

ТРАДИЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ (Окончание)¹

© 2018 г. А. С. Автономов

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

E-mail: avtonomov@izisp.ru

Поступила в редакцию 18.04.2018 г.

Статья посвящена проблемам генезиса правосудия, начальному этапу развития правосудия, именуемому традиционным правосудием. Рассматриваются условия существования, сохранения и развития традиционного правосудия на ряде примеров из опыта различных стран и народов в разные эпохи. Представлены и разобраны основные характерные черты, присущие традиционному правосудию. Рассматриваются судьбы традиционного правосудия в современном мире.

Ключевые слова: правосудие, понимание правосудия, традиционное правосудие, социальные условия традиционного отправления правосудия, основные характеристики традиционного правосудия, эволюция традиционного правосудия.

DOI: 10.31857/S013207690002070-9

Традиционное правосудие в эволюционирующем мире. Как уже отмечалось, традиционное правосудие характерно для общества на стадии разложения первобытного строя и перехода к государственной его организации, а также на ранних ступенях складывающейся и укрепляющейся государственности. Между тем развитие государства не всегда приводило и приводит к равномерной модернизации всех групп и слоёв населения. В результате некоторые народы или некоторая часть народа (народов) даже в современном государстве могут жить в условиях общинности при саморегулировании определённого круга отношений собственными обычаями, включая отношения по разрешению конфликтов. Таким образом, жизнь патриархальной (или, возможно, матриархальной) общины представляет собой социальные условия, порождающие и поддерживающие именно такое правосудие, которое именуется традиционным.

Отношение государств к традиционному правосудию локальных общин с течением

времени менялось. Для древних и средневековых государств правовой и судебный плюрализм был в порядке вещей, вследствие чего признавалось и общинное традиционное правосудие. В Новое время централизация и унификация государственного управления и судебной организации не оставляла места для локального общинного правосудия. В большинстве стран Европы в XIX в. общинное традиционное правосудие было вытеснено из общественной жизни, причём не только запретами, хотя такие официальные запреты имели место, но вследствие модернизации жизни общин и образующих их общинников, что приводило к изживанию социальных условий существования и воспроизводства традиционного правосудия. Однако за пределами Европы дела обстояли иначе. Например, государства Латинской Америки также пытались запретить традиционное правосудие, но общины коренных народов, в особенности проживающие в отдалённых районах, продолжали разрешать конфликты средствами традиционного правосудия. Сохранялось традиционное правосудие и в колониальных владениях европейских держав в Африке и Азии.

¹ Начало см.: Государство и право. 2018. № 9.

Попытки государств полностью упразднить традиционное правосудие оказались тщетными, поскольку формы и методы, используемые в рамках такого правосудия, соответствовали представлениям прибегших к нему народов и общин о справедливом и должном, поэтому оно позволяло разрешать возникающие споры и конфликты. Сохранение и развитие традиционного правосудия отвечало условиям жизни соответствующих народов и общин. В силу этого оно существовало де-факто даже в те периоды, когда не признавалось и даже запрещалось. Вместе с тем и в настоящее время традиционное правосудие сохраняется у разных народов, проживающих главным образом в странах Африки, Латинской Америки, Океании.

Осознание жизненной потребности в определенных условиях именно в традиционном правосудии привело к его официальному признанию на конституционном уровне в ряде государств в конце XX — начале XXI в. Иными словами, наблюдается своеобразный “конституционный ренессанс” традиционного правосудия в некоторых странах. Вместе с тем конституционное закрепление традиционного правосудия ставит его под контроль органов судебной власти, предписывает использовать нормы (как и вообще всем судам), не противоречащие конституции и законам. Обратимся к примерам конституций государств, расположенных в разных частях света. Статья 52 Конституции Республики Вануату 1980 г. устанавливает: “Парламенту надлежит предписать создание сельских или островных судов с подсудностью дел по обычаям и по другим вопросам и надлежит прописать роль вождей в таких судах”². А в ч. 2 ст. 78 той же Конституции записано: “Правительству надлежит урегулировать должным образом все вопросы функционирования обычных учреждений или процедур по разрешению споров, касающихся собственности на землю по обычаю”³. В ст. 246 Конституции Колумбии 1991 г. указывается, что “органы власти коренных народов могут осуществлять юрисдикционные функции в пределах их территорий в соответствии с присущими им нормами и процедурами при условии, что они не противоречат Конституции и законам Республики”⁴. В ст. 13.6.2 Соглашения о са-

моуправлении Первой Нации Вунтут-Гвичин между Первой Нацией Вунтут-Гвичин, Правительством Канады и Правительством Юкона от 29 мая 1993 г. (Соглашение носит, по существу, конституционный характер) устанавливается: “Переговоры, касающиеся отправления правосудия, должны вестись о таких предметах, как рассмотрение дела судом с вынесением решения, гражданские средства судебной защиты, санкции-наказания, включая штраф, карательную меру и лишение свободы для обеспечения применения любого закона Первой Нации Вунтут-Гвичин, судебное преследование, меры коррекционного характера, правоохрана, отношения любых судов Первой Нации Вунтут-Гвичин с другими судами, и о любом ином предмете, относящемся к аборигенному правосудию, на которые Стороны согласились”⁵. В Конституции Анголы 2010 г. говорится в общем виде о традиционных органах власти без выделения судебной (юрисдикционной) функции: “Государство признаёт статус, роль и функции институтов традиционной власти, созданных в соответствии с обычным правом и не противоречащих Конституции” (ч. 1 ст. 223)⁶.

Традиционному правосудию в XXI столетии посвящены отдельные положения не только некоторых конституций, но и определённых международных региональных актов, правда, рекомендательного характера. Одним из таких актов являются принятые в 2003 г. Принципы и руководящие начала права на справедливое судебное разбирательство и правовую помощь в Африке⁷. Раздел “Q” данного документа озаглавлен “Традиционные суды” и начинается общим положением: “Требуется, чтобы традиционные суды там, где они существуют, уважали международные стандарты права на справедливое судебное разбирательство”. Следом за данным общим положением идут уточнения, согласно которым, в частности, в таких судах должны соблюдаться равноправие и недискриминация (затем отдельно

² Constitution of the Republic of Vanuatu // Laws of the Republic of Vanuatu. Consolidated Edition 2006. Port Vila, 2006. P. 17.

³ Ibid. P. 24.

⁴ Constitución Política de Colombia. Bogotá, 2015. P. 60.

⁵ Vuntut Gwitchin First Nation Self-Government Agreement among the Vuntut Gwitchin First Nation and the Government of Canada and the Government of the Yukon, made on 29th day of May, 1993. Ottawa, 1993. P. 22.

⁶ См.: Constituição da República de Angola. Luanda, 2014. P. 79.

⁷ См.: The Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and legal Assistance in Africa // Официальный сайт Африканской комиссии по правам человека и народов. URL: <http://www.achpr.org/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial> (дата обращения: 05.02.2018).

говорится о равноправии женщин и мужчин); уважаться достоинство человека при недопущении пыток и жестоких наказаний, свобода и безопасность каждого, предполагающие отказ от произвольных арестов и задержаний; предоставляться возможность подготовиться к судебным слушаниям, прибегнуть к помощи переводчика для тех, кто не говорит на языке, используемом в традиционном суде, воспользоваться помощью своего представителя; осуществляться и провозглашаться все права и обязанности стороны в судебном процессе; сохраняться право обжалования решения в вышестоящий традиционный суд, в административный или судебный орган; реализовываться правила открытого судопроизводства, за исключением случаев, требующих защиты прав детей в бракоразводном и иных процессах. Вместе с тем государствам предлагается обеспечить независимость традиционных судов путём воздержания от подчинения их органам исполнительной власти и ограждения от недолжного вмешательства в их судебный процесс. Объявляется о необходимости создания условий для беспристрастности традиционных судов, которая может быть подорвана, если один из членов заранее высказывает мнение, способное повлиять на судебное решение, или будет связан с одной из сторон в деле, либо вовлечён в дело, или будет иметь денежный или иной интерес в исходе дела. Сторонам в процессе надлежит предоставить право оспорить беспристрастность любого члена традиционного суда. Необходимо, чтобы в законе была прописана процедура дисциплинарного производства в отношении членов традиционных судов со всеми соответствующими гарантиями. Как видим, рассматриваемый документ ориентирует государства Африки на признание только таких традиционных судов, которые фактически не имеют всего набора черт, характеризующих в их совокупности судебные органы в качестве традиционных. Получается, что, следуя рекомендациям Принципов и руководящих начал права на справедливое судебное разбирательство и правовую помощь в Африке и вмешиваясь посредством издания законодательных актов в организацию и деятельность традиционных судов, государства лишают их некоторых черт традиционности.

В то же время не только в Африке, но и в других частях света государства, признавая традиционные суды, устанавливают опреде-

лённое регулирование их деятельности с тем, чтобы обеспечить соблюдение современных принципов отправления правосудия, в том числе ради исполнения их международных обязательств, поскольку традиционные суды в таких условиях сопряжены со всеми судами в стране, но в результате такого регулирования происходит модернизация традиционных судов в той или иной степени. Таким образом, в современных условиях проявляются две разнонаправленные тенденции: с одной стороны, ряд государств признаёт традиционные суды, их компетенцию, процедуру их работы и силу их решений, обязательных для исполнения, с другой — государства законодательным путем ограничивают компетенцию и корректируют порядок формирования и работы традиционных судов с тем, чтобы добиться соответствия современным принципам статуса судей, судоустройства и судопроизводства, что ведет к определённой модернизации и, следовательно, утрате каких-то качеств, характерных для органов традиционного правосудия.

В итоге в современных условиях распространение получили суды, которые можно назвать гибридными, поскольку они соединяют в своей организации и деятельности черты и традиционного, и современного правосудия. Гибридные суды могут быть временными и чрезвычайными, а могут — постоянными и ординарными. Примером первых могут служить суды, рассматривавшие в начале XXI в. в Руанде дела о геноциде. После геноцида 1994 г. в Руанде суды не справлялись со своевременным рассмотрением дел по обвинению в совершении указанного преступления. Тогда решили использовать некоторым образом опыт традиционных общинных судов, которые называются гачача. В 2001 г. был принят Закон, согласно которому учреждались суды под названием “гачача”, применявшие некоторые приёмы работы и процедуры, характерные для традиционных общинных судов, специально для рассмотрения дел о геноциде. Страна была разделена на судебно-территориальные единицы — ячейки, а несколько ячеек объединялись в сектор. В суд гачача местные жители из своей среды выбрали девять непрофессиональных судей, причём условиями для выдвижения кандидатур и для избрания являлись неучастие в актах геноцида, пользование репутацией честного и непредвзятого человека. В каждом секторе был

создан как суд (гачача) первой инстанции, так и секторальный суд по пересмотру решений нижестоящих гачача. После избрания судьи прошли краткосрочный инструктаж — от семи до 10 дней, после чего приступили к исполнению своих судебных полномочий. Судопроизводство строилось в соответствии с традициями, характерными для гачача, что ускорило процесс, но предполагало отсутствие тех или иных процессуальных гарантий, рассматриваемых в качестве обязательных в современных судах практически повсеместно. Высказывались различные мнения как об уместности, так и об эффективности таких судов⁸. Между тем данные суды проработали с 2002 по 2012 г. и, рассмотрев огромное количество дел, были распущены. Но по закону прекратили деятельность именно эти специальные суды, названные по наименованию традиционных судов, в то время как традиционные суды гачача, давшие имя указанным специальным судам, продолжили собираться по мере необходимости.

Примером постоянных и ординарных судов являются островные суды в Республике Вануату. Как отмечалось ранее, Конституция Вануату 1980 г. предписывает принятие закона о сельских или островных судах, которые применяли бы обычное право. Такой Закон об островных судах был принят в 1983 г. (Island Courts Act), а с 1984 г. начали создаваться островные суды (официально их учреждает председатель Апелляционного суда), которых в настоящее время насчитывается 11⁹. Эти суды не были созданы одновременно, а формировались постепенно. Традиционно конфликты на островах Вануату на основе обычаев разбирали вожди (они гласно рассматривали дела на общинном собрании в специально отведённом месте или помещении, что именуется “nakamal”), а наиболее сложные и крупные дела поступали в советы вождей. По мере создания островных судов традиционные институты превращались в неофициальные общественные механизмы разрешения споров. В то же время судьями островных судов назначаются

знатоки местного обычного права, в том числе и вожди, живущие в соответствующей местности. Для начала работы островного суда необходимо, чтобы были назначены, как минимум, трое судей, из которых один — местный вождь. Назначения производятся Президентом Республики по предложению Комиссии по судебской службе (подбирающей кандидатов и на другие судебные должности). После назначения судьи островных судов проходят короткую подготовку, а затем периодическую переподготовку¹⁰. Островные суды применяют местные обычаи (в небольших уголовных и гражданских делах) в той мере, в какой они не противоречат законам и Конституции. Поэтому и сами суды при вынесении решений наряду с обычаями руководствуются законами, и решения островных судов могут быть обжалованы в вышестоящую судебную инстанцию на предмет соответствия законам. Среди черт, унаследованных островными судами от традиционных судов, можно отметить нацеленность на примирение сторон. Несмотря на то что исследователи по итогам опросов отмечают восприятие островных судов, как и вообще всех судов, в качестве органов, стремящихся к результату “выигравший-проигравший”, в то время как традиционные институты стараются достичь результата “выигравший-выигравший” путём примирения и урегулирования¹¹. Правило 5 Правил процедуры (по уголовным делам) островных судов предписывает им “поощрять примирение и содействовать дружественному урегулированию, согласно обычаю или по другому”..., и если островной суд “удовлетворён тем, что урегулирование адекватное и справедливое, то он может отдать приказ приостановить или прекратить судебное преследование”¹². В связи с тем что в островные суды поступало довольно много дел, связанных с обычно-правовым землевладением, было решено создать специальные островные/земельные суды, которые приступили к работе в 2016 г.

От создания гибридных судов отличается законодательное признание традиционных судов, которые тем не менее развиваются под воздействием разных внутренних и внешних факторов, в том числе в результате взаимо-

⁸ См. обзор позиций: *Chakravarty A. Gacaca Courts in Rwanda: Explaining Divisions within the Human Rights Community // Yale Journal of International Affairs. Winter/Spring 2006. P. 133–136.*

⁹ См.: Официальный сайт судебной системы Вануату. URL: <http://courts.gov.vu/about-us/island-court> (дата обращения: 14.04.2018).

¹⁰ См.: *Goddard M., Otto L. Hybrid Justice in Vanuatu: The Island Courts. Washington, 2013. P. 27, 28.*

¹¹ См.: *ibid. P. 29.*

¹² *Island Courts (Criminal Procedure) Rules. Port Vila, 2005. P. 7.*

действия с государственными судами. В XXI столетии такое признание без ссылок на соответствие законам, конституции (а иногда и международным обязательствам) практически не встречается, за исключением невмешательства в механизмы разрешения конфликтов в общинах народов, проживающих в отдалённых регионах в изоляции (но в таких общинах, как правило, действуют частно-родственные механизмы разрешения конфликтов, поэтому о правосудии речи не идёт). Однако в XIX и даже в начале XX в. указанное признание было не редким. В частности, в России после освобождения крестьян от крепостной зависимости (1861 г.) были учреждены волостные суды. Ещё ранее в общинах русских крестьян действовали традиционные органы правосудия, допускался самосуд¹³, но до отмены крепостного права существенная роль в разрешении конфликтов между крестьянами принадлежала их хозяевам-помещикам или назначенным ими управляющим. Волостной суд (рассматривал небольшие уголовные и гражданские дела) был создан законом, но формировался из крестьян и самими крестьянами, а разбирал дела в соответствии с обычаями¹⁴. Судьи избирались на волостном сходе, а с 1889 г. волостной сход избирал кандидатов, из числа которых судей назначали земские начальники. Первоначально решения волостных судов были окончательными. Однако в 1866 г. полномочиями по пересмотру решений волостных судов в порядке кассации были наделены съезды мировых посредников, в 1874 г. эти полномочия перешли к уездному присутствию по крестьянским делам. С 1889 г. апелляции на решения волостных судов можно было подавать в уездные съезды, точнее, в их судебные присутствия, состоявшие из уездного предводителя дворянства, уездного члена окружного суда, всех земских начальников уезда, городских судей, почётных мировых судей уезда. В судебном присутствии уездного съезда принимал участие без права голоса товарищ прокурора окружного суда. Уездные съезды руководствовались уже не обычаями, а законами, что подвигло и волостные суды обращаться не только к обычаям, но и к законам. Кассационной инстанцией выступало губернское при-

сутствие по крестьянским делам. Временные правила 1912 г. апелляционной инстанцией сделали верхний суд (работал под председательством участкового мирового судьи в составе председателей всех волостных судов данной волости), а кассационной инстанцией — съезд мировых судей. Эти же Временные правила вернули волостным сходам полномочия по избранию судей напрямую, но вводили ценз грамотности (до этого судьями могли стать и становились даже неграмотные). Волостные суды были упразднены после Февральской революции 1917 г. Итак, волостные суды первоначально обладали практически всеми характеристиками традиционных судов, но постепенно они утрачивали эти характеристики одну за другой. В социальном плане причиной утраты волостными судами характеристик традиционного суда послужило разложение крестьянской общины. Иными словами, наличие патриархальной соседской общины, освободившейся от юридического патернализма помещика-крепостника, послужило социальной основой для существования и довольно активного функционирования волостных судов как органов традиционного правосудия, а постепенный распад общины в силу естественно-экономических законов повлёк за собой и трансформацию волостного суда, постепенно утрачивающего черты, присущие органу традиционного правосудия. В книге «Развитие капитализма в России», написанной и опубликованной В.И. Лениным в самом конце XIX в., убедительно показано «коренное разрушение старого патриархального крестьянства и создание *новых типов* сельского населения»¹⁵. Такое разрушение подрывало изнутри и саму общину, и формы общинной организации и самоорганизации, включая традиционное отправление правосудия. Наряду с этим важнейшим внутренним фактором действовал внешний по отношению к общине фактор: государство через земских начальников (по крайней мере с 1889 г., когда институт земских начальников был учреждён) старалось поставить под контроль деятельность общинно-крестьянских органов, включая волостные суды, что не могло не оказать воздействия на их эволюцию.

У других народов России также имелись свои институты традиционного правосудия.

¹³ См. подробнее: *Безгин В.Б.* Правовые обычаи и правосудие русских крестьян второй половины XIX — начала XX века. Тамбов, 2012. С. 97–110.

¹⁴ См.: там же. С. 111–122.

¹⁵ *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 3. С. 165.

Выше уже несколько раз упоминался существовавший издавна у казахов суд биев (по-казахски *билер соты*), в деятельности которых одновременно и формировалась в постоянном развитии правовая культура казахов¹⁶. Очевидно, первоначально суд биев представлял собой орган традиционного правосудия, но затем он эволюционировал, утрачивая характеристики традиционного отправления правосудия и приобретая черты, присущие государственным судам. Бии выступали хранителями и интерпретаторами права в Казахском ханстве, поэтому неудивительно, что Тауке-хан (по-казахски *Тауке хан*) в начале XVIII в. пригласил трёх биев (по одному от каждого жуза) для подготовки кодифицированного акта, который получил название Семи Установлений или Семи Частей (по-казахски *Жеті Жарғы*)¹⁷. Участие биев в реализации государственной правовой политики, применение не локальных обычаев, а писаных актов и неписаных обычаев, действующих для многих общин, племён, населяющих государства и государственные образования, характеризуют институт биев как занимающихся отправлением государственного, а не традиционного правосудия. Такую роль бии играли и в едином Казахском ханстве, и в образовавшихся на его территории нескольких ханствах и султанатах, и в составе России. Такой характер судов биев подтверждается также информацией о довольно многочисленных обращениях в суды биев в XIX в. русских¹⁸, т.е. отправление правосудия носило государственный характер и не замыкалось в этно-общинных рамках. В течение длительного времени окончательные решения выносились судами биев в единственной инстанции. Ещё в 1822 г. квазиинстанционность при отправлении правосудия биями была признана Высочайше утверждённым Уставом о Сибирских Киргизах от 22 июля 1822 г. В этом Уставе говорилось, что реше-

ния биев приводятся “в то же время”, т.е. немедленно после вынесения решения, однако Устав допускал обжалование решений биев в окружное управление¹⁹, которое состояло из старшего султана и приказа, состоявшего из членов, избранных совместно старшинами и биями. Не инстанционность, а квазиинстанционность состояла в том, что окружное управление имело прежде всего исполнительные функции, отправлением правосудия оно, как правило, не занималось, и поэтому его нельзя считать в полной мере судебной инстанцией. Однако, по-видимому, потребность в инстанционности уже возникла к тому времени у судов биев, которые постепенно эволюционировали от органов традиционного правосудия к государственным судам. Закрепление в Уставе возможности обжалования решений биев, видимо, соответствовало сложившейся практике казахов, поскольку при подготовке проекта Устава ориентировались на обычаи и традиции казахов, а в отношении органов традиционного правосудия других народов, например, процитированный в части первой настоящей статьи Устав об управлении инородцев (принятый, кстати, в один день с Уставом о Сибирских Киргизах) этого не предусматривал. С 1864 г. обжалование решений стало возможным благодаря приданию судам биев трёхинстанционной структуры: особый суд, волостной и чрезвычайный съезд. В том же году была формализована процедура выборов биев. В то же время сохранялись такие черты, характерные для традиционного правосудия, как нацеленность на примирение сторон в ходе судебного разбирательства, сравнительная гибкость процедуры, совмещение биями судебских и иных функций. Постепенный переход суда биев из состояния института традиционного правосудия в состояние органа государственного правосудия связан с модернизацией общественной жизни. Такая модернизация ускорила в 20-е годы XX в., в связи с чем суды биев, признанные в начале 20-х годов, в конце 20-х были упразднены, и определённые обычаи (хотя и продолжали применяться) перешли из разряда правовых в разряд бытовых.

В то же время в нашей стране в случаях, когда темпы модернизации общественной жизни

¹⁶ См.: Кенжалиев З. Көшпелі қазақ қоғамындағы дәстүрлі құқықтық мәдениет. Алматы, 1997.

¹⁷ Любопытно отметить, что в XIII в. в Испании (первоначально в королевстве Кастилия и Леон) был принят кодифицированный акт, также именованный Семь Частей (по-испански *Siete Partidas*) и характеризовавшийся рядом юридических новшеств для того времени. В том же веке указанный акт был переведён на португальский язык (по-португальски *Sete Partidas*) и действовал в Португалии (см.: Автономов А.С., Савин В.А. История государства и права стран Пиренейского полуострова. М., 1988. С. 16, 17, 61).

¹⁸ Валиханов Ч. Указ. соч. С. 31.

¹⁹ См.: ПСЗРИ. Собр. первое. Т. XXXVIII. Ст. 29.127. СПб., 1830. С. 428.

были не столь уж высоки, традиционное правосудие признавалось, так как оно отвечало потребностям местного населения. В частности, 1 июля 1927 г. было принято постановление Президиума ЦИК СССР “О возложении судебных функций на туземные органы управления северных окраин”²⁰. Фактически были признаны судебные полномочия по небольшим уголовным и гражданским делам за общинными органами, причём применялись обычаи, если они не вступали в противоречие с законами. Указанное постановление конкретизировалось на республиканском уровне. Так, 14 октября 1927 г. ВЦИК и Совет Народных Комиссаров (СНК) приняли совместное постановление “О выполнении судебных функций органами туземного управления народностей и племён северных окраин РСФСР”²¹. Оба приведённых постановления предусматривали возможность пересмотра решений органов, отправлявших традиционное правосудие, судами по обращению любой из сторон в деле. Тем не менее модернизация общественной жизни продолжалась, что предопределило дальнейшие преобразования в сфере отправления правосудия. 16 октября 1933 г. ВЦИК и СНК РСФСР утвердили Положение о кочевых общественных судах²², в связи с чем упомянутое выше постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 14 октября 1927 г. было признано утратившим силу²³. Председатель кочевого общественного суда и его заместитель избирались соответствующим кочевым советом и утверждались его исполнительным комитетом, а члены численностью от трех до пяти — на общем собрании граждан, проживавших на территории этого совета. Кочевые общественные суды рассматривали по обращениям граждан и общественных организаций правонарушения в области охоты, охраны лесов и т.п., а также некоторые имущественные споры и споры об использовании промысловых и прочих угодий. Такие суды хотя и обладали определённой спецификой, к органам традиционного правосудия отнести невозможно. По словам В.А. Кряжкова, «новые подходы... стали складываться в 1930-е гг. Начинаясь период “советизации” обустройства жизни северных народов»²⁴.

В некоторых странах целенаправленная со стороны государства трансформация органов, которые могли бы считаться традиционными для некоторых народов, неуклонная “подгонка” таких органов под организационные модели, чуждые институтам этих народов, навязывание принципов и норм функционирования указанных органов в отсутствие реальных изменений в социальных условиях жизни упомянутых народов, что могло привести бы к естественной модернизации, в том числе и органов правосудия, привела к тому, что данные органы полностью утратили черты органов традиционного правосудия. Примером страны, в которой была осуществлена такая целенаправленная трансформация, являются США, а органы, подвергшиеся трансформации — суды, существующие в резервациях коренных американцев (индейцев). Выше уже неоднократно упоминались органы традиционного отправления правосудия коренных американцев. С 1871 г., когда подавляющее большинство племён вынужденно оказалось в резервациях, правительство США приступило к проведению “цивилизаторской” и ассимиляционной политики в отношении так называемых “внутренних зависимых наций”, под которыми понимали коренных народов. Агенты Бюро по делам индейцев (БДИ) — подразделения министерства внутренних дел — взяли под полный контроль управление в резервациях и действовали в направлении разрушения традиционных институтов. Под главенством агентов БДИ работала созданная в 1878 г. полиция каждой из резерваций. При этом сами агенты БДИ на первых порах выступали в качестве судей в резервациях, а после учреждения в 1883 г. судов по преступлениям индейцев (*Courts of Indian Offenses*) назначали в них судей (правда, по договорённости с советами племён) и передавали им инструкции о порядке рассмотрения дел. Внедряя принципы и правила правосудия, характерные для США, но не для традиционного правосудия коренных народов Северной Америки, данные суды своей практикой подрывали традиционное правосудие этих народов, хотя и вынуждены были в той или иной степени считаться с обычаями, по крайней мере с теми, которые не вступали в противоречие с федеральным законодательством и которые регулировали вопросы, не урегулированные федеральным законодательством. Видимо, поэтому указанным судам было довере-

²⁰ См.: СЗ СССР. 1927. № 32, ст. 330.

²¹ См.: СУ РСФСР. 1927. № 111, ст. 746.

²² См.: СУ РСФСР. 1933. № 54, ст. 241.

²³ См.: СУ РСФСР. 1933. № 58, ст. 271.

²⁴ Кряжков В.А. Коренные малочисленные народы Севера в российском праве. М., 2010. С. 52.

но рассмотрение дел лишь воспитательного и дисциплинарного характера, в то время как серьезные преступления, совершенные в резервациях, согласно Закону о тяжких преступлениях 1885 г. (*Major Crimes Act*)²⁵ оказались подведомственны федеральным судам. Таким образом, процесс отправления правосудия в основном был выведен за пределы племён, а те элементы отправления правосудия, которые ещё оставались в племенах, были поставлены под жёсткий контроль федеральных органов государственной власти и в той или иной степени проверялись на соответствие юридическим стандартам, утвердившимся в США.

В 30-е годы XX в. политика правительства США в отношении индейцев и их юридического статуса несколько изменилась²⁶. С середины 30-х годов началось расширение племенного самоуправления, в том числе и в сфере отправления правосудия, однако к этому времени выросло уже второе поколение коренных американцев, не имевших практического опыта в данной сфере. После принятия в 1934 г. Закона об индейской реорганизации (*Indian Reorganization Act*)²⁷ начали создаваться племенные суды (первой инстанции и апелляционные). Вместе с тем племена принимали свои конституции, законы, своды законов, содержавшие нормы материального и процессуального права. Но, во-первых, конституции и законы должны были соответствовать федеральному законодательству США и потому находились под сильным влиянием норм и принципов, установленных указанным законодательством, во-вторых, в племенах не было достаточно кадров с соответствующей юридической подготовкой и опытом для самостоятельной выработки проектов конституций и законов, поэтому племена одобрили в качестве “своих” представленные министерством внутренних дел модельные конституцию и законы с минимальными поправками²⁸. Модельные акты писались в министерстве внутренних дел на основе дей-

ствовавшего федерального законодательства, хотя и с некоторыми упрощениями. Так и получилось, что племенные суды по своей организации, порядку формирования и работы уже не являлись традиционными институтами, а походили на другие судебные органы в США. При этом в силу того что для занятия большинства судебных должностей в племенах требовалось и требуется юридическое образование, первоначально на эти должности назначались юристы-неиндейцы, которые жили по соседству и которых знали в племенах. Только в 70-е годы с увеличением среди юристов числа коренных американцев индейцы стали количественно преобладать в составе племенных судей²⁹. Между тем высшее юридическое образование в США строится на обучении современным представлениям о праве, принципам и системе права, правовым институтам и толкованию норм так, как это понимается именно в современной американской юриспруденции. Тем самым определенным образом формируется современное правосознание юриста в Америке вне зависимости от его этнического происхождения.

Следует обратить внимание на то, что в США уже почти два столетия применяются разрабатываемые Верховным судом “каноны толкования”, под которыми понимаются правила интерпретации договоров, законов и актов органов исполнительной власти в отношении индейцев и индейских племён³⁰ (рассмотрение самих “канонов толкования” не входит в задачи данной работы). Естественно, “канонами толкования” пользуются все юристы, которые практикуют или проводят исследования в сфере, относящейся к коренным народам, проживающим в США. Всё это сказывается на формировании, поддержании и развитии правосознания, которым руководствуются судьи племенных судов, толкуя и применяя все нормы, включая и нормы обычаев коренных народов (в племенных судах приоритет отдаётся племенным обычаям), причем обычаи также модернизируются вслед за меняющимися условиями жизни коренных американцев. В конце концов племенное отправление правосудия стало одной из современных систем отправления правосудия США наряду с федеральной системой и системой каждого из штатов.

²⁵ См.: 18 U.S.C. § 1153, 3242.

²⁶ См. подробнее: Автономов А.С. Правовой статус индейцев в США // США – Канада: экономика, политика, культура. 2004. № 11. С. 86–92.

²⁷ См.: 25 U.S. P. 478.

²⁸ См.: Watson Jr.G.D. The Oglala Sioux Tribal Court: From Termination to Self-Determination // Great Plains Research. Vol. 3. 1993. No. 1. P. 73.

²⁹ См.: Taylor M. Modern Practice in the Indian Courts // University of Puget Sound Law Review. Vol. 10. 1987. P. 236.

³⁰ См.: American Indians, Indian Tribes, and State Government. 5th ed. St. Paul, 2014. P. 23.

Автономия племенного правосудия приводит к тому, что в случае если совершено правонарушение, дело о котором подведомственно как племенному суду, так и федеральному суду либо суду штата, то наказание, наложенное за совершение такого правонарушения племенным судом, не препятствует федеральному суду или суду штата еще раз рассмотреть дело о совершении того же самого правонарушения и предписать еще одно наказание. Допустимость такого двойного наказания за одно и то же противоправное деяние обосновано Верховным судом США (в частности, в 1978 г. в решении по делу США против Уилера³¹). Расширение и сужение компетенции племенных судов в результате принятия федеральных законов (последнее по времени расширение компетенции по уголовным делам произошло в результате принятия в 2010 г. Закона о правопорядке в племенах (*Tribal Law and Order Act*)³²) и применение племенными судами наряду с законодательством некоторых обычаев соответствующих коренных народов не меняют того обстоятельства, что племенные суды в настоящее время не являются традиционными судебными органами. В гражданско-правовой сфере племенные суды всё чаще рассматривают дела, одной из сторон или сторонами в которых являются лица, не являющиеся коренными американцами, а также юридические лица, созданные и действующие за пределами резерваций, что связано с расширением коммерческой деятельности в резервациях, в которой участвуют контрагенты из-за пределов резервации, с участием случаев аренды земли в резервациях лицами извне резерваций и т.п.

Некоторые выводы. Правосудие возникает как ответ на вызовы, брошенные обществу новыми реалиями, порождёнными коренной ломкой отношений между людьми в результате разложения родовой общины и перехода от частно-родственного к публично-соседскому структурированию людских сообществ на основе укрепления экономической самостоятельности и активности семьи. Правосудие выступает способом разрешения конфликтов в условиях господства соседских об-

щин, способом, принципиально новым по сравнению с разрешением конфликтов на основе возрастно-родственно-иерархичного авторитета. Как пишут Т.Я. Хабриева и С.В. Чиркин, «в ёмких категориях “справедливость” и “правосудие” содержится как бы скрытое указание на *формы* их юридической реализации, т.е. основные способы *разрешения возникающего конфликта*»³³. При этом первым возникает, складывается естественнo-историческим образом правосудие, именуемое традиционным.

Традиционное правосудие возникает исторически первым и существует в условиях, непосредственно предшествующих появлению государства, генезиса государственности и ранней государственности. Традиционное правосудие обладает рядом характерных черт, которые были рассмотрены выше и которые позволяют его узнать, особенно в условиях правового и правосудного плюрализма в том или ином государстве.

Из традиционного правосудия выросли все известные сегодня формы и способы отправления правосудия. Вместе с тем и традиционное правосудие дожило до настоящего времени там, где сохраняется развитая соседская патриархальная (или матриархальная) община. Перестройка отношений между людьми вследствие модернизации общественной жизни неизбежно порождает и порождает потребность в осовременении институтов и процедур отправления правосудия. В результате этого органы традиционного правосудия либо постепенно отмирают и упраздняются, либо трансформируются в органы, отвечающие новым потребностям. В этой связи обнаруживаются не только формы традиционного правосудия, обладающие всеми характерными для него чертами, но и различные гибридные и переходные формы.

³¹ См.: United States v. Wheeler // 435 U.S. 313 (1978).

³² См.: 25 U.S.C. § 305, 458ccc, 1302, 2801, 3651.

³³ Правосудие в современном мире / под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2018. С. 27.

TRADITIONAL JUSTICE: HISTORY AND MODERNITY (*The end*)

© 2018 A. S. Avtonomov

*Institute of legislation and comparative law
under the Government of the Russian Federation, Moscow*

E-mail: avtonomov@izisp.ru

Received 18.04.2018

The article is devoted to the problems of genesis of justice, the initial stage of development of justice, known as traditional justice. The conditions of existence, preservation and development of traditional justice are considered on a number of examples from the experience of various countries and peoples in different eras. The main characteristic features inherent in traditional justice are presented and analyzed. The article presents way of further evolution of traditional justice in the modern world.

Key words: justice, understanding justice, traditional justice, social conditions of the traditional administration of justice, the main characteristics of traditional justice, the evolution of traditional justice.