

СТАНОВЛЕНИЕ ПРАВА

© 2011 г. Борис Соломонович Шалютин¹

Краткая аннотация: автор описывает становление права как условия и фактора перехода от замкнутых досоциальных групп, находившихся в состоянии войны всех против всех, к базирующимся на экзогамии дуально-родовым социальным альянсам. Юридическая регуляция исходно включает начала суда, нормативности, договора, а также принуждения, реализуемого через институт взаимного заложничества, исходно формирующийся на основе экзогамного брака.

Annotation: the author describes the origin of law as a condition and a factor of transition from closed presocial groups, which stayed in a condition of war of everybody against everybody, to double-clan social alliances based on exogamy. Legal regulation initially includes the principles of court, normativity, contract, and also compulsion which is carried out through the institute of mutual hostage, initially formed on basis of exogamy marriage.

Ключевые слова: право, закон, правогенез, социогенез, заложничество.

Key words: law, origin of law, origin of society, hostage.

“Инвентаризация” подходов

В силу многообразия подходов к проблеме правогенеза представление новой позиции требует хотя бы краткой “инвентаризации” существующих. За основание классификации возьмем время появления права в соотношении с этапами человеческой истории. Тогда возможны три основных варианта: *ubi societas, ibi jus est* (где общество, там право, т.е. право возникает вместе с обществом); *ubi civitas, ibi jus est* (где государство, там и право, т.е. право возникает вместе с государством); право возникает позже, чем общество, но раньше, чем государство².

Вариант “где общество, там право” весьма распространен³. Схема его обоснования, если опустить нюансы, базируется на двух посылах: а) право – один из нормативных способов социальной регуляции, специфичный тем, что его нормы принудительны; б) общество невозможно без нормативно-принудительной регуляции. Утверждение о том, что именно принуждение специфицирует правовую норму, привычно, особенно

отечественному читателю, однако именно оно прежде всего вызывает сомнение.

Мать запрещает двухлетнему ребенку трогать розетку и поддерживает вербально сформулированную норму физическим принуждением. Странно было бы назвать эту норму правовой. Еще пример: табу, которое принудительно, но опирается на “чувство... ужаса перед неведомой опасностью, которую навлекают некоторые действия людей на коллектив”⁴, т.е. на иррациональные основания. Вряд ли можно усомниться, что иррациональные нормы являются неюридическими⁵. Подобные примеры показывают, что даже если общество невозможно без принудительных норм, это не значит, что оно невозможно без права⁶.

Сторонники этатистской позиции возникновения права вместе с государством⁷ обычно не утруждают себя доводами, и даже в серьезных исследованиях она часто формулируется как постулат⁸. Как правило, и оппоненты, опуская логические основания критикуемой позиции, лишь указывают на примеры догосударственной регуля-

¹ Профессор кафедры теории и истории государства и права Курганского государственного университета, доктор философских наук, профессор (E-mail: shalutin@kgsu.ru; shalutinbs@mail.ru; тел.: (3522) 433220).

² Формально возможны еще два варианта времени возникновения права: раньше общества и позже государства. Первый абсурден, второй в принципе допустим, но сегодня значимого места в дискуссиях о правогенезе не занимает, поэтому здесь не рассматривается.

³ См., например: Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 17; Пэнто Р., Гравитц М. Методы социальных наук. М., 1972. С. 53, 54; Мачин И.Ф. К вопросу о происхождении права // Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. М., 2001. С. 329; Emerson R.W. Business Law. N.-Y., 2003. P. 3. и др.

⁴ Семенов Ю.И. Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право // Этнографическое обозрение. 1997. № 4. С. 8.

⁵ См.: Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003. С. 85, 86.

⁶ Несостоятельность доказательства не означает ложности тезиса, в пользу которого далее приводятся иные аргументы.

⁷ Как отмечает И.Ф. Мачин, данная позиция излагается в большинстве отечественных учебников по теории государства и права (Мачин И.Ф. Указ. соч. С. 327).

⁸ См.: Лейст О. Сущность права. М., 2008. С. 25; Алексеев С.С. Право. М., 1999. С. 39; Байтин М.И. Сущность права. М., 2005. С. 59 и др.

ции, носящей, по их мнению, правовой характер⁹, или на неприемлемые, с их точки зрения, следствия этатизма. Н. Рулан, например, показывает, что наделение государства “исключительным правом на право” есть выражение европейского этноцентризма и по сути близко к расизму¹⁰. В.С. Нерсесянц отмечал, что в этой методологии произвол государства признается правом¹¹, что эта концепция легко подгоняется под потребности любой доктрины и практики¹², что властным приказом решаются научные задачи отличия права от неправовых явлений¹³ и т.д. Возможно, критикам просто неловко полемизировать с аргументами XVII в., ибо с тех пор ничего существенного в этом плане не добавлено. Но распространенность представления о синхронном возникновении права и государства заставляет все же вспомнить эти доводы, ясно изложенные Гоббсом.

Гоббс писал, что исполнение законов может обеспечиваться только силой¹⁴, что для обеспечения справедливости и соблюдения соглашений “должна быть какая-нибудь принудительная власть, которая угрозой наказания... принуждала бы всех... к выполнению соглашений... Такая власть может появиться лишь с основанием государства”¹⁵, единственно способного гарантировать соблюдение ограничений, которые “противоречат естественным страстям”¹⁶. В свете общеизвестного сегодня, но неизвестного во времена Гоббса факта существования социального принуждения задолго до государства его аргументация теряет силу.

Возникновение права – между становлением общества и формированием государства, утверждают Г. Кельзен, Г. Берман, Р. Давид, Н. Рулан, А.В. Поляков, Т.В. Кашанина и др. Но никакого единства в вопросах о том, с чем именно было связано возникновение права и каковы его первые проявления, не существует. Абстрактное теоретизирование здесь бесполезно. Единственный путь, как удачно формулирует В.М. Сырых, – “обстоятельный анализ истории регулирования отноше-

ний”, в том числе “в условиях родового строя”¹⁷. Попробуем этот путь совершить.

Доправовой мир: парохиальный альтруизм

В природе при объединении особей в целостные группы всегда существует фундаментальная оппозиция “свой – чужой (враг)”. Всякая угроза извне включает механизм, мобилизующий группу на отпор врагу. Такова, например, уже природа иммунитета или муравьиных войн. У шимпанзе, чье поведение нам особенно интересно в силу их близости к человеку, “агрессия является основной формой взаимодействия между сообществами”¹⁸. Несколько самцов из одной группы нападают на одинокого самца из другой с вероятностью 100%¹⁹. Шимпанзе практикуют патрулирование границ, рейды на сопредельную территорию для убийства чужих самцов. Имеют место и битвы “группа на группу”²⁰, в результате чего группопобедительница расширяет контролируемую территорию, а побежденная группа иногда вообще исчезает²¹.

Говоря о людях, наука после Гоббса поправляет его картину “войны всех против всех” лишь в раз-
мере базовых групп: это были не малые семьи, а общности в несколько десятков человек²², далее

¹⁷ Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементный состав. М., 2004. С. 272.

¹⁸ Crofoot M., Wrangham R. Intergroup Aggression in Primates and Humans. The Case for a Unified Theory // Mind the gap. Tracing the Origins of Human Universals. Springer, Heidelberg, Dordrecht, L., N.-Y., 2010. P. 184.

¹⁹ См.: Williams J.M., Oehlert G.W., Carlis J. V., Pusey A.E. Why do male chimpanzees defend a group range? Animal Behaviour. 2004. V. 68. P. 523–532.

²⁰ См.: Перишц А.И., Семенов Ю.И., Шнирельман В.А. Война и мир в ранней истории человечества. В 2-х т. Т. 1; Шнирельман В.А. У истоков войны и мира. М., 1994. С. 66; Boesch C., Crockford C., Herbinger I., Wittig R., Moebius Y., Normand E. Intergroup conflicts among chimpanzees in Ta'i National Park: lethal violence and the female perspective // American. Journal of Primatology. 2008. V. 70. P. 519–532; Wilson M.L., Wrangham R.W. Intergroup relations in chimpanzees // Annual Review of Anthropology. 2003. V. 32. P. 363–392; Watts D.P., Muller M.N., Amsler S.J., Mbabazi G., Mitani J.C. Lethal intergroup aggression by chimpanzees in Kibale National Park. Uganda // American. Journal of Primatology. 2008. V. 68. P. 161–180 и др.

²¹ См.: Crofoot M., Wrangham R. Intergroup Aggression in Primates and Humans. The Case for a Unified Theory // Mind the gap. Tracing the Origins of Human Universals. Springer, Heidelberg, Dordrecht, L., N.-Y., 2010. P. 185.

²² См., например: Бутовская М.Л. Мы и они: эволюция социальности в отряде приматов и проблема происхождения человеческого общества // OPUS. Междисциплинарные исследования в археологии. Вып. 1, 2. М., 2002.

⁹ Такими примерами наполнены работы по юридической антропологии и юридическому плюрализму (см., например: Рулан Н. Юридическая антропология. М., 2000; Ковлер А.И. Антропология права. М., 2002; Reisman W.M. Law in Brief Encounters. Yale University Press, 1999 и др.

¹⁰ См.: Рулан Н. Указ. соч. С. 20–22.

¹¹ См.: Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2005. С. 455.

¹² См.: там же. С. 303.

¹³ См.: там же. С. 466.

¹⁴ См.: Гоббс Т. Левиафан // Гоббс Т. Соч.: В 2-х т. Т. 2. М., 1991. С. 141.

¹⁵ Там же. С. 110.

¹⁶ Там же. С. 129.

называемые родами²³. Эту войну демонстрируют сохранившиеся сегодня архаические культуры. Этнографы XIX–XX вв. фиксируют у австралийских аборигенов “внезапные нападения на вражескую стоянку.., целью которых было полное истребление врага”²⁴. Так называемую охоту за головами, по сей день практикуют папуасы этноса асма (Новая Гвинея). “Согласно местному обычаю инициация... мальчика в деревне требует в качестве необходимого условия приобретения очередного трофея – головы кого-либо из мужчин другой общины... Еще сравнительно недавно охота за головами практиковалась и другими этносами Новой Гвинеи.., а также жителями островов Микронезии и Меланезии в юго-западном секторе Тихого океана”²⁵. В древности эта жуткая картина была типичной. Исследования последних лет показывают, что среди охотников-собираателей война была очень частой причиной смерти. “Доля смертей от межгрупповых конфликтов в общем уровне смертности, возможно, превышала аналогичную долю среди европейцев в агрессивном 20-м столетии”²⁶, по подсчетам С. Боулса она могла составлять до 30%²⁷.

Если у животных межгрупповая вражда опирается на естественные законы, у людей они дополняются особым культурным механизмом идентификации своих и чужих – так называемым псевдовидообразованием²⁸. «В очень многих языках “аборигенов” собственное племя обозначается попросту словом “человек”. Тем самым лишение жизни члена соседнего племени не рассматривается как настоящее убийство!»²⁹ В древних обществах “враги – не люди, а животные”³⁰. «Отсутствие каких-либо моральных и этических обязательств перед “чужаками”... и вытекающее

отсюда наивно-жестокое, инфантильное пренебрежение ценностью человеческой жизни – вот те черты, которые оказываются общими для всех тех анархических обществ Африки, Южной Америки и Океании, которые прошли перед нашими глазами»³¹.

Известно, что “война усиливает внутреннюю сплоченность общества”³². Недавно генетики показали, как эта зависимость работает в качестве эволюционного фактора, приводя к слиянию группы индивидов в сверхорганизм, основанный на альтруистической кооперации³³. Описано развитие обусловленного войнами между группами так называемого парохияльного альтруизма, т.е. комплекса, с одной стороны, парохиялизма (враждебности к чужим), с другой – альтруизма по отношению к своим³⁴. При этом если, например, у пчел или муравьев альтруизм реализуется биохимически, то у людей его механизмом выступает сопереживание, способность к которому у человека развита гораздо более, чем у кого-либо³⁵. Оказывается, “доброта, альтруизм, взаимопомощь изначально были неразрывно связаны... со склонностью к межгрупповым конфликтам, войнам, с враждебностью ко всем, кто не с нами”³⁶.

Внутри группы формируется мощнейшее *мы* и превращает группу в своего рода суперорганизм, скрепленный пронизывающими всех индивидов общими эмоциональными состояниями. Показателен вывод Ф. Маерса: “Концепция эмоций у пинтупи”³⁷ представляет самосознание отдельного человека как признающее сущностную идентичность с другими в такой степени, как

²³ Использование термина “*род*” в данном случае не бесспорно, но антропологическая терминологическая дискуссия здесь не уместна. Данное словупотребление не препятствует изложению основной концепции статьи.

²⁴ *Периц А.И., Семенов Ю.И., Шнирельман В.А.* Указ. соч.; *Шнирельман В.А.* У истоков войны и мира. М., 1994. С. 81.

²⁵ *Панов Е.Н.* Эволюция социальной организации. Экология и жизнь. Т. 5. Вып. 78. М., 2008. С. 243, 244.

²⁶ *Choi J.-K., Bowles S.* The Coevolution of Parochial Altruism and War // *Science*. 2007. V. 318. № 5850. P. 636.

²⁷ Данные приведены по тексту расширенной версии доклада А.В. Маркова “Эволюция кооперации и альтруизма: от бактерий до человека” на IV Международной конференции “Биология: от молекулы до биосферы” 15 декабря 2009 г. // <http://evolbiol.ru/altruism.htm>

²⁸ Термин Э. Эриксона.

²⁹ *Лоренц К.* Обратная сторона зеркала. М., 1998. С. 38.

³⁰ *Бутовская М.* Эволюционные основы агрессии и примитива у человека // <http://www.polit.ru/lectures/2009/02/12/butov.html>

³¹ *Панов Е.Н.* Указ. соч. С. 244.

³² *Рулан Н.* Юридическая антропология. М., 2000. С. 157.

³³ См.: *H. Kern Reeve, Bert Hölldobler.* The emergence of a superorganism through intergroup competition // *Proceedings of the National Academy of Sciences of the USA*. June 5. 2007. V. 104. № 23.

³⁴ См.: *Choi J.-K., Bowles S.* The Coevolution of Parochial Altruism and War // *Science*. 2007. V. 318. № 5850. P. 636–640.

³⁵ Эмпирически это подтверждается, например, экспериментально установленным значительным превосходством ребенка в так называемом социальном интеллекте (базирующегося на сопереживании – способности понимать другого, предвидеть его действия и т.п.) над шимпанзе и орангутаном уже на том этапе, когда в решении “физических” задач обезьяны детям не уступают (см.: *Herrmann E., Call J., Hernández-Lloreda M.V., Hare B., Tomasello M.* Humans Have Evolved Specialized Skills of Social Cognition: The Cultural Intelligence Hypothesis // *Science*. 2007. V. 317. P. 360–366).

³⁶ *Марков А.В.* Происхождение и эволюция человека // http://www.evolbiol.ru/markov_anthropogenes.htm.

³⁷ Одна из культур австралийских аборигенов.

будто другие составляют часть его самого”³⁸. Посягательство на сородича извне ощущается членом рода как посягательство на него самого. “Когда требовалось отдать жизнь за честь клана, тлинкит³⁹ без колебания шел вперед, не зная страха, безоружный, готовый принять смерть от ожидающих его копий или ружей”⁴⁰.

Итак, в доправовом человеческом мире сложились два противоположных типа отношений: война, страх и ненависть – между родами; братство, альтруистическое сопереживательное единение – на внутри рода.

Замирение. Первое общество

Сегодня распространен взгляд о возникновении права в сфере межродовых отношений⁴¹. Однако он развивается в контексте европейского средневековья, когда человечество давно прошло начальную “правовую школу”, и социальная ткань сохранила укоренившиеся в ней предпосылки и простейшие элементы права. Нас же интересует первичное правообразование, происходившее несопоставимо раньше и сложнее, но, как мы попытаемся показать, тоже в межродовом пространстве.

Внутри рода право возникнуть не могло, так называемая процедура разрешения конфликтов должна была восстанавливать нарушенное эмоциональное единство и, следовательно, представлять собой не юридическое рассмотрение, способное ослабить род⁴², а “полюбовное примирение”⁴³. Гипотеза же межродового возникновения права прежде ставит вопрос: почему и как “абсолютно враждебные группы”⁴⁴ могли перейти к взаимному поведению на основе хотя бы ка-

ких-то общих правил. Сделать шаг к его решению нам позволит обращение к другой, очень крупной проблеме – проблеме границы между природой и обществом.

В марксизме, например, единой позиции относительно этой границы нет⁴⁵. Наиболее распространен взгляд Ю. Семенова, в котором, видимо, верно лишь то, что не ново⁴⁶: общество начинается с экзогамии (Леви-Строс), а также то, что первая базирующаяся на экзогамии общность состояла из двух родов (Тайлор). В мире же именно концепция К. Леви-Строса (1949) если не общепринята, то общеизвестна, и именно с ней в первую очередь соотносятся все серьезные исследования в этой области.

“Запрет инцеста”⁴⁷ – это то, где природа превосходит себя”⁴⁸. “Мы знаем, какая функция выполнялась запретом на инцест в примитивных обществах. Вытаскивая... дочерей и сестер из единокровной группы и предписывая им замужество с членами другой, он создавал узы альянса между этими природными группами, первого союза, который можно назвать социальным. Запрет на инцест, таким образом, есть базис человеческого общества, в смысле он *есть* это общество”⁴⁹. Эндогамная группа воспроизводится на чисто природных основаниях, требующих двух разных лиц противоположного пола, и ее связывает биологическое родство. Рождение человека в условиях экзогамии подразумевает столь же необходимую связь двух групп. Эта связь носит уже социальный характер. Происходит “замена системы кровного родства биологического происхождения социальной системой отношений свойства”⁵⁰.

Если возникновение общества связано с экзогамным преодолением замкнутости малых групп, то вопрос о переходе от абсолютной межгрупповой вражды к неким правилам трансформируется в вопрос о возникновении экзогамии. Логика такой трансформации подкрепляется тем, что, как

³⁸ Myers F.R. Emotions and the Self: A Theory of Personhood and Political Order among the Pintupi Aborigines // *Ethos*. 1979. V. 7. P. 365.

³⁹ Тлинкиты – индейцы, проживающие на юго-востоке Аляски и в прилегающих частях Канады.

⁴⁰ Emmons G. The Tlingit Indians. Seattle & L. – N. Y., 1993. P. 329.

⁴¹ См., например: Берман Г. Западная традиция права. М., 1994; Аннерс Э. История европейского права. М., 1994.

⁴² Наиболее очевидно это применительно к экстремальному случаю: “Когда один член рода убивал другого..., роду, безусловно, наносился ущерб. Но убить убийцу означало нанести роду еще один такой же ущерб” (см.: Семенов Ю.И. Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право // *Этнографическое обозрение*. 1997. № 4. С. 10).

⁴³ Выражение, использованное в близком контексте Р. Давидом (Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 2003. С. 379).

⁴⁴ Выражение П. Сорокина (Сорокин П.А. Человек. Цивилизация. Общество. М., 1992. С. 150).

⁴⁵ К счастью, основоположники прямо не высказались по этому поводу, а то бы мы, конечно, “точно знали”.

⁴⁶ Развернутую критику этой концепции см., например: Шалютин Б.С. Экзогамия: тайна происхождения и роль в конституировании человека // Саливоника. Курган, 2009. С. 135–146.

⁴⁷ Именно этот запрет является основным культурным механизмом поддержания экзогамии.

⁴⁸ Levi-Strauss C. The elementary structures of kinship. Boston, 1969. P. 25.

⁴⁹ Levi-Strauss C. Structural Anthropology. V 2. Chicago, 1983. P. 19.

⁵⁰ Леви-Строс К. Структурная антропология. М., 2001. С. 63.

известно, именно экзогамное взаимопроникновение выступает основой мирных межгрупповых отношений⁵¹, без которых, разумеется, установление каких-либо норм невозможно.

В делящейся с XIX в. дискуссии о происхождении экзогамии и рассматривающегося в неразрывной связи с ней инцестуального табу стороны преуспели лишь в сокрушительной критике позиций оппонентов. Между тем сравнительно недавно было сделано удивительное открытие, дающее ключ к решению этой загадки. Феномен экзогамии был обнаружен у обезьян⁵²! Кажется, это открытие полностью разрушает концепцию Леви-Строса. Некоторые серьезные антропологи уже поторопились (и напрасно) назвать ее заблуждением, отмечая, что “экзогамия в этом случае никоим образом не связана с установлением межгрупповых альянсов”⁵³.

Если исходить из того, что экзогамия с момента появления существовала в дальнейшей прогрессивной эволюции *непрерывно*, то возникновение межгрупповых социальных альянсов с ней не связано. Но эта непрерывность не только ниоткуда не следует, а противоречит фундаментальным свойствам того мира, который существовал между поздними животными предками людей, с одной стороны, и обществом – с другой. Удивительно, что в антропологии и социальной науке сохранился нетронутым наивный взгляд, согласно которому этот мир рассматривается как некий *переходный период*. Неотрефлексированная методология переходности очень мешает пониманию генезиса и человека, и общества, и права.

Этот постживотный мир⁵⁴ существовал несколько миллионов лет. Трактровка его как переходного некорректна не только потому, что нескромно считать миллионы лет переходом, учитывая, что общество возникло лишь около 100 тыс. лет назад (а человек современного облика – около 200). Главное в том, что способ существова-

ния, который начали формировать уже наши последние предки-обезьяны и сохранявшийся все эти миллионы лет, как мы увидим, *типологически* отличен и от животного, и от социального. В рамках постживотного мира происходила грандиозная эволюция и биологической организации индивидов⁵⁵, и культуры, и способов организации групп. Ограничимся здесь пояснением того, почему в постживотном мире должна была исчезнуть экзогамия, почему в период его кризиса она вернулась и наконец, в чем заключались те новые обстоятельства, в силу которых возродившаяся экзогамия стала фактором формирования межгрупповых союзов, а тем самым общества и права.

В животном мире базовой единицей бытия выступает биологический вид. И особи, и их группы существуют по генетически запечатленному видовому закону, заставляющему их работать на вид. Собственно говоря, вид – это и есть закон, воплощающий себя в особях и их группах. Поэтому устроенные согласно видовому закону особи и их объединения *принципиально сходны*, а различны лишь в деталях.

Становление постживотного мира означало разрыв жесткой связи между биологической организацией особей и их образом жизни, включая организацию сообществ. Постживотный мир не фиксируется генетически. Он начинается с того, что в изменяющихся природных обстоятельствах обезьяны начинают вырабатывать все больше и больше генетически не запрограммированных паттернов поведения. Уже не геном, а совокупность этих паттернов, число которых могло достичь нескольких тысяч⁵⁶, обеспечивает выживание. Значит, базовой единицей бытия оказывается не биологический вид, а постживотная группа, в предкультуре, а затем культуре⁵⁷ которой эти способы фиксируются, эволюционируют и на определенном этапе сами становятся фактором уже биологической эволюции, стимулирующим рож-

⁵¹ Emmons G. Op. cit. P. 328.

⁵² См.: Rodseth L., Wrangham R.W., Harrigan A.M., Smuts B.B. The human community as a primate society. Current Anthropology. 1991. V. 32. P. 221–241.

⁵³ Бутовская М. Тайны пола. Фрязино, 2004. С. 332.

⁵⁴ Более глубоким и правильным было бы назвать его пост-природным. Однако такое название в контексте привычной оппозиции *природа-общество* неизбежно порождает массу вопросов и потому требует объемного методологического обоснования, хотя такое обоснование опубликовано (см.: Шалютин Б.С. Формирование экзогамии: от пост-природного к социальному миру // Модернизация России: власть, общество, экономика. Курган, 2010. С. 46–59), его воспроизведение здесь увело бы слишком далеко от проблемы правогенеза.

⁵⁵ Сегодня известен не один десяток антропологических разновидностей, многие из которых существовали параллельно.

⁵⁶ Возможность этого еще 30 лет назад показалась бы фантастикой. Но с тех наука совершила революцию в представлениях о высших животных. Мы знаем, что человекообразные обезьяны могут несопоставимо больше, чем считалось ранее, вплоть до понимания и активного использования сотен и даже тысяч слов, грамматики и т.п. (см., например: Бутовская М.Л. Человек и человекообразные обезьяны: языковые способности и возможности диалога // Зоологический журнал. Т. 84. 2005. № 1. С. 149–157; Резникова Ж.И. Интеллект и язык животных и человека. Основы когнитивной этологии. М., 2005).

⁵⁷ Вопрос границы между ними здесь не существует.

дение и отбор особей, более приспособленных к усвоению и развитию культуры.

Комплекс надприродных способов поведения, составляющий закон существования каждой группы, уникален и предполагает уже упоминавшийся тип групповой самоидентификации: мы – люди, а все остальные – нелюди. Индивид без группы не человек, его групповая человеческая идентичность составляет ядро его психической организации. Соответственно, индивид всю жизнь живет в той группе, в которой родился. Женщина-человек не может вступить в брачный союз с кем-то извне, с “нелюдью”, и группа людей не может принять “нелюдь” в “свой”. Постживотный мир, таким образом, налагает запрет на экзогамные связи, которые биологически более предпочтительны, в силу чего экзогамия некогда и закрепились на животной стадии эволюции.

Как и почему начал совершаться переход от малых замкнутых человеческих групп к более крупным объединениям? Превращение некогда самостоятельных единиц в элементы более сложных – общеэволюционная закономерность: над элементарными частицами надстраиваются атомные ядра, над атомами – молекулы, над одноклеточными – многоклеточные. Но конкретные механизмы всегда специфичны. Что именно обусловило вхождение рода “кирпичиком” в более сложное образование, построенное на иных связях?

Эволюционное давление в направлении укрупнения группы было вызвано ужесточением межгрупповой военной конкуренции. Такие факторы, как развитое вооружение, тактика боя и т.п., возникли намного позже, и решающим параметром, обеспечивавшим преимущество в “войне всех против всех”, было численное превосходство. Но численность рода была ограничена, ибо связи, обеспечивавшие его целостность, не могли удержать группу большего размера. Возможность укрупнения общности открывалась только соединением родов.

Базирующаяся на соединении родов форма организации могла начать “вкрапываться” в монородовый мир лишь в условиях его жесточайшего кризиса. В период стабильности постживотного мира враждебные группы стремились по возможности избегать друг друга, что приводило к заселению все более широких пространств. Но плотность конфликтов возрастала с обострением борьбы за ресурсы, вызванным заполнением пригодных территорий, сезонными факторами и рядом других отмечаемых антропологами обстоятельств. В результате начали складываться локальные ситуации постоянных боевых столк-

новений, доводящих враждующие группы до черты, за которой они уже не способны обеспечить самосохранение и самовоспроизводство. Новый мир формировался из осколков старого.

Аналогии этому процессу есть и сегодня: “На одной и той же территории могут одновременно кочевать группы, относящиеся к разным общинам. Такие группы не связаны друг с другом сетью родственных уз, а порой члены той и другой даже говорят на существенно разных диалектах. В большинстве случаев в основе отношений между подобными группами лежит скрытый антагонизм, но если одна из них либо обе находятся в состоянии депрессии из-за своей малочисленности, группы могут объединиться и породниться”⁵⁸. Однако для понимания сути процесса нужны не аналогии, а экспликация общей логики.

Еще раз обратимся к общесистемным закономерностям. Всякий эволюционный скачок означает возникновение новых регуляционных механизмов, ограничивающих или блокирующих прежние. Поэтому если ослабевают более поздние регуляторы, прежние возрождаются. При кризисе денежного обращения возрождается натуральный обмен, при кризисе централизованной власти образуются конкурирующие центры силы⁵⁹ и т.д. У обезьян существовал механизм экзогамного перехода самок в другую группу. Развитие постживотного мира его заблокировало. Кризис монородовой организации ослабил блокировавшие экзогамию культурные механизмы, что привело к ее возрождению.

Если у обезьян экзогамия состоит лишь в том, что, став взрослыми, “большинство самок эмигрируют”⁶⁰, то у людей на ее базе возникли межгрупповые союзы. Это произошло в силу сформированного постживотной эволюцией монолитного единства группы. К тому, что о нем сказано выше, сделаем важное дополнение. Каждая замкнутая общность обладала культурным комплексом, не только уникальным, но и подчеркнуто отличным от соседей, как это всегда бывает у враждебных групп⁶¹. Соответственно, принадлежащий группе индивид был персонифицированным носителем этого комплекса и *репрезентировал* ее вовне.

⁵⁸ Панов Е.Н. Указ. соч. С. 236.

⁵⁹ Подробнее об этом см.: Шалютин Б.С. Закон, юридический закон и общественный договор // Вопросы философии. 2006. № 11. С. 27–46.

⁶⁰ Chapais B. The Deep Structure of Human Society: Primate Origins and Evolution // Mind the gap. Tracing the Origins of Human Universals. Springer, Heidelberg, Dordrecht, L., N.-Y., 2010. P. 29.

⁶¹ См.: Лоренц К. Указ. соч. С. 39.

Принятие его, следовательно, было тем самым и принятием его группы, преодолением вражды и замирением.

Однако обусловленное экзогамией межгрупповое замирение породило новую опасность. У обезьян эмигрирует большинство самок, но не все. На стадии формирования человеческой экзогамии аналогично часть женщин входила во внутrigрупповые, а часть – в межродовые брачные пары. Ранее внутриродовая конкуренция за женщин, между “своими”, носила относительно мирный характер. Ее исход, вероятно, зависел от выбора женщины. Теперь конкуренты могли принадлежать к разным родам. Серьезный конфликт представителей разных родов не мог не перерасти в межродовой. Конкуренция за женщин была постоянным фактором возникновения конфликтов, с высокой вероятностью переходивших в вооруженные. В архаических культурах этот фактор по сей день остается одной из наиболее частых причин кровавых столкновений⁶². Один из самых ярких примеров – длившаяся несколько лет война между входившими в число наиболее могущественных тлинкитских родов северным кланом кагвантан и нанъяайи Стикин-куана⁶³, что вызывает ассоциации с Троянской войной, возникшей согласно преданию по той же причине.

Итак, возрождение экзогамии привело к сексуальной конкуренции между мужчинами, принадлежащими к разным группам, постоянно порождавшей конфликты, практически неразрешимые и потому провоцировавшие войну, чреватую взаимным уничтожением. Именно в этих обстоятельствах, видимо, и возникло табу на инцест – как фактор, снимавший такие конфликты, препятствовавшие межродовому замирению.

Понимание того, что инцестуальное табу возникло как фактор именно меж, а не внутриродового примирения (вопреки восходящей к Фрейду и наиболее принятой в России в версии Ю. Семенова гипотезе), позволяет ответить на вопрос, очень важный для понимания характера первоначальной регуляции отношений родов, скрепленных в надродовую общность: сколько родов в нее входило? Была ли она *дуально*-родовой, как думал Тайлор, или, как считает, например, Чепис⁶⁴, их количество не было внутренне ограничено?

Если общность содержит более двух родов, инцестуальное табу бесполезно, поскольку сохраняется порождающая межродовые столкновения ситуация, когда за принадлежащую к одному роду женщину могут конкурировать мужчины из всех других родов данной общности. Правда, спасти такой союз могло бы сопровождающее табу предписание искать партнера не в любом другом, а в одном конкретном входящем в группу роде. Заметим, что Леви-Строс описал как раз такое запрещающе-предписывающее брачное правило, что дополнительно подтверждает выполнение инцестуальным табу функции именно межродового замирения. Однако если инцестуальное табу в рамках дуально-родовой группы содержит два бита информации, то предписывающее правило для группы из трех родов – четыре, не говоря уже о еще более крупных объединениях. Прыжков через ступени в эволюции не бывает. Полиродовые объединения на базе запрещающе-предписывающих брачных правил возникли позже в результате слияния дуально-родовых общностей, которые и стали простейшими, исторически первыми обществами. Возникнув, дуально-родовой тип организации вытеснил монородовой постживотный мир, поскольку каждая группа имела в сравнении с обособленным родом мощнейшее преимущество в военной конкуренции – двукратное численное превосходство.

Институт заложенничества как историческое основание права

В сохранивших родовую структуру обществах мы и сегодня видим, насколько сплоченной единицей является род. При этом этнографы фиксируют, что в дуальных общностях отношения между половинами выражаются “как в тесном сотрудничестве, так и в скрытой вражде”⁶⁵. Ясно, что в первичных дуально-родовых общностях межродовые отношения пронизывала напряженность⁶⁶. И хотя наиболее глубокий тип конфликтов был заблокирован инцестуальным табу, постоянное межродовое общение не могло не порождать искр. Учитывая, что ранее всякое посягательство на сородича влекло жесткий отпор, дуально-родовая общность могла обрести устойчивость только при формировании высоконадежного *институционального механизма разрешения конфликтов*. Прежние

⁶² См.: Панов Е.Н. Указ. соч. С. 242.

⁶³ См.: Зорин А.В. Война между северными и кагвантанами и нанъяайи Стикина // <http://www.first-americans.spb.ru/n6/win/war.htm>

⁶⁴ Chapais B. The Deep Structure of Human Society: Primate Origins and Evolution // Mind the gap. Tracing the Origins of Human Universals. Springer, Heidelberg, Dordrecht, L., N.-Y., 2010. P. 42.

⁶⁵ Леви-Строс К. Указ. соч. С. 16.

⁶⁶ Отнюдь не идиллический характер отношений свойствен, реликт рассматриваемых давних времен, сохранившийся и в весьма развитых обществах, воплощен, например, в анекдотах про большую любовь между зятем и тещей, невесткой и свекровью и т.п.

внутриродовые конфликты были межиндивидуальными, с которыми научились справляться уже человекообразные обезьяны⁶⁷. Здесь же сами конфликты обретали социальную, институциональную природу, и соответствующим должен был быть и механизм их разрешения.

Механизм, впервые указанный Тайлором, – “миротворчество женщин, которые принадлежали к одному роду как сестры, а к другому – как жены”⁶⁸, мог быть эффективен лишь в случае мелких конфликтов, не связанных со **значительным ущербом для рода**. Во-первых, статус “миротельниц” был недостаточен для разрешения межродового конфликта; безусловно, в принятии решения должны были участвовать лидеры родов. Во-вторых, причинение значительного вреда одним родом другому не могло оставаться для первого без последствий.

Механизм разрешения конфликтов, занявший место кровавых столкновений, должен был начинаться с действия некоторого чрезвычайно мощного фактора, который блокировал военный ответ на нанесенный ущерб. Следы этого фактора остались в современных системах правоотношений.

Г. Радбрух утверждает: “Не договор обязывает, а закон обязывает по договору”⁶⁹. Эта позиция, спорная вообще, несомненно ложна по отношению к залоговым договорам. **Залоговый договор есть негосударственная институционализация принуждения.** Принуждающей инстанцией, способной угрожать санкцией и ее исполнить, выступает залогодержатель. Залоговый договор – реликт догосударственных правоотношений.

Крупнейшие исследователи права считали первым в истории предметом залога людей⁷⁰. “Заложничество как гарантия исполнения – очень древний институт, столь же универсальный, как война и месть”⁷¹. В близком будущем нас ждет бум исследований феномена заложничества, ко-

торое представляло собой в истории нечто несопоставимо большее, чем особый вид договоров, а “было в первую очередь социально-политическим институтом”⁷². Кроме отмеченной Паундом универсальности распространения оно было едва ли не универсально по функциям.

В подчиненных обществах брали заложников из числа вождей, их детей или иных ближайших родственников. Уже при Саргоне Древнем (XXIV–XXIII века до н.э.), покорившем Месопотамию, представителей подчиненных “знатных номовых родов держали при дворе властителя в качестве почетных заложников”⁷³. То же делали древние египтяне⁷⁴, римляне⁷⁵, ирландцы⁷⁶, инки⁷⁷, золотоордынские ханы и русские цари⁷⁸. Описанная практика была повсеместной. Сформированным таким способом образования удавалось достичь стабильности и политического единства. Так, подчиненные Саргоном номы формально “сохранили свою внутреннюю структуру, но фактически отдельные энси превратились теперь в чиновников, ответственных перед царем”⁷⁹. В Египте «Аменхотеп II⁸⁰ вывез из Азии 232 сына и 323 дочери местных вельмож. Подобные меры обеспечивали полную покорность провинциальных властей... местные царьки были лишь... “чиновниками”»⁸¹. Примеры легко умножить.

Наряду с “вертикальным” заложничеством (с позиции власти) этот институт действовал и в варианте “горизонтальном” – при равенстве сил

⁶⁷ См.: Бутовская М.Л. Агрессия и примирение как проявление социальности у приматов и человека // *Общественные науки и современность*. 1998. № 6.

⁶⁸ Tylor E.B. On Method of Investigating the Development of Institution; Applied to Law of Marriage and Descent. *Journal of Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*. V. 18. 1889. P. 267.

⁶⁹ Радбрух Г. *Философия права*. М., 2004. С. 161.

⁷⁰ См. об этом, например: Holms O. *The Common Law*. Boston, 1881. P. 248; Покровский И.А. *История римского права*. СПб., 1999. С. 383; Berger R. *From Hostage to Contract*. *Illinois Law Review*. V. 35. 1940.

⁷¹ Pound R. *Jurisprudence*. New Jersey, 2000. P. 185.

⁷² Гринёв А.В. Туземцы-аманаты в Русской Америке // *Клио*. 2003. № 4. С. 128.

⁷³ Майоров И.И. *Введение в историю Древнего Востока*. Томск, 2003. С. 124.

⁷⁴ См.: Jonathan F. Vance (ed.). *Encyclopedia of Prisoners of War and Internment*. Santa Barbara, Denver, Oxford, 2000. P. 81; Волков А.В. *Загадки Финикии*. М., 2004. С. 113.

⁷⁵ См.: Hammer E., Salvin M. *The Taking of Hostages in Theory and Practice* // *The American Journal of International Law*. V. 38. № 1. P. 20.

⁷⁶ См.: Лики Ирландии. *Книга сказаний* / Пер., сост., коммент. С. Шабалова. М., СПб., 2001. С. 135.

⁷⁷ См.: Rostworowski de Diez Canseco M. *History of the Inca realm*. Cambridge, 1999. С. 138.

⁷⁸ См.: Гринёв А.В. Указ. соч. С. 128; См. также: Slezkine Y. *Arctic mirrors: Russia and the small peoples of the North*. Ithaca, N. Y., 1994. P. 20; Багрин Е.А. *Защитное вооружение служилых людей в Сибири и на Дальнем Востоке в XVII – XVIII вв. (По письменным источникам)* // *Русские первопроходцы на Дальнем Востоке в XVII–XIX вв. Историко-археологические исследования*. Т. 5. Ч. 1. Владивосток, 2007. С. 269–283.

⁷⁹ Майоров И.И. *Введение в историю Древнего Востока*. Томск, 2003. С. 124.

⁸⁰ 1450–1425 гг. до н.э.

⁸¹ Волков А.В. Указ. соч. С. 114.

сторон⁸². Здесь заложничество было взаимным и добровольным⁸³. От китайского двора, например, в степь посылались принцессы, предназначенные в жены вождям кочевнических объединений⁸⁴, а ко двору императоров посылались сыновья вождей гуннов⁸⁵. Римляне не только брали, но и отправляли заложников вестготам и гуннам⁸⁶. Модификацией заложничества выступал институт династических браков, который был “важным регулятором взаимоотношений мира цивилизации и мира степных кочевников”⁸⁷. “Этот тип заложничества действует скорее как мост, связывающий суверенные страны, а не как свидетельство шантажа”⁸⁸.

“Горизонтальное” заложничество описано и на догосударственной стадии развития: у германских племен⁸⁹, на Аляске у тлинкитов⁹⁰, у аборигенов Южной Америки⁹¹, у мундугуморов Новой Гвинеи⁹² – представителей одной из наиболее ранних из существующих сегодня культур, и у многих других. “Обмен заложниками является архетипической формой... урегулирования межплеменных отношений”⁹³.

Есть две группы функций горизонтального заложничества. Первая связана с обеспечением мира. Обмен заложниками – “обычный метод разрешения проблем между кланами или племенами после войны”⁹⁴, он обеспечивает и саму процедуру замирения⁹⁵, и дальнейшее поддержание мира. Вторая группа функций – гарантия конкретных обязательств: “Без них (заложников. – Б.Ш.) не обходился ни один договор, ни одна крупная сделка”⁹⁶. Понятно, что логически, функционально и хронологически первичной выступает функция обеспечения мира, поскольку в его отсутствие никакие другие обязательства невозможны: *inter arma leges silent*⁹⁷. Гарантия же через заложничество **произвольных** обязательств показывает, что это был не просто аксессуарный договор, а универсальный институт, обеспечивавший саму возможность установления договоров.

Горизонтальное заложничество в догосударственной истории образовывало мощный социальный институт, связывавший относительно автономные общности в “замиренную среду”, внутри которой становились возможными самые разные межгрупповые взаимодействия. Инструментом, обеспечивавшим это “замирение”, выступала возможность взаимного принуждения. Впоследствии этот институт был интегрирован в формирующиеся системы государственной власти, одним из механизмов становления которой он и явился. Если историческая вершина заложничества – его участие в формировании государства, которое сначала превратило заложничество в свой механизм, а затем заменило его иными механизмами, вытеснив из магистрального исторического русла в зону социальных патологий, то у основания этого грандиозного института лежало возникновение экзогамии.

Понимание того, что заложничество имманентно человеческой экзогамии, не очень ново. “Поскольку кланы были экзогамными, каждый из них давал заложников некоторым другим. Этими заложниками выступали женщины, покидавшие свой клан при вступлении в брак”⁹⁸, – пишет, например, Х. Джонсон, ссылаясь на раннюю работу крупного американского антрополога У. Уорнера, который, видимо, первым указал на эту связь.

⁸² См.: Hammer E., Salvin M. The Taking of Hostages in Theory and Practice // The American Journal of International Law. V. 38. № 1 (Jan., 1944). P. 20; Гринёв А.В. Указ. соч. С. 128.

⁸³ Впрочем, граница между добровольными и недобровольными заложниками размыта (см., например: Хейзинга Й. Homo Ludens. В тени завтрашнего дня. М., 1992. С. 54; Herrmann I., Palmieri D. A haunting figure: The hostage through the ages // International review of the Red Cross. V. 87. № 857. 2005. March. P. 137; Гринёв А.В. Указ. соч. С. 128.

⁸⁴ См.: Бичурин (Иакинф) Н.Я. Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии в древние времена. Т. I. М.-Л., 1950. С. 52, 69, 76; Т. II. С. 157.

⁸⁵ См.: там же. Т. II. С. 69, 99, 132.

⁸⁶ См.: Herrmann I., Palmieri D. A haunting figure. The hostage through the ages // International review of the Red Cross. V. 87, № 857. 2005. March. P. 137.

⁸⁷ Виноградов Ю.А. Миграции кочевников Евразии и некоторые особенности исторического развития Боспора Киммерийского // Боспорские исследования. Вып. XXII. Степи Евразии и история Боспора Киммерийского. Симферополь–Керчь, 2009. С. 52.

⁸⁸ Allen J. Hostages and Hostage-Taking in the Roman Empire. Cambridge, 2006. P. 72.

⁸⁹ См.: Cornelius Tacitus. Germania // Dialogus, Agricola, Germania. L., 1932. P. 293.

⁹⁰ См.: Хлебников К.Т. Русская Америка в записках Кирилла Хлебникова: Ново-Архангельск. М., 1985. С. 84; Emmons G. The Tlingit Indians. Seattle & L. N. Y., 1993. P. 35.

⁹¹ См.: Páez R. Wild scenes in South America, or life in the Llanos of Venezuela. N. Y., 1863. P. 410, 411.

⁹² См.: Мид М. Культура и мир детства. М., 1988. С. 57.

⁹³ Ильин М.В. Слова и смысл. Деспотия. Империя. Держава // Полис. 1994. № 2. С. 118.

⁹⁴ См.: Emmons G. Op. cit. P. 310.

⁹⁵ Яркий пример “замирительного заложничества” см., например: Хлебников К.Т. Указ. соч. С. 84.

⁹⁶ Смирнов А.А. Древнеирландский эпос // Исландские саги. Ирландский эпос. М., 1973. С. 553.

⁹⁷ Когда говорит оружие, законы молчат.

⁹⁸ Johnson H.M. Sociology: A Systematic Introduction. N. Y., 2006. P. 187.

Что касается генетического аспекта, то в качестве иллюстрации единства происхождения заложничества и экзогамии в процессе становления дуально-родовой организации можно интерпретировать обычай “копара” (долг), сохранившийся в Австралии. С его помощью учитываются “долги”, возникающие между членами двух половин племени, причем “копара” могут взаимно аннулироваться. При этом право кровной мести может быть удовлетворено указанием на какой-либо не возмещенный “долг”. Тогда конфликт улаживается, в знак чего происходит временный обмен женами между членами обеих групп, который означает, что смерть не будет отомщена⁹⁹.

Впрочем, приведенный пример – не более чем иллюстрация. Аргументация же состоит в том, что люди (первоначально – женщины), ушедшие в род брачного партнера, в случае серьезного межродового конфликта не могли не оказываться в роли заложников. Они выступали своего рода “болевыми точками” родового субъекта, отчужденными от него и полностью находящимися во власти контрагента. Смерть или страдание заложников есть одновременно страдание всего того единства, от которого они оторваны, и, следовательно, беспрепятственная возможность причинения им смерти или страданий открывает канал принуждающего воздействия на волю противостоящего субъекта. В силу этого взаимное заложничество и стало фактором, причем высочайшей степени надежности, который блокировал возможность превращения конфликтов в войны между родами, соединенными экзогамными связями, и тем самым обеспечивал устойчивость первой социальной общности – дуально-родовой группы.

Комплекс первично-правовой регуляции

Существование дуально-родовой общности опиралось на равновесие между родами. Именно нарушающий его конфликт требовал институционального разрешения и восстановления равновесия. Для этого необходимо было установление факта нанесения ущерба, установление виновного, что невозможно без реконструкции ситуации конфликта, а также принятие решения о том, как именно равновесие должно быть восстановлено¹⁰⁰. Процедура, в рамках которой устанавлива-

ется факт нанесения ущерба, виновный, размер и форма компенсации и т.п., на современном языке называется *судебной процедурой*.

Какими бы разными и странными для нас ни были формы древнейшей судебной процедуры, они могли выполнить свою сущностную функцию – “заменить насилие дискурсом”¹⁰¹ лишь при обеспечении конституирующего суд условия, согласно которому “стороны равны в том смысле, что они располагают полной свободой в представлении аргументов и доказательств”¹⁰². Судебная процедура есть процедура разрешения конфликта посредством равноправного аргументационного противостояния сторон. Если стороне не дается возможность высказать ее аргументацию, у нее остается только одна возможность отстаивать свои позиции – с оружием в руках.

Процедура судебного разрешения конфликта является элементом (может быть, центральным, это обсуждается, но лишь элементом) внутри системы, без которой эта процедура существовать не может, как не может существовать сердце без организма.

Сегодня, например, международные или третейские суды возникают на основе договоров. Выражаясь *метафорически*, можно, конечно, сказать, что между половинками дуально-родовой общности существовал договор о суде, который гарантировался заложниками. Однако лучше с этой неудачной метафорой расстаться, поскольку люди ко времени начала исторически первичного формирования судебной процедуры не обладали способностью заключения договоров. Эта способность *не предшествовала* становлению судебной процедуры, а развилась вместе с ней как один из аспектов общей способности к рациональной регуляции поведения.

Судебная процедура может существовать только в неразрывной связи с правилом или нормой¹⁰³, устанавливающей эту процедуру. Правила могут, в свою очередь, быть установлены властью или договором либо складываться в ходе исторического процесса, как это и было с правилом суда. При этом в отличие, например, от поведенческих паттернов типа табу правило суда носило рациональный характер: его реальные основания и последствия несоблюдения адекватно понимались древними людьми.

⁹⁹ См.: Абрамян Л.А. Типы симметрии и человеческое общество // Семиотика и проблемы коммуникации. Сборник статей. Ереван, 1981. С. 78.

¹⁰⁰ Этнография дает довольно многообразный материал по этому вопросу, который, однако, мы здесь не рассматриваем.

¹⁰¹ Рикёр П. Память. История. Забвение. М., 2004. С. 654.

¹⁰² Леони Б. Свобода и закон. М., 2008. С. 209.

¹⁰³ Соотношение этих понятий мы здесь не рассматриваем.

В то же время первичная судебная процедура несла в себе и договорное начало. Дело в том, что не существовало силы, способной заставить род выполнить решение, принятое в рамках этой процедуры. Следовательно, принятое решение всегда включало в себя не только, например, санкцию, но и межродовой договор о ее исполнении.

Таким образом, в отношениях между родами в рамках дуально-родовой общности сложился совершенно новый регулятор поведения. Он включал в себя комплекс взаимосвязанных моментов: договор, нормативность, суд и принуждение. Именно наличие такого комплекса, то обстоятельство, что эти моменты генетически и функционально предполагают друг друга, и позволяет говорить о новом системно организованном типе социальной регуляции.

Г. Харт попытался указать на те свойства, которые с точки зрения “любого образованного человека” являются общими для различных правовых систем¹⁰⁴. Мы упростим задачу для “любого образованного человека” и сформулируем вопрос иначе: “Назовите регулирующий социальную жизнь механизм, элементами которого являются договор, нормативность, суд и принуждение”. Едва ли можно усомниться, что ответ будет: “Право”. Везде, где есть эти четыре компонента, наличие юридической регуляции несомненно. Везде, где существует право, эти компоненты присутствуют. Более того, развитие юридической регуляции не добавило к ним почти ничего типологически нового, хотя, разумеется, расширялся круг и появлялись новые типы субъектов юридических отношений, менялось содержание норм, возникали специализированные структуры, берущие на себя выполнение имманентных юридической регуляции функций: парламент, суд, полиция и т.п. Однако все системообразующие, в совокупности конституирующие право элементы сформировались в неразрывной связи друг с другом как атрибутивная сторона и одновременно фактор становления социальности в ее исторически первой форме – дуально-родовой общности.

О специфике юридических законов, социального бытия и *homo juridicus*

Существует онтологический вопрос о природе законов, не юридических, а физических, биологических, лингвистических и т.п. Вопреки ощущению, что юридические законы – нечто совсем иное, в действительности это лишь особая разновидность, причем наиболее развитая, в которой

яснее всего видна сущность законов вообще, состоящая в том, что **всякий закон есть ограничение**.

Физиологический закон существования живого организма задает некий коридор, стены которого канализируют физико-химическое движение в интересах организма, блокируя огромное множество иных возможных взаимодействий. Аналогично действует комплекс инстинктов животного, образующий видовой закон его поведения. Как убежать от волка, заяц определяет сам, но то, что надо не приветствовать хищника, а удирать, записано в его генетических скрижалях.

Всякий эволюционный скачок есть появление законов-ограничителей, новых по типу и содержанию. Возникновение постживотного мира означало появление закона, организующего поведение людей так, чтобы оно обеспечивало сохранение группы, ставшей самостоятельной онтологической единицей. Действие этого закона опиралось на самосакрализацию группы и эмоциональное сопереживательное единение ее членов, псевдовидообразование, табуирование чужих и т.п. Мешавшие утверждению и развитию постживотного мира биологические регуляторы, в том числе механизм экзогамии, были заблокированы. Отметим здесь, что механизмы, обеспечивающие реализацию постживотных законов, **носили эмоциональный характер**. Два взаимосвязанных мощнейших вектора – любовь к своим и ненависть к чужим – исчерпывали собой стратегическую регуляцию поведения, по сути, и создавая собой закон постживотного бытия.

Вершина дорациональной регуляции – инцестуальное табу. Однако табуирование всех конфликтогенных действий невозможно, а внутренний межродовой конфликт неразрешим средствами эмоциональной регуляции: энергетика мщения наталкивается на равную ей энергетику сопереживания заложникам, которые первыми пострадают при развертывании мести. Здесь и начинается формироваться **рациональная** процедура разрешения конфликта – судебная, на базе которой формируются и развиваются и процессуальные, и материально-правовые нормы – юридические законы. Юридические законы, как и всякие иные, несут в себе начало необходимости¹⁰⁵, возникающей не из физико-химических свойств, как в природе, не из эмоционального доминирования над биологическими потребностями культурно организованных содержаний, как в постживотном мире, а из

¹⁰⁴ См.: Харт Г. Понятие права. СПб., 2007. С. 11.

¹⁰⁵ Подробнее об этом см.: Шалютин Б.С. Закон и закон (юр.) // Гос. и право. 2007. № 4.

рационального согласованного межсубъектного само- и взаимоограничения¹⁰⁶. Именно этот абсолютно новый тип законов, устанавливаемых в рациональном межсубъектном диалоге (полилоге), специфицирует общество как особый, кардинально отличный от всего предшествующего тип бытия. При этом законы постживотного мира не исчезают, а согласно общей логике движения от низшего к высшему трансформируются в обществе, в том числе используя возможности рациональности. Война всех против всех пронизывает всю социальную историю, меняются лишь ее субъекты: дуально-родовые общности, этносы, страны... Но каждая из этих единиц уже социальна, ибо несет внутри себя рационально-юридическое начало.

Важнейшей составляющей правогенеза было становление *homo juridicus*. Ранее индивид не имел рациональной регуляции поведения, принципиальные направленности которого детерминировались эмоционально. Эмоция действует “здесь и сейчас”. Юридическая регуляция требует размышления, предшествующего действию. На индивидуальном уровне она осуществляется как **рационально-волевая**. Воля, во-первых, блокирует непосредственно эмоциональную детерминацию, во-вторых, запускает и обеспечивает реализацию рационально принятого решения, даже преодолевая эмоциональное сопротивление. Воля есть механизм внутреннего принуждения, возникший как интериоризация (перевод во внутренний план) внешнего институционального принуждения. Вопрос об обязательности внешнего при-

нуждения в рамках права, как известно, спорный. Но без способности к внутреннему принуждению юридическая регуляция невозможна. Наконец, субъект юридического поведения должен уметь соблюдать принятые обязательства и понимать ответственность в случае нарушения. Тем самым он всегда несет в себе собственное прошлое. Эта способность лежит в основе формирования индивидуально-психического комплекса, который мы обозначаем словом **Я**. Таким образом, в процессе правогенеза формируются атрибутивные современному человеку способности к рациональной регуляции поведения, воля и сам феномен **Я**.

Заметим, что и сегодня человек не рождается как *homo juridicus*. Каждый только с обретением к определенному возрасту соответствующих качеств становится полноценным субъектом юридических отношений. Отсутствие или частичная утрата, например вследствие болезни соответствующих способностей влечет снижение юридического и социального статуса.

* * *

Итак, право возникло как условие и фактор перехода от замкнутых досоциальных групп, находившихся в состоянии войны всех против всех, к базирующимся на экзогамии дуально-родовым социальным альянсам. Именно оно сформировало новый тип законов, который конституирует общество. Правогенез стал также фактором антропогенеза в части формирования психической конституции современного человека. В последующей весьма извилистой правовой эволюции именно *homo juridicus* оставался важнейшей предпосылкой, позволявшей праву сравнительно быстро восстанавливаться после нередко раздавливавших его почти в ноль социальных порядков. Однако это уже другая тема.

¹⁰⁶ Правовой государственный статут в свете этого оказывается особой разновидностью юридического закона, в отличие, например, от не имеющего юридического характера самовластного установления монарха или диктатора.