

Л 2009
16980к

КУРГАНСКАЯ В. Д.

**ПРАВОСОЗНАНИЕ
ЭТНИЧЕСКИХ ГРУПП КАЗАХСТАНА:
СОЦИОКУЛЬТУРНЫЙ КОНТЕКСТ ФОРМИРОВАНИЯ**

Алматы 2004

Курганская Валентина Дмитриевна

**ПРАВОСОЗНАНИЕ ЭТНИЧЕСКИХ
ГРУПП КАЗАХСТАНА:
СОЦИОКУЛЬТУРНЫЙ КОНТЕКСТ
ФОРМИРОВАНИЯ**

**Республика Казахстан
Алматы, 2004**

ББК 67.0

К 93

К 93

Курганская В.Д.

Правосознание этнических групп Казахстана: социокультурный контекст формирования. – Алматы: Центр гуманитарных исследований, 2004. – 280 с.

ISBN 9965-25-482-6

В монографии анализируется социокультурный контекст взаимовлияния этнической самоидентификации и особенностей формирования правового сознания личности. Рассматриваются теоретико-методологические вопросы исследования нормативно-правовой сферы социальной жизни, раскрывается логика исторического генезиса правовых представлений.

Дается общесоциологическая характеристика состояния межэтнических взаимодействий в Казахстане и правовой сферы их регуляции. Приводятся и анализируются оценки массовым сознанием эффективности функционирования политически-правовых институтов защиты личных и коллективных прав. Рассматриваются особенности правопонимания, характерные для различных этнических групп РК.

Работа адресуется студентам, аспирантам и ППС казахстанских вузов, научным работникам, самому широкому кругу читателей, интересующихся социокультурными и юридически-правовыми аспектами межэтнических взаимодействий.

ББК 67.0

Ответственный редактор:

академик НАН РК, доктор философских наук, профессор
Нысанбаев А.Н.

Рецензенты:

доктор философских наук, профессор **Изотов М.З.**
доктор философских наук, профессор **Касабек А.К.**

**Монография подготовлена по гранту Фонда Джона Д. и Кэтрин Т.
Макартуров № 03-7786-000-GSS**

М 1202000000
00(05)-04

ISBN 9965-25-482-6

© Курганская В.Д. 2004

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	5
РАЗДЕЛ I. ПРАВОСОЗНАНИЕ КАК ЛИЧНОСТНЫЙ И СОЦИОКУЛЬТУРНЫЙ ФЕНОМЕН	
Глава 1. Формирование правового сознания как социокультурная проблема	11
§ 1. Культурно-цивилизационные типы и контекстуально-ситуационная феноменология правового поля социального бытия	11
§ 2. Право и закон, или проблема «законности законов»	29
§ 3. Преступление и наказание: апории кодификации и применения норм дистрибутивной справедливости	40
§ 4. Социокультурные основы легитимности норм казахского обычного права (адата)	61
Глава 2. Проблемы и пути развития гражданского правосознания в современном казахстанском обществе	73
§ 1. Аксиологические и процедурно-институциональные основы правовой демократии	73
§ 2. Особенности политико-правовой структуры Казахстана и их влияние на формирование гражданского правосознания	92
§ 3. Права человека: гуманистический смысл и социорегулятивные функции	106
РАЗДЕЛ II. ОСНОВНЫЕ ЦЕННОСТИ И НОРМЫ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ НАРОДОВ КАЗАХСТАНА	
Глава 1. Социально-политические процессы в восприятии общественным сознанием	132
§ 1. Оценка массовым сознанием динамики развития основных сфер жизни казахстанского общества	132
§ 2. Иерархия значимости и оценка остроты социально-политических проблем	136
§ 3. Противоречия между основными социальными группами казахстанского общества	139
§ 4. Отношение к социально-политическим процессам и институтам	140
§ 5. Политические установки массового сознания	144

Глава 2. Межэтнические отношения в общественном мнении	150
§ 1. Оценка состояния межэтнических отношений	150
§ 2. Поведение в конфликтных ситуациях	155
§ 3. Социально-психологическое состояние	158
§ 4. Оценка национальной политики	160
§ 5. Оценка языковой политики	162
§ 6. Оценка кадровой политики	166
Глава 3. Особенности правосознания в полиэтничном и мультикультурном социуме: социологический анализ	169
§ 1. Общесоциологическая характеристика правовой сферы регуляции межэтнических взаимодействий в Казахстане	169
§ 2. Оценка этническими группами основных сфер нормативно- правового регулирования социальной жизнедеятельности	174
§ 3. Знакомство с основными положениями законодательства РК; состояние правового обучения и просвещения	194
§ 4. Эффективность механизма защиты прав этнических групп. Задачи и направления его реформирования	197
§ 5. Мотивы и цели политического самоопределения, степень политической активности населения	206
Заключение	214
Приложение	219

ВВЕДЕНИЕ

Анализ духовно-нравственных, мировоззренческих, социально-политических оснований реформирования казахстанского общества не может обойти стороной особенности развития юридически-правовых отношений и правового сознания населения республики.

В классических социально-философских и политико-юридических учениях *граждански-правовое состояние* общества рассматривалось как высочайшая социальная, гуманистическая и *метафизическая* ценность, хотя содержательно это состояние понималось и интерпретировалось, конечно, с самых различных позиций. Инвариантом большинства типов философски-правовой рефлексии является идея о том, что законодательное закрепление правовых норм есть не только и не столько способ внешне-принудительной регламентации поведения, пресечения преступных деяний карательными мерами, сколько культурно-исторически развитая форма самоопределения человеческой свободы, реализации неотчуждаемых прав личности, утверждения справедливости как духовно-нравственного начала социального бытия. В соответствии с таким пониманием права развивались и философские концепции сущности правового сознания, анализировалась структура правопонимания, «соответствующего своему понятию», исследовалась пестрая картина особенностей культурно-исторических форм правовых представлений и их контекстуально-ситуационная феноменология.

Актуализация огромного потенциала, накопленного в историко-философском процессе осмысления феномена нормативно-правовой регуляции, является неременным условием разработки концептуальных основ стратегии социально-политического развития и национально-государственного строительства, в том числе и в тех странах, чей ход развития отличен от ритма западноевропейского исторического времени. В то же время проблема специфических особенностей правового сознания и тенденций его трансформации в условиях радикальной социально-политической реформы казахстанского общества на философском, т.е. на мировоззренческо-методологическом уровне, не ставилась и даже не осознавалась в своем полном объеме и основополагающем для государственно-правовой теории значении. Сложившейся самостоятельной школы философии права в целом и научной школы по данному направле-

нию исследований в Республике нет. Отсутствуют и значительные публикации по этой тематике.

В этой связи будет, по всей видимости, целесообразным уже во введении к монографии раскрыть основания, по которым автор полагает, что тема, которой посвящена настоящая книга, является перспективной и приоритетной для развития философско-юридического направления социальной науки Казахстана, для создания соответствующей научной школы, отвечающей уровню стоящих перед Республикой задач законодательного обеспечения демократических преобразований.

Итак, почему же в формулировке темы объединены 1. «социокультурный контекст» и 2. «правосознание этнических групп»?

1. Культурно-исторический генезис и идеально-типические модели правосознания как личностного и социокультурного феномена нельзя конструировать априори, безотносительно к основным мировоззренческим парадигмам, к онтологическим, антропологическим и социально-политическим моделям. Конечно, нормы развитой правовой культуры являются идеально-типическими схемами социальной консолидации индивидов и их общностей, общецивилизационным инвариантом достижения социальной стабильности и устойчивого развития, императивом национально-государственного строительства. В то же время построение правового государства не является движением к какому-либо образцу, избранному по общетеоретическим основаниям и утвержденному волевым решением. Этот процесс имеет поливариантный и альтернативный характер, развитие правового сознания должно опираться на выявление скрытых альтернатив собственной культуры, развертывание потенциала таких неформализуемых сфер социального целого, как стиль жизни, ценности культуры, картины мира, духовно-нравственные нормы.

Смысл и назначение правовых систем заключается в выполнении ими социально-регулятивных функций, в процессе которого конституирование основных структур правосознания происходит в соответствии со следующей логической схемой: «...культура нуждается в единстве. Для реализации своей общественной функции она должна выступать в качестве структуры, подчиненной единым конструктивным принципам. Это единство возникает следующим образом: на определенном этапе развития для культуры наступает момент самосознания – она создает свою собственную модель. Эта мо-

дель определяет унифицированный, искусственно схематизированный облик, возведенный до уровня структурного единства. Наложённый на реальность той или иной культуры, он оказывает на нее мощное упорядочивающее воздействие, доорганизовывая ее конструкцию, внося стройность и устраняя противоречия»¹. Описанный Ю. Лотманом механизм структурного упорядочивания культуры ни в какой иной сфере, пожалуй, не проявляется в столь явной и чистой форме, как в юридически-правовых нормах.

Правовое сознание относится к одной из важнейших субъект-объектных метаструктур рационализации культуры и социального бытия. Но именно в силу этого обстоятельства структуры правового сознания воспринимаются как органическая составная часть культуры и становятся непроницаемы для самих носителей традиционной ментальности. «Судебно-юридическая система очень вжилась в наш быт, вжилась до такой степени, что мы не замечаем нелепости ее форм»². Для того, чтобы увидеть если не нелепость, то, во всяком случае, проблематичность форм и механизмов нормативно-правовой регуляции, необходимо выйти за рамки специфики юридически-правового мышления и ввести анализ формирования правосознания в контекст его социокультурных детерминаций, в пределе – онтологических, метафизических оснований.

2. Согласно П. Бурдьё, культура есть не что иное, как совокупность идентификационных стратегий. В силу ряда причин именно этническая принадлежность выступила универсальным контекстом социальной самоидентификации, стала играть одну из главных ролей в той системе различий, которой создается топология социального пространства глобального миропорядка.

Этничность в современном мире зачастую выступает не только формой социальной организации культурных различий, но и средством политической мобилизации, борьбы за власть. Ограничение культурных, социальных, политических прав, дискриминация по этническому признаку стали обычной практикой во многих странах, так же как и этнизация социально-политического дискурса. Поэтому ограничение репертуара политического аналитика вариациями на тему «Реквием по этносу» (В.А. Тишков) выглядят, по меньшей мере, преждевременными.

Этнокультурная идентичность принимает политическую форму выражения и становится не только одной из основ государственного

устройства, но и самоопределяется в своем надгосударственном авторитете. Межэтнические конфликты, особенно на стадии их перерастания в вооруженные столкновения, организованное насилие, этнические чистки, стали одним из основных факторов нестабильности национально-государственных систем и напряженности международных отношений. «И если сейчас не будут найдены базовые правила, то термоядерной реакции этнического распада не будет предела»³.

Описанные глобальные тенденции в той или иной форме действительны и в Казахстане. Здесь, как и в большинстве других стран, осуществляющих социально-экономические преобразования, вопрос о политически-правовых механизмах консолидации нации закономерно переводится в плоскость проблемы выбора и реализации оптимальной модели правового регулирования межэтнических отношений.

Вряд ли имеются достаточные основания как для вывода о том, что формирование правового сознания в суверенном Казахстане должно опираться исключительно на принципы либерально-демократического конституционализма, так и для суждений о необходимости реанимации квази-юридических структур традиционного менталитета. Во всяком случае, предпочтительнее все же исходить из презумпции поиска возможностей сближения и взаимодополнения, чем конфронтационного противопоставления различных культурно-исторических способов осмысления сущности права и структур правового сознания. В результате противопоставления традиционных нравственных ценностей и формально-юридических процедур и институций мы неизбежно окажемся перед смысловой безнадежностью выбора одного из двух абстрактных принципов, наподобие провозглашенной В.С. Соловьевым дихотомии «Запад – Восток» как всемирно-исторического противостояния *безбожного человечества и бесчеловечного бога*.

Социально-правовое обращение этой логики выражается в дилемме *бесправного человека и бесчеловечного права*. Для формирующегося в смысловых границах этой дилеммы правового сознания как нельзя более точным является придуманный С. Лемом термин *десимулянт* – объект, притворяющийся, будто он есть, хотя на самом деле его нет.

Онтологические, аксиологические, логико-семантические структуры тождества *правового* гражданского состояния с *этически-гражданским* состоянием обретают предметную реальность в форме правовой легитимации духовно-личностных основ социальности. Способ формирования правосознания как феномена автономной духовно-личностной культуры, имманентный духовно-нравственной саморефлексии сообщества, должен сохранять основное свойство этой онтологической структуры.

Между тем анализ специфики формирования и функционирования политико-правовых институтов РК свидетельствует, что принципом устройства политической системы РК является реконверсия бюрократического капитала и торг элит, которые не требуют и, более того, отторгают формально-правовую структуру. Это порождает феномен *неправовых* или *антиправовых* законов. Но в современном Казахстане проблема заключается не только в неправовом характере законов, но в их неустранимой партикулярности. Во всех существующих моделях правовой демократии право выступает как подсистема, охватывающая своими специфическими нормативно-регулятивными функциями все слои населения и всех граждан. В посткоммунистическом социуме происходит возвращение к сословно-цеховому, корпоративно-олигархическому партикуляризму правовых начал и кодексов.

С другой стороны, в присущих казахстанским этносам национальных архетипах господствует, в силу множества социально-исторических причин, архаическая структура правосознания. Для подобного типа правовой культуры схемы социальных взаимодействий не нуждаются в формально-правовой легитимации. Строго юридическое правопонимание замещается авторитетом предания, казуистикой обычного права, обращением к традиционным системам ценностей, апелляцией к обычаям, нравам, преданиям и т.д. В этих условиях стихийное формирование правосознания, в том числе сознания субъектов законотворческой деятельности, происходит самым примитивным, а потому и наиболее кризисным способом: правовые нормы принимают вид администрирования и бюрократически-верхушечной регламентации позитивного права и практики правоприменения.

Таким образом, развитие правовой демократии в Казахстане нуждается в критическом анализе причин *дефицита правосознания*

и нахождении научно обоснованных путей его преодоления. Для решения этих задач, в свою очередь, необходим анализ специфических особенностей правового сознания различных этнических общностей, входящих в состав полиэтнического и мультикультурного Казахстана. Данная проблема до сих пор не попадала в поле зрения отечественной социальной науки. Между тем в силу ряда обстоятельств именно межэтнические взаимодействия становятся одной из важнейших, определяющих структур современного казахстанского общества. Поэтому существует опасность самосегрегации этнических групп под видом возрождения культурно-национальных традиций, что приведет к деформации и разрушению единого правового пространства.

В связи с вышесказанным не вызывает сомнений необходимость проведения комплексного социально-философского и социологического исследования особенностей правовой культуры этнических групп, определение путей становления современного, отвечающего нормам и принципам демократии, правопонимания, разработка рекомендаций по созданию правового пространства межэтнических взаимодействий с учетом как национальных традиций, так и общедемократических, гуманистических норм цивилизованного правопорядка. Анализ специфических особенностей правосознания различных этнических групп РК должен послужить основой формулировки практических предложений по формированию политико-правового механизма представительства, защиты и взаимосогласования интересов различных этнокультурных общностей Казахстана и по реформированию законодательства, регулирующего права этнических меньшинств.

РАЗДЕЛ I. ПРАВОСОЗНАНИЕ КАК ЛИЧНОСТНЫЙ И СОЦИОКУЛЬТУРНЫЙ ФЕНОМЕН

Глава 1. Формирование правового сознания как социокультурная проблема

§ 1. Культурно-цивилизационные типы и контекстуально- ситуационная феноменология правового поля социального бытия

Философия права через разработку фундаментальных онтологических проблем становится мировоззрением, стержнем которого является подчинение задач преобразования социального целого императиву свободного саморазвития личности. Важность этой установки как именно мировоззрения, т.е. структурообразующего начала духовного мира личности, невозможно переоценить.

Современная эпоха предоставляет человеку поистине неограниченные возможности выбора культурно-цивилизационных моделей личностного самоопределения. Вместе с тем в работах современных философов и психологов, социологов и культурологов все настойчивее звучит тема универсальности кризиса мировоззренческой идентичности личности в современном мире. Ситуация тотального самоотчуждения личности от онтологических оснований собственного бытия воспроизводится и в правовом сознании, и в современной философии права, в способах ее самоопределения, в том числе и по отношению к классической традиции философски-правового мышления.

Надежное и стабильное развитие общества предполагает устойчивость основных структур его жизнедеятельности, законосообразное поведение его членов, согласие относительно основных ценностей и норм общежития. Между тем утверждение принципиального плюрализма социостилей, образов жизни, ценностей, религиозных верований и мировоззренческих убеждений становится не только структурой глобального рынка культурных парадигм, но и принципом отношения к ним индивида. Либеральная идеология, лежащая в основе концепций открытого общества, вообще снимает вопрос об экзистенциальной подлинности или ложности способов интегрированности человека в социумные структуры ролей и статусов, заменяя их критериями функциональности и эффективности.

Причиной многих проблем, с которыми мы сталкиваемся в процессе социально-экономической модернизации и демократизации казахстанского общества, является то, что место тоталитарной идеологии в мировоззренческой сфере занял принцип «anything goes» («все сойдет, все сгодится»). На волне отрицания государственного атеизма, коллективизма, морально-политического единства народа и прочих постулатов советской идеологии возникли новые, в том числе не менее радикальные и разрушительные, формы идеологического самоотчуждения личности.

Распространение мировоззренческого плюрализма не означает автоматического утверждения подлинно свободного мировоззренческого выбора. «Новая историческая общность» – советский народ – была во многих отношениях (хотя и далеко не во всех) торжеством абстрактного, безжизненного принципа унификации различий. Однако распад абстрактной общности обернулся генерализацией столь же абстрактных, онтологически ничтожных особенностей в качестве оснований самоопределения личности. Результаты многочисленных социологических исследований свидетельствуют о том, что в настоящее время люди связывают осмысление собственной идентичности с такими экзистенциально безразличными определенностями, как конфессиональная вера, этническая принадлежность, внешние формы семиозиса традиционной культуры:

– обретение Казахстаном государственной независимости стало катализатором актуализации этнических оснований самоидентификации личности и, соответственно, этнической сегментации общества. Очевидно, что структурирование социального целого по этносоциальным и тем более этнополитическим критериям в корне противоположно принципам организации духовной сферы социально-личностного бытия.

– в Казахстане, как и в других странах СНГ, происходит восстановление социальной роли конфессиональных форм религии. При этом наиболее деструктивными по отношению к императивам личностного развития и задачам социальной интеграции являются не откровенно экстремистские религиозные течения типа ваххабизма, но упрочение представления о том, что особенности вероисповедания составляют фундаментальную мироотношенческую модальность личностного самоопределения. При такой предпосылке столь популярный ныне призыв к диалогу конфессий оборачивается эска-

лацией нетерпимости, социального размежевания по конфессиональному признаку. С учетом того, что в массовом сознании религиозная и этническая принадлежность зачастую отождествлены, данная ситуация таит в себе серьезную угрозу национальной безопасности страны.

— стратегия формирования общенационального самосознания через обращение к культурно-исторической памяти наталкивается на непреодолимые препятствия, если культурная традиция реанимируется вне философско-критической рефлексии. Ведь в этом случае историческое прошлое фиксируется в его псевдоморфозах (О. Шпенглер) – в духовно опустевших формах, в которых уже не живет культура как трансляция от поколения к поколению отнесенности социальных норм и ценностей к онтологическим основам личностного бытия.

Задачей формирования демократической правовой культуры не отрицается мировоззренческая значимость национальной и конфессиональной самоидентификации личности, роль этнокультурных традиций в становлении самосознания личности. Однако развитое правосознание предполагает определенную иерархию целей и ценностей, принципов и смыслов, для которой структуры этнокультурной, конфессиональной, социально-ролевой и т.д. идентификации могут оказаться недостаточно релевантными.

В работах по философско-правовой проблематике значительная роль традиционно отводится культурно-историческим и сравнительным исследованиям. Как правило, доктринально-теоретическое понимание права в сословно-централизованных государствах средневекового мира и восточных теократиях рассматривается с сугубо критических позиций. Клерикально-теоцентристское правосознание противопоставляется правовым представлениям Нового времени, для которых законодательство есть не столько способ внешне принудительной регламентации поведения в соответствии с содержательно определенными нормами, сколько социальная форма реализации императива свободного самоопределения индивида.

Но в культурологических исследованиях существуют и иные, зеркально инвертированные парадигмы. В последнее время расхожим стало противопоставление созерцательности восточной философии, обращенной к личности, сознанию, духовной сфере человека, и активизма западной метафизики с ее ориентацией на рациональные

структуры мысли. Более того. Все прочнее становятся позиции авторов, защищающих духовность и гуманизм мировоззрения, присущего традиционной культуре и религиозной вере, от обезчеловечивающих и бездуховных форм разумности, присущих профессиональной философии и науке как таковым. Соответственно, тотальному подозрению подвергается и вся юридически-правовая традиция, определившая развитие западной цивилизации

В отечественной философской, политической, исторической, культурологической и т.д. литературе стало привычным и тривиальным противопоставление Запада и Востока, номадической и оседлой цивилизации, патриархально-архаического и цивилизационно-юридического правопонимания. Их соотношение представляется в соответствии со схемой попарного противопоставления основных характеристик, таких, например, как⁴.

Восточная культура		Западная культура
Синтетическая	*	Аналитическая
Коллективистская	*	Индивидуалистическая
Кооперативная	*	Конкурентная
Непротиворечивая	*	Противоречивая
Неопределенная	*	Точная
Личная	*	Безличная
Фракционно мыслящая	*	Общественно мыслящая
Предпочитающая нечеткое соглашение	*	Предпочитающая контракт
Вторгающаяся в частный мир человека	*	Уважающая частный мир человека
Релятивная	*	Абсолютная
Эмоциональная	*	Интеллектуальная
Гармоническая	*	Аргументационная
Конформистская	*	Эгоцентричная
Нелогическая	*	Логическая

При этом, в зависимости от собственной позиции исследователя, расставляются и противоположные ценностные акценты. Между тем, семантика взаимоотношений ментальных универсумов этих культурных миров имеют гораздо более сложную структуру, чем система бинарных оппозиций. Например, сама приведенная выше схема является, с точки зрения конфуцианских традиций дальневосточных культур, морально неприемлемой. В этих культурах, как замечает Никлас Луман, «чреватые конфликтами бинарные схематизмы дискредитировались морально»⁵.

Проблема морально-правовой легитимности действий частных лиц, социальных групп и властных институтов в социумах транзитного типа не может рассматриваться исключительно с позиций нововременного понимания онтологии социальности и, следовательно, в абстракции от нормативно-ценностных иерархий традиционной культуры. В условиях радикального преобразования унаследованных от тоталитарной системы форм и оснований социальных взаимодействий значение гуманистических норм традиционной культуры, – в том числе и морально-правовых представлений – резко возрастает. Кроме того, следует учитывать, что правосознание казахстанцев формируется в поликультурной и мультиэтнической среде. Таким образом, исследование культурно-исторической динамики изменения правовых представлений, типичных для евразийского типа культурно-цивилизационного развития, должно проводиться в контексте диалектики взаимодействия традиционного и строго юридического типа правосознания и на основе принципов диалога политико-правовых культур.

Для воссоздания структуры этого диалога может быть использована методология компаративистского анализа, в том числе идея, предложенная А.В. Смирновым⁶: процедура формирования смысла высказываний в той или иной системе культуры во многих аспектах автономна по отношению к их содержательным определениям. Сравнение этих процедур в различных системах становится способом их исследования, при котором многие содержательные различия могут быть объяснены через различия процедур формирования смысла, причем описание процедур может производиться на ином языке, нежели описание содержания, т.е. на уровне метаязыка. На наш взгляд, этот подход может быть применен с особым успехом именно в сфере культурно-исторических исследований и сравнительного анализа систем нормативно-правовой регуляции. При этом философско-правовая рефлексия направляется не столько на анализ собственно философских концепций, сколько на структуры правосознания, зафиксированные в системах позитивного права и процедурах формирования их норм.

Рене Давид в своей классификации основных правовых систем выделяет три семьи западного права: *романо-германская правовая семья*, *семья общего права (common law)* и *семья социалистического права*. В каждой из этих основных систем имеются подвиды, характеризующиеся специфическими чертами, определенными, прежде

всего, традиционными нормами регламентации жизнедеятельности в той или иной стране.

Романо-германская правовая семья складывалась в континентальной Европе, начиная с XII - XIII вв., на основе эволюции римского права, адаптации его норм к религиозно обоснованным требованиям социальной справедливости и морали. В то же время религия и мораль не смешиваются с гражданским правопорядком. Господствующая роль в этой системе правопонимания и законотворчества отведена кодексу, систематизированному на рациональных началах. Обращение Европы к идеям рационально кодифицированного римского права был ознаменован постановлением IV Вселенского собора (XIII век), запретившим ордалии. Это решение означало официальное признание того, что общественный порядок не может поддерживаться и регламентироваться правовыми нормами, если исход судебного процесса зависит не от рационально обоснованных процедур, а от апелляции к сверхъестественным инстанциям.

Первые кодексы законов сложились в древнейших цивилизациях. В конце III - начале II тысячелетия до н.э. возникают своды законов шумеро-аккадских царей Ур-Намму и Хаммурапи. В этих законах перечисляются преступления и устанавливаются наказания за их совершение, преимущественно в форме тарифов: «Если человек другому человеку сломал орудием кость, он уплатит одну мину серебра»⁷.

В античности возникла юриспруденция как наука о праве. Ее категориальный аппарат основывался на принципах справедливости, равенства и свободы и был органической частью философских учений о человеке и обществе. В то же время важнейшим источником и вместе с тем практическим применением правовой науки в судопроизводстве стала риторика. В Древнем Риме эти концепции воплотились в позитивно-правовой порядок римского права – одного из величайших достижений цивилизации.

В 454 г. до н.э. сенат послал комиссию в Грецию для изучения законодательства Солона и других правовых систем. По их возвращении народное собрание избрало десятерых мужей (*decemviri*) для составления кодекса. Эта комиссия преобразовала древнеримское устное право в Законы Двенадцати таблиц. Они были одобрены народным собранием и установлены на Форуме для всех, кто умел их прочесть. «Это на первый взгляд незначительное событие стало эпо-

хальным с точки зрения истории Рима и всего остального человечества; было осуществлено первое оформление в письменной форме той правовой структуры, которая явилась самым выдающимся римским достижением и величайшим вкладом в развитие цивилизации»⁸. Свершилась двойная революция: обнародование и секуляризация законодательства, всех юридических процедур. С конца III в. до н.э. возникают публичные уроки римского права. «Начиная с этого времени, юрист вытесняет жреца и безраздельно господствует над римской жизнью и мыслью»⁹. Таблицы становятся основой школьного воспитания. Каждый любящий отец мечтал видеть своего сына практикующим юристом. «Право – это деньги», – говорит один из персонажей Петрония. Действительно, один из законников при Веспасиане сколотил себе состояние в 300 млн. сестерциев (30 млн. долларов). Но в Риме «хватало судей и адвокатов, чьи вышколенные и проницательные умы стояли на службе справедливости и истины», и существование продажных сутяг искупали «великие юристы, чьи имена – самые славные в истории права»¹⁰.

Всеобъемлющая кодификация римского права произошла в 529 – 535 гг. Инициатором и организатором составления *Corpus Iuris Civilis* был император Юстиниан. Теоретические и практические основания кодификации выражены в Дигестах – антологии суждений классических юристов Рима. Как говорится в Конституции «Танта», Юстиниан поставил задачу свести все нормы римского права, возникавшие за период почти полутора тысячелетнего развития, к общему единогласию, избавив от внутренних противоречий, от всего сомнительного и неопределенного. В результате путаные и разрозненные нормы, извлеченные из почти двух тысяч книг римских юристов («более чем триста раз по десять тысяч строк»¹¹), было сведено в 50 книг. С XII по XIX вв. римское право, кодифицированное в Дигестах и Пандектах, преподавалось во всех европейских университетах наряду с каноническим правом, и его изучение составляло основу образования. Университетские ученые стремились, опираясь на римские источники, сформулировать правовые принципы и нормы, отвечающие природе вещей, или так называемому естественному праву.

Семья общего права (common law) следует образцу английского права. Общее право было создано судьями, разрешавшими споры между Коронай и частными лицами. Если континентальное право сосредоточено на выработке прав и обязанностей субъектов право-

вых отношений, то английские юристы первенствующую роль отводят процедурам. Например, юридические хроники («Ежегодники», служившие пособиями для студентов), составлявшиеся на протяжении XIII - XVI вв., сконцентрированы на описании процедур и зачастую не удосуживаются сообщить о решении, принятом по существу спора¹². Процессуальные нормы и правила общего права как системы позитивного права направлены на то, чтобы разрешить конкретную проблему, а не сформулировать общее правило поведения на будущее. Поэтому возникла необходимость создания норм так называемого права справедливости (Law of Equity), призванного дополнять и корректировать конгломерат процессуальных форм общего права.

По степени обобщенности правовых норм право романо-германской правовой системы значительно превосходит англосаксонскую правовую систему. Норма права в романо-германских правовых системах понимается в законодательной и доктринальной модальностях, а в странах общего права – в аспекте судебной практики. Поэтому, с одной стороны, здесь гораздо легче квалифицировать то или иное дело с точки зрения того, какая норма применима к нему, чем в странах, где правовая норма создается непосредственно судебной практикой. Как отмечает Р. Давид, английские и американские юристы с удивлением воспринимают то положение, что нормы французского кодекса – это не положения, подлежащие буквальному исполнению, а скорее рамки, в которых открыт простор для поиска справедливых решений. С другой стороны, кодификация универсальных норм не означает увеличения возможности предвидеть решения по тому или иному делу. «Все то, что отброшено в правовой норме как казуистические детали, автоматически увеличивает роль судьи в ее толковании»¹³. Чем более обобщенно сформулирована правовая норма, тем больше полномочий предоставляется судьям в ее толковании. Казуистика, изгнанная из законодательной сферы, возвращается через судебную практику. Ситуация разрыва между уникальностью ситуации и общностью правовой нормы универсальна. «Повсюду граница между правом и фактом весьма искусственна, и трудно сказать, в какой мере решение сложного вопроса основывается на оценке фактов данного дела и в какой – на толковании правовой нормы»¹⁴.

В истории можно обнаружить самые неожиданные параллели англосаксонской правовой системе. Например, в Сасанидском Иране

не было кодифицированного права. Сасанидский судебник («Книга тысячи судебных решений») является сборником судебных казусов и решений, а также процедур рассмотрения исковых требований и порядка оформления судебных решений.

Заметим, что и в Казахстане возникает такая форма права, как *прецедентное конституционное право*, суть которого заключается в том, что Конституционный совет обеспечивает прямое действие норм Конституции на основе императивной интерпретации ее положений. В настоящее время ставится задача создания единого свода прецедентного конституционного права как необходимого дополнения действующей Конституции. Однако непонятно, почему эта система толкований норм Конституции РК названа прецедентным правом. А. Котов проводит аналогию соотношения конституционных норм и постановлений Конституционного совета об их нормативном толковании с соотношением Священного писания и Священных преданий¹⁵. Но эта аналогия явно несправедлива. Метод создания системы действующего права в данном случае строится скорее по классической модели обращения с сакральными текстами вообще: религиозно-мировоззренческая система строится как толкование неких священных базовых текстов (Махабхараты, Ветхого и Нового Заветов, Корана). При этом возникает как официальное, каноническое толкование, приобретающее столь же сакральный статус и обязательное для всех верующих, принадлежащих к данной конфессии, так и множество версий, в свою очередь претендующих на универсальность и аутентичность. Очевидно, что прецедентное право формируется на основе совсем иной модели и иной парадигмы правопонимания.

В Англии каждое решение судьи по вопросу, не предусмотренному законом, превращается в закон. Прецедентная роль актов правоприменения в романо-германской семье права если и признается, то в крайне ограниченных пределах: в смысле прецедента правоприменения, прецедента толкования, но отнюдь не прецедента как формального источника права. Такой же подход характеризует казахстанскую правовую систему, как и правовые системы всех прочих стран СНГ, например, российскую: «Суд не является органом правотворчества и не может одновременно законодательствовать и применять закон. То же относится и к конституционному судопроизводству, тем более что разделение властей на законодательную, исполнительную и судебную – это не только теоретическая конст-

рукция, идущая от Джона Локка, Монтескье и их последователей, — это факт российского конституционного права»¹⁶.

Но если обратиться к истории, то мы увидим, что в Риме масса правовых предписаний была создана судьей-претором. Преторское право было прецедентным, поскольку его формировали и придавали ему юридическую силу не законодатели, а судьи.

Как видим, противопоставление романо-германской правовой системы семье общего права как противоположным типам правосознания не может абсолютизироваться, хотя каждый из них имеет не редуцируемую специфику. Кроме того, своей спецификой уже по отношению к этим обоим типам правопонимания обладают правовые системы незападных стран.

Р. Давид выделяет *мусульманское, индусское, и иудейское право* как системы, признающие ценность права, но понимающие его иначе, чем на Западе. Здесь правосознание связано с религией, а позитивное право может руководствоваться совсем иными нормами, чем господствующие в обществе представления о справедливости и нравы.

В индийской правовой системе правовые нормы зафиксированы в дхармашастрах — книгах священного Предания, составленных в брахманских школах. Наиболее авторитетным источником признается «Ману-смрити», или Законы прародителя человечества Ману. Считается, что основой правового регулирования является дхармической строй бытия. Поэтому нарушение правовых норм становится преступлением против дхармы, которой держится мироздание. Таким образом, судопроизводство находилось под контролем жреческой касты — знатоков шастр. Своеволие в отправлении судопроизводства не допускалось даже по отношению к царю. «Царю следует принимать решения в соответствии с шастрами, а если [по этому

* Преторы выполняли судебские функции на первой стадии формулярного процесса, на которой рассматривалась и анализировалась правовая сторона дела. Возникла проблема, как соотносится преторское право с гражданским правом (*jus civile*), с законами. Разрешалась она следующим образом: во-первых, преторское право регулировало те отношения, которые вновь возникли и еще не были отражены в законах; во-вторых, преторы давали исковую защиту и вопреки нормам устаревших законов, формально эти нормы не отменяя, но в судебной практике их игнорируя.

поводу] нет священного текста, то в соответствии с местными обычаями»¹⁷. В силу абсолютного авторитета шастр прецедентное право отсутствовало, однако сами шастры ставились в зависимость от рационального суждения. «Но нельзя принимать решение, основываясь лишь на шастре: если при рассмотрении дела отсутствует логическое рассуждение, [сама] дхарма потерпит ущерб»¹⁸. В отличие от европейской традиции в Индии ордалии могли назначаться лишь в делах, связанных с насилием (т.е. в преступлениях сугубо «светского» характера) и только в случае, если исчерпаны все возможности судебного установления истины – свидетельские показания, документы, логические аргументы. «Посредством ордалий надлежит решать тяжбу в том случае, если дело происходило давно, втайне, свидетелей давно нет и логические рассуждения бесполезны»¹⁹.

В индийской правовой системе закреплено кастовое разделение общества. В то же время существовали неписанные обычаи, которыми регулировалась жизнь профессиональных, территориальных, кланово-родственных и т.д. общин. Полномочия общин разрешать споры по своим собственным обычаям закреплены в дхармашастрах и комментаторской литературе. «Какие правила существуют у общинников, по ним пусть они и совершают все свои дела»²⁰. На решение властей спор выносился в том случае, если он не мог быть разрешен внутри самой общины. «Кланы, корпорации, союзы, чиновник и царь – суть судебные инстанции, из них каждая последующая выше предыдущей»²¹.

И на Западе, и в странах ислама право расценивается как опора социальной жизни, зеркало, символ и гарант справедливости, объект уважения и почитания. Суды – это храмы, где торжествует правосудие. Но в странах ислама право (шариат) неразрывно слито с религиозной догмой. Христианство никогда не стремилось создать «христианское право», руководствуясь максимой: «Богу – Богово, а кесарю – кесарево». Поэтому разработка светских правовых кодексов никоим образом не задевала христианской религии. Каноническое право регулирует исключительно вопросы внутрицерковной жизни. Кроме того, оно не является системой, основанной на откровении, но продуктом человеческих установлений. В исламе же существование светского права, независимого от норм шариата, невозможно.

По мнению Р. Давида, в странах *Дальнего Востока* и *Черной Африки* отбрасывается сама идея права и считается, что регламента-

ция социальных отношений должна происходить иным способом. В странах Дальнего Востока, прежде всего в Китае и Японии, добропорядочный гражданин должен исключать любые правовые притязания и всякое обращение к правосудию, руководствуясь стремлением к гуманности, справедливости, гармонии и миру. Человек не должен настаивать на своих правах, это недостойное поведение. Законы и судебные процедуры являются нормальным средством обеспечения социального порядка и разрешения спорных вопросов для варваров. «Конечно, могут существовать законы как средство утешения или как какая-то модель. Но они создаются не для того, чтобы применяться, и к тем, кто хочет строить свою жизнь, руководствуясь ими и игнорируя приличия и правила хорошего поведения, не испытывают ничего, кроме презрения»²².

Хотя в этих странах созданы правовые кодексы, отвечающие европейской модели, суды здесь разработали оригинальную технику уклонения от применения этих кодексов, склоняя стороны к полюбовному соглашению. На первом плане в общественных отношениях стоит идея консенсуса, дух умеренности, техника посредничества, а несогласия, конфликты должны не разрешаться на основе принуждения и применения каких-либо санкций, а как бы «растворяться».

Различные правовые системы отличаются по такому основанию, как соотношение закона, обычая, судебной практики, доктрины в качестве источника права. Римский юрист середины II в. Гай указывал следующие составные части римского права: *законы, плебисциты, сенатусконсульты, конституции принцепсов, эдикты, ответы юристов*²³. Таким образом, римское право классического периода включало в себя разные уровни и типы легитимации. Только в эпоху поздней античности (IV - VI вв.) значение ведущего источника права и систем его кодификации приобрело императорское законотворчество. В то же время сама императорская власть отнюдь не выступала за рамки рационального обоснования права. Юлиан Отступник солидаризируется с Платоном, утверждая, что «законом является разумное основание без страсти, и ему одному следует верить правление, из людей же – никому. Ибо в них разумное основание, какими бы прекрасными они ни были, переплетается с желанием и страстью, страшнейшими зверьми»²⁴.

Как подчеркивает Р. Давид, изучение римского права в средневековых университетах Европы имело прежде всего то значение, что

вместо согласительных процедур и поисков компромиссов, как и вместо апелляции к сверхъестественному архетипу, «была возрождена концепция, видевшая в праве основу гражданского порядка»²⁵. Университеты учили тому, как нужно понимать право, какова его структура и универсалии, а не имплантировать в действующее обычное право то или иное решение или норму из римских источников.

В романо-германских странах с XIX в. и по настоящее время основным способом установления справедливого решения считается обращение к закону, т.е. к конституции и кодексам. В связи с этим возникает проблема толкования закона. Нигде и никогда практика судопроизводства не обеспечивалась универсальным методом толкования, общеобязательным формализованным сводом методик и процедур юридической герменевтики. В свою очередь, и законодатели не устанавливали правил истолкования, предоставляя судам полномочия на свободный поиск в рамках закона и самостоятельные ценностные суждения. Таким образом, нормы писаного права становятся не столько императивными требованиями, сколько более или менее строго очерченными рамками, «как бы скелетом» (Р. Давид) юридических конструкций. Правовая норма в романо-германском праве должна иметь доктринальное или законодательное происхождение, поэтому правило прецедента применяется лишь в порядке исключения из общего принципа. Судья не превращается в законодателя, но приобретает известную независимость по отношению к закону, основанием чего являются не только пробелы в законодательстве, но, прежде всего, несовпадение закона и права. Некоторые судьи «признаются, что они вначале находят справедливое решение, а затем ищут его обоснование в праве»²⁶.

Процедура судопроизводства, освященная вековыми традициями, сформировала и соответствующий стиль правового мышления. Норма континентального права выступает как общая директива о том, что следует считать справедливым. Норма английского права неотделима от обстоятельств и фактов конкретного дела и не воплощается в законодательной формуле. «Правовые системы романо-германской правовой семьи образуют стройный ансамбль, «замкнутые системы», где любой вопрос может и должен быть разрешен, по крайней мере теоретически, путем «толкования» действующей нормы права. Английское право – «система открытая»: оно выступает как метод, который позволяет разрешить любой вопрос, но не со-