

**Э. АДАМСОН ХОБЕЛЬ О ПОНИМАНИИ ПРАВА
В АМЕРИКАНСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ 19-20 ВЕКОВ**

Дробышевский Д.С.

**Научный руководитель – профессор Дробышевский С.А.
Сибирский федеральный университет**

Правовая модернизация в государстве должна опираться на существующие в обществе представления о праве. А в обществе присутствуют как верные, так и неверные представления о праве. Для успешного проведения правовой модернизации необходимо учитывать именно верные представления о праве. Их важно отличить от неверных.

Если суверен в государстве не умеет делать это, он рискует провести модернизацию в соответствии с теми представлениями о праве, которые имеют люди, в лучшем случае, недалёкие, в худшем – имеющие замыслы на совершение особо тяжких преступлений.

Поэтому для суверена очень важно выработать чёткие критерии разграничения верных и неверных представлений о праве. Одним из таких критериев является взгляд на роль права в обществе.

В современной российской юриспруденции имеет место теория, согласно которой право есть черта лишь некоторых социальных организмов и только на определённом этапе их исторического развития. Это значит, что в истории человечества были периоды, когда права не было и, возможно, будут периоды, когда права не будет. Получается, что право не является обязательным элементом социального организма. Подобное отношение к праву порождает соблазн использовать его лишь для удовлетворения кратковременных, а не долговременных интересов людей в обществе. При этом апологеты данной теории (а это такие учёные, как А.Б. Протасов, А.И. Першиц, М.И. Мизулин, Н.Ю. Тетерятников) имеют сторонников в западной юриспруденции (к числу последних можно отнести Салмонда). Но нельзя забывать, что подобное понимание права на Западе ещё в середине 20 века подверглось обоснованной критике. Критикующие данную теорию учёные (а это, прежде всего, американские антропологи и юристы Э. Адамсон Хобель, Р.Х. Лоуи, М. Глукмэн, Л.Д. Поспишил, А.Н. Вачуку, К. Ллевеллин) выдвигают очень веские аргументы в пользу того, что право имманентно всякому социальному организму на всех ступенях его развития, является неотъемлемым аспектом любой человеческой культуры. В данной статье вниманию читателей предлагается понимание права, сформулированное одним из вышеназванных представителей американской науки – Э. Адамсоном Хобелем.

Известный американский антрополог середины 20 века Э. Адамсон Хобель не понаслышке знал о жизни тех народов, за которыми цивилизация закрепила не вполне корректное название «примитивных». В частности, в 1935–1936 гг. в штате Монтана (США) им были проведены исследования правовых обычаев Северных Чейеннов.¹ Таким образом, Хобель явно не относится к тем учёным, которые работают лишь с чистой информацией, не собирая её непосредственно на местах. Н. Рулан приводит интересный случай: «Когда у Дж. Фрейзера спросили, видел ли он когда-либо хотя бы одного из дикарей, которым он посвятил всё своё творчество, тот ответил: «Упаси меня Бог!»² При этом автор приводит следующее обоснование подобного положения дел: «Антропологи считали, что работа сознательных и компетентных наблюдателей, кото-

¹ Hoebel, E. A. The law of Primitive Man. Cambridge, Mass. Harvard University Press. – 1954. – P. 3.

² Рулан, Н. Юридическая антропология: учебник для вузов / Отв. ред. В.С. Нерсесянц. – М.: Изд-во «Норма». – 2000. – С. 43 – 51.

рыми они располагали в различных частях света, могла экономить им время, поскольку масштаб поставленной задачи требовал, чтобы они не теряли времени даже на редактирование монографий».¹ Всё это так, но существование между фактами и исследователем посредника, пусть даже сознательного и компетентного, приводит к искажению фактов. Как следствие, страдает объективность исследования и создаются не вполне соответствующие реальности теоретические конструкции. Хобель в этом отношении был более знаком с действительностью, хотя и использовал в своих исследованиях большое количество материала, добытого другими исследователями.

В своём фундаментальном научном труде «Право первобытного человека» (используемые в данной статье цитаты из этого труда даны в переводе автора данной статьи) Хобель писал о праве как об аспекте культуры. Он отмечал: «Каждый народ имеет свою систему социального регулирования. И все народы, за исключением немногих, самых убогих из них, имеют в качестве части регулирующей их системы совокупность поведенческих манер и формально установленных механизмов, к которым мы можем относиться как к праву».² Кроме того, «антропологически рассматриваемое право есть только один аспект нашей культуры – аспект, который служит принуждением организованного общества, чтобы регулировать индивидуальное и групповое поведение и предупреждать, возмещать или наказывать отступления от предписанных социальных норм».³ Хобель указывал, что право в своём развитии зависит от особенностей культуры конкретного общества на определённом этапе. В зависимости от этого он выделял три вида права: «Когда эта сфера, о которой мы говорим как о праве, находится в культуре ещё не имеющего письменности народа, мы называем её примитивным правом. Когда она находится внутри культур древних обществ, которые в их время только недавно вошли в преддверие цивилизации, мы называем её архаичным правом. А когда мы находим её в структуре развитых цивилизаций, мы называем её современным правом».⁴

Здесь уместно вспомнить о том, что воодушевляет сторонников отсутствия права на первобытном этапе исторического развития. Это отсутствие в первобытных обществах привычных для нас источников права и процедур правотворчества: письменных нормативных актов, судебных заседаний с использованием мантий и т. д. Но это не означает, что права там нет. Оно есть, пусть и в несколько непривычных для нас формах.

Одной из таких форм является устный нормативный правовой акт. Данный акт формулируется сувереном независимого политического общества. Как свидетельствует Хобель, однажды единоличный лидер-суверен одной из эскимосских локальных групп охотников-собирателей, кочевавших на полуострове Лабрадор в Канаде, сформулировал следующее правило: всем членам группы в течение одного приёма пищи нельзя употреблять мясо северного оленя и тюленя. За нарушение этой нормы законодательства полагалось изгнание из группы, что в тех условиях было равносильно смертной казни. Причём санкция данной нормы бала реализована на практике. Так была наказана нарушившая данную норму эскимосская девушка. Когда она уснула, остальные члены локальной группы перекочевали в другое место, не сообщив правонарушительнице о направлении своего движения. В результате она погибла, не имея возможности выжить в одиночку в ледяной пустыне.⁵

¹ Там же.

² Хобель. Указ. соч. – С.4.

³ Там же.

⁴ Там же. – С.5.

⁵ Там же. – С. 73 – 74.

Другая форма выражения первобытного права – правовой обычай. Как свидетельствует М. Брухнов, в сложном вожестве зулусов (Южная Африка) имелся обычай, согласно которому воин, убивший врага, обязан был по возвращении из военного похода совершить искупительный поступок (сула изембе). Верховный вождь санкционировал данный обычай следующим образом. Периодически устраивая смотры своего войска, он обязывал лица, убивших врагов в походах, следовать указанному обычаю и предупреждал, что накажет всякого, кто это предписание не выполнит. После этого он назначал специальных людей, определяющих круг воинов, которым требовалось совершить сула изембе. Назначенные вождём лица докладывали ему о том, были ли совершены искупительные поступки конкретными воинами. И вождь с помощью других лиц из своего аппарата принудительно приводил в жизнь ранее установленные санкции в отношении отступивших от обычая воинов.¹

Следующий способ выражения первобытного права – нормативный договор. Примером может служить правовая практика австралийских аборигенов.² На территориях, занимаемых нецивилизованными независимыми политическими обществами австралийских аборигенов, периодически случались сезоны нехватки пищи, но в те же периоды на землях других общин, часто соседних со страдающими от голода, иногда наблюдался избыток пищевых ресурсов. В подобных условиях сложилась следующая практика. Суверен страдавшей общины заключал устный договор с сувереном независимого политического общества, где имелся избыток продовольствия. Согласно этому соглашению, в специальных нормах определялись время и порядок использования пищевых ресурсов, а также иная деятельность гостей на территории хозяев. Скажем, первым подчас запрещалось посещать священные места вторых. Обычно в подобном договоре фиксировалось и предварительное согласие нынешних гостей принять на своей территории группу хозяев в сезон, когда у неё также будут трудности с обеспечением пищи. Если нормы такого соглашения не выполнялись гостями, хозяева территории обычно разрывали договор. Суверен хозяев тогда предпринимал разного рода действия по недопущению пришельцев на свою территорию, в частности, к источникам воды.³ Следовательно, подобные соглашения содержали и нормы международного права, которые интегрировались соответствующим сувереном в систему права того независимого политического общества, которым он руководил.

Получается, что первобытное право действительно существует. Хобель совершенно обоснованно связывал его «первобытность» с особенностями культуры социального организма, в котором оно функционирует.

Кроме того, Хобель подчёркивает общность некоторых неотъемлемых элементов для всех систем права. Чтобы найти данные элементы, он предлагает обозначить место права внутри общества и культуры как одной целостной структуры. «Мы должны иметь какую-то идею того, как общество функционирует, прежде чем мы сможем иметь полное понимание того, что есть право и как оно функционирует»⁴. Эрлих как-то сказал по поводу этого, что «юридический акт никогда не бывает индивидуальной, изолированной вещью, это часть превалирующего социального порядка»⁵. Поэтому право никогда не может оторваться от реальной социальной практики. Холмс выразил это следующей фразой: «Жизнь права не была логикой, она была опытом»⁶.

¹ Брухнов, М. Чака. – Молодая гвардия. – 1974. – С. 71 – 72.

² Брендт, Р.М., Брендт К.Х. Мир первых австралийцев. – М.: Наука. – 1981. – С. 132.

³ Там же.

⁴ Хобель. Указ. соч. – С. 5.

⁵ Erlich Eugen. Fundamental Principles of the Sociology of Law. – Cambridge. – 1936. – P. 397.

⁶ Holmes, O.W. Jr. The Common Law. – Boston. – 1881. – P. 1.

В ходе развития прав решающую роль играет так называемый императив отбора. Правовой отбор происходит в соответствии с правовыми постулатами, которые представляют собой «обобщённые формулировки действующих в настоящее время тенденций, предположений на которых основана конкретная цивилизация... Они являются идеалами, предполагаемыми всем социальным комплексом, которые могут использоваться таким образом, чтобы приводить право в согласованность с ними так, что оно будет способствовать улучшению, а не препятствовать этому комплексу и не притеснять его».

Суть влияния отбора на право постулатная теория объясняет следующим образом:

- 1) каждая социальная группа представляет собой ограниченный набор качеств из суммы человеческого потенциала, индивидуального и коллективного;
- 2) подбор делается в соответствии с господствующими в группе постулатами;
- 3) каждая группа есть пример законченной и согласованной системы взаимоотношений.

Отсюда следует, что «качество общества будет меняться вместе с качеством его ценностей, вместе с их способностью соответствовать общественным нуждам и обстоятельствам и вместе с последовательностью и основательностью, с которыми они вырабатываются».

Вырабатывая своё понимание права, Хобель, как и полагается мудрому учёному, анализирует понимание права другими специалистами. Эти точки зрения весьма интересны.

Так, Е. Сидней Гартленд писал, что «первобытное право есть, поистине, всё количество обычаев племени»¹. Хобель вполне справедливо критикует данный подход за отсутствие внятного критерия отбора из всей массы обычаев племени таких, которые составили бы предмет именно права².

Исследователь Восточно-Африканского права Дж.Г. Драйберг утверждает, что «право включает в себя все те правила поведения, которые регулируют поведение отдельных лиц и общин»³. Это слияние права и обычая снова лишает нас возможности чётко определить понятие права.

Развивая своё понимание права, Хобель утверждает, что оно не есть приказ суверена подданным, а также не является законодательным актом исключительной силы. В качестве отправной точки своих рассуждений он приводит слова Кардозо, сказавшего, что право является «принципом или правилом поведения, установленным, чтобы обосновывать прогноз с разумной уверенностью так, чтобы оно было принудительно применяемо судами, если его авторитет оспаривается»⁴. Холмс в 1897 году выразил это так: «Пророчества того, что суды будут делать в действительности, и ничего более вычурного я именую правом». Если вернуться к формулировке Кардозо, то здесь Хобель усматривает четыре существенных компонента права:

- 1) нормативный элемент;
- 2) регулярность;
- 3) суды;
- 4) принуждение.

Это перекликается со словами Салмонда, который писал, что право состоит из «правил, в соответствии с которыми правосудие отправляется судебными учреждениями».

¹ Hartland, E.S. Primitive Law. - London. - 1924. - P. 5.

² Хобель. Указ. соч. - С. 20 - 21.

³ Driberg, J. H. Primitive Law in East Africa. - Africa. - 1:65. - 1928.

⁴ Cardozo, B.N. The Growth of the Law. - New Haven. - 1924. - P. 52.

ми государства», и, более конкретно, из «принципов, принудительно обеспеченных государством, посредством судебных органов, физической силой при судебном преследовании» вне зависимости от того, «удалось ли его добиться или нет».

А.Р. Радклифф-Браун понимал право как «поддержку или основание общественного порядка в территориальных пределах посредством осуществления властью принуждения через применение или возможность применения физической силы»¹.

Ричард Тхурнвальд подчёркивает важность силы права в таких выражениях: «Требование организованной силы порождает правовой порядок против узанции и обычая... признанная сила возвышает обычай до права»². При этом существенным условием легальности принуждения Хобель называет общее социальное принятие применения физической силы под угрозой или на самом деле привилегированной группой по причине законности основания, законным способом и в законный срок.

Проанализировав названные точки зрения различных учёных на право, Хобель делает о нём следующий вывод: «Социальная норма является правовой, если её невыполнение или нарушение регулярно встречаются под угрозой или на самом деле в виде применения физической силы отдельным лицом или группой, обладающей социально признанной привилегией такой деятельности»³.

Как видим, Хобель всё же приходит к тому, что право есть приказ суверена подданным.

¹ Radcliffe-Brown, A.R. Preface in African Political Systems. - ed. M. Fortes and E.E. Evans-Prichard. – Oxford. – 1949. – P. 14.

² Thurnwald Richard. В Die menschliche Gesellschaft.

³ Хобель. Указ. соч. – С. 21.