

только как оружия возмездия, но и как меры воспитания преступника и профилактики уголовно наказуемых правонарушений.

Список литературы

1. Статья 43 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13.06.1996г. № 64-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 24.
2. Конституция Российской Федерации в ред. Федеральных Конституционных законов от 30.12.2008 № 6-ФКЗ и от 30.12.2008 № 7-ФКЗ // Российская газета. 2009. № 7.
3. Примечание 1 к статье 228 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13.06.1996г. № 64-ФЗ в ред. Федерального закона от 08.12.2003 № 162-ФЗ // Парламентская газета. 2003. № 231.
4. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996г. № 64-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 24
5. Уголовное право России. Часть общая: Учебник для вузов / Ред. Л.Л. Кругликов. М.: Бек, 2000.
6. Уголовный кодекс РСФСР. Утв. ВС РСФСР 27.10.1960. М.: Социальная защита, 1995.



**Шалютин
Борис Соломонович**

К ВОПРОСУ О ПРОИСХОЖДЕНИИ ПРАВА

Аннотация

В статье предлагается классификация существующих вариантов ответа на вопрос о происхождении права и дается критический анализ каждого из выделенных типов. Автор показывает, что право возникает с формированием двустороннего межродового нормативного договора, гарантируемого взаимным залогом, предметом которого выступали принадлежащие к противоположному роду сексуальные партнеры. При этом формирование права выступает стороной и фактором перехода от эндогамии к экзогамии, и, тем самым, фактором завершения социо- и антропо-генеза.

Ключевые слова: право, происхождение права, экзогамия, заложничество, рациональность, социогенез, антропогенез.

Проблема происхождения права остается предметом пристального интереса юридического сообщества. Правда, специально посвященных ей работ выходит меньше, чем можно было бы ожидать, однако это объяснимо ограниченностью конкретного материала, относящегося к эпохе правогенеза. Тем не менее, на сегодня здесь сложилось немало точек зрения, поэтому представление новой позиции требует хотя бы краткой «инвентаризации» существующих.

Произведем классификацию ответов на вопрос о происхождении права через их соотнесение с этапами человеческой истории. По этому основанию они сводятся к трем основным вариантам. Первый: *ubi societas, ibi jus est* (где общество, там право, т.е. право возникает вместе с обществом). Второй: *ubi civitas, ibi jus est* (где государство, там и право, т.е. право возникает вместе с государством). Третий: право возникает позже возникновения общества, но до возникновения государства. Трудно не заметить, что для построения такой классификации не требуется выда-

ющего ума. Однако логически она корректна¹, и нельзя сказать, что совершенно бесполезна.

Проблема генезиса права сложна не только тем, что процесс этот происходил в слишком давние времена. В сравнении с похожими на нее в этом отношении вопросами возникновения жизни, человека, языка и т.п., здесь есть еще одна трудность. Как бы ни спорили о глубинном понимании своих предметов, соответственно, биологи, антропологи или лингвисты, сами эти предметы идентифицируются ими более или менее одинаково. Что касается права, то различия в его понимании таковы, что регуляторы, трактуемые одними юристами как несомненно относящиеся к сфере права, другими столь же решительно выносятся за его пределы. Между тем вполне очевидно, что «ответ на вопрос об историческом, филогенетическом происхождении права несомненно зависит от определения понятия права» [3, 5]; «каково понимание сущности права и государства... такова и соответствующая концепция их происхождения» [28, 232].

Вариант **«где общество, там право»** достаточно распространен². Если опустить нюансы, индивидуальные у каждого автора, схема его обоснования базируется на двух посылах: а) право входит в более широкий класс нормативных способов социальной регуляции, при этом специфика правовых норм - в отличие от морали, этикета, традиции и др. - заключается в их опоре на принуждение; б) общество невозможно без нормативно-принудительной регуляции. Утверждение о том, что именно принуждение отличает правовую норму от других, распространено очень широко, в том числе вне связи с проблемой происхождения права. Однако в приведенном обосновании именно оно, прежде всего, вызывает сомнение.

Оставим сейчас в стороне указания некоторых противников этого утверждения на то, что правовой запрет не всегда подкрепляется принуждением (например, в области международного права). Логически значим для приведенного силлогизма другой аспект: всякая ли гарантируемая принуждением норма носит правовой характер? Рассмотрим ряд ситуаций.

Допустим, мать говорит двухлетнему ребенку, который пытается дотянуться до электророзетки: «Нельзя трогать розетку». Ребенок вполне понимает смысл сказанного, но продолжает свои попытки. Мать говорит: «Если будешь лезть к розетке, я буду тебя шлепать». Далее, в зависимости от характера ребенка, возможны варианты: он может сразу прекратить запрещенную деятельность, или после обозначения наказания, или после действительно наказания. В любом случае, здесь ребенку формулируется норма, за которой стоит принуждение. Едва ли отне-

¹ Формально могли бы существовать и еще две возможности: право возникает до формирования общества (первая) и после формирования государства (вторая). Несостоятельность первой очевидна. Что касается второй, то существуют варианты правопонимания, которые могли бы с ней согласовываться. Из видных отечественных авторов такую позицию занимал В.С. Нерсисянц, однако впоследствии он модифицировал свой подход. Сегодня значимого места в дискуссиях о генезисе права эта версия не занимает, поэтому здесь не рассматривается.

² «Следуя старой формуле "*ubi societas, ibi jus*" («Где общество, там право»), мы заключаем, что всегда и везде общества существовали в рамках определенного юридического порядка» [11, 17]; «Правовое появляется вместе с социальным и выступает как всеобщий элемент социального ... Любое человеческое общество определяется правом и невозможно без определенного правопорядка» [32, 53-54]; «О феномене права уместно говорить начиная с самых ранних стадий развития человеческого общества» [26, 329] и др.

сение такого рода нормы к числу правовых явлений не вызовет сомнений.

Другой пример – табу. Известный исследователь первобытного общества Ю.И. Семенов, анализируя табу, отмечает, в частности, что оно опирается на «...чувство страха или ужаса перед неведомой опасностью, которую навлекают некоторые действия людей на коллектив, и тем самым страха перед этими действиями...» [36, 8]. Думается, что решительное включение подобного регулятора в сферу права выглядело бы странно³.

Третий пример – нечто среднее между двумя предыдущими. Воспитатель в детском саду, не желая, чтобы дети ходили в какое-то служебное помещение, говорит им: «Эту дверь открывать нельзя. Там живет бабай, откроешь – он сразу выскочит». Запрет для детей трех-четырех лет окажется весьма эффективным. Кто такой бабай? Как он выглядит? Что он сделает? Ничего этого дети не знают, но норму соблюдают. Причем если в группу придет новый ребенок, не слышавший высказывания воспитателя, другие дети ему передадут. Запрет может получить самостоятельную и довольно долгую жизнь. Причем если новичок не поверит и будет пытаться проникнуть в запретное помещение, его могут и поколотить⁴. Неужели и это право?

Наконец, последний, на сей раз – искусственный, надуманный пример. Допустим, существует некая опасная для детей площадка, причем причины опасности детям объяснить невозможно. Эту опасную зону с достаточным упреждением отграничивают чертой. Детям говорят, что черту переступать нельзя, иначе последует наказание. При этом на уровне черты устанавливается фиксирующий прибор таким образом, что при ее пересечении немедленно возникает громкий пугающий звук. Кто-то из детей может попробовать пересечь черту, но, испуганный страшным звуком, сразу отбежит от нее. В данном случае детям формулируется общее правило, которое они в принципе в состоянии нарушить, но нарушение повлечет негативные последствия. Трудно было бы определить обеспечиваемую принудительной силой норму так, чтобы описанный запрет не попал под это определение⁵. Однако он не отличается сколь-нибудь существенно от предупреждения о негативных последствиях, связанных с объективными природными связями: нельзя есть немытые фрукты, иначе... Если и этот запрет трактовать как правовой, то право полностью утратит свою определенность.

Вернемся к силлогизму, претендующему на обоснование формулы «где общество, там право». Хотя его вторая посылка (общество невозможно без нормативно-принудительной регуляции), по-видимому, верна, ложность первой, специфицирующей правовую норму через принуждение, означает, что обоснование в целом несостоятельно.

Обратимся теперь к этатизму, трактующему право как совокупность установленных и санкционированных государством правил и, соответственно, заявляющему, что право возникает вместе с государством. Удивительное дело, но найти сколь-нибудь внятную, развернутую аргументацию этой позиции весьма непросто. Авторы многих

отечественных учебников, провозглашая ее⁶, часто вообще не утруждают себя аргументами, полагая, видимо, что дело студентов зубрить. Как говорил прикинувшийся Фаустом Мефистофель, «профессору смотрите в рот и повторяйте, что он врет». Еще более странно, что и в глубоких, высококомпетентных исследованиях она тоже формулируется как постулат⁷. А иногда качество аргументации таково, что лучше бы ее не было. В качестве образчика приведу абзац из совсем недавней статьи Ж.И. Овсепян: «Государственное принуждение является первичным свойством права... Все признаки государства и права и производных от них явлений (юридической ответственности и др.) так или иначе связаны с признаками государственно-правового принуждения. Таким образом, принуждение обнаруживает себя в качестве “основного свойства” государства и права, поскольку присутствует во всех иных признаках государства и права, обуславливает все другие признаки государства и права, в связи с чем можно утверждать, что без принуждения не может быть ни государства, ни права» [30, 6-7]. Это уже просто мантра какая-то!

Разумеется, ни я, ни кто-либо другой не может достоверно утверждать, что не существует такой современной аргументации разбираемой позиции, которая требовала бы серьезного анализа. Однако об этом – хотя и косвенно, но весомо – свидетельствует характер ее критики. Оппоненты, принадлежащие к разным школам, странам, придерживающиеся разных взглядов, или приводят примеры до(вне)государственных проявлений, носящих (по их мнению) правовой характер⁸, или указывают на неприемлемые в правовом отношении (с их точки зрения) следствия этатизма. Н. Рулан, например, показывает, что государство права, наделение государства «исключительным правом на право», являясь выражением европейского этноцентризма, по сути близко к расизму [35, 20-22]. В.С. Нерсесянц отмечает, что в методологии этатизма явный произвол, санкционируемый государством, безоговорочно признается правом [29, 455], что эта концепция (в силу своей внутренней бессодержательности) легко может быть подогнана под потребности любой доктрины и практики [29, 303], что властным приказом решаются чисто научные задачи отлучения права от неправовых явлений [29, 466] и т.д.

Конечно, аргументация правового этатизма существует, и она хорошо известна. Сторонники ее не воспроизводят, видимо, считая само собой разумеющимся общим местом (хотя для студентов могли бы сделать исключение: курс теории государства и права обычно идет раньше истории политических и правовых учений, что вряд ли правильно, но это другая тема). Противники, возможно, считают неприличным критиковать доводы многовековой давности и пытаются найти более эффективные полемические ходы. Однако эти ходы убедительны только для тех,

³ То обстоятельство, что нормы, носящие иррациональный характер, являются неюридическими, подчеркивает, например, В.А. Четвернин [См. 41, 85-86].

⁴ Обращение к «детским» примерам, как будет видно далее, вообще весьма важно при анализе ранних форм регуляции поведения.

⁵ Даже указание на «автоматичность» санкции не может стать контраргументом. Достаточно напомнить о фиксируемых видеокamerой нарушения ПДД, санкции за которые фактически также являются автоматическими. Хорошо это или плохо – другой вопрос, но юридический характер регуляции под сомнение не ставится.

⁶ При этом, как отмечает И.Ф. Мачин, данная позиция излагается в большинстве отечественных учебников по теории государства и права [26, 327].

⁷ «Особенностью права, отличающей его от других социальных норм, всегда была поддержка государственным принуждением» [25, 25]; «Именно государство придает определенным общим правилам значение юридических норм. Оно же своей мощью, авторитетом, принудительной силой обеспечивает действие норм права...» [7, 39]; «К наиболее существенным признакам права относятся: 1) государственного-волевого характер...» [9, 59]. Увы, но никаких обоснований заявляемого тезиса в этих, как и многих других, трудах не представлено.

⁸ Такими примерами наполнены работы по юридической антропологии и юридическому плюрализму. См., например, [35; 21; 2; 4].

кто признает приводимые контрпримеры действительно правовыми, а указываемые следствия действительно неприемлемыми в правовом или моральном отношении; иными словами, они действительны только для носителей некоторого правопонимания. Поэтому представляется, что критический анализ этих всем известных аргументов все же необходим.

С наибольшей ясностью, как и подобает классику, их высказал Гоббс. Он считал, что исполнение тех правил (гражданских законов), предписание которых осуществляет на основании делегированных ему общественным договором прав суверен, может обеспечиваться только силой [16, 141], равно как и для обеспечения справедливости и соблюдения соглашений «должна быть какая-нибудь принудительная власть, которая угрозой наказания... принуждала бы всех в одинаковой мере к выполнению соглашений... Такая власть может появиться лишь с основанием государства» [16, 110].

Этатистская аргументация, таким образом, сводится к тому, что только принудительная власть в лице государства способна гарантировать соблюдение тех или иных ограничений, которые «противоречат естественным страстям» [16, 129]. В этой связи хочу напомнить, что для Гоббса общественный договор конституировал одновременно и общество, и государство. Общество действительно невозможно без такого рода ограничений, а их соблюдение, вероятно (по крайней мере, в начале человеческой истории), без принуждения гарантировать невозможно. Однако сегодня известно (и никем не ставится под сомнение), что такое принуждение возникает непосредственно раньше формирования государства. По-видимому, его самой ранней формой является запрет типа табу, характер которого мы уже разбирали. Во времена Гоббса социальная наука этого не знала. Сейчас же из приведенной аргументации Гоббса логическую силу сохраняет лишь обоснование неразделимости общества и принуждения, но никак не права и государства.

Итак, из трех выделенных в исходной классификации вариантов остается один: право появляется между становлением общества и формированием государства. Эта точка зрения, может быть, наиболее распространена. К числу ее сторонников относятся Г. Кельзен, Г. Берман, Р. Давид, Н. Рулан, Т.В. Кашанина, и ряд легко продолжить. Однако никакого единства в вопросах о том, с чем именно было связано возникновение права, каковы его первые проявления не существует. Абстрактное теоретизирование, в том числе относительно понятия права, здесь бесполезно. Единственный путь, как удачно формулирует В.М. Сырых, - «обстоятельный анализ истории регулирования отношений», в том числе «в условиях родового строя» [38, 272].

В отечественной литературе «преобладающим, до недавнего времени, было мнение, согласно которому нормы первобытного общества рассматривались только лишь как нормы морали» [27, 34]. Стоит добавить, что оно не просто преобладало, а носило характер едва ли не идеологического догмата, органично связанного с официальным этатизмом, не допускающим не связанного с государством права. Однако еще в рамках СССР иную позицию занял известный специалист по первобытной истории А.И. Першиц: «...Учитывая синкретность... основных правил поведения в первобытном обществе, более удачным представляется термин “мононорма”, отражающий такую синкретность» [31, 214]. У Высоцкого есть строки: «А мы все ставим правильный ответ и не находим нужного вопроса». Идея мононормы, во-первых, «переоткрыла» идеологически закрытый вопрос, во-вторых, содержала мысль о возможности хотя бы правовых **аспектов** в догосудар-

ственном регулировании, в-третьих, подчеркивала, что тот тип норм, которые мы сегодня называем моральными, также не является ровесником человеческого общества. Новация А.И. Першица стала шагом вперед и получила определенное признание, в том числе среди юристов⁹.

Сегодня понятие мононормы рядом авторов трактуется весьма вольно. Н.В. Варламова, например, пишет: «Мононормы первобытного общества во многом представляли собой не социальные нормы в собственном смысле слова, а естественные (аналогичные техническим) правила взаимодействия человека с живой и неживой природой и себе подобными» [14, 97]. Бесспорно, существовали и «технические» нормы, «предписывающие порядок действий при охоте, сборе плодов, обработке шкур, распределении пищи...»¹⁰ и т.п. Но было бы очень странно относить к «техническим» нормы, нарушение которых влекло смерть или изгнание. В качестве примера кардинально иной интерпретации можно указать позицию М.А. Капустиной, которая трактует мононормы как протоправо [19, 92], игнорируя (хотя и иначе, чем Н.В. Варламова) лежащую в основании понятия мононормы мысль о том, что последняя представляет собой «недифференцированное, синкретное правило поведения, которое не может быть однозначно отнесено ни к области права, ни к области нравственности с ее религиозным осознанием, ни к области этикета, так как соединяет в себе особенности всякой поведенческой нормы» [31, 215].

Многообразие интерпретаций мононормы не случайно. Оно является выражением того, что в действительности в догосударственном обществе имело место многообразие норм, сущностно отличных друг от друга и по происхождению, и по функции, и по механизму действия. Радует, что понимание этого обстоятельства сегодня нашло выражение и в ряде авторитетных учебных пособий. Так, в пособии «Проблемы теории государства и права» под редакцией М.Н. Марченко И.Ф. Мачин утверждает существование в догосударственный период права, а именно - обычного (оно же архаичное) права, понимаемого как «самостоятельный исторический тип права» [26, 328]. Т.В. Кашанина на основании тщательного анализа приходит к заключению о том, что мононормы, т. е. нормы не дифференцированные и не расщепленные на различные формы социальной регуляции первобытного общества, - «это научный вымысел, фантазия ученых, а не реальность» [20, 232].

Думается, что несмотря на некоторую положительную роль идеи мононормы в истории отечественной социальной науки надо согласиться с последним заключением. Следует отметить, что даже в сообществах высокоразвитых животных существуют, по крайней мере, два принципиально разных типа паттернов социального поведения: инстинктивные и предкультурные, то есть генетически не закрепленные, а выработанные самими животными и транслируемые от поколения к поколению через подражание и элементы обучения. Из того, что животное не рефлексирует их различий, никак не вытекает, что эти фундаментальные различия не существуют. Было бы очень странно думать, что система паттернов социального по-

⁹ Впрочем, назвать идею мононормы новацией можно лишь в контексте советской социальной науки. В действительности еще Н.М. Коркунов писал: «Первоначально право, нравственность, религия, приличие - все это смешивается воедино» [22, 30]. То же утверждал и Г.Ф. Шершеневич: «В неразвитом состоянии общества замечается однородность социальных норм, тогда как в дальнейшем ходе истории социальные нормы подвергаются закону дифференциации» [48, 161].

¹⁰ Там же.

ведения у людей догосударственного общества менее дифференцирована, чем у животных.

Идея монономии была бы адекватна картине постепенной равномерной эволюции догосударственного общества, не знавшей качественных скачков в своем движении вплоть до перехода к производящему хозяйству, образования классов, что и привело к распадению монономии, возникновению и права, и государства (как, к слову, и рассказывается до сих пор в некоторых учебниках¹¹). Однако эта наивная картина совершенно не согласуется с тем, что сегодня известно о древнейшей истории и предистории человечества.

А.И. Ковлер пишет, опираясь на данные антропологии и археологии: «История человеческого рода может брать свое начало с *homo habilis*... зарубежные авторы склонны квалифицировать *хабилиса* как “первое действительно социальное существо”... позволительно утверждать, что люди вышли из животного состояния 2-3 млн лет назад» [21, 107]. При этом он также справедливо отмечает, что «родовая организация оказывается старше *homo sapiens*»¹², считая, что ее начала «просматриваются уже в эпоху палеолита»¹³.

Считать ли *хабилиса* «действительно социальным», зависит от того, что означает это словосочетание. Но, во всяком случае, *хабилисы* не подозревали, что они всего лишь ступень антропогенеза, именно они были тогда «венцом творения», и их образ жизни (а значит, и способ организации сообщества) типологически отличался от животного¹⁴. Вообще, сущность социогенеза заключается в формировании устойчивых небиологических поведенческих паттернов (норм), в росте их числа, разнообразия, роли в организации поведения и в конечном счете в установлении стабильного доминирования над биологическими регуляторами (инстинктами). Поэтому лишь тех существ, у которых сформировалось такое стабильное доминирование, представляется разумным называть «действительно социальным». Но в любом случае история нормативности начинается с возвышением нашего предка над животным способом существования и насчитывает миллионы лет, и едва ли можно усомниться, что на ее протяжении возникали качественно новые типы норм.

В социальной науке давно утвердилось понятие социального института. В состав ядра социального института, обеспечивающего его воспроизводство, входит система норм. Как о социальном институте можно говорить о науке, образовании, религии, производстве и т.д. В качестве глобального социального института может рассматриваться и само общество, система основополагающих норм которого входит в ядро социального организма, обеспечивающее его сохранение сквозь череду сменяющих друг друга поколений. Каково нормативное ядро, таково и общество, и наоборот. Поэтому хотя и не все, но, во всяком случае, наиболее крупные исторические демаркации типов социальной организации, по-видимому, коррелиру-

ют с установлением новых типов нормативной регуляции. Излагаемая далее теоретическая конструкция как раз и посвящена такого рода историческому скачку, важнейшим компонентом и движущим фактором которого было становление права.

* * *

На определенном этапе эволюции сформировался тип небольшой¹⁵ человеческой общности, далее называемый «род». Во взаимоотношениях между родами господствовали страх, ненависть и месть. Множество историко-антропологических данных подтверждают реальность мрачной картины, которую яркими мазками набросал П. Сорокин: «На первых стадиях развития между группами существовала непримиримая вражда и постоянный антагонизм. Слово *чужероден* (*hostis*) было синонимом врага (*hostis*), которого должно было убить. Все “чужаки” были врагами, которых необходимо было уничтожать. Иначе говоря, все “чужаки” были самыми “опасными и нетерпимыми преступниками”, которых следовало наказывать самым нещадным образом» [37, 150].

Очевидно, что такой характер межродовых отношений был неслучаен, его не могло не быть. Историко-антропологическая фактология и объективная логика взаимно подтверждают друг друга. Чужим нужны те же блага, что и нам, при этом они опасней любого зверя, поскольку умней и видят в нас опаснейших конкурентов, подлежащих - если это возможно - устранению. Чужие — источник страшной опасности, сила, которую можно остановить только силой.

«Свой — чужой (враг)» - фундаментальная биологическая оппозиция, работающая там, где базовая самодостаточная единица может рассматриваться как целостная группа входящих в нее особей, способных к относительно автономному поведению. Признак или даже призрачный угрозы со стороны потенциальных конкурентов включает механизм, мобилизующий членов группы на отпор врагу. Такова, например, природа иммунитета, муравьиных войн или убийства самцами шимпанзе самца из другой группы, оказавшегося в зоне их контроля. Изначальный характер межродовых отношений был вполне адекватен этой универсальной логике взаимодействия конкурирующих сообществ. «На заре истории, мы видим, столкновения групп носят беспощадный характер. Победители почти поголовно убивают или съедают побежденных. В Полинезии побежденные поголовно истреблялись, не исключая жен и детей; те же сведения имеются о кафрах, краснокожих индейцах, древних персах, египтянах, евреях, греках, римлянах, магометанах и т. д.» [37, 151].

В природе равно опасные друг для друга существа по возможности избегают столкновения. Вероятно, первичные роды также практиковали стратегию избегания. *Критическая плотность конфликтов должна была возникать с обострением борьбы за ресурсы, которое могло быть вызвано более или менее случайными обстоятельствами или (и) заполнением людьми пригодных для обитания территорий. В этих условиях роды по отношению друг к другу неизбежно становились смертельными врагами: «род роду волк»; «война всех против всех»¹⁶; стремление к уничтожению конкурирующего рода «под корень».*

¹¹ См., например, [15].

¹² Там же.

¹³ Там же.

¹⁴ А.И. Ковлер в приведенной выше цитате непосредственно ссылается на работу *Western Civilizations: Their History and Their Culture*. L., 1984. Со времени ее выхода антропология, которая стремительно развивается, значительно продвинулась. Вводящий отечественный антрополог М. Бутовская утверждает: «Человеческая речь... стала развиваться раньше, чем предполагали антропологи. Можно считать установленным наличие оформленных мозговых центров Брока и Вернике уже у *H. habilis*. По мнению крупнейшего специалиста по ранним гоминидам Ф. Табайаса, зачатки центра речи прослеживаются у поздних австралопитековых...» [12].

¹⁵ «Средние размеры сообщества шимпанзе, бонобо и современных охотников-собирающих сходны (25 - 35 особей вместе с детьми), и нет никаких причин полагать, что размеры групп наших предков были иными» [12].

¹⁶ Отличие от описания Гоббса лишь в том, что субъектами этой войны выступали не малые семьи, а на порядок большие родовые группы, которые, возможно, исходно объединяли не людей современного вида, а более ранних антропоидов.

Что касается внутренней устойчивости рода, ее обеспечение имело два аспекта. Первый – «надвременной»: трансляция сквозь смену поколений самого способа родовой организации. Ключевую роль в этом играли сакральные механизмы, включая табу, а также язык, материальная культура и т.п. Второй – сохранение общности как группы конкретных сосуществующих людей. *Поскольку, как известно, «война усиливает внутреннюю сплоченность общества»* [35, 157], *то чем более жесткой и опасной становилась внешняя среда, тем более сплоченной становилась группа.* Основным механизмом выступало сопереживание, психоэмоциональное взаимопроникновение индивидов, формировавшее мощнейшее *мы*. Посягательство на сородича извне было для члена рода равносильно посягательству на него самого, боль другого воспринималась как собственная, принцип «один за всех, все за одного» работал как основополагающий¹⁷, что превращало группу в некий супер-организм¹⁸.

Г. Берман, Э. Аннерс, описывая формирование западноевропейского права, показывают его возникновение в сфере межродовых отношений. Однако к этому времени человечество уже давно прошло начальную «правовую школу», и сама социальная ткань сохранила необратимо укоренившиеся в ней предпосылки права и его простейшие элементы. Процесс первичного правообразования происходил несподручимо сложнее и дольше. Между тем близкую позицию, но применительно к начальным ступеням человеческой истории, развивает Ю.И. Семенов, один из немногих отечественных авторов, кто сумел разработать, начиная еще с непоколебимых советских времен, целый ряд по-настоящему оригинальных социальных концепций.

В отличие от А.И. Першица, своего коллеги по сектору древнейшей истории Института этнографии, Ю.И. Семенов выделяет три принципиально различных «формы общественной воли» в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право [36]. При этом первые две действовали внутри рода, а третья возникла как инструмент регуляции межродовых отношений. Семенов показывает, что изначально в случае межродового конфликта, вызванного, например, убийством члена рода кем-либо из другого рода, единственно возможным ответом была кровная месть. Далее он пишет: «Кровная месть могла вызвать ответную кровную месть и положить начало бесконечной череде убийств, которая в свою очередь могла привести к гибели обоих враждующих коллективов. Возникла необходимость установления каких-то правил... В результате возник знаменитый принцип... *талиона*. Он заключался в том, что ответный ущерб должен быть равен инициальному ущербу: око за око... В таком случае конфликт считается исчерпанным... потерпевшая сторона не имела права на возмездие. Так начало одновременно формироваться и понятие, и чувство справедливости. Когда одна сторона нанесла ущерб другой, произошло нарушение справедливости. Справедливость должна быть восстановлена... Понятие справедливости было важнейшим в обычном праве. Оттуда оно перешло в право, где сохранило

свое значение... В результате возникла новая форма регулирования отношений между людьми, отличная как от табуитета, так и от морали»¹⁹ [36, 11].

Важнейший момент, акцентированный Ю.И. Семеновым, состоит в том, что принцип соразмерности ответного ущерба инициальному, без которого невозможна юридическая ответственность, был абсолютно невозможен внутри первичного рода: «Когда один член рода убивал другого..., роду, безусловно, наносился ущерб. Но убить убийцу означало нанести роду еще один такой же ущерб» [36, 10]. Любый конфликт внутри рода – это трещина, нарушение его целостности. Задача разрешения конфликта вовсе не в юридическом стремлении «дать каждому “то, что ему причитается”»²⁰, а в восстановлении единства. А поскольку, как было сказано выше, целостность рода обеспечивалась эмоциональными связями, то процедура разрешения носила характер не юридического рассмотрения, а примирения – то же, что в семье стимулируют родители, если дети поссорились между собой²¹. Таким образом, то, что становление начал юридической²² регуляции имело место не внутри рода, между своими, а в межродовом пространстве противостоящих субъектов – это, не просто фактическая история, которая могла бы быть той или иной, но и сама логика правогенеза. Существен также и межродовой генезис начала справедливости, ошибочно относимой большинством отечественных юристов к моральной сфере²³.

В то же время построение Ю.И. Семенова содержит фундаментальный логический пробел: как могли «абсолютно враждебные группы»²⁴ выработать некие общие правила? Логика его такова: возникла необходимость ограничения мести – появилась талион. Однако из факта необходимости в чем-либо это что-либо автоматически не рождается²⁵. Если все со всеми находятся в отношениях войны, ненависти, страха, мести, а впоследствии вместо этого появляются правила, то ключевым оказывается вопрос именно о самой возможности установления правил²⁶. Именно в ответе на этот

¹⁹ Замечу, что Ю.И. Семенова не занимает проблема происхождения права, и то, что он назвал обычным правом, он не относит к праву, определяемому им традиционно для советского легизма.

²⁰ Формулировка Р. Давида [18, 379].

²¹ Так называемое примирительное право возникает значительно позже и представляет собой синтез моральных и правовых способов разрешения конфликта.

²² Или протояридической, пока терминология не существенна.

²³ То же касается и этиков. Некоторые из них договариваются до того, что и «талион несомненно следует рассматривать как правило нравственности» [8, 80] и даже до существования «этики кары» [там же, 83]. Отчасти это обусловлено административным упреждением в советские времена философии права и, как следствие, массовой безграмотностью и философов, и юристов в этой важнейшей сфере социогуманитарного знания. Замечу также, что морализация справедливости органична для этатизма, для которого словосочетание «несправедливый закон» имеет смысл как моральное. Если же справедливость есть юридическая категория, то в рамках этатизма это словосочетание окажется вообще бессмысленным.

²⁴ Выражение П. Сорокина [37, 150].

²⁵ Человеку, отравленному ядом, необходимо противоядие. Но его может не быть в принципе, тогда человек гибнет.

²⁶ Следует иметь в виду, что никаких «правил установления правил» (в данном случае типа белого флага, перемирия и т.п.) не существовало. Контакты с чужими были невозможны и, как минимум, табуировались. Табу на общение с иноплемениками сохранились до наших дней и описаны Дж. Фрэнклером [39, 222-228]. Как минимум – потому, что, например, шимпанзе практикуют групповой поиск и убийство одиноких чужаков, а охота за головами чужаков еще недавно встречалась у диких племен Новой Гвинеи [23].

¹⁷ В какой-то мере в качестве иллюстративного аналога может выступать современная семья.

¹⁸ Становление такой общности требовало полного преодоления неравенства в распределении пищи на основе доминирования и вообще формирования практик, при которых любое проявление антисоциального агрессивного поведения на внутригрупповом уровне становилось социально наказуемым и потому неадаптивным для индивида. Есть аргументированное мнение, что это произошло около 100 тыс. лет назад, о чем пишет М. Бутовская [13, 7-25] со ссылкой на работу Bohum C. *Hierarchy in the Forest*. Cambridge Mass. 1999.

вопрос лежит и ключ к разгадке тайны возникновения права.

Леви-Строс в знаменитой работе «Элементарные структуры родства» [1] разработал идею о том, что важнейшей и универсальной демаркацией, отделяющей социальную организацию от природной посредством «замены системы кровного родства биологического происхождения социальной системой отношений свойства» [24, 63], стала экзогамия. Не вдаваясь в неуместный здесь развернутый анализ этой идеи²⁷, сформулирую несколько более скромный тезис: весь период существования общества на земле разделен на два основных кардинально различных этапа; границей между ними выступает формирование экзогамии²⁸.

Представляется обоснованным широко распространенный (а в отечественной науке, пожалуй, общепринятый) взгляд, согласно которому первой экзогамной общностью стала дуально-родовая группа. При этом доминирует мысль о том, что ее образование стало выходом, обеспечившим биологическое воспроизводство человека, когда сформировалось внутриродовое половое табу. Таким образом, формирование полового табу оказывается первично, а экзогамия и дуально-родовая общность – вторичны. Соответственно, разными авторами предпринимались попытки объяснить половое табу из логики внутриродового функционирования и развития. Однако против каждой из выдвинутых версий сформулированы контраргументы, которые остаются без ответов²⁹. Полагаю, что так и останутся, ибо действительная логика формирования дуально-родовой общности, вероятно, была прямо противоположной.

За переходом от монородовой к дуально-родовой организации стояла гораздо более глубокая и сильная логика общесистемной эволюции. В общем виде она состоит в том, что на базе распространения некогда новых единиц (атомов, клеток и т.п.) и их превращения в среду (часто конкурентную) друг для друга формируется следующий онтологический уровень, по отношению к которому предыдущие единицы выступают структурными элементами: над атомами надстраиваются молекулы, над одноклеточными – многоклеточные. Подобным образом и род вошел как «кирпичик» в более сложное образование, построенное уже на иных связях.

Конечно, эта общая тенденция всегда детерминруется конкретными специфическими факторами. В данном случае имело место эволюционное давление в направлении укрупнения группы, обусловленное внешним вызовом – ужесточением конкуренции с другими группами. Такие факторы, как развитое вооружение, тактика ведения боя и т.п., возникли намного позже, поэтому решающим параметром, обеспечивавшим преимущество в «войне всех против всех», было численное превосходство. Но те связи, которые обеспечивали целостность рода, не могли

удержать общности существенно большего размера. Следовательно, необходимы были новые механизмы, надежные скрепляющие роды друг с другом в единое целое. Эволюция должна была решить свою, в общем, обычную задачу – найти в имеющемся материале (в данном случае в материале человеческой природы и ранней культуры) предпосылки механизма, способного обеспечить очередной шаг онтологического прогресса, «состыковать» их и заставить механизм работать.

Первой, природной, предпосылкой выступила разделенность человеческого вида на два пола, необходимым образом обеспечивающая связь пары обособленных индивидуальных субъектов в качестве условия биологического воспроизводства. Ее трансформацию в механизм, так же необходимо требующий для рождения детей связи пары **групповых** субъектов (родов), обеспечил институт табу, уже сложившийся как внутриродовой и практически не уступающий в жесткости природным регулятор поведения, который и стал второй, культурной, предпосылкой. Синтез этих двух начал привел к формированию полового табу, которое превратило природную половую разделенность в абсолютный межродовой социальный скреп, обеспечивший единство новой человеческой общности. Утвердившись, оно стало непреодолимым препятствием возврату к обособленно-родовой ступени.

Излагаемая здесь гипотеза, которую, видимо, можно назвать гипотезой военного союза³⁰, актуализирует два основных вопроса. Первый: *как могли происходить первые «пробы» в стене вражды и страха между двумя родами, открывшие возможность возникновения этого союза? Второй: как обеспечивалась устойчивость единицы социальной организации нового типа – дуально-родовой общности?*

Что касается первого вопроса, то пока с уверенностью можно сказать только одно: новая форма организации могла начать «вкрапливаться» в монородовой мир, существовавший многие десятки тысяч лет, лишь в условиях его жесточайшего кризиса. Вероятно, новый мир формировался из осколков старого, причем, возможно, в прямом смысле слова: дуально-родовые группы могли возникать из уцелевших после столкновений остатков родовых групп, малых, может быть однополых, не способных к самовоспроизводству. При этом вполне логично, что именно сексуальное влечение, носящее природный характер и само по себе безразличное к формам социальной организации, послужило основанием дуально-родовой конструкции. Историческая конкретика могла быть различной. Фундаментальные тенденции находят разные способы своей реализации. В периоды кризисов всегда актуализируются альтернативные возможности связей, в том числе ранее возникавших, но вытесненных установлением доминирующего способа организации. Ослабление доминирования открывает возможность формирования новых конструкций. Сначала они периферийны и малоустойчивы, но, сумев в условиях кризиса формы-доминанта проскочить хрупкую стадию, не раздавленные этим доминантом, они развертывают свой потенциал, вытесняя прежде господствовавшие структуры.

Второй вопрос гораздо более важен. Если первый касается конкретики, которая могла быть одной или другой, более или менее случайной, то механизм обеспечения устойчивости – это уже социально-историческая логика. Для ответа на него рассмотрим подробнее ряд аспектов отношений между двумя частями дуального целого.

²⁷ К сожалению, она практически не воспринята российской социальной наукой – ее не оспаривают и не поддерживают, о ней не дискутируют, как будто ее не существует.

²⁸ Нечто подобное имело место в истории живой природы: скачок от доядерных к ядерным организмам произошел через симбиоз доядерных клеток, взаимопользность которых позволила эволюции прочно «завязать» их друг на друга и создать новый уровень жизни. Этот переход справедливо считается вторым по значению – после самого появления жизни – событием в биологической эволюции и самой глубокой демаркацией в мире живого, последующий прогресс которого происходил уже только на базе ядерных клеток.

²⁹ Позволю себе, экономя место, отослать читателя к другим работам, где эти аргументы представлены развернуто. См., например, [45; 46].

³⁰ Впервые ее основные моменты изложены мной в работах [42; 47].

Согласно Леви-Стросу, отношения между двумя половинами дуальной общности выражаются «как в тесном сотрудничестве, так и в скрытой вражде, причем обычно оба эти типа поведения объединяются» [24, 16]. В силу отсутствия у представителей родов-партнеров той степени эмоционального единства, которое характерно для одного рода, ситуативные конфликты между ними не были чем-либо исключительным. Однако теперь последствием таких конфликтов уже не могла быть развертывающаяся схема бесконечной межродовой мести. Что могло ее блокировать? Во всяком случае, не интеллектуальное осмысление неразрывной взаимозависимости родов: стороны не понимали характера этой зависимости, т.к. связь между половым актом и деторождением была осознана не поставимо позже.

Существует восходящая к Э. Тейлору точка зрения, согласно которой женщины, будучи сестрами по отношению к одному клану и женами по отношению к другому, выступали в роли «мирителей». Это могло иметь место, но лишь применительно к мелким **межиндивидуальным** конфликтам, а никак не к тем, которые были связаны со значительным **ущербом для рода**. Во-первых, статус «мирителей» был недостаточен для разрешения межродового конфликта; безусловно, в принятии решения должны были участвовать лидеры родов. Во-вторых, если бы единственным способом выхода из конфликта, даже крупного, связанного, например, с убийством, было примирение, это означало бы, что группа является моно-, а не дуально-родовой. Причинение значительного вреда со стороны представителей одного рода другому не могло оставаться для первого без последствий.

Гипотеза, которая, кажется, дает ответ на вопрос о тормозящем межродовую месть механизме, состоит в том, что **члены каждого из родов, находясь в зоне рода-партнера, оказывались в качестве потенциальных заложников**. Вполне вероятно, что это были именно женщины, которые из «мирительниц» в мелких конфликтах могли превращаться в заложниц, когда разговор шел «по крупному».

Заложничество имело место у древних греков, римлян, иудеев, вавилонян, его применяли японские сёгуны и золотоордынские ханы, и этот ряд легко продолжить. Оно использовалось как гарантия возвращения имущественного долга, как фактор принуждения к окончанию войны, как средство удержания в подчинении побежденных народов или укрепления государственной «вертикали власти» и др. Полифункциональность заложничества, его историко-географическая универсальность, присутствие в практически не взаимодействовавших друг с другом культурах свидетельствуют о его появлении в период формирования самых глубоких оснований человеческого мира.

Заложники выступают своего рода «болевыми точками» субъекта, отчужденными от него самого 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. Даже краткосрочное насильственное заложничество (захват) обеспечивает паузу, вклинивающуюся в точку «лобового столкновения», разрывает «короткое замыкание»³¹, позволяя одним и вынуждая других вести переговоры. Разумеется, есть разница между захватом залога и добровольным залогом. Однако грань между ними зыбкая. Интересен в этом контексте проведенный И. Хейзингой этимологический

анализ, позволяющий обнаружить единый корень и выстроить удивительный смысловой ряд из таких понятий? как «опасность», «подвергать опасности», «залог (заложник)», «принуждение», «долг», «обязательство» [40, 54]. В отличие от захвата межродовой взаимный человеческий залог был перманентным.

В этом контексте следует обратить внимание на коренное отличие залогового договора, в том числе в его действующих сегодня формах, от всех остальных договоров и вообще от организации принуждения через государство в современном цивилизованном юридическом мейнстриме. Выражая точку зрения последнего, Г. Радбрух писал: «Не договор обязывает, а закон обязывает по договору» [33, 161]. Вопреки этому залоговый договор **в самой своей структуре, внутри себя** содержит принуждение, без всякого государства. Современный залоговый договор – трансформировавшийся реликт древнейшего залога – сохранил догосударственную, ставшую внесударственной, хотя и санкционированной государством, форму принуждения. Древнейший межродовой взаимный залог, предметом которого выступали живые люди, стал **исторически первой формой институционализации принуждения** во взаимоотношениях автономных субъектов.

Несмотря на то, что дуально-родовая организация в ее исходном виде давным-давно ушла в прошлое, некоторые ее отголоски сохранились и сегодня. Так, у аборигенов австралийских племен, живущих вокруг озера Эйр, имеется специальный обычай «копара» («долг»), с помощью которого ведется учет всех «долгов», возникающих во взаимоотношениях между членами двух половин племени, причем «копара» могут взаимно приравниваться одна к другой и взаимно аннулировать. При этом право кровной мести может быть удовлетворено указанием на какую-нибудь старую, не возмещенную еще «копару». В таком случае конфликт улаживается, в ознаменование чего происходит временный обмен женами между членами обеих групп, который означает, что смерть не будет отомщена [6, 78].

Современный залоговый договор носит акцессорный (дополнительный) характер, гарантируя соблюдение некоего основного договора. То же можно сказать и о древнем межродовом взаимном человеческом залоге. Что же было предметом основного договора? Этим предметом являлась процедура разрешения конфликта, пришедшая на смену неограниченной мести. Это была **переговорная** процедура.

Целью переговорной процедуры могло быть установление хода событий, виновника, определение санкции и в конечном счете восстановление нарушенного справедливого социального порядка. Инструментом разрешения конфликта вместо заблокированной страсти мщения стал бесстрастный **рассудок**, рациональное **обсуждение** или **суд**. «Функция судебного процесса, - как верно отмечает П. Рикёр, - состоит в том, чтобы заменить насилие дискурсом» [34, 654]. Если та или иная сторона не имеет возможности действовать силой аргумента, она будет стремиться действовать аргументом силы. Такова **идея** суда, осуществление которой призвана обеспечивать судебная процедура, а именно она должна обеспечивать каждой стороне конфликта **возможность предоставить свои аргументы. На смену логике оружия в качестве инструмента разрешения конфликта пришло оружие логики**.

Коротко говоря, можно сказать, что залог гарантировал **договор о суде**, т.е. судебный порядок рассмотрения конфликта. С формированием дуально-родовой общности возник принципиально новый тип социальной регуляции, отличный как от внутриродового братства и примирения в случае конфликтов, так и от перманентной межродовой готовности к войне, переходящей в случае конф-

³¹ Терминология П. Рикёра.

ликта в войну реальную. Центральным звеном этого типа регуляции стал суд, причем не только реальный, но и потенциальный – перспектива суда в случае конфликта, наличие которой стало важным регулирующим поведение фактором. Это был первый общественный договор, который, в отличие от того, что считали классики, носил не многосторонний, а двусторонний характер. В качестве его субъектов выступало не неопределенное множество человеческих индивидов или малых семейных групп, а два «завязанных» друг на друга рода. И это был договор не о государстве, ненужном двум родам, а о суде. Его содержанием выступало, во-первых, обращение к суду в случае конфликта, во-вторых, исполнение решения суда, каким бы оно ни оказалось.

Подобно тому, как понятие суда предполагает наличие договора, понятие договора предполагает наличие суда как процедуры, предусмотренной на случай неисполнения договора. Начала суда и договора взаимно предполагают друг друга.

Существенными характеристиками договора о суде выступают его общий характер, обязательность исполнения и действие вне зависимости от возникновения или прекращения конкретных судебных решений, что в совокупности означает, что первичный договор являлся нормативным.

Итак, новый тип социальной регуляции 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 не о конгломерате разных регуляторов, а о едином механизме – **механизме юридической регуляции**. Везде, где есть эти четыре взаимосвязанных компонента, наличие юридической регуляции ни у кого не вызывает сомнений. Везде, где существует система юридической регуляции, эти компоненты присутствуют³². Более того, последующее развитие юридической регуляции не принесло ничего типологически нового, хотя, разумеется, появлялись новые типы и расширялся круг субъектов юридических отношений, менялось содержание норм, возникали специализированные структуры, берущие на себя выполнение исходных и атрибутивных юридической регуляции функций: парламент, суд, полиция и т.п.

Г. Гроцию приписывается понимание естественного права как предопределенного вечными законами разума. Гроций фактически вел речь о материальном праве, о существовании столь фундаментальных материально-правовых аксиом, что даже Бог ничего не в состоянии сделать с ними, «подобно тому как Бог не может сделать, чтобы дважды два не равнялось четырем» [17, 72]. Сегодня мы знаем, что таких аксиом нет. Однако процедуру суда конституируют не апелляции сторон к тем или иным якобы незыблемым материально-правовым основаниям, даже не характер используемой ими логики, которая также зависит от историко-культурных обстоятельств. Суд конституирует само обращение к рациональному дискурсу, независимо от его содержания и форм. Суд в его общем определении есть **чистое рассудочное начало, вне его материальной и даже формальной конкретики**, представленное противостоящими друг другу рациональными субъектами.

Хотя нормативный договор о суде и представляет собой своего рода *alter ago* по отношению к судебной процедуре, тем не менее, начало договора высвечивает такие существенные моменты юридической регуляции, которые в самом по себе суде не очевидны. При этом дого-

вор о суде входит в снятом виде в состав любого договора, представляет собой договорное начало как таковое, независимо от его конкретного содержания, так сказать **чистый договор** или априорную форму договора, которая предшествует всякому конкретному договору не только хронологически, но и логически.

Общим условием существования договора является **договороспособность** сторон. Она предполагает, что стороны способны в случае нарушающего договор конфликта действовать сообразно не порождаемым нарушением эмоциям мщения, а договору о суде, требующему обращения к судебной процедуре. Таким образом, договор предполагает, что каждая из его сторон обладает способностью самопринуждения, то есть способностью подчинять себя. При этом «подчиняемым» выступает начало эмоциональное, а «подчиняющим» – начало установленное, выступающее в виде некоего вербально зафиксированного правила.

Вообще говоря, установление – удивительная вещь. Пока договор обсуждается, никаких детерминирующих поведения интенций из него не вытекает. Каждая сторона свободна и может в любой момент прервать переговоры. Но в какое-то мгновение все меняется коренным образом. Стороны добровольно ограничивают свою свободу, беря на себя некие обязательства, и возникает регулятор, несущий в себе начало необходимости, то есть закон. Начало необходимости в договоре возникает как результат взаимно- и самоограничения свобод.

Природа соблюдения договора лежит в том, что соблюдая договор, сторона конституирует и утверждает себя в качестве договороспособного субъекта. На этапе становления юридической регуляции соблюдение договора гарантировалось самым жестким принудительным образом – через живой человеческий взаимный залог. Однако по мере ее развития принудительное начало все более интериоризируется. Принуждающей инстанцией уже не обязательно оказывается внешний силовой субъект, может быть достаточно эффективного механизма самопринуждения, не позволяющего поведению субъекта выйти за пределы установленных и вербально сформулированных в договоре ограничителей. Именно поэтому межгосударственные отношения на основе договоров носят юридический характер, хотя, казалось бы, здесь сегодня нет принуждения ни в виде живого залога, ни в виде работы специализированной надгосударственной структуры – государства государств. Здесь начало принуждения пошло не по пути мирового левиафана, а по пути интериоризации.

Вообще, юридическое субъекта конституирует его участие в работе того единого механизма, который формируется четырьмя эксплицированными выше моментами: договор, суд, нормативность, принуждение. Каким способом некоторая единица внутри себя организует свою способность выступать для внешнего мира в качестве субъекта юридических отношений – ее внутреннее дело, и здесь возможны самые разные варианты. Для рода – одни способы, для предприятия – другие, для страны – третьи, и т.д. Так, внутри страны могут быть чрезвычайно слабо выражены юридические начала, но она может выступать полноценным юридическим субъектом в системе международных отношений.

И хотя юридическая регуляция изначально формируется сообразно логике межродовых отношений, ее становление уже исходно предполагает некоторое проникновение внутрь рода, т.к. род, заключив внешний договор, становится обязан требовать его соблюдения и от своих собственных членов. Внутриродовые отношения также оказываются опосредованы законом, члены рода начинают становиться относительно друг друга юридическими

³² Впрочем, в некоторых, по выражению Г. Харта, «пограничных случаях» принуждение на первый взгляд отсутствует, например, в международном праве. О причинах этого речь пойдет дальше.

субъектами, а тем самым перестают быть исключительно «своими», взаимоотношения которых регулировались моралью, превращаясь в какой-то степени в «чужих»³³.

Превращение индивидов в субъектов юридических отношений требовало, чтобы индивид становился носителем соответствующих способностей. На индивидуальном уровне рациональная регуляция поведения неразрывно связана с волевой. Если рассудок определяет содержание поведения, то воля выступает началом, инициирующим или блокирующим то или иное действие. В отличие от эмоционального действия, осуществляющегося спонтанно, волевое действие предполагает внутреннее принуждение. Историческое становление воли как индивидуальной способности внутреннего принуждения есть результат интериоризации принуждения внешнего, формирующегося в рамках становления юридической регуляции.

При проецировании требований юридической регуляции на индивида, соответствующие способности которого обеспечиваются не социальной, а психической организацией, высвечивается еще один важный момент: договороспособность требует себестождественности человеческого индивида не как организма, а как социального и психического субъекта, непрерывно несущего в себе всю совокупность своих обязательств и отвечающего за их нарушения. Не могу не процитировать в этом контексте мысль М. М. Бахтина: «Что же гарантирует внутреннюю связь элементов личности? Только единство ответственности... Личность должна стать сплошь ответственной: все ее моменты должны не только укладываться рядом во временном ряду ее жизни, но проникать друг друга в единстве вины и ответственности» [10]. Таким образом, формирование договороспособности сопряжено с формированием единства человеческой личности – комплекса Я.

Современный человек как человек рациональный, волевой, себестождественный и ответственный формируется со становлением юридической регуляции. Замечу, что все эти характеристики в полной мере присущи **взрослому** человеку. В древних культурах переход во взрослость осуществлялся через процедуру инициации (зачастую сопровождавшуюся присвоением нового имени). Сегодня нечто подобное выражается через категорию совершеннолетия. До инициации (совершеннолетия) перед нами человек, каким он был в доюридической стадии истории, и только после нее он становится полноценным субъектом социальных отношений, тождественным себе, ответственным за себя и свои действия.

Итак, юридическая регуляция возникает с формированием двустороннего межродового нормативного договора, гарантируемого взаимным живым залогом. Механизмы юридической регуляции участвовали в конституировании самой ткани социальности, в завершении перехода демаркационной полосы, отделявшей ее от природы. Они формировались вместе с этой тканью как ее имманентная составляющая и представляют собой явление не надстроечное, а принадлежат к наиболее глубоким основаниям человеческого мира. Формирование права как нового типа регуляции поведения выступило стороной и фактором перехода от эндогамии к экзогамии – крупнейшего скачка в истории людей на земле, представлявшего собой не только переход к новому типу социальной организации, но и к новому человеку. Образовав собой последние компоненты фундамента современного социокультурного мира, право на этапе своего формирования стало завершением социогенеза и антропогенеза. При этом последнее не вызывает сомнения в аспекте психической конституции, но есть основания предположить, что и фи-

зическое конституирование современного человека, которого сегодня принято обозначать как *homo sapiens sapiens*, также происходило в процессе становления права.

Список литературы

1. Levi-Strauss C. *The elementary structures of kinship*. Boston, 1969.
2. Reisman W. M. *Law in Brief Encounters*. Yale University Press, 1999.
3. Rottleuthner H. *Foundations of Law // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. V. 2., Dordrecht: Springer, 2005.
4. Schooten J. van & J.M. Verschuuren (Eds.), *The State Legislature and Non-State Law*, 2008; и др.
5. *Western Civilizations: Their History and Their Culture*. L., 1984.
6. Абрамян Л. А. Типы симметрии и человеческое общество // *Семантика и проблемы коммуникации*: Сб. ст. Ереван, 1981.
7. Алексеев С.С. *Право*. М., 1999.
8. Апресян Р.Г. *Талион и золотое правило // Вопросы философии*. 2001. № 3.
9. Байтун М.И. *Сущность права*. М., 2005.
10. Бахтин М.М. *Искусство и ответственность* // <http://philologos.narod.ru/bakhtin/rublerqog.htm>.
11. Бергель Ж.-Л. *Общая теория права*. М., 2000.
12. Бутовская М. Л. *Эволюция человека и его социальной структуры // Природа*. 1998. № 9.
13. Бутовская М.Л. *Мы и они: эволюция социальности в отряде приматов и проблема происхождения человеческого общества* // *ОПУС: Междисциплинарные исследования в археологии*. Вып. 1-2. М., 2002.
14. Варламова Н.В. *Правотворчество и правообразование // Правотворчество и законность*. М., 1999.
15. Венгеров А.Б. *Теория государства и права*. М., 2000.
16. Гоббс Т. *Левифан* // *Сочинения в двух томах*. Т. 2. М., 1991.
17. Гроций Г. *О праве войны и мира*. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М., 1994.
18. Давид Р., Жоффре-Спинози К. *Основные правовые системы современности*. М., 2003.
19. Капустина М.А. *Право, общество, государство* // *Правоведение*. 2008. № 5. С. 92.
20. Кашанина Т. В. *Происхождение государства и права*. М., 2008.
21. Ковлер А.И. *Антропология права*. М., 2002.
22. Коркунов Н.М. *Лекции по общей теории права*. СПб., 1909.
23. Костинский А. *Интеллект животных: войны обезьян и логика крыс* // <http://svobodanews.ru/Article/2006/08/10/20060810145901753.html> 3.11.2008.
24. Леви-Строс К. *Структурная антропология*. М., 2001.
25. Лейст О. *Сущность права*. М., 2008.
26. Мачин И.Ф. *К вопросу о происхождении права // Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н. Марченко*. М., 2001.
27. Навих С.И. *Нормативная система догосударственного общества и переход к государству // Юридическая антропология. Закон и жизнь*. М., 2000.
28. Нерсисянц В. С. *Общая теория права и государства*. М., 1999.
29. Нерсисянц В.С. *Философия права*. М., 2005.
30. Овсепян Ж.И. *Государственной принуждение как правовая категория // Государство и право*. 2007. № 12.
31. Першиц А. И. *Проблемы нормативной этнографии // Исследования по общей этнографии*. М., 1979.
32. Пэнто Р., Гравитц М. *Методы социальных наук*. М., 1972.
33. Радбрух Г. *Философия права*. М., 2004.
34. Рикер П. *Память. История. Забвение*. М., 2004.
35. Рулан Н. *Юридическая антропология*. М., 2000.
36. Семенов Ю.И. *Формы общественной воли в классовом обществе: табуитет, мораль и обычное право // Этнографическое обозрение*. 1997. №4 (июль-август).
37. Сорокин П.А. *Общая социология // Сорокин П.А. Человек. Цивилизация. Общество*. М., 1992.
38. Сырых В.М. *Логические основания общей теории права*. Т. 1. *Элементный состав*. М., 2004.
39. Фрэнгер Дж. *Золотая ветвь*. М., 1980.
40. Хейзинга Й. *Homo Ludens. В тени завтрашнего дня*. М., 1992.
41. Четвернин В.А. *Введение в курс общей теории права и государства*. М., 2003.
42. Шалютин Б.С. «Grundpakt» вместо «grundnorm», или к вопросу об основании юридического // *Вестник Курганского университета. Серия «Гуманитарные науки»*. Вып. 2. Курган, 2006.
43. Шалютин Б.С. *Закон, юридический закон и общественный договор // Вопросы философии*. 2006. № 11.
44. Шалютин Б.С. *О некоторых основополагающих характеристиках моральной (сопереживательной) регуляции поведения // Вестник Курганского университета. Серия «Гуманитарные науки»*. Вып. 3. Курган, 2007.
45. Шалютин Б.С. *О собственной, непрямой, природе юридической регуляции (против позитивизма и юснатурализма) // Философия права в России: Теоретические принципы и нравственные основания*. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2008.
46. Шалютин Б.С. *Экзогамия: тайна происхождения и роль в конституировании человека // Саливоника*. Курган, 2009.
47. Шалютин Б.С. *Юридическое как первоначало надродового уровня социальной организации // Философия права в России: теоретические принципы и нравственные основания*. СПб., 2007.
48. Шершеневич Г.Ф. *Общая теория права*. Вып. I. М., 1910.

³³ Подробнее об этом см. [43; 44].