



**Бочаров В.В.** *Неписанный закон: Антропология права. Научное исследование. 2-е изд.* СПб.: Издательство АИК, 2013. 328 с.

В некоторых дисциплинах выход учебного пособия является долгожданным событием. Юридическая антропология — одна из таких дисциплин, а выход в свет монографии доктора исторических наук, профессора Восточного факультета Санкт-Петербургского государственного университета Виктора Владимировича Бочарова «Неписанный закон: Антропология права. Научное исследование» — одно из таких долгожданных событий.

Первый по юридической антропологии научный труд в жанре учебного пособия был издан в 1999 г. и являлся переводом книги Н. Рулана [Рулан 1999], написанной им в 1988 г. Вторым (и в принципе пока последним) учебником была изданная в 2001 г. «Антропология права» А.И. Ковлера [Ковлер 2001]. Выходили статьи, издавались коллективные монографии, но ни один автор в течение одиннадцати лет не решался написать учебник, в то время как по другим (не менее трудным, например, философии права) дисциплинам учебники появляются если не каждый год, то раз в два года. Причины такого состояния дел в юридической антропологии остаются не до конца ясны. Думается все же, что виной всему междисциплинарный статус этой дисциплины и являющаяся предметом острых дискуссий методология юридико-антропологических исследований. Отрадно отметить, что ей

**Анна Владимировна Асессорова**  
Пермский государственный  
гуманитарно-педагогический  
университет  
annakharms@mail.ru

автор уделяет значительное внимание, предлагая свой взгляд и видение дисциплинарной структуры и такой методологии юридической антропологии, которая бы позволила «снять в известной мере расхождения между антропологами и юристами на существо права» (С. 11).

Концепция правового плюрализма, являющаяся стержневой для юридической антропологии, построена, как отмечает автор во вступительном слове, на «многообразном понимании права» и позволяет исследовать «процессы взаимодействия разных правопорядков в одном правовом поле» (С. 9). Цель книги, как определяет ее сам автор, состояла в «попытке выявить основные закономерности возникновения, функционирования и воспроизводства “неписаного законодательства” (обычного права) на любой стадии бытования социума» (С. 10).

Структура книги довольно необычна. Сначала автор дает изображение панорамы неписаного закона в актуальном времени, а затем показывает, как эта панорама сложилась. Изложение формирования неписаного закона построено по принципу спирали. После первой главы, в которой дается панорамный срез «неписаного закона», автор представляет предмет юридической антропологии через историю идеи, анализ ее дисциплинарной формы (прикладного и научного характера). Далее он переходит к изложению методологии (глава о методологии небольшая по объему, но не по значению), и затем, с новой высоты, на новом витке спирали, описывает «неписанный закон» структурно и системно, выделяя три базовых нормообразующих аспекта бытия человека: возраст, гендер, и родство.

Определяя понятие, или, как называет его автор, «формулу» «неписаного закона», он характеризует его как «неформальное правило, сложившееся в той или иной сфере человеческой деятельности, которое, тем не менее, жестко нормирует поведение акторов» (С. 17). Проблема неписаного закона применительно к традиционному обществу заключается в отсутствии ответа на вопрос о том, что же «мотивировало акторов скрупулезно соблюдать нормы обычного права при отсутствии институтов принуждения, осуществляющих социальный контроль» (С. 18), а применительно к современности — на вопрос о «связи обычного права, регулировавшего жизнь представителей традиционного сообщества, с неписанным законом, действующим в современных государствах» — «носит ли оно генетический характер либо обычно-правовые (неписанные) нормы порождаются пробелами в законодательствах современных государств, либо то и другое» (С. 19).

Впрочем, для юридической науки «основной вопрос» юридической антропологии заключается в том, следует ли считать обычай (обычное право) в «традиционных обществах» (а мы добавим — и в современных) собственно правом. Юридическая антропология дает положительный ответ на этот вопрос и делает своим предметом исследования его нормы, а для теории государства и права он является крайне дискуссионным, ведь он затрагивает «основной вопрос» всей юридической науки: что есть право. Здесь уместен будет небольшой экскурс в философию права. Правопонимание как главная юридическая конструкция и проблема имеет несколько парадигмальных решений, образующих три так называемых классических «типа правопонимания»<sup>1</sup>: этатизм, социологизм, юснатурализм.

*Этатизм* (фр. *état* — государство), важнейшими представителями которого были И. Бентам, Д. Остин, Г. Кельзен, П. Лабанд, Г.Ф. Шершеневич и др., определяет право как «совокупность норм (правил поведения), установленных или санкционированных государством в форме закона» [Поляков, Тимошина 2005: 45], основной критерий «правового» — наличие государственного принуждения как гаранта действия правовых норм. В этатизме право фактически отождествляется с государственным законом. В настоящее время он является доминирующей моделью правопонимания в системе российского юридического образования.

*Юснатурализм* (лат. *jus* — право; *natura* — природа), имевший на протяжении истории политических и правовых учений несколько редакций, постулирует существование «естественного» права, давая разное наполнение этому понятию. Так, в античности естественное право отождествлялось с «разумными законами природы, которым подчиняется все живое» [Поляков, Тимошина 2005: 40], в средневековье определялось как «воля Бога, которая находит отражение в человеческом разуме и в Священном Писании» [Поляков, Тимошина 2005: 40], в новое время — как «права и свободы человека, которые непосредственно вытекают из его природы», причем весь перечень прав и свобод можно было «прямо вывести из человеческого разума и он имел исчерпывающий, постоянный и неизменный характер, как постоянны и неизменны законы разума» [Поляков, Тимошина 2005: 41], в конце XIX в. и по сей день — как некий «правовой идеал», на который «необходимо равняться позитивному (государственно установленному) праву. Этот идеал понимался как совокупность нравственных требований к действующему в государстве праву» [Поляков, Тимошина 2005: 41].

---

<sup>1</sup> Тип правопонимания — «формирующийся в рамках определенной культуры образ права, который характеризуется как парадигмально обусловленными теоретическими признаками права, так и культурно обусловленным практическим (ценностным) отношением к праву» [Поляков, Тимошина 2005: 38].

*Социологический тип правопонимания* (формирующийся во второй половине XIX в. — Р. Иеринг, Г. Спенсер, а в XX в. — Л. Дюги, Е. Эрлих, Р. Паунд и др.) трактует право как «социальное явление, отражающее закономерные условия социального бытия и относительно независимое от государства»; право возникает «непосредственно в обществе, через отдельные правовые отношения постепенно складываясь в нормы обычаев и традиций», а затем «часть из них получает государственное признание и либо отражается в законах, либо санкционируется действующим законодательством, получая значение официальных источников права» [Поляков, Тимошина 2005: 48].

Во второй половине XX в. формируется «*постклассическая*» парадигма правопонимания («интегративная концепция права» Дж. Холла и Дж. Бермана, «феноменологическая юриспруденция» А. Раинаха, «правовой экзистенциализм» Э. Фехнера, «правовая герменевтика» А. Кауфмана и др.), предлагающая ряд интересных решений «основного вопроса» юриспруденции, но, по большому счету, обретающаяся в границах социологизма [Варламова 2010: 91]. В рамках последнего и происходят «антропологический поворот» в правопонимании [Честнов 2006: 45], или «антропологизация юридического дискурса» [Павлов 2012а: 32], и процесс становления нового — «антропологического — типа правопонимания» [Павлов 2012б: 71], решающую роль в котором сыграли как общенаучные концептуально-эпистемологические процессы, так и исследования по юридической антропологии, продолжением которых является работа В.В. Бочарова.

В рамках логики социологического позитивизма, которой автор придерживается, последовательно формулируется основной методологический принцип его правопонимания: «Фундаментальные истоки различий в понимании права лежат в абсолютизации трактовки социальной материи» (С. 127). С одной стороны, общество понимается как «некая универсалия, развивающаяся в историческом процессе от простого к сложному», и тогда «возникновение права рассматривается как признак цивилизации» (универсалистский подход), а с другой — как «воплощенное в уникальных образованиях (конкретных социумах и Культурах), функционирование и развитие которых не подвержено каким-либо общим законам и закономерностям», и тогда «ставится под сомнение позитивное значение прогресса» и «зарождается идея культурного релятивизма, отрицающая этноцентризм, утверждающий равноценность различных форм жизнедеятельности (Культур)» (релятивистский подход).

С точки зрения автора, первая логика нашла свое отражение в юридической науке, а вторая — в социально-культурной

антропологии (С. 66). Данное утверждение представляется небесспорным, так как взгляд на право в категориях прогресса вряд ли универсален для юридической науки. В большей степени такой взгляд характерен для естественно-правового типа правопонимания. Г.В.Ф. Гегель, например, утверждал, что прогресс в истории — это прогресс свободы: всемирная история «есть не что иное, как развитие понятия свободы» [Гегель 1935: 422], а «действительность конкретной свободы» — государство [Гегель 1990: 286].

В рамках универсализма понимание «неписаного закона» менялось от его возвеличивания (Афины) до признания за ним роли «правового эмбриона» (сравнительно-историческая школа). Вторая линия в понимании социальных явлений, которая, по мнению автора, свойственна социально-культурной антропологии, основывается на концепции «культурного релятивизма», отрицающего этноцентризм (европоцентризм), впервые «отчетливо просматривающийся в XVIII веке» в работах французских просветителей.

Акцентируя внимание на абсолютизации трактовок социальной материи как главной проблеме, требующей решения, автор предлагает переосмыслить категории «Культуры и Общества», которые «следует рассматривать как относительно самостоятельные субстанции, но в рамках единства социальной материи, выражающие ее различные ипостаси» (С. 127). Н.М. Гиренко, с мнением которого соглашается автор, отмечал, что «при всем множестве существующих определений Культуры, она неизменно противопоставляется Природе»; «Культура и Общество выступают как однопорядковые величины». Природе следует противопоставить «именно Общество, а Культура есть форма реализации конкретного общественного бытия». Общество и Культура соотносятся как содержание и форма (С. 127). К примеру, «на Западе Общество, развиваясь преимущественно за счет собственных ресурсов, в конечном счете породило новые культурные формы бытования — экономические, политические и правовые, Периферия лишь привлекает для развития своих Обществ данные формы», и, как показывает практика, «функционирование заимствованных культурных форм во многом трансформируется местной Культурой, порожденной соответствующим Обществом. Поэтому здесь заимствованное западное право, имея официальный статус, практически не оказывает реального влияния на реальную жизнь граждан, которая протекает во многом на основе обычно-правовых представлений» (С. 129).

Автор, основываясь на указанном разделении «Культуры» и «Общества», предлагает выделить два типа развития: социа-

тальный и культуральный. Первый осуществляется «вследствие изменений общественного контекста (Общества), вызванных переменами во взаимодействиях индивидов в освоении ресурсов для удовлетворения своих потребностей» (С. 129), что, в конечном счете, коренным образом преобразует отношения между людьми. «Доминантой» этих отношений оказывается конкуренция, пронизывающая все сферы деятельности. Соответственно это «Общество» порождает и адекватную ему «Культуру», т.е. экономические, политические и правовые формы, «обеспечивающие его бытование» (С. 130). Культуральный тип развития противоположен социетальному: «Культура является его главным агентом. Здесь заимствованные экономические, политические и правовые формы призваны воздействовать на Общество (традиционное общество), сделать его адекватным этой Культуре» (С.130). Воздействие, однако, оказывается не прямым и опосредуется традиционной культурой Общества.

Проведенный анализ имеет принципиальное значение для юридической антропологии, подчеркивает автор. «Во-первых, в рамках парадигмы Общество мы рассматриваем глобальную эволюцию права как социального института, опираясь прежде всего на сравнительно-исторический метод. В результате выявляются механизмы и закономерности исторической трансформации правовой материи (обычай, мононормы, мораль и т.д.) в государственный закон. Здесь же раскрывается связь между право-, социо- и политогенезом. Это открывает новые перспективы в изучении правогенеза, который, по сложившейся в юриспруденции традиции, рассматривается исключительно с точки зрения государственных законов (позитивное право). Во-вторых, в рамках парадигмы Культура рассматриваются наиболее устойчивые элементы правового бытия, которые обладают повышенной консервативностью, оформляя официальное законодательство или действуя за его пределами (в форме обычного права). Здесь исследуется правовая культура, которая в известном смысле резонирует с понятием “народный дух”, или “менталитет”. <...> Различная скорость исторической динамики Общества и Культуры во многом объясняет различия в законодательствах государств — субъектов социетального и особенно культурального развития» (С. 130). Соответственно, «при культуральном развитии “периферийные” системы, заимствуя западные правовые формы, переносят таким образом Культуру в несвойственный ей общественный контекст (Общество). При этом ожидается, что нормы западного права окажут тот же регулятивный эффект, что и в западных обществах. Однако в чуждом для них общественном контексте, выстроенном на принципе иерархичности, заимствованные нормы права бессильны» (С. 131).

В ракурсе принятой методологии автор предлагает определять право как социокультурный феномен, соотнеся его и с «Культурой», и с «Обществом». В первом случае право представляет собой «особое, юридическое воплощение культурно-обусловленных начал справедливости, господствующих в обществе» (С. 136), «субъективную ипостась Культуры» (С. 135). Во втором случае право выступает как «совокупность юридических норм, создаваемых законодательными и исполнительными органами», это ипостась «статутного права» (С. 136). Обычное же право — «центральное для юридической антропологии понятие» (С. 148) — это «система естественно сложившихся поведенческих норм в процессе функционирования устойчивого коллектива людей, объединенных по самым различным поводам (этническому, возрастному, родственному, профессиональному и т.д.), несоблюдение которых связано с потенциальным психологическим либо физическим принуждением как со стороны мифического авторитета, так и со стороны данного коллектива». Обычное право «безраздельно господствовало в традиционном, но продолжает наряду со статутным правом неформально действовать в индустриальном (и постиндустриальном) обществе» (С. 141).

Сравнительный анализ обычного права как традиционных, так и индустриальных (и постиндустриальных) обществ свидетельствует, по мнению автора, о наличии тождественных структурных характеристик. К примеру, «поразительное сходство с архаическим укладом обнаружилось и при изучении субкультур, в частности “мира тюрьмы”» (С. 161).

Столь детальное освещение концептуального и методологических аспектов книги связано с их исключительной важностью для юридической науки, так как потребность в развитии методологии в ней сейчас является крайне актуальной, о чем уже шла речь ранее. Не менее (а для юристов-практиков, возможно, даже более) важной и увлекательной является вторая часть книги, показывающая всю палитру норм обычного права и панораму «неписаного закона».

При всех бесспорных достоинствах работы уважаемого автора хотелось бы обратить внимание на некоторые положения. В рамках универсалистского подхода, к которому автор относит античные, римские и глоссаторские взгляды, обычай как источник права далеко не всегда оценивался как превосходящий по значимости писанный закон. В «Антигоне» Софокла действительно говорится о том, что «неписанный закон выше писаного и нарушить его страшнее смерти», но речь шла не об обычаях, а о законах, данных Богами, о сакральной сущности законов человеческих и их иерархически подчиненном значе-

нии по отношению к законам Богов, а также о «логике противоречия семейно-родового и государственного строя» [Лосев 2000: 815]. Древнегреческое правопонимание многообразно, трагедии Софокла — только одна его часть. Сократ, к примеру, отождествлял законное и справедливое: «Государство, в котором граждане наиболее повинуются законам, и в мирное время благоденствует, и на войне неодолимо» [Ксенофонт 1993: 135], и такой порядок вещей угоден Богам.

Более того, Сократ, вопреки предложениям своих друзей, организовавших ему возможность побега, исполнил решение суда, выпив яд именно потому, что «справедлив законосообразный порядок, т.е. полис как таковой. Несоблюдение существующих законов, даже несправедливых, ведет к разрушению этого порядка, т.е. к еще большей несправедливости» [Козлихин 2007: 30].

Платон в диалоге «Законы» говорит, что в государстве существуют наряду с официальными законами обычаи и привычки, но необходимо добиться максимальной регламентации жизни людей в полисе, установив законы для каждого поступка, ведь «виновником законодательства» является «не кто иной, как Бог» [Платон 1998: 386], а цель всех законов — добродетель [Платон 1998: 710].

Утверждение автора о том, что у римских юристов «обычай, по сути, приравнялся к писаному закону» (С. 68), также не бесспорно. В «Институциях» Юстиниана все право делилось на устное и письменное по форме источников. К устной форме относился и обычай, осуществлявшийся “*sine lege certa*”, “*sine jure certo*”, т.е. «когда не было ни определенного закона, ни определенного права» [Краснокутский 2000: 19].

Автор справедливо ссылается на Юлиана, говорившего, что «установившийся издревле обычай заслуженно соблюдается как закон, и это есть право», но, как показывают исследователи римского права, теория Юлиана «находилась во внутреннем противоречии с условиями времени ее появления (II в. н.э.)». «Римская традиция о народном суверенитете и законодательной власти народа давно была уже опровергнута диктатурой цезарей и продолжала жить лишь в теории. Власть, однако, не препятствовала изложению римским юристом теории обычая в его архаическом аспекте: в ряде случаев императоры поддерживали видимость сохранения прежних форм государственной власти» [Краснокутский 2000: 20].

Представляется, что и определение права как «особого, юридического воплощения культурно-обусловленных начал справедливости, господствующих в обществе» и как «совокупности



юридических норм, создаваемых законодательными и исполнительными органами» (С. 136), требует уточнения, ведь остается не вполне ясным, в чем специфика этого «юридического воплощения» и «юридичности норм», отличающих их от иных форм социального нормотворчества.

Впрочем, в междисциплинарных областях, к которым относится юридическая антропология, неизбежен «спор факультетов». Остается лишь пожелать автору продолжать исследования в этой необычайно интересной области.

### Библиография

- Варламова Н.В.* Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. СПб.: Славия, 2010.
- Гегель Г.В.Ф.* Философия истории // Собр. соч.: В 14 т. М.: Государственное социально-экономическое издательство, 1935. Т. 8.
- Гегель Г.В.Ф.* Философия права. М.: Мысль, 1990.
- Ковлер А.И.* Антропология права. М.: Норма, 2001.
- Козлихин И.Ю.* Сократ // История политических и правовых учений. Учебник. СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2007. С. 22–31.
- Краснокутский В.А.* Источники римского частного права // Римское частное право / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М.: Юриспруденция, 2000. С. 14–39.
- Ксенофонт.* Воспоминания о Сократе. М.: Наука, 1993.
- Лосев А.Ф.* История античной эстетики. Аристотель и поздняя классика. М.: АСТ, 2000.
- Павлов В.И.* Ипостазирование правового бытия: личность в праве в постклассической перспективе // Евразия: духовные традиции народов. 2012а. № 1. С. 32–41.
- Павлов В.И.* Антропологический тип правопонимания как открытие человекомерности права // Право в современном белорусском обществе / Под ред. В.И. Семенкова. Минск: Бизнесофсет, 2012б. Вып. 7. С. 71–78.
- Платон.* Государство. Законы. Политик. М.: Мысль, 1998.
- Поляков А.В., Тимошина Е.В.* Общая теория права: Учебник. СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2005.
- Рулан Н.* Юридическая антропология: Учебник для вузов: Перевод с франц. / Отв. ред. В.С. Нерсесянц. М.: Норма, 1999.
- Честнов И.Л.* Основные характеристики социальной антрополого-правовой методологии // Социальная антропология права современного общества / Под ред. И.Л. Честнова. СПб.: ИВЭСЭП; Знание, 2006. С. 37–58.

*Анна Ассессорова*