

ТРАДИЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

© 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/S013207690001510-3

Социальные условия действенности традиционного правосудия. Генезис правосудия неразрывно связан с генезисом государственности, поскольку правосудие представляет собой разновидность публично-властного разрешения конфликтов, являющихся следствием нарушения существующих правил, для восстановления или установления справедливости, как она понимается подавляющим большинством людей в конкретно-исторических условиях. Переход от частно-родственного к публично-властному способу разрешения конфликтов занял весьма продолжительное время и сопровождался формированием небывалых ранее органов управления и институтов власти. Смена родовой общины соседской в структурировании общества повлекла за собой изменение системы организации власти. В родовой общине, семьи которой объединяло наличие у их глав и у большинства членов общего предка (реального или мифического), управление строилось в соответствии с возрастно-родственной иерархией, и разрешение конфликтов оставалось за лицами, занимающими в такой иерархии определённое место. Соседская община объединяет семьи, не связанные общим предком их глав и большинства членов таких семей, и, соответственно, ей не подходят для управления общими делами и для разрешения конфликтов механизмы, опирающиеся на возрастно-родственную иерархию.

Замена соседской общины родовой общины в роли структуризатора общества происходила постепенно и обуславливалась рядом факторов, в том числе увеличением экономической самостоятельности семьи, что позволяло ей переселяться за пределы территории, контролируемой родом, ростом численности населения, приводившим к выталкиванию семей и отдельных людей за пределы рода (например, в раннем Средневековье у ирландцев каждая община (*fine*) при превышении в её составе определённого числа семей исключала из своего состава семьи, не вписавшиеся в установленную численность семей, с тем чтобы они отправлялись на поиски земель для поселения, а остаться они могли только на условиях утраты права на земельную собственность и, соответственно, зависимости от полноправных общинников; община тем самым поддерживала такое количество общинников-сособственников участка земли, которое могло реально и достаточно эффективно использовать такой участок для поддержания жизнеспособности общины и входящих в неё семей¹). Впрочем, рассмотре-

¹ См.: Lambert J.N. Les origines de Rome à la lumière du droit comparé: Romulus // Studi in onore de Pietro de Francisci. V. I. Milano, 1956. P. 346, 347.

ние всех аспектов перехода от родовой общины к соседской не входит в задачи данной работы. Важно то, что этот переход привёл к появлению новых социальных институтов и механизмов, в том числе в сфере разрешения конфликтов.

Правда, родовая община в течение долгого времени сосуществует с соседской общиной, однако постепенно вытесняется последней; но всё же и в более поздние времена принадлежность тому или иному роду с его прямыми и боковыми линиями определяется, в частности, потомственной сословностью и кастовостью, занятием государственных должностей по наследству. По мере усиления самостоятельности семей род утратил значение основной производственной единицы с коллективными и индивидуальными формами деятельности, с внутриродовой специализацией и кооперацией. Укрепление частно-семейной собственности вело к размыванию и исчезновению собственности рода, хотя ещё в течение довольно длительного времени для родственно-наследственных отношений (т.е. для вопросов, связанных с переходом права собственности) имела значение прежде всего принадлежность к роду, а не степень кровного родства. Так, в древнеримских Законах XII таблиц (*Leges duodecim tabularum*), датируемых 451–450 гг. до н.э., а точнее, в табл. V, установлено, что умершему главе семейства, не оставившему завещания, наследует ближайший агнат, а при отсутствии агнатов — *gentiles*² (на старой латыни “*SEI. PATERFAMILIAS. INTESTATO. MORITOR. QUOI. SOUOS. HERES. NEC. ESCIT. ADCNATOS. PROCSUMOS. FAMILIAM. HABETOD. SEI. ADCNATOS. NEC. ESCIT. CENTILEIS. FAMILIAM. HERES. NANCITOR*”³). Точно такой же порядок предусмотрен табл. V и при установлении опеки над лицом, потерявшим рассудок, и над его имуществом: ближайший агнат, а при отсутствии агнатов — сородичи. При этом когнаты даже не упоминаются в таблице, очевидно, чтобы не было путаницы, так как когнаты, т.е. кровные родственники, могут принадлежать к другому роду, например вслед-

ствие брачных уз. Иными словами, частно-семейная собственность не должна была покидать пределов рода. Лишь в позднеримскую эпоху право наследования в полной мере перешло к когнатам.

Вместе с тем род не только накануне и в процессе складывания государства, но и в течение того или иного времени в условиях ранней государственности сохраняет свою роль по контролю над определённой территорией, по распределению земли внутри рода и по регулированию внутриродовых отношений, включая и разрешение внутриродовых конфликтов. В некоторых обстоятельствах роды даже могли самостоятельно вести войны с иностранными вооружёнными силами, правда, после образования государства с согласия соответствующих органов. Примером служит война рода Фабиев в раннереспубликанский период Древнего Рима с согласия Сената против богатого и могущественного этрусского города Вейи в 479–477 гг. до н.э. в ходе общей войны Рима с указанным городом во время первой войны 483–474 гг. до н.э., хотя в результате почти все взрослые члены этого рода погибли⁴.

Родовая община, располагая внутренними механизмами управления и разрешения конфликтов, построенными на родственных отношениях и имеющими в силу этого частный характер, противостоит внедрению правосудия как публично-властного способа разрешения конфликтов вследствие построения на принципиально иных началах. Родовая община может допустить любые действия своих членов по отношению к чужакам, даже относящимся к тому же самому народу, но не к данному роду, включая такие, которые, безусловно, осуждались бы, если бы были совершены в отношении сородичей. В то же время род мог не признать требования других родовых общин о выдаче из своего состава лиц, совершивших преступление против членов иных родов. Иллюстрацией служит рассказ из Книги Судей (на иврите סֵפֶר שׁוֹפְטִים Библии (у христиан) или Танаха (у иудеев) об изнасиловании и убийстве наложницы левита, остановившегося на ночлег в Гиве Вениаминовой⁵, и последовавших за этим событиях. Возмущённые представители других колен (родовых объединений) евреев потребовали выдачи преступников. Но семьи колена Вениаминова (на иврите שֵׁבט

² Латинское слово *gentiles* (в старом написании *centileis*), на наш взгляд, удачно переведено на русский язык словом “сородичи”, т.е. однокоренным со словом “род” (*gens* на латыни) (см.: Хрестоматия по истории Древнего мира. Т. III. Рим / под ред. В.В. Струве. М., 1953. С. 23).

³ *Funccio J.N. Leges XII tabularum suis quotquot reperi potuerunt fragmentis restitutae et observationibus critico-antiquariis illustratae. Rintelii, 1744. P. 45.*

⁴ См.: *Тит Ливий. История Рима от основания города. Кн. II* / пер. Н.А. Поздняковой; комм. Н.Е. Боданской. Т. I. М., 1989. С. 104–106.

⁵ См.: Суд. 19:1–28.

בנימין) отказались выдать виновных в изнасиловании и смерти женщины представителям других родовых объединений (колен) евреев для наказания⁶. В результате последовавших военных действий почти всё колено Вениаминово было истреблено, но в последний момент представители других родовых объединений решили остановиться и дать возможность Вениаминову колену восстановиться, так как это колено (родовое объединение) того же еврейского народа.

Примечательно, что описание произошедшего содержится в Книге Судей, т.е. в эпоху, когда ведущую роль должны были играть судьи, но репрессии ничего общего ни с судебным разбирательством, ни с судебным решением не имели. Правда, древнееврейское слово “шофтим” (שופטים) традиционно переводится как “судьи” (в единственном числе “шофет” — שופט), однако указанным термином у древних евреев называли лиц, не только разбиравших конфликты, но и выполнявших полномочия военачальников, администраторов. И в Книге Судей рассказывается о военных походах, возглавляемых шофетами (судьями), о некоторых иных их деяниях, но практически ничего — об их судебной деятельности. Таким образом, функции разбора конфликтов лишь с течением времени отделились от функций управления. Впрочем, соединение функций судьи, военачальника, администратора характерно для данного этапа развития практически любого народа. При этом в условиях господства родового строя вместо правосудия конфликты внутри родов разрешаются механизмами, основанными на родственной иерархии, а на межродовом уровне, в том числе в составе единой общности, — военными или квазидипломатическими средствами. У других народов в условиях господства родового строя конфликты разрешались аналогично.

Так, европейцы, прибыв на Американский континент, вступили в контакт с Лигой ирокезских племён (самоназвание ирокезов — хауденосауни, или, точнее, на языке племени сенека — одного из ирокезских племён — ходинонхсони (пишется в оригинале *hōdīnqhsq:ni*), что означает “люди длинного дома”). Лига объединяла пять племён или (как их также называли европейцы) наций, а с 1722 г. — шесть, в них входили матрилинейные роды, каждый из которых проживал в укреплённом поселении, окружённом высоким частоколом и некоторыми другими оборонными

сооружениями, которое европейцы именовали замком. По описанию середины XVIII столетия, “каждая из этих наций является абсолютной республикой сама по себе, и каждый замок в каждой нации составляет независимую республику и управляется во всех общественных делах своими собственными сахемами или старейшинами. Власть этих правителей снискивается мнением всей нации об их мудрости и честности и состоит в наличии такого мнения. Они никогда не пользуются для исполнения своих решений насилием в отношении кого-либо из их людей. Честь и уважение выступают в качестве их главных наград, так же как позор и презрение — их наказания. У них есть некие обычаи, которые они соблюдают в публичных взаимоотношениях с другими нациями и в своих частных делах между ними; скандально для любого из них не соблюдать их, и всякий раз на них обрушивается негодование, когда бы они их не нарушили”⁷. Таким образом, исполнение решений при разрешении конфликтов опирается на возрастнородственный авторитет старейшин, которым наряду с разрешением конфликтов вверено также управление делами общины.

Тот же автор Колден представляет проблемы разрешения конфликтов на уровне межплеменных отношений из более ранней истории Лиги ирокезских племён XVII в. Он пишет, что молодые охотники из указанной Лиги были вероломно убиты членами соседнего с Лигой племени. Представители Лиги обратились к вождям племени, из которого происходили убийцы. Эти вожди словесно заклемили убийц и приказали им передать родственникам убитых небольшие подарки для заглаживания вины. По словам Колдена, меры, принятые вождями по отношению к убийцам, были мягкими, включая и незначительность подарков, поскольку вожди этого соседнего племени полагали, что Лига не в состоянии по-настоящему отомстить за убитых⁸. Однако Лига стала готовиться к отмщению. Соседнее племя узнало о такой подготовке и решило действовать на упреждение. В результате развернулись боевые действия⁹. Иными словами, когда не сработали квазиди-

⁷ Colden C. The History of the Five Indian Nations of Canada (which are dependent on the Province of New York, and are barrier between the English and the French in that part of the World). In two volumes. Vol. I. New York, 1904. P. XVI.

⁸ См.: *ibid.* P. 3.

⁹ См.: *ibid.* P. 2–4.

⁶ См.: там же. 20:13.

пломатические усилия по разрешению конфликта между членами разных племён и, соответственно, разных родов, стороны перешли к вооружённой борьбе.

Роды, состоящие из семей, объединяются в племена, которые могут объединяться в союзы. При этом руководители племени не являются “вышестоящими начальниками” для глав родов, которые в составе племени сохраняют собственные полномочия и достаточно широкую самостоятельность в определённых сферах. Структура семья-род-племя и взаимоотношения между этими структурными подразделениями социума хорошо известны, например, у маори в Новой Зеландии. У маори (на языке маори — *māori*) семья именуется фанану (на языке маори — *whānau*), родовой клан — хапу (на языке маори — *hapū*), племя — иви (на языке маори — *īwi*). У глав каждой из указанных социальных единиц имеется свой круг полномочий, а их взаимодействие не сводится к отношениям начальник-подчинённый. Пример маори показателен, потому что обычаи маори, взаимоотношения между семьями, родами и племенами как по горизонтали, так и по вертикали не только описывались путешественниками, этнографами, антропологами, но и исследовались, уточнялись, перепроверялись новозеландскими и английскими судами в XIX–XXI вв. при рассмотрении вопросов разграничения территорий, правильности заключения договоров, правомерности передачи полномочий, уступки и конфискации земель.

Один из шагов на пути складывания большой соседской общины — объединение нескольких населённых пунктов, в которых проживают разные роды, фратрии и даже народы, в некую территориально-поселенческую единицу. Такое явление называют греческим словом “синойкизм”, и оно прослеживается на ранних стадиях становления греческих полисов, Древнего Рима и др. В этом плане примечательным является Соглашение мехтулинцев, “кумыков” и араканцев 1819–1820 гг. (1235 г. хиджры), предусматривающее своеобразный судебный синойкизм: «Жители селений мехтулинцев (*магда́л*), жители селений “кумыков” (*гзумукъ*) и все жители Аракан (*Гьаракан*) пришли к соглашению... завершать свои дела и возникающие тяжбы “внутри” себя так, словно бы все они являются жителями одного селения»¹⁰.

Складывание соседских общин и вытеснение разлагающихся родовых общин потребовали новых форм объединения общин и семей. Поскольку привычным является племя как объединение общин родовых, то и для новых общин, теперь уже преимущественно соседских, хотя и с сохранением некоторой роли родов, естественной формой объединения представляется племя. Но это уже новые племена, построенные на иных принципах, нежели объединение родов. Такие новые племена формируются накануне или даже в процессе образования государства. Примером могут служить созданные по реформе Клизфена¹¹ в Афинах (между 509 и 507 гг. до н.э.) десять территориальных фил (на древнегреч. яз. фила — *φύλη*), заменивших четыре филы, объединявших построенные по родовому принципу фратрии (по-гречески фратрия — *φρατρία*). В III в. н.э. произошла перестройка германских племён, возникли, в частности, объединения, одно из которых именовалось алеманнами (от старогерманского — *alle manner* — “все люди [мужи]”), а другое — франками (от старогерманского *franco* — “свободный”, “вольный”, хотя есть и другие версии этимологии¹²), в которых уже не соблюдался строго родовой принцип структуризации общества. Но если для древних афинян такая перестройка племён фактически знаменовала собой завершение складывания государства в полисе, то для древних германцев она явилась первым шагом на пути строительства государства, которое завершилось спустя несколько столетий. В Древнем Риме подобная перестройка племён (на латыни племя — *tribus*) происходила как один из этапов складывания государства, но за некоторое время до его окончательного оформления. Создание территориальных триб (племён) — одна из реформ царя Сервия Туллия (годы правления 578–535 до н.э.). По данной реформе были образованы четыре городские трибы (*tribus urbanae*) и 16 сельских триб (*tribus rusticae*), позже количество сельских территориальных триб увеличилось. Территориальные трибы заменили три трибы, которые в своей совокупности составляли римский народ, делились на курии и роды, хотя историки продолжают дискуссии о том, с какого времени существуют эти три племени, всегда ли носили одно и то же наименование, каково происхождение каждого из названий этих трёх племён и

¹⁰ Антология памятников права народов Северного Кавказа. Т. 2. Памятники права народов Дагестана. М., 2011. С. 88.

¹¹ См.: История Европы. Т. 1. Древняя Европа. М., 1988. С. 249.

¹² См.: URL: <http://www.littre.org/definition/franc> (дата обращения: 22.03.2018).

проч.¹³, а также не до конца прояснён вопрос об этническом составе первоначального населения древнеримской общины¹⁴. Однако эти вопросы не входят в предмет настоящего исследования.

Параллельно со складыванием соседской общины и вытеснением ею родовой общины происходило углубление имущественного расслоения свободного населения, укрепление института рабства, в том числе вследствие увеличения численности рабов и усиления роли рабского труда в хозяйственной жизни. Рабство в патриархальных формах появилось в условиях господства родового строя, использование труда рабов расширялось в ходе разложения родового строя и складывания государства. На генетическую связь общинной и государственной собственности в условиях античности обратили внимание К. Маркс и Ф. Энгельс: “Граждане государства лишь сообща владеют своими работающими рабами и уже в силу этого связаны формой общинной собственности. Это — совместная частная собственность активных граждан государства, вынужденных перед лицом рабов сохранять эту естественно возникшую форму ассоциации”¹⁵. Правда, по нашему мнению, перевод данного отрывка следует несколько уточнить. В оригинале фраза выглядит следующим образом: “*Die Staatsbürger besitzen nur in ihrer Gemeinschaft die Macht über ihre arbeiten den Sklaven und sind schon deshalb an die Form des Gemeindeeigentums gebunden. Es ist das gemeinschaftliche Privateigentum der aktiven Staatsbürger, die den Sklaven gegenüber gezwungen sind, in dieser naturwüchsigen Weise der Assoziation zu bleiben*”¹⁶. А в переводе, на наш взгляд, она должна звучать так: “Граждане государства лишь в их сообществе обладают властью над своими трудящимися рабами и уже поэтому связаны формой общинной собственности. Это — коллективная частная собственность активных граждан государства, вынужденных в противостоянии рабам оставаться в этой естественным образом сложившейся ассоциации”. Ведь существительное “*Macht*” никак не может переводиться словом “владение”, а фраза “*besitzen*

die Macht über” — словом “владеют”. “*Macht*” по-русски означает “власть”, “сила”, “державя”, но не “собственность” или “владение”. Маркс и Энгельс не случайно говорят именно об общинной власти над рабами, поскольку такая власть обеспечивала гражданам сохранение в их собственности рабов и пользование результатами их труда. Таким образом, взаимоувязываются особенности осуществления власти, включая реализацию судебных полномочий, и характерные черты собственности.

Наряду с разделением на рабов и свободных ещё в догосударственный период происходит имущественное расслоение в среде свободных людей. Как подмечено Марксом, “племенной строй сам по себе ведет к делению на высшие и низшие роды”¹⁷. На базе некоторых родов сформировалась племенная аристократия, превратившаяся со временем в знать в сложившихся государствах. Так, Ю.П. Аверкиева убедительно показала, что для обретения и поддержания статуса вождя в племенах Северной Америки лицо, претендующее на данный статус или уже имеющее его, должно участвовать в раздачах имущества на регулярно проводящихся потлачах. Причём при недостаточности для соответствующих статусу раздач имущества у такого лица члены его родового клана обязаны передать этому лицу своё имущество для указанных раздач¹⁸. Родовой клан, к которому принадлежит вождь, конечно, рассматривается как занимающий более высокое положение, чем многие иные родовые кланы. Постепенно члены высших родов превратились в знать, в зависимость от которой попадало всё большее число рядовых общинников. В этом отношении показателен пример Древних Афин. Как писал Аристотель в “Афинской политике” о характере взаимоотношений внутри групп населения Аттики накануне реформ Солона, т.е. в период формирования государства, когда ещё сохраняется родоплеменная структура общества, “главное было то, что бедные находились в порабощении не только сами, но также и дети, и жены. Назывались они пелатами и шестидольниками, потому что на таких арендных условиях обрабатывали поля богачей. Вся же вообще земля была в руках немногих. При этом, если эти бедняки не отдавали арендной платы, можно было

¹³ См. об этом: Маяк И.Л. Рим первых царей. Генезис римского полиса. М., 1983. С. 90–119.

¹⁴ См.: там же. С. 46–89.

¹⁵ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 3. С. 21.

¹⁶ Marx K., Engels F. Werke. Band 3. Berlin/DDR, 1969. S. 22, 23.

¹⁷ Маркс К., Энгельс Ф. Указ. соч. Т. 46. Ч. I. С. 465.

¹⁸ См.: Аверкиева Ю.П. Рабство у индейцев Северной Америки. М. — Л., 1941. С. 48–52.

увести в кабалу и их самих, и детей. Да и ссуды у всех обеспечивались личной кабалой вплоть до времени Солона¹⁹.

Вместе с тем в зависимость попадали лица, проживавшие в общине, а позже в государстве, но не имевшие родовых связей в общине (государстве) либо утратившие такие связи, в силу чего их статус отличался от статуса полноправных общинников и позже граждан государства. Так, в Афинах и ряде иных полисов Древней Греции имелась группа населения, именовавшаяся “метэки”; в литературе на русском языке их обычно именуют переселенцами²⁰ или иностранцами, видимо, потому, что греческое слово *μέτοικοι* переводится как “переселенцы”. Вместе с тем дети метэков также становились метэками. После принятия в IV в. до н.э. в Афинах закона о том, что гражданином по рождению может стать только ребёнок, оба родителя которого являются гражданами, число метэков стало пополняться людьми, которых вряд ли можно было назвать переселенцами. Вольноотпущенники также становились метэками. Каждый метэк обязан был иметь покровителя — простата (по-гречески *προστάτης*). Простат выступал в роли посредника между метэком и органами полиса, а также своего рода поручителя перед указанными органами. В частности, что касается суда, споры метэков с гражданами и с другими метэками рассматривались архонтом-полемархом, однако сам метэк не мог обратиться в суд: в интересах метэка возбуждал дело в суде его простат. Эти и некоторые другие ограничения прав метэков (например, отсутствие у них права владения недвижимостью) ставили их в зависимость от покровителя.

В древнем Лации известен институт клиентов (от лат. слова *cliens*, означающего буквально “послушный”), который лучше всего изучен на примере Древнего Рима, хотя существовал также у сабинов и этрусков. Клиенты были обязаны своему патрону (на латыни *patronus*), которым обычно выступал глава семьи (*pater familias*), сельскохозяйственными повинностями с наделённой земли, военной службой, поддержкой на публичных мероприятиях и проч. Клиентами становились лица без родовых связей или утратившие такие связи, в силу чего не имели права владения недвижимостью (патроны предоставляли свои участки для обра-

ботки клиентами, за что последние и несли повинности), участия в политической жизни, самостоятельного обращения в суд за защитой своих прав и т.д. Согласно Дионисию Галикарнасскому патронам надлежало вчинять иск за своих обиженных клиентов, если кто-нибудь наносил им вред в связи с договорами²¹. В отличие от Древней Греции, в Древнем Риме вольноотпущенники, получив родовое имя патрона, приобретали гражданство, но без права занимать магистратские должности. Если патрон избирался на какую-либо должность, клиенты обязаны были голосовать за своего покровителя.

У некоторых народов институт своеобразного покровительства в отношении иностранцев сохраняется и в настоящее время. Так, в мусульманских странах существует институт кафала (по-арабски *كفالة*, что переводится как “безопасность”, “гарантия”, “обеспечение”). В ряде арабских стран (Катар, Кувейт, Оман, Саудовская Аравия и др.) в первой половине XXI столетия иностранец вправе законно работать в принимающем государстве только при установлении над ним покровительства (кафала)²². В результате этого трудящийся-иммигрант попадает в зависимость от своего покровителя (кафила — по-арабски *كفيل*), в качестве которого обычно выступает работодатель. В некоторых странах (например, в Иордании²³, в Бахрейне, несмотря на законодательную отмену в 2009 г.²⁴) законодательство не содержит положений о “кафала” в трудовых отношениях и регулировании миграции, но такое покровительство (спонсорство) в отношении трудящихся-имми-

²¹ См.: Διονύσιος ὁ Ἀλικαρνασσεύς. *Ῥωμαϊκὴ ἀρχαιολογία*. II, 10. Текст на древнегреч. яз. с параллельным переводом на англ. яз. см.: *Dionysius of Halicarnassus. Roman Antiquities* / English transl. by E. Cary. Cambridge (Mass.), 1937–1950; на рус. яз. см.: *Дионисий Галикарнасский. Римские древности* / пер. Н.Г. Майоровой, И.Л. Маяк, Л.Л. Кофанова и др., отв. ред. И.Л. Маяк. М., 2005 (Сер. “Историческая библиотека. Античная история”).

²² От покровительства или, как его ещё называют в переводе с арабского языка, спонсорства, именуемого “кафала”, в трудовых отношениях следует отличать опеку над несовершеннолетними сиротами, которая тоже называется “кафала”, а также поручительство (применяется тот же термин “кафала”) в гражданском, торговом и банковском праве.

²³ О фактическом использовании института кафала при отсутствии упоминания о нём в законодательстве говорится в Докладе Специального докладчика ООН по вопросу о торговле людьми, особенно женщинами и детьми, изданном по итогам визита в Иорданию в 2016 г.: A/HRC/32/41/Add.1, 8 June 2016, para. 7, 22. P. 5, 7, 8.

²⁴ См.: URL: <http://www.hrw.org/news/2009/11/04/bahrain-migrant-workers-denied-pay-right-travel> (дата обращения: 29.03.2018).

¹⁹ Аристотель. Политика. Афинская политика. М., 1997. С. 273.

²⁰ См.: Словарь Античности / пер. с нем. М., 1989. С. 351.

грантов фактически применяется в силу традиций. Некоторые правовые институты могут быть сходными у разных народов и сохраняться в течение длительного времени, если для этого имеются соответствующие социальные условия.

Итак, разложение родового строя и переход к организации общества на базе соседской общины выявили неработоспособность старого механизма управления и разрешения конфликтов, основанного на родственно-половозрастной иерархии, в новых условиях. Институционально эта проблема была решена в результате складывания новых органов управления и разрешения конфликтов, построенных на иных, нежели при родовом строе, принципах. По сути, произошла институциональная революция, поскольку такие появившиеся органы публичной власти оказались подходящими для государства, хотя и формировались первоначально в догосударственный период. Государство же складывается на базе уже имеющихся органов публичной власти, правда, время от времени реформируемых в новых условиях развития общества. Социальной предпосылкой государства является углубление имущественного расслоения населения, приводящее к образованию устойчивых социальных групп (классов) с различными, в том числе противоположными, интересами, что требует соответствующего состоянию дел регулирования и разрешения конфликтов.

Как уже говорилось, в ходе упомянутой институциональной революции появились не только органы управления, но и органы, разрешающие конфликты. Одновременно спонтанно выработался внеродовой и межродовой способ разрешения конфликтов, который известен как отправление правосудия. Правосудие, возникшее и существующее в условиях предгосударственной организации общества, основанной на преобладании соседской общины, и ранней государственности, является традиционным, поскольку оно отправляется в соответствии с самозародившимися и развивающимися традициями. И сама по себе догосударственная организация общества на основе преобладания соседской общины может существовать в течение довольно длительного времени, да и государство складывается долго. Но и в условиях развитой государственности соседская община может сохраняться: например, крестьянская община в условиях феодализма существует в качестве соседской при сравнительно небольшой имущественной дифференциации внутри неё. Кроме того, государства, в том числе и в современном мире, могут

иметь в составе своего населения разные группы и среди них группы, ведущие родоплеменной образ жизни, а также образ жизни, соответствующий условиям разложения родовой общины или условиям устойчивой соседской общины. Таким образом, социальные условия обращения к традиционному отправлению правосудия состоят в организации общественной жизни на основе соседской общины (или на главенствующей роли соседской общины) при относительно небольшой имущественной дифференциации.

Основные характерные черты традиционного правосудия. Изучение традиционного правосудия позволяет выделить ряд его черт. *Традиционное правосудие характеризуется:*

во-первых, отсутствием инстанционности (решение принимается в единственной инстанции, а если в условиях сосуществования общинности и государственности допускается обжалование, то в государственные суды, находящиеся вне традиционных органов);

во-вторых, возможностью совмещения лицом, выступающим в качестве судьи, с выполнением иных (несудебных) функций;

в-третьих, отсутствием у лиц, выступающих в качестве судей, как правило, специальной юридической и судейской подготовки;

в-четвёртых, неучастием профессиональных адвокатов и прокуроров;

в-пятых, применением главным образом локальных устных обычаев;

в-шестых, нацеленностью на примирение сторон в ходе разбора дел;

в-седьмых, сравнительной гибкостью процедуры.

Отсутствие инстанционности при отправлении традиционного правосудия может быть объяснено, как минимум, двумя причинами — технико-организационной и социально-демографической. Сам институт правосудия находился на начальном этапе своего становления, и не все присущие данному институту атрибуты получили в полной мере своё раскрытие и воплощение. Традиционное правосудие отправлялось и отправляется в сравнительно небольших общинах, в которых имеется ограниченное число органов и которым большее количество органов попросту не нужно, исходя из эффективности организации общественной жизни и рациональности использования ресурсов.

Такой, к примеру, обычай из числа бежитских адатов, как гласящий, что “каждый род (тухум) выбирал своего судью” и что “если приговор постановленный не удовлетворяет одну из

сторон, призывали судей из соседнего селения”²⁵, не может трактоваться как предусматривающий право обжалования судебного решения в вышестоящую инстанцию, поскольку “судьи из соседнего селения” не являются вышестоящей инстанцией по отношению к судьям из данного селения. Указанный обычай, скорее, может быть понят как право отвода судей, чьё мнение может быть или может восприниматься как пристрастное. В одном селении между родами могут сложиться как особенно дружественные, так и неприязненные отношения задолго до спора, разбираемого судьями от таких родов. Естественно, такие устойчивые отношения могут повлиять и обычно влияют на позицию судей от этих родов при решении судебного дела, пусть и не связанного непосредственно с конкретной тяжбой. Приглашение из соседнего селения судей, не включённых во взаимоотношения родов в данном селении, позволяет надеяться на непредвзятость приглашённых. Аналогично поступали и казахи: по словам Ч. Валиханова, “вообще киргизы (так в XIX в. называли казахов. — А.А.) любили и любят судиться у проезжих биев (традиционных судей. — А.А.) или у лиц, совершенно им незнакомых, чем у биев соседнего племени, с которыми у них есть частые сношения, следовательно, и родовые счёты”²⁶.

В современных государствах, в которых признаётся традиционное правосудие, возможно обжалование решений органов такого правосудия в государственные суды, если указанные решения вступают в противоречие с конституцией, общеобязательными законами, международными обязательствами соответствующего государства. Наиболее показательным примером может служить рабство, которое в современном мире осуждено и запрещено повсеместно и на международном уровне, и на уровне государств, однако есть общины, где патриархальное рабство сохраняется, что происходит не в силу злонамеренности общинников, а вследствие соответствия института рабства экономическим и социальным условиям жизни общины. Само собой разумеется, любые решения общинных органов, признающие и регулирующие (не говоря уже о закрепляющих и поощряющих) рабовладельческие отношения, отменяются государственными судами. В любом случае обжалование

решений органов традиционного правосудия в государственные суды выходит за рамки отправления собственно традиционного правосудия и подробнее рассматривается ниже.

Органы, наделённые судебными функциями, стали выделяться из совокупности органов публичной власти довольно рано, и всё же первоначально судьями выступали должностные лица, которым вверялись административные, военные и другие полномочия. Выше уже приводились примеры шофетов в определённый период истории еврейского народа и сахемов ирокезов (хауденосауни). Но и в период развития того или иного сообщества, когда уже стали создаваться органы, специализирующиеся на отправлении правосудия, у некоторых, особенно высших, органов управления сохраняются судебные полномочия в какой-либо сфере. Как известно, Ромул считается основателем Рима и его первым царём (*rex*), причём в царский период в общине (*civitas*) Рима, охватывающей город и сельскую округу, только ещё происходило становление государственности. По словам Дионисия Галикарнасского, Ромул как царь не только назначал судей, но и судил сам: по делам о взаимных обидах Ромул учредил суды не долгие (*χρονίους*), но незамедлительные (*ταχέας*), одни дела разбирая сам, а иные — поручая другим, и установил наказания в соответствии с тяжестью преступления²⁷. В XIX в. в племени оглала-сиу (проживают в основном на территории штата Южная Дакота (США)) четверо должностных лиц, именовавшихся “акисита” (*akicita*), выполняли функции, которые могут быть охарактеризованы как полицейские, прокурорские, судебные, исполнительные в отношении решений по спорам и конфликтам, в какой-то мере примирительные²⁸. До 1868 г. в племени навахо (в настоящее время проживают в основном в резервации, расположенной на стыке штатов Аризона, Нью-Мексико, Колорадо и Юта) судебные функции принадлежали мировым вождям (на языке навахо — *Hózhóǵí Naat’ááh*, что в переводе на англ. яз. означает *peace chiefs*), которые признавались общиной таковыми (как сегодня сказали бы — консенсусом) ввиду их мудрости, духовности, достойного поведения, ораторских способностей, понимания того, как достичь блага для общины. Рассматривая дела, мировые вожди

²⁵ Омаров А.С. (сост.) Из истории права народов Дагестана. Махачкала, 1968. С. 74.

²⁶ Валиханов Ч. Записки о судебной реформе. Суд биев в древней народной форме // Фемида. 1996. № 7. С. 31.

²⁷ См.: Διονύσιος ὁ Ἀλικαρνασσεύς. *Ρωμαϊκὴ ἀρχαιολογία*. II. 29.

²⁸ См.: Kickingbird K. In our Image... After the Likeness: The Drive for the Assimilation of Indian Court Systems // American Criminal Law Review. Vol. 13. 1976. P. 678.

стремились к примирению сторон, поощряя стороны выговориться (по-английски *talk out*) при изложении их претензий и проблем²⁹. Иными словами, в условиях традиционного отправления правосудия даже должность, специально наделённая судебскими полномочиями, предполагает соединение в ней целого ряда полномочий, некоторые из которых лишь косвенно касаются судебной деятельности.

Конечно, никакого формализованного систематического юридического образования, получение которого служило бы условием для исполнения судебных функций, в условиях господства традиционного правосудия не существовало и не существует. Тем не менее знание обычаев, владение ораторским искусством и высокий личный авторитет предполагаются у тех, кто отправляет традиционное правосудие. Например, у казахов занятие должности судьи — бия (по-казахски *би*) зависело исключительно от признания населения, хотя такое признание никак формализовано не было (в частности, не было выборов, назначений, жеребьёвки и проч.)³⁰. Неудивительно, что часто биями становились сыновья биев: у них была возможность изучить обычаи, судебную практику, опереться на авторитет своих отцов. В то же время имелось немало примеров, когда биями становились люди, чьи отцы биями не были, или когда дети биев не становились биями. Известен даже выдающийся пример, когда человек по имени Чорман, чьи предки никогда не были биями, получил признание в качестве бия в возрасте 13 лет, выиграв важный для его рода процесс на одном из крупных собраний народа³¹. Таким образом, даже юный возраст не препятствовал признанию заслуг.

Так же, как не было специальной подготовки судей в условиях традиционного отправления правосудия, не существовало системы подготовки прокуроров и адвокатов. Это не означало, что при традиционном отправлении правосудия не было ни обвинения, ни юридической помощи при защите в ходе процесса. Обвинителями в частных делах выступают сами потерпевшие (истцы), а в общественно значимых делах — авторитетные и сведущие в обычаях люди. Так, в

Афинах в 30-е годы VII в. до н. э. (т.е. в период становления государственности, когда правосудие отправлялось традиционно) после Килоновой смуты состоялся суд над святотатцами. “[Судили их триста судей] из благородных родов, принеся присягу над жертвенными животными, [причем обвинял] Мирон”³². У казахов при традиционном отправлении правосудия адвокатами выступали бии, не занятые в процессе в качестве судей. При этом с учётом родовой структуры общества бии из рода лица, являвшегося стороной в процессе, и из близких родов могли выступать только в качестве адвоката такого лица, но никак не судьёй³³. Дело в том, что бии не были профессиональными судьями, постоянно работающими на этом поприще, у каждого из биев было какое-либо своё занятие. Судьи и адвокаты действительно приглашались только из среды биев, но судьёй или адвокатом бий становился только в результате приглашения в процесс в соответствующем качестве и даchi своего согласия на это.

Органы традиционного правосудия возникают как раз для обеспечения действенности общинных обычаев, поэтому, естественно, основным источником для разбора дел и вынесения решений упомянутыми органами являлись и являются соответствующие обычаи. С течением времени обычаи дополнялись судебной практикой указанных органов, могли также при определённых обстоятельствах заимствоваться обычаи соседних общин, и в условиях существования общины в рамках сложившегося государства не могли игнорироваться законы такого государства, могли применяться и религиозные нормы. И всё же на первом месте для органов традиционного правосудия стоят локальные обычаи, интерпретируемые в духе господствующих в данной общине представлений о справедливости.

Восстановлению или установлению справедливости служит и нацеленность органов традиционного правосудия на примирение сторон в ходе разбирательства дела. Например, одно из установленных обычаем правил, которого должны были придерживаться казахские бии, звучит как “даудың түбі біту”, что в переводе на русский язык значит “тяжбу примирение венчает”. У оглала-сиу, как уже отмечалось, должностные лица, именовавшиеся акисита, и у навахо мировые вожди в XIX в. наряду с исполнением су-

²⁹ См.: Yazzie R. History of the Courts of the Navajo Nation. URL: <http://www.navajocourts.org/history.htm> (дата обращения: 22.05.2018).

³⁰ См.: Зиманов С.З. Қазақтың билер соты — бірегей сот жүйесі. Алматы, 2008.

³¹ См.: Валиханов Ч. Указ. соч. С. 30.

³² Аристотель. Указ. соч. С. 273.

³³ См.: Валиханов Ч. Указ. соч. С. 30.

дебных и полицейских функций занимались примирением сторон конфликта.

Две характерные для традиционного правосудия черты — нацеленность на примирение и отсутствие инстанционности — обнаруживаются в §123 Высочайше утверждённого Устава об управлении инородцев от 22 июля 1822 г.: “Инородцы, имеющие обычай разбираться особыми посредниками, могут сие делать, ежели обе стороны согласны, не относясь к Родовому Управлению. Решения сих посредников в то же время приводятся в действие, и жалобы на оные не приемлются”³⁴.

Нацеленность на примирение связана с тем, что традиционное правосудие отправляется в условиях, когда внутриобщинные противоречия еще не достигли высокой степени остроты. Вместе с тем сравнительно небольшие размеры общины (прежде всего по численности членов) требуют, чтобы общинники жили по меньшей мере в мире между собой и чтобы община как коллектив выступала сплочённо перед лицом угроз, исходящих извне.

Примечательно, что нацеленность на примирение, характерное для традиционного правосудия, оказалась востребованной в конце XX — начале XXI вв. в контексте развивающегося восстановительного правосудия, и некоторые приёмы примирения адаптированы к современности. Так, в настоящее время широкое распространение в мире, в том числе и в России³⁵, получили семейные групповые конференции. Первоначально семейные групповые конференции были внедрены в Новой Зеландии на основе Закона о детях, молодых людях и их семьях 1989 г. В Закон вносились поправки, было подкорректировано его название, а 31 января 2018 г. он был переиздан в новой редакции. Но принципиальный подход к применению семейных групповых конференций сохранился³⁶. Изначально (в конце 1980-х годов) в данный Закон были заложены положения, основанные на мировоззрении и практике маори с тем, чтобы его применение не

вступило в противоречие с ценностями и моделями поведения маори. Вместе с тем семейные групповые конференции, которые проводятся в качестве и обязательной досудебной процедуры при рассмотрении дела судом, и не связанного с судом самостоятельного комплекса мероприятий, оказались действенным инструментом для решения проблем детей и молодёжи, нуждающихся в заботе или защите, из числа как маори, так и немаори (в Законе в отношении семьи используются и термин маори — *whanau*, и английский термин *family*). Поэтому новозеландский опыт стал применим и в других странах с соответствующей, естественно, адаптацией.

При переходе от традиционного правосудия к государственному наблюдается отказ от нацеленности на примирение и усиление репрессивности. Например, в сербском Законнике Стефана Душана (по-сербски краткое название — *“Душанов Законик”*, а официальное название — *Закон благоверного цара Стефана*) середины XIV в. упоминаются поротники³⁷, которые “не вправе никого помирить, кроме как оправдать или, опять же, обвинить”, что по-сербски звучит — *“да нису власни никога измирити, осим да оправдају или опет да окриве”*³⁸. Судя по тому, как построено процитированное положение Законника, институт поротников издавна известен сербам, и, более того, им известны функции поротников, которые, очевидно, сформировались ещё во времена традиционного отправления правосудия и, соответственно, не сводились к установлению виновности или невиновности, но и включали содействие примирению сторон судебного процесса. Если бы это был новый институт, впервые установленный Законником, то достаточно было бы перечислить функции, которыми поротники

³⁴ ПСЗРИ. Собр. первое. Т. XXXVIII. Ст. 29.126. С. 401. СПб., 1830.

³⁵ В России семейные конференции, например, заменяются школьными службами примирения (см.: URL: http://studme.org/47368/pedagogika/tehnologiya_semeynaya_konferentsiya (дата обращения: 05.04.2018).

³⁶ См.: Oranga Tamariki Act 1989/Children's and Young People's Well-being Act 1989 (Reprint as at 31 January 2018) // URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1989-/0024/latest/DLM147088.html> (дата обращения: 07.04.2018).

³⁷ Ф.Ф. Зигель переводит это слово, произошедшее от термина “рота” — “клятва”, “присяга”, — со старосербского языка как “клятвенные судьи” (см.: Зигель Ф.Ф. Законник Стефана Душана. СПб., 1872), но, на наш взгляд, точнее было бы в русском языке использовать слово “присяжные”. Примечательно, что в древнерусском языке имелось слово “рота”, означавшее “присяга”, “клятва”, от которого произошло слово “ротник”, т.е. “принесший присягу”, “присягнувший”, “покалявшийся”, “принесший клятву”. О роте и ротнике см.: Исаев М.А. Толковый словарь древнерусских юридических терминов. От договоров с Византией до Соборного Уложения царя Алексея Михайловича (IX–XVII вв.). 2-е изд., испр. и доп. М., 2017. С. 162, 163. Однако трактовка М.А. Исаевым термина “поротники” из Законника Стефана Душана представляется неточной, но подробное рассмотрение данного вопроса выходит за рамки настоящей работы.

³⁸ Svod zakonuv slovanských. Praha, 1880. S. 299.

наделены, и не имело бы смысла фантазировать о функциях, которыми их наделять не собирались. Если полномочия поротников, которыми они пользуются издавна, всем хорошо известны и привычны, а с принятием Законника какие-то полномочия изменяются или отменяются, то логично подчеркнуть, каких же полномочий поротники впредь будут лишены.

В Китае усиление репрессивности наблюдалось в IV–III вв. до н.э. в период идеологического господства школы фа цзя (по-китайски 法家), называемой также школой законников или школой легистов, хотя идеи представителей школы фа цзя не сводились только к введению жестоких карательных мер. Социальные условия в государствах Китая привели к использованию идей данной школы именно в этот период, хотя основоположником фа цзя считается Гуань Чжун (его иначе называют Гуань Ю), живший в конце VIII — первой половине VII в. до н.э.

В некоторые периоды развития традиционного правосудия у тех или иных народов на стадии становления государственности наблюдается усиление репрессивности, но такое усиление носит сравнительно кратковременный характер, да и вообще для традиционного правосудия указанное усиление представляет собой исключение из правила, что в конечном счёте подтверждает существование самого правила. Так, в Афинах в 621 г. до н.э. были приняты Законы Драконта, предусматривавшие смертную казнь за многие составы преступлений, даже за такие, которые и сегодня, и в те времена не рассматриваются как тяжкие. Через два с половиной десятка лет Солон отменил наиболее жестокие из Законов Драконта. Восстановлены же указанные законы были только в 411 г. до н.э. (при олигархическом правлении), т.е. когда государство в Афинах не только окончательно сформировалось, но и окрепло, а правосудие из традиционного превратилось в государственное. Усиление репрессивности, нашедшее отражение в Законах Драконта, в условиях только ещё становления государственности и господства традиционного правосудия объясняется особым стечением обстоятельств конкретно в Афинах в VII в. до н.э., рассмотрение которых выходит за пределы задач данной работы. Вместе с тем нельзя не отметить, что содержание Законов Драконта не сводилось исключительно к жестоким карательным мерам.

Относительная гибкость процедуры традиционного отправления правосудия вовсе не означает, что вообще не было никакого устойчивого порядка рассмотрения дел. Такой по-

рядок существовал: обращение в суд, открытие дела, заслушивание сторон и т.д., однако строго формализованных правил процедуры было немного. Относительная гибкость процедуры позволяла повысить скорость рассмотрения дел, но излишне вольное обращение некоторых судей с тем, как должен вестись судебный процесс, было способно поколебать основы правосудия и подорвать доверие к нему. К примеру, в Полном собрании кабардинских древних обрядов, составленном в 1844 г. на основе Адыгэ-Хабзэ, указывается: “Никому не дозволяется тайно просить кадия о своём деле; ответчик и истец должны излагать просьбу свою в одно время и требовать решения, а добившийся заранее от кадия, какой конец он положит его тяжбе, подвергается оштрафованию 20 руб. серебром. Кадий, удовлетворивший nepазволительное любопытство просителя, штрафуется на равную с ним сумму, и оба штрафа делаются собственностью валия”³⁹ (п. 28). Как известно, нормы права появляются отнюдь не случайно и тогда, когда в этом появляется потребность. Процитированное положение свидетельствует о том, что имела практика (причём, видимо, довольно распространённая) предварительных “консультаций” с судьями и что назрела необходимость такую практику пресечь.

Осознание того, что формализация судебной процедуры создаёт гарантии прав сторон в деле, обеспечивая тем самым процессуальную справедливость, произошло, по всей видимости, довольно рано. В этой связи, вероятно, постепенная формализация судебной процедуры происходит уже в ходе развития традиционного отправления правосудия, но по-настоящему формализованной судебная процедура становится уже при государственном отправлении правосудия. В Древнем Риме, например, формализация судебной процедуры в раннереспубликанский период достигла весьма высокого уровня, в результате чего невозможно было начать процесс без точного знания чётко установленных словесных формул, хранителями которых была узкая корпорация — коллегия жрецов-понтификов. Таким образом, формулы, необходимые для начала и ведения дела в суде, могли узнать либо члены указанной корпорации, либо люди, имевшие достаточно средств для того, чтобы заплатить

³⁹ Антология памятников права народов Северного Кавказа. Т. 3. Памятники права черкесов (адыгов). М., 2013. С. 22.

за соответствующую информацию. Это существенно ограничило доступ граждан к суду. В IV в. до н.э. Гней Флавий⁴⁰ обнародовал информацию,

необходимую для ведения дел в суде, нарушив тем самым монополию понтификов и расширив доступность правосудия для граждан.

(Окончание в следующем номере)

⁴⁰ См.: *Тит Ливий*. Указ. соч. Кн. IX / пер. Н.В. Брагинской; комм. Г.П. Чистякова. Т. I. С. 491.

TRADITIONAL JUSTICE: HISTORY AND MODERNITY

© 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.