the 19th century // Personality, society and power in the history of Russia: a systematic comparative analysis: international materials of the International conf. M., 1998. P. 276 (in Russ.).
4. Berman G. D. Western tradition of law: the era of formation. M., 1998. P. 169, 181 (in Russ.).
5. Dyuvernuia A. L. Materials for the dictionary of the old Russian language. 2th ed., repr. M., 2016. P. 166 (Ser. "Linguistic heritage of the XIX century) (in Russ.).
6. Zhukova E. V. The right to traditional nature management of indigenous peoples of Russia in the system of their environmental rights: autoref. dis. ... PhD in Law. M., 2010. P. 13 (in Russ.).
7. Zimanov S. Kazakh Court of biys unique judicial system. Almaty, 2008 (in Russ.).
8. Maltsev G. V. Essay of the theory of customary and customary law // Customary law in Russia: problems of theory, history and practice. Rostov n/D., 1999. P. 13 (in Russ.).

9. *Maltsev G.V.* Essays on the history of early law and the state. M., 2010. P. 316 (in Russ.).
10. *Muromtsev G.I.* On some features of traditional law in developing countries of Asia and Africa // *Soviet State and Law*. 1989. No. 6. P. 95 (in Russ.).
11. *Naumkin V.V.* Customary law of the nomadic peoples of Eastern Siberia in the legal system of the Russian state in the XIX – beginning of XX centuries: dis. ... Doctor of Law. M., 2010. P. 59 (in Russ.).
12. *Abramenko G.G.* A customary system of traditional society: dis. ... Doctor of Law. Rostov n/D., 2011. P. 195 (in Russ.).
13. *Plotskaya O.A.* Customary law of the Permian peoples in the Russian Empire of XVIII – XIX centuries: historical and legal aspect: dis. ... Doctor of Law. P. 252 (in Russ.).
14. *Rulan N.* Historical introduction to the law / translated from French A.B. Voronov and others. M., 2005. P. 42 (in Russ.).
15. *Rulan N.* Legal anthropology. M., 1999. P. 44 (in Russ.).
16. *Sinitsyna I.E.* Custom and customary law in modern Africa. History of study. Codes of customary law. M., 1978. P. 174–226 (in Russ.).
17. *Srtlyan S.V.* Law and traditional way of life: dis. ... PhD in Law. Vladimir, 2008. P. 87 (in Russ.).
18. *Supataev M.A.* Islamic law and its role in the legal systems of the countries of Tropical Africa // *Islamic law (Structure and main institutions): collection of articles / editorial Board: L.R. Syukiyainen (resp. ed.) and others.* M., 1984. P. 50 (in Russ.).
19. *Supataev M.A.* Problems of correlation of culture of “guilt” and culture of “shame” in traditional law // *Customary law of Russia: problems of theory, history and practice / resp. ed: G.V. Maltsev, D. Yu. Shapsugov.* Rostov n/D., 1999. P. 230 (in Russ.).
20. *Tikhomirov Yu.A.* Course in comparative law. M., 1996. P. 139, 140 (in Russ.).
21. *Zimanov S.Z., Oserov N.* The influence of Shari’a on the laws of the Kazakh customs. Almaty, 1998 (in Kazakh).
22. *Toktabay A.* The history of the Kazakh horse. Almaty, 2010 (in Kazakh).

Сведения об авторе

ДАУТАЛИЕВ Казыбек Нурсеитович – кандидат юридических наук, докторант Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; 117218 г. Москва, ул. Б. Черемушkinsкая, д. 34

Authors' information

DAUTALIYEV Kazybek N. – PhD in Law, doctoral candidate of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation; 34 B. Cheremushkinskaya street, 117218 Moscow, Russia