

гическими представлениями и религиозными ритуалами. Так, А. Элькин отмечает: “Если какой-либо обычай не упоминается в мифе, то на него смотрят как на дело рук человеческих и не придают ему большой важности. Напротив... если сочтут нужным ввести новые обычаи, то их свяжут с мифологией и таким образом сделают священными и будут рассматривать как санкции” [3, 183]. Многие западные исследователи объединяют все поведенческие нормы первобытного общества под названием обычного (традиционного) права (*customari law, folk law*).

Юристы СССР и этнологи поступали более осторожно, различая в процессе становления нормативного порядка архаичных обществ две группы социальных норм: мононормы и нормы обычного права [4, 210]. В последнее время происходит постепенное признание за обычаями первобытных обществ правовых характеристик. Так, Г. И. Муромцев отмечает, что “обычай может считаться правовым как в силу санкции государства, так и вследствие признания его “своим” известной этнической общностью, племенем, кастой и т. д. То, что современный юрист не считает правом, порой рассматривается таковым с традиционных позиций” [5, 100]. Другие ученые также признают возможность безгосударственного действия права на ранних стадиях его становления [6, 72]. Отличие традиционного права от современного можно видеть в специфическом понимании источников права и установленной между ними иерархии: обычай играет здесь основную роль. Источниками права в традиционных обществах считаются также “мифические законы” (юридические правила, порожденные мифами) и архаичные судебные прецеденты [7, 58].

Нормы обычного права, как правило, диктуют способы урегулирования конфликтов, которые возникают при нанесении ущерба одной из сторон. Б. Малиновский, изучавший общество аборигенов Австралии, отмечал, что их право выражается не в фиксированных нормах, а в процессах разрешения конфликтов. В работе “Преступление и обычай в диком обществе” ученый использовал вместо нормативного анализа процессуальный метод для изучения обычного права туземцев [8]. При подобном подходе усилия исследователя направлены на анализ конкретных дел (развитие конфликтных процессов и урегулирование спора). Использование процессуального анализа (и его теории “*living law*”) позволяет выявлять реальную и идеальную стороны права, ибо решение по одному делу становится моделью решения подобных споров в будущем [9, 47]. Многие юристы, сторонники традиций прецедентного права, признают важность такого подхода к изучению обычного права. В настоящее время главным направлением в этой области становится тема конфликтных процессов в архаичных обществах. Исходя из этого, можно утверждать, что обычное право аборигенов Австралии является прежде всего правом уголовным, поскольку любое покушение на сложившийся социальный порядок воспринимается как вызов всему обществу. Ущерб, нанесенный социальной гармонии, есть первоначально единственный и абсолютный пункт такого состава преступления. Поэтому в традиционном уголовном праве не превагирует репрессивное начало, так как санкции несут в основном реститутивный характер. В архаичном сознании идея восстановления справедливости понимается как возобновление равновесия, нарушенного преступными действиями. Это предполагает не возмещение ущерба пострадавшему, а восстановление паритета между субъектом и объектом конфликта.

Для объяснения сущности обычного уголовного права важным представляется исследование двух аспектов. Это проблема классификации конфликтов и выделения видов преступлений, а также установление форм разрешения конфликтов и типологии наказаний.

В традиционном обществе Австралии различают два вида конфликтов: внешний (открытое столкновение) и внутренний (сохранение социального порядка). К так называемым межплеменным преступлениям (внешним конфликтам) можно отнести следующие: недозволенное пересечение границ территории чужого пле-

мени, причинение “обида” в форме убийства, колдовства, похищения женщин чужого племени, осквернение священных мест, кража ритуальных предметов, оскорбление тотемических животных племени и др. Внутриплеменные преступления могут быть сведены к двум основным типам. Прежде всего по степени тяжести выделяются проступки в форме греха, т. е. нарушения священных предписаний. Появление последних связывается с эрой мифологии, “Временами Сновидений” (Dream Time). В мифах о высших креативных существах (Отцах всех) говорится, что именно они придали миру форму, организовали основные социальные институты и провозгласили законы-заповеди. Эти небесные существа хронологически предшествовали тотемическим героям, чей дух привязан к земле и покровительствует определенному племени или клану. Они также участвовали в создании всех канонов человеческого поведения, установлении моделей жизни и законов аборигенов. Поэтому места рождения и последнего отдыха этих героев считаются важными священными центрами. К подобным местам, отмечает Т. Г. Х. Штрелов, могут приближаться только посвященные и лишь по случаю специальных церемоний. В любое другое время эти места необходимо избегать под страхом смерти, так как для членов данной тотемической группы они священны (“дарагу”) и табу (“гунбу”). Таким образом, серьезным религиозным преступлением считается незнание мифологической географии и нарушение правил посещения сакральных мест. Преступным объявляется также несоблюдение правил ритуальных обрядов и церемоний. У аборигенов существует сложная организация обрядовой деятельности, в которой отдельные группы отвечают за определенные обрядовые циклы. Причем некоторым членам группы (в зависимости от пола, возраста и вида ритуалов) вообще запрещено под страхом наказания участвовать или быть зрителем на какой-то обрядовой церемонии. К религиозным преступлениям также относятся нарушения священных предписаний о порядке семейной жизни, в частности, экзогамных запретов. Так, если мужчина решился на кровосмешение или на похищение женщины из запретного для него брачного класса, несмотря на повторные предупреждения сородичей, то его подвергают наказанию в виде смертной казни. К этой же группе преступлений против “брачных законов” относится насильственное похищение чужой жены (в том числе “похищение” с помощью колдовства и гипноза), а также добровольный побег с другим мужчиной (супружеская измена в узком смысле). Обычай австралийских племен под страхом смерти велит возвратиться таким беглецам в первый день после побега. При неподчинении они рассматриваются как преступники, им грозят преследование и месть племени [9,105]. Наконец, религиозными преступлениями считаются насильственные или магические действия, направленные против обрядового лидера или знахаря племени, соблазнение жен руководителей священных обрядов, убийство беременной женщины, так как в ней уже поселился дух-ребенок.

Вторая группа внутриплеменных преступлений состоит из преступлений в сфере социальных отношений (в основном проступки против отдельных лиц) и в сфере имущественных отношений. Аборигены уделяют достаточно внимания материальной собственности, и в рамках тотемических сообществ лишь культовые предметы составляют не индивидуальную, а общую собственность [9,100].

Существуют определенные различия между проступками, которые “подсудны” совету племени, и проступками, которые разрешаются частным порядком. К группе преступлений, наказуемых обществом и входящих в сферу общественного “правосудия” аборигенов, можно причислить преступления против племенных органов власти и социального порядка. Речь идет о следующих нарушениях: вооруженное нападение других племен (племенной разбой), разглашение секретов совета племени, посягательства на жизнь вождя, неподчинение его приказам, нарушение правил раздела добычи, недозволенное использование оружия на стоянке, убийство, колдовство, похищение женщин, серьезное нарушение норм морали и т. п.

Все незначительные конфликты рассматриваются как дело частное, где меру возмездия определяют заинтересованные лица и их близкие родственники. В данном случае имеются в виду такие проступки, как супружеская измена, мелкая кража, оскорбление, клевета, нарушение правил раздела добычи в семье, отказ воспитывать детей, телесные истязания и т. п.

Переходя к рассмотрению еще одной проблемы обычного уголовного права, речь пойдет о способах разрешения конфликтов, возникающих вследствие совершения тех или иных проступков. В зависимости от количества участников и стадии развития конфликта аборигены Австралии могут использовать три варианта его разрешения. Когда ставится цель избежать столкновения путем примирения, возможно проведение двусторонних переговоров, часто с привлечением посредников. У некоторых племен Австралии такая процедура ликвидации конфликта с последующим заключением мирного союза сопровождается различными обрядами, например проведением поединков-дуэлей, всякого рода “замирительных церемоний”, ритуальных обменов женами и т. д. Однако данный вариант урегулирования конфликта может привести и к применению негативных санкций (наказаний). Два других способа разрешения конфликта, используемые в случае наметившегося прямого столкновения между сторонами, связаны с применением системы возмездия (мщения) или открытого насилия (войны).

Следует отметить, что при сложившейся системе наказаний, поскольку она неодинакова для различных областей Австралии, затруднительно избрать единое основание классификации. С учетом этого наиболее приемлемы следующие три подхода к типологии наказаний в обычном праве аборигенов. По степени тяжести негативные санкции могут быть дифференцированы на несколько видов: применение системы мести (убийство в отмщение, магическая месть); телесные и членовредительные наказания; сакральные наказания; выплата композиции; порочащие наказания или психологические санкции (порицание, осмеяние, порочащие сплетни); изгнание из рода или из племени. Первый вид — это различные способы исполнения мести во всех ее эволюционных проявлениях. Вопросу генезиса и сущности этого древнего социального института посвящено много научных исследований. Есть ли это некое дрящеющее состояние межплеменной вражды, войны без границ во времени и пространстве, или это отдельные единичные акции, походы кровной мести, либо это только один из многих, но самый типичный для психологии аборигена мотив поведения? Является ли месть разновидностью наказания в виде легализованного убийства (смертной казни) или примитивное убийство в отмщение как самостоятельное преступление? Многие исследователи склонны излишне юридизировать кровную месть, хотя и обоснованно пытаются вывести из нее дальнейшее развитие уголовно-правовых институтов. Н. Рулан делает два интересных вывода: “С одной стороны, месть не является диким импульсом, ее осуществление проистекает из целого комплекса четко отработанных механизмов — системы возмездия. С другой стороны, мера наказания не является завершением процесса развития, начинающегося с мести: наказание и месть существуют в любом обществе, будь то общество традиционное или современное” [1,172]. Если институт наказания основан больше на идее исправления преступления, то месть — на идее “расплаты” за него, исходящей из принципов обмена и взаимности. Однако в традиционных обществах существует различная степень контроля за этим явлением. Так, у некоторых племен Австралии совершение убийства приводит к кровной мести, принимающей чрезмерные формы, открытые насильственные столкновения. В группе племен с полуострова Арнемленд, имевших ранние контакты с более развитой мусульманской цивилизацией, существует контролируемая месть, подчиняющаяся точно установленным правилам [8,26].

Одним из способов мщения, используемых австралийскими аборигенами, является применение колдовства, или магической мести. Открытым и малоизучен-

ным остается вопрос о социальном значении и механизме действия подобного религиозного убеждения. Вера в колдовство используется и как средство социального контроля, и как средство достижения личных, часто преступных целей. Аборигены воспринимают магическую сторону колдовства как совершенно реальную, что приводит к фатальным исходам. Так, Р. М. и К. Х. Берндты отмечают, что ситуации, в которых абориген теряет волю к жизни, узнав, что его выбрали жертвой вредоносной магии, очень близки к бессознательному самоубийству [9,364].

Второй критерий классификации наказаний обусловлен тем, что в обществе аборигенов религия является одной из главных сил, поддерживающих геронтократическую систему управления. Это позволяет провести дифференциацию наказаний по степени их сакральности: “наказательное” убийство с лишением права на погребальные обряды, совершение вредоносных магических действий, ритуальные убийства, сверхъестественные наказания. В частности, последний вид религиозного наказания (“нгарунггани”) применяется за нарушения различных табу. С одной стороны, большинство угроз подобного наказания сформулировано неопределенно, с другой — аборигены верят, что Отцы всех (мифические предки) используют конкретные способы “нгарунггани”, делая невыносимой жизнь нарушителя обычаев.

Третий вид предполагает установление правомочного субъекта применения санкций и исполнения наказаний. Аборигены уже проводят грань между преступлениями, наказуемыми в частном порядке (по инициативе родственников или заинтересованных лиц), и преступлениями, наказуемыми обществом (по решению совета геронтов или общего собрания племени). Безусловно, слабая политическая организация, а также практика мести и вредоносной магии, узурпировавшие основную функцию суда — определение наказания, — замедляли развитие института публичных наказаний. Так называемые племенные суды, рассматривающие дела о серьезных преступлениях, выносят смертные приговоры, которые приводятся в исполнение группой вооруженных людей, посылаемых вождем или старейшинами племени. А. Элькин также считает, что наказания за преступления против общества осуществляет с санкции вождя племенной палач (“курдайча”) [3, 204]. Рассматривая виды наказания, можно заметить, что грань между наказанием публичным или частным порядком стерта, и аборигены склонны мстить за законные наказания. Потерпевшая сторона, не удовлетворившаяся вынесенным приговором, дает волю инстинкту мести.

Литература

1. Рулан Н. *Юридическая антропология* / Пер. с франц.; Отв. ред. В. С. Нерсесянц. — М., 1999. — 340 с.
2. Першиц А. И., Смирнова Я. С. *Этнология права* // Вестник РАН. — 1997. — Т. 67. — № 9. — 792 с.
3. Элькин А. *Коренное население Австралии* / Пер. с англ. — М., 1952. — 183 с.
4. Першиц А. И. *Проблемы нормативной этнографии*. В кн.: *Исследования по общей этнографии*. — М., 1979. — 240 с.
5. Муромцев Г. И. *О некоторых особенностях традиционного права в развивающихся странах Азии и Африки* // Советское государство и право. — 1989. — № 6. — 100 с.
6. Валеев Д. Ж. *Обычное право и начальные этапы его генезиса* // Правоведение. — 1974. — № 6. — 72 с.
7. Malinowski B. *Crime and Custom in Savage Society*. — London, 1926. — 320 p.
8. Элиаде М. *Религии Австралии* / Пер. с англ. — СПб., 1998. — 93 с.
9. Берндт Р. М., Берндт К. Х. *Мир первых австралийцев* / Пер. с англ. — М., 1981. — 384 с.
10. Локвуд Д. Я. *Абориген* / Пер. с англ.; Отв. ред. В. Р. Кабо. — М., 1971. — 105 с.

М. В. Хворостяний, ст. викладач

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра кримінального права, кримінального процесу та криміналістики,
Французький бульвар, 24/26, м. Одеса, 65058, Україна

ЗВИЧАЙНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО АБОРИГЕНІВ АВСТРАЛІЇ

РЕЗЮМЕ

Дослідження права древніх культур є надзвичайно цікавим. Особливо враховуючи той факт, що цьому приділяється дуже мало уваги. Саме недостатня вивченість, зокрема, кримінального права цих народів надає можливість підняти зовсім новий пласт у вивченні правової культури людства.

Ключові слова: звичаї, правосуддя, злочин, кара.