
ГОСУДАРСТВО, ПРАВО
И МЕЖНАЦИОНАЛЬНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

ЭТНОКУЛЬТУРНАЯ ЭКСПЕРТИЗА
В ПРАВОТВОРЧЕСКОМ ПРОЦЕССЕ

© 2011 г. Владимир Михайлович Баранов¹
Алексей Игоревич Овчинников²

Краткая аннотация: в статье обосновывается необходимость анализа проектов законов с позиции их соответствия этнокультурным ценностям и традициям, показывается взаимосвязь между пониманием правовых норм и этнокультурными обычаями. Затронуты проблемы юридической этнологии и антропологии.

Annotation: in article necessity of the analysis of projects of laws from a position of their conformity to cultural values and traditions is proved, the interrelation between understanding of rules of law and ethnocultural customs is shown. In work problems law anthropology are mentioned.

Ключевые слова: юридическая этнокультура, правовая антропология, понимание права, правовая культура общества, правовые традиции, правовое сознание, правовые обычаи, интерпретация норм права, ценности права.

Key words: legal ethnoculture, legal anthropology, understanding of the right, legal culture of a society, legal traditions, legal consciousness, legal customs, interpretation of norms of the right, value of the right.

Можно сколь угодно спорить о сущности и определении понятия права, но главная задача правоведов заключается в том, чтобы обеспечить действенность права. Коллективное и индивидуальное понимание правовых норм и реализация их велений предопределяют эффективность права и результативность дорогостоящего и сложного правотворческого процесса. Рассмотрим его результативность в контексте этнокультурного и конфессионального многообразия народов России.

Контекст понимания права – это не что иное, как исторический опыт, язык, культура, традиции этноса, умноженные на особенности его представлений о правовых и политических идеалах. Процесс понимания права предполагает оценочную деятельность понимающего. Поэтому правовая система должна быть в первую очередь адекватна национально-культурной самобытности народа, его правовому менталитету, его правовому идеалу, правосознанию, ценностям народа, а не экономической идее. Данная аксиома, известная в юриспруденции со времен Монтескье, а также немецких юристов исторической школы права Савиньи и Пухты, к сожалению, не была

учтена в ходе либеральных реформ и привела к правовому нигилизму среди населения, особенно той его части, которая пострадала от социальной несправедливости постсоветской модернизации, обернувшейся, по сути, катастрофой отечественной экономики и социальной инфраструктуры государства.

Этнокультурная идентичность формируется веками. Изменить ее с помощью даже кардинальной модернизации законодательства невозможно. Менталитет, дух народа, его характер заданы множеством различных факторов, уникально сочетающихся между собой, начиная с географических, геополитических и заканчивая религиозными. Кстати, именно религия формирует особенности национального характера, этнического “стереотипа поведения” (Л.Н. Гумилев).

Правовая культура этноса и коллективное отношение к праву, понимание его норм, ценностей и предписаний предопределяют индивидуальное понимание. На процесс понимания правовых предписаний оказывает влияние феномен индивидуального желаемого права, который порождается индивидуальным правосознанием и волей. Желаемое право – результат эмоционально-чувственных, интуитивных и рационально-дискурсивных актов индивидуального правосознания, аккумулирующий жизненный опыт, правовые ценности и идеалы субъекта, проявляющий себя в конкретной ситуации и выступающий контекстом интерпретации социально-правовой реальности. Как правило, именно язык, нравы, архетипы и

¹ Помощник начальника Нижегородской академии МВД России по инновационному развитию научной деятельности, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ (Тел.: 8-950-355-77-77).

² Начальник кафедры теории и истории государства и права Ростовского юридического института МВД России, доктор юридических наук, профессор (Тел.: (8637) 86103).

культура этноса формируют жизненный мир, правосознание и желаемое право человека.

Все вышеизложенное свидетельствует о важности изучения этнического опыта в жизни различных народов и государств, их этнокультурной и религиозной дифференциации, политической и правовой жизни, чем и должны заниматься такие дисциплины, как этносоциология, этнокультурология, этнополитология, этнология права (юридическая этнология) и др. Важнейшим, на наш взгляд, принципом организации этнологического знания является отказ от эволюционизма, формационного подхода и диалектико-материалистической схемы исторического развития народов, в результате которой возникает неизбежная европоцентричная установка по отношению к этносам, находящимся на разных ступенях исторической генезиса, но в итоге якобы стремящимся к общему для всех народов результату – рациональной организации общественной жизни на принципах индустриального и постиндустриального общества: этического и правового индивидуализма, централизованного (государственного) правового регулирования, рыночной экономики, частной собственности и т.д.

Идея глобальной универсализации как итоговой, финальной фазы развития межэтнических и расовых взаимоотношений не имеет исторических аргументов. Более того, все попытки создать империю с одним универсальным имперским порядком были обречены на гибель. Поэтому современные этнополитические процессы наталкивают на мысль о том, что государству необходимо обеспечить сосуществование в рамках единого государства различных этнических общностей, которые не сплавляются, а сохраняют свои специфические черты.

Задача эта имеет и культурное, и нравственное измерение, так как дело состоит в признании необходимости защиты этнической религиозно-культурной самобытности от унифицирующей и всепоглощающей культуры “общества потребления”, бездуховности и прагматизма, захлестывающих лидеров глобализации – постиндустриальные страны. Очевидно, что с возрастанием фактора глобализации этнокультурное многообразие не только не сойдет с исторической арены, но, напротив, будет возрастать, так как именно этническая идентичность зачастую обеспечивает чувство солидарности, принадлежности индивида к культурно-исторической общности, дающей ему язык, стереотипы и нормы поведения, связь с родной землей, место в исторической цепи поколений и т.д.

Царская, точнее – имперская Россия имеет многовековой опыт учета этнических традиций в правотворчестве. Царская Россия сознательно сохраняла полиюридизм в жизни многих народов Дальнего Востока, Кавказа, Севера, санкционируя действия местных адатов, обычаев, а у мусульман – и шариата, запрещая лишь те нормы, которые кардинально отличались от правовых принципов империи, например кровную месть или возмещение за кровь. В связи с этим представляет особый интерес опыт российского законодательства XIX столетия, в частности Устав об управлении инородцев от 1822 г., целью которого являлись защита инородцев в границах положенного им правового статуса, обеспечение их местного самоуправления и возможности вести традиционный образ жизни.

В современной юридической науке весьма редки исследователи, разрабатывающие этнокультурное измерение права и государства. Среди современных авторов, к сожалению, практически нет теоретиков права, учитывающих правоментальные, социокультурные, цивилизационные аспекты правовой жизни общества. Большая часть правоведов так и не смогла освободиться от идеологем универсализирующей теоретико-познавательной схемы марксизма и диалектического материализма.

Между тем рост конфликтогенной напряженности в обществе в связи с принятием или проектированием ряда нормативных актов (например, как в случае с пакетом законов о ювенальной юстиции) свидетельствует о сохранении и усилении этноконфессиональных традиций, ценностей и норм, которые в условиях реформ всегда играют огромную роль. В качестве одной из главных задач этнокультурного направления в юридической науке считаем проведение этнокультурных экспертиз законопроектов различного уровня, как федерального, так и регионального. Исходя из того, что главной задачей законодателя (с точки зрения правотворческой техники) является нахождение оптимального равновесия между справедливостью и эффективностью (полезностью) закона, между желаемым правом народа и необходимым правом с точки зрения законодателя, наиболее важным здесь является учет всех существующих связей и отношений, которые затрагивает проектируемый нормативный акт. Поэтому требуется учет этнокультурного контекста закона, под которым понимается совокупность ценностей и норм культуры этноса, затрагивающих тот или иной нормативный акт, а также желаемое право народа и его представителей, влияющее на про-

цесс уяснения смысла норм закона и процесс его реализации.

Для построения методологической базы этнокультурной экспертизы крайне важен социокультурный, или цивилизационный, подход к праву. Исследуя правовую жизнь индивида, этноса, народа или любого другого социокультурного единства, в первую очередь необходимо понять и узнать расчлененную систему его фактических ценностных предпочтений, определяющих юридическое мировоззрение, правосознание и правовое мышление. В системе ценностных предпочтений дана ценностная иерархия, в которой правовые ценности расположены в особом порядке. Ценность справедливости, объективного и субъективного права, личной свободы, общественных и частных интересов, точности в исполнении обязательств может занимать определенное место в этой иерархии, а может и вообще отсутствовать. Исключение может составить лишь ценность справедливости, так как идея права необходимо ее предполагает. Однако и здесь важно не забывать о пределах универсальности представлений о справедливости, положенных собственным этнокультурным опытом.

Этнокультурная экспертиза предполагает ценностный подход, заключающийся в том, что те или иные правовые явления должны описываться и объясняться только в социокультурном контексте неразрывно с описанием всей социально-нормативной системы, обеспечивающей порядок в обществе. Здесь же следует учесть, что ценностное познание не является по своей природе рациональным, что на первом плане здесь находятся ценностные структуры познающего субъекта, и следовательно, процесс познания превращается в процесс понимания. Поэтому для любого ученого, исследующего правовую жизнь того или иного народа и не причастного к этому народу жизнью, недостижимо понимание своеобразия и особенностей юридического быта последнего ввиду явного несовпадения этосов (ценностных иерархий) этих двух субъектов – ученого и народа. Отсюда вопрос о том, что считать правовыми обычаями, а что – просто обычаями или моральными нормами, теряет свое значение. Строго последовательный в использовании сложившихся в европейской науке понятий права и морали ученый обнаружит, что правовая культура иных обществ – отсталая, неразвитая, традиционная, между тем как она – просто другая.

Поэтому при проведении этнокультурной экспертизы необходимо помнить о том, что основной характеристикой любого правового института,

любой правовой системы является культура того социокультурного образования, частью которого и выступает тот или иной институт. Говоря языком современной герменевтики, культура должна служить в “сжатой”, “концентрированной” форме контекстом интерпретации любых правовых конструкций – от идеологических до нормативных. Без знания особенностей правовой культуры и правового менталитета народа, история которого сформировала эти конструкции, невозможно составить полноценное впечатление об их структурно-функциональной целостности. Для того чтобы представлять себе все это, следует задействовать комплексный подход, основывающийся на данных исторической науки, анализе религиозных текстов, народного творчества и т.д. Крайне важно также временное проживание эксперта в том регионе, который изучается. Тогда могут быть использованы те процедуры “вживания”, “чувствования”, погружения в “стихию жизни” исследуемого народа, о которых говорили представители герменевтической философии познания.

Методология этнокультурной экспертизы должна исходить в первую очередь из того, что в жизни всех этносов есть системные ценности. Для составления контекста интерпретации права в жизни того или иного этноса необходимо учесть следующие ориентиры:

- а) религиозное сознание и его роль в жизни этноса;
- б) отношение к Другим и Другому;
- в) семья, власть, воспитание детей;
- г) отношение к труду и к собственности.

Думается, эти пункты позволяют максимально приблизиться к правопониманию исследуемой общности.

При этом важнейшим требованием к этнокультурной экспертизе является преодоление рационалистических и технократических установок современного европейского правового мышления, выразившихся в существовании следующих стереотипов. *Первый стереотип.* Разные народы якобы проходят одни и те же ступени развития в разные эпохи, но все они с естественной необходимостью должны пройти эти ступени. Данное суждение, являющееся прямым наследием эволюционизма, механицизма и натурализма, в социальных теориях Нового времени и на сегодняшний день является одним из основных деструктивных стереотипов в гуманитарном мышлении. Последней его интерпретацией являются теории постиндустриального общества, открыто-

го общества, глобализации, униполярного мира. Главное, что отличает этот подход, – вера (именно вера!) в существование социальных законов, а также субъект-объектная эпистемология, установка на объяснение (а не на понимание) социальных явлений, европоцентризм, универсализм, рационализм и т.д.

Второй стереотип. Право является рациональным и интеллектуальным феноменом, инструментом, с помощью которого можно усовершенствовать любое общество, построить тот социальный порядок, который необходим “социальным инженерам”, “техникам общественной жизни”. Будто бы с помощью такой инженерной мысли можно сконструировать идеальное общество, стоит лишь написать конституцию, закрепить в законах “правильные” (либеральные и прогрессивные) западные ценности, избрать парламент и президента. Правовой порядок мыслится при этом как порядок, основанный на централизованном регулировании общественных отношений.

Этнокультурная экспертиза основана на том выводе, который не выведен рационально, но выстрадан: право “само по себе”, в “отрыве от духовно-нравственных ценностей” не может обеспечить общественный порядок. Несмотря на великолепную юридическую технику, обилие нормативных инструкций и предписаний, высокий уровень уважения и рационального одобрения права, любой социальный катаклизм (наподобие бунтов мигрантов или социальных протестов) демонстрирует полнейшую анархию и безвластие, насилие и агрессивность современного западного обывателя, забывшего о нравственных принципах. За последние годы таких примеров не перечесть: это бунты пригородов Парижа, баррикады на улицах Греции, мародерство в Новом Орлеане после торнадо, уличное хулиганство и молодежная преступность на улицах Великобритании, Польши, США. Поэтому для России важно избежать технизации и коммерциализации права, которые не учитывают культурной сущности правовой системы.

Формализация и рационализация права неизбежно приводят к конфликту абстрактных правовых предписаний с живым, зависящим от конкретных обстоятельств чувством справедливости. Дело в том, что право несравнимо стабильнее и надежнее обеспечивает порядок в обществе в случае его органичной связи с традицией, религией, культурой народа. Правовой обычай, решение дела местным народным судом в соответствии с этноконфессиональными представлениями о правосудии и справедливости (если все участники

дела идентифицируют себя с данной этнической общностью), ритуалы и традиции собственного народа являются мощнейшим фактором правовой мотивации, так как задействуют те структуры сознания индивида, которые составляют его желаемое право, “жизненный мир”, лежат в фундаменте его мировоззрения и мышления.

Стереотип третий. Следует учиться у западных стран демократии и правопорядку. Иными словами, европоцентризм вместо россиеведения. Любой правовой институт связан с национальной культурой, его породившей, и перенос на другую культурно-историческую почву может привести к непредсказуемым последствиям, связанным с его переосмыслением. Еще М. Вебер указывал на то, что при полной формальной идентичности значимых правовых норм культурное значение нормированных правовых отношений, а тем самым и самих норм может быть совершенно различным. Поэтому законопроекты должны обязательно проходить этнокультурную экспертизу на предмет соответствия их основным ценностям русской культуры – культуры государствообразующего народа, а также культуры остальных народов, проживающих на территории нашей страны.

Рассмотрим несколько примеров, подтверждающих необходимость этнокультурной экспертизы различных законопроектов.

Некоторые известные криминологи, проанализировав западный опыт, прежде всего американский, предлагают легализовать продажу оружия. Ход мышления при этом следующий: за рубежом разрешение на огнестрельное оружие является мощным сдерживающим фактором от преступных нападений на добропорядочных граждан. Если такой институт ввести в России, то следствием будет аналогичный сдерживающий фактор. Как видим, здесь присутствует убеждение в том, что закономерность (причинно-следственная связь), существующая в другом обществе, будет проследиваться и в России. Но как быть с известными этнокультурными чертами характера, если прибегнуть к не вполне академическим оценкам, – безалаберностью, расхлябанностью, которые в умножении с бытовой неустроенностью, нравственной деградацией приводят к страшным цифрам бытовой преступности. Огнестрельное оружие могут сменить скалки, сковородки и другие “хозяйственные инструменты” в общей семейной разборке, наблюдаемой в современной России не только у барачников рабочих окраин, но и у вполне успешной прослойки общества. В среде образованных русских людей отрыв от строя жизни “от-

цов”, утрата религии и материализм ведут порой к нигилизму, а нередко этот отрыв способствует проявлению озорства и хулиганства.

Другой пример. Мусульманское право запрещает экономическим агентам куплю-продажу денег, а также ссудный процент и другие финансовые спекуляции³. Вместо него существует показатель доходности торговых и инвестиционных операций. Соответственно, чтобы заработать прибыль, исламский банк должен непосредственно участвовать в предпринимательской деятельности своих клиентов, деля с ними прибыль или убытки финансируемого им проекта. В то же время в ст. 5 Федерального закона “О банках и банковской деятельности” говорится: “Кредитной организации запрещается заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью”⁴. Гражданский кодекс запрещает беспроцентный кредит как финансовую транзакцию, что также подтверждено Налоговым кодексом. Нормы современного российского права, как и права многих европейских стран, делают многие исламские финансовые операции невозможными, а остальные – невыгодными для банка и его клиентов.

Особенно чувствительны к новеллам отношения в сфере семейного права, частной собственности, образования, а также процессуального права. Например, в основе понятия “общее имущество супругов”, как и в основе ст. 35 “Владение, пользование и распоряжение общим имуществом супругов” Семейного кодекса РФ, лежит презумпция, что имущество было нажито совместными усилиями супругов. В большинстве случаев это происходит на самом деле, так как многие русские женщины работают наравне с мужчинами. Но в иных культурах эта презумпция и это понятие могут и “не работать”. Например, там, где женщина лишена права на труд и где дети остаются после развода обязательно с отцом, т.е. в мусульманских регионах, имущество супругов не предполагает равных долей в случае раздела: ведь работающий многодетный мужчина нуждается в значительно большей собственности.

При рассмотрении семейно-брачных отношений в мусульманских регионах нередко встает вопрос об установлении отцовства. Большое количество детей рождается вследствие внебрачного рождения у лиц, состоящих в браке по шариату, который не влечет никаких правовых последствий. Это, несомненно, пробел в зако-

нодательстве, который отрицательно отражается на правах и интересах детей, рожденных в таком браке, так как их отцовство остается неустановленным.

Дело в том, что вступающие в брак дагестанцы большее значение придают обрядам религиозного бракосочетания (махар), а уже после – по желанию регистрации брака в ЗАГСе. Как справедливо отмечает З.Х. Мисроков, причинами востребованности мусульманского права на Северном Кавказе являются “установление нового социального порядка, введение нового единого права, имеющего большие пробелы и игнорирующего культурно-правовые традиции народов России”⁵.

В качестве еще одного примера можно привести ряд законопроектов, направленных на перенос западной модели ювенальной юстиции в область семейного права. Ювенальная юстиция – часть неолиберальной правовой доктрины, предусматривающая создание системы институтов, направленных на обеспечение прав и свобод детей, их автономизацию, индивидуализацию и обособление от семьи, на либерализацию семейного воспитания, семейных отношений. Даже поверхностный взгляд на законопроекты, представленные в 2009 г. для обсуждения, обнаружит в них множество нарушений действующего законодательства, не говоря уже о традициях семейного воспитания, приоритетах и ценностях современного семейного права. Поэтому вполне закономерно, что эти законопроекты вызвали бурю дискуссий в обществе, а после были отправлены на доработку.

Этнокультурная экспертиза данных законопроектов показывает, что государство все сильнее и активнее вмешивается в процесс воспитания детей, в отношения между родителями и детьми, родственниками, что не приветствуется в тех регионах России, где сохранились традиционные отношения. Например, каким образом дети будут доносить на родителей, если религиозные нормы православного христианства предписывают прямо обратное: “Почитай отца твоего и мать твою, чтобы тебе было хорошо и чтобы продлились дни твои на земле, которую Господь, Бог твой, дает тебе”. Именно нарушение данной заповеди вызывает опасение у противников ювенальной юстиции, среди которых и православные, и мусульмане, и иудеи, и католики, т.е. представители

³ См.: Нужда делает запрещенное дозволенным. Банковская система и шариат // Нез. газ. Приложение “НГ Религии”. 2003. 3 дек.

⁴ См.: Собрание законодательства РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

⁵ Мисроков З.Х. Особенности формирования уголовно-правовой политики на Северном Кавказе // Законность. 2002. № 10. С. 36.

всех конфессий, признающих заповеди Ветхого Завета. Если бы данный законопроект прошел этнокультурную экспертизу, то не пришлось бы “копья ломать” из-за ювенальной юстиции, которая в своих базовых предпосылках была направлена на благое дело.

Безусловно, введение шариата и биюридизма или плюрализма правовых систем – крайности. Необходимо дать больше возможностей этно-

культурным сообществам строить свою жизнь в соответствии со своими обычаями и религиозными нормами, но с учетом конституционных принципов общего государства. Для этого достаточно проводить этнокультурную экспертизу и с помощью приемов юридической техники сглаживать острые углы законопроектов, “ранящих” этнокультурное самосознание и идентичность народов России.