**Федеральное агентство по образованию**

**Альметьевский филиал института экономики управления и права**

**Юридический факультет**

**Курсовая работа по Теории государства и права**

**Проблемы архаического права в теории государства и права**

# Выполнил

# Студент группы 261 заочного отделения

#  Гильфанов М. Н.

# Научный руководитель:

#  ст. преподаватель Кузьмина Т.Н.

#

**Г. Альметьевск 2007 г.**

 **Введение**

*«Право – суть власть и воля*

*в условных пределах».*

*В.И. Даль. Толковый словарь*

*живого великорусского языка*

*«Истинный закон представляет собой то,*

*что говорит правильно употребленный разум».*

## Марк Тулий Цицерон

Что и как определяет поведение людей? Что такое право, существовало ли оно всегда, или правовые нормы возникают лишь там, где появляется государство – основной источник создания этих норм? Или же право возникает до образования первого государства? И если так, то чем же регулировались отношения в догосударственных обществах, если регулировались вообще? Если же предположить, что право существовало до государства то, как называть те регулятивные нормы, что имели место в то время - архаическое право, мононормы, древнее право, предправо, протоправо, традиционное право? Существует множество различных точек зрения на те вопросы, о которых мы говорим, учёные правоведы, историки, юристы-этнологи и антропологи, социологи и представители других социально-правовых наук пытаются ответить на эти немаловажные вопросы, которые я постараюсь наиболее подробно осветить с различных точек зрения.

 Уже начиная с самых ранних этапов своего развития, на стадии присваивающей системы хозяйства, человеческое общество нуждалось в определенных нормах и правилах, служащих регуляторами поведения человека и его всевозможных объединений: общин, кланов и т.д. Присваивающая система хозяйства характеризуется самоорганизованностью, самопроизвольностью внутренних процессов, – еще долгое время, на протяжении многих тысячелетий, не будет востребован учет вклада каждого из членов общества в результаты конкретной охоты и рыбной ловли, в других способах добывания пищи, обустройства жилья и другие процессы жизнеобеспечения. Однако в процессе самоорганизации постепенно начинают формироваться и развиваться регулятивные начала: правила минимизирования и урегулирования конфликтов между общинами или группами; правила, регламентирующие организацию совместных охот, рыболовного промысла, распределения пищи, нормы, определяющие порядок брачно-семейных отношений, половозрастное деление, взаимопомощь и т.д.

**§ 1. Регулятивная система первобытного общества**

Одной из проблем в понимании архаического права является вопрос, касающийся времени его возникновения, можно ли с уверенностью «привязывать» возникновение права к тому или иному переворотному моменту в истории? Некоторые современные историки, а в частности А.Б. Венгеров, считают, что ответ на этот не мало важный вопрос найден.

Венгеров говорит о том, что понимание «неолитической революции» как рубежа, делящего всю историю человечества на два способа его существования и воспроизводства – на присваивающую и производящую экономику – стало также и методологическим ключом к изучению происхождения права, научного познания этого не менее сложного , чем государство, социального института. И в данном случае необходимо стать на позиции принципа историзма и вернуться к рассмотрению первобытного общества, но уже в несколько ином ракурсе. Рассмотрим эту интересную точку зрения.

Если при изучении процессов происхождения государства основное внимание уделялось обобщению истории организационных форм и социальных структур, существовавших в первобытном обществе, в том числе на этапе его перехода в раннеклассовые общества, а также при функционировании раннеклассовых обществ, то при изучении происхождения права основное внимание должно уделяться регулятивным началам в жизни этих обществ.

Что и как определяло и обеспечивало поведение человека и его различных объединений — общины, кланов и т.д.? Всегда ли существовало право как одно из мощнейших социально-регулятивных средств или же оно возникает лишь на определенном этапе развития человеческого общества? Чем отличаются регулятивные системы догосударственных и государственных обществ? Вот основные вопросы, которые приходится решать теории права, чтобы познать причины появления и сущность права.

Обратимся к социально-экономической сущности присваивающей системы хозяйства. Эта система объективно не нуждалась в учёте каждого члена общества в результаты конкретной охоты, занятия бортничеством, в других способах добывания пищи в обеспечение жильём и т.п. Не было в присваивающем хозяйстве и какого-либо нормирования затрат времени на участие того или иного члена общины в этих процессах обеспечения жизнедеятельности локальной группы.

Регулятивным фактором для таких затрат выступали половозрастная структура общины, клана, локальной группы, экологическое состояние среды, возможности и потребности самих общин охотников, рыболовов и собирателей, умение и опыт отдельных членов общины. Самоорганизация, иные самопроизвольные процессы – вот главное, что характеризует в целом взаимодействие человека и природы в присваивающей экономике на протяжении многих тысячелетий.

Вместе с тем широкое распространение и использование приобретают в таких обществах и регулятивные начала, формировавшиеся в ходе самоорганизации человечества. Эта регуляция обеспечивает существование и воспроизводство конкретных общин, кланов, групп. Это правила смягчения агрессивных столкновений между группами, организации семейно-брачных отношений, закрепления половозрастного деления, взаимопомощи, организации совместных охот, рыболовного промысла, распределения пищи, санитарно-гигиенические правила, нормы функционирования протестарных органов самоуправления, процедуры разрешения споров и т.п. Эти регулятивные начала осуществляются в разных формах, но суть их одна: они направлены на поддержание присваивающих экономик, на гармоничное существование человека в природной среде, на его воспроизводство как биологического вида.

Более того, в некоторых районах, где сформировались высокоспециализированные общества охотников и собирателей, главным образом ведущие морской промысел и на этой основе получающие регулярный избыточный продукт, возникла потребность и в нормировании деятельности членов общества. Однако это был не магистральный, а побочный путь существования и развития первобытного общества, своеобразное «экологическое» исключение, которое не приводило к становлению производящей экономики. В этих и некоторых других регионах нормирующим фактором выступала и забота отдельных общин о сознательном поддержании необходимого экологического состояния среды их обитания, что обеспечивалось подчас весьма экзотическими регулятивными приемами, например, своеобразной «Красной книгой» — тотемной системой, включающей виды животных, запрещенных для охоты.

Тотем — идеализированное существо, покровитель отдельного члена группы или всей группы, как правило, вид животного или растения, которых нельзя убивать и употреблять в пищу.

 В производящем хозяйстве дело обстоит принципиально иначе. Здесь усложняется организация производства, обретают самостоятельную значимость управленческие функции, происходит становление подлинно трудовой деятельности, ее нового типа, связанного с производством пищи. Возникает необходимость регламентировать сельскохозяйственное производство, хранение, распределение и обмен прибавочного продукта и возникающих на этой основе отношений собственности. Появляется объективная необходимость нормировать, а следовательно, и учитывать, трудовой вклад каждого члена общества, результаты его труда, его участие в создании общественных фондов, выдачи ему из общественных фондов. Без такого нормирования и учета общества производящей экономики попросту не смогли бы существовать.

Эта экономика объективно ведет к дальнейшему разделению труда. Половозрастная градация хотя и сохраняет свое значение, но дополняется уже иным, социальным, классовым делением. Появляются группы организаторов производства, работников информационных систем учета труда и распределения его результатов, систем контроля за соблюдением регламентирующих норм, а также лиц и организаций, обеспечивающих выполнение этой нормировки. Появляется тот самый особый слой людей, выделившийся из общества, о котором шла речь выше в связи с происхождением государства и осуществлением государственной власти. В данном же ракурсе следует подчеркнуть, что появление и функционирование этого слоя людей было связано не только с появлением публичной власти, но и с появлением иной системы регулирования, вызванной к жизни становлением производящей экономики и призванной объективно обеспечить ее функционирование и развитие.

Таким образом, в историческом развитии человечества двум способам хозяйствования — присваивающей и производящей экономике — соответствовали и две принципиально отличные системы регулирования, четко вписавшиеся в экономические и экологические характеристики каждого из них и охватившие практически весь комплекс существовавших здесь материальных, социальных и духовных отношений.

Данное мнение имеет как своих сторонников, так и оппонентов, к числу последних относится большинство российских учёных т.к. представляется не вполне правомерным устанавливать жесткую связь между типом экономики (присваивающая или производящая экономика) и типом регулятивной системы (мононормы или право). Поэтому сложно согласиться с мнением А.Б. Венгерова: "Понимание неолитической революции как рубежа, делящего всю историю человечества на два способа его существования и воспроизводства - на присваивающую и производящую экономики, - является также и методологическим ключом к изучению происхождения права, научного познания этого не менее сложного, чем государство, социального института".

Многие современные правоведы до сих пор спорят о том, что же возникло раньше, государство или право? С определённой долей юмора можно провести аналогию с извечным вопросом, мучающим многие умы человечества: что возникло раньше яйцо или курица? Однако данная проблема довольно серьёзна и имеет основополагающее значение для изучения вопроса происхождения права в целом.

В большинстве отечественной научной литературе посвящённой теории государства и права, проблема происхождения права рассматривается в совокупности с проблемой возникновения государства. Сам этот факт позволяет говорить о том, что в понимании авторов этих работ право и государство неразрывно связаны в своём генезисе.

Речь идет о том, что "право в силу тех же причин, что и государство, появляется в мире и под воздействием тех же экономических, социальных и политических процессов изменяется"; "условия, вызвавшие к жизни право, во многом аналогичны причинам, породившим государство"; "право обеспечивается специально созданным аппаратом принуждения, организационной и экономической мощью всего государства".

Представляется, что такого рода теоретическая позиция базируется прежде всего на осмыслении феномена взаимосвязи государства и права применительно к современной действительности многих стран мира. То, что мы наблюдаем сейчас, не означает невозможности возникновения права ранее возникновения государства. Еще одной причиной является следование марксистской доктрине, согласно которой - появление государства и права обусловлено дифференциацией общества на классы при переходе человеческих обществ от присваивающей экономики к экономике производящей. Тем самым раскол общества на классы выступает общей причиной возникновения права и государства. Такой подход делает бессмысленным обсуждение первичности происхождения права по сравнению с государством. Следует указать и

влияние школы юридического позитивизма, зародившейся в пер вой трети XIX в., согласно положениям которой право является продуктом государства.

Таким образом, сторонники данного подхода считают, что право возникает лишь в обществах с производящей экономикой, где наблюдаются деление на классы и государственная организация. Что касается первобытных обществ, то применительно к ним речь идет лишь об обычаях или социальных нормах родового общества, или о мононормах первобытного общества. Понятие мононормы разрабатывалось историками, изучавшими первобытное общество, и от них перекочевало в отечественную теорию государства и права. Под мононормой (от греч. monos - один и лат. norma - правило) понимали синкретизм социальных норм, т.е. нерасчлененное единство религиозных, моральных, правовых и т.п. норм. По мнению В.П. Алексеева и А.И. Першица, применительно к первобытным обществам неправомерным является использование понятия обычного права, а допустимо лишь использование понятия мононормы. Они считают: "Иногда обычным правом называют и сами обычаи эпохи классообразования или, еще шире и неопределеннее, социальные нормы в первобытном обществе вообще. Но это неточно, так как права в строгом смысле этого слова не могло быть там, где еще не было государства". Идею мононормы можно обнаружить и у отечественных дореволюционных правоведов. Приведем в качестве подтверждения слова Н.М. Коркунова, который писал: "Первоначально право, нравственность, религия, приличие -все это смешивается воедино". Г.Ф. Шершеневич придерживался той же точки зрения: "Где есть общество, там имеются и правила общежития. На самых ранних ступенях эти правила представляют однородную недифференцированную массу".

Итак, что является наиболее адекватной характеристикой регулятивной системы первобытных обществ: мононормы или обычное право? Представляется, что вполне допустимо использовать понятие обычного права. Причем обычное право не рассматривается как санкционированные государственной властью мононормы или обычаи, о чем пишут В.П. Алексеев и А.И. Першиц. Под обычным правом следует понимать самостоятельный исторический тип права наряду с такими выделяемыми в последнее время типами права, как сословное формальное право, социальное право. Синонимом термина «обычное право» может служить термин "архаическое право", чем подчёркивается его отличие от современного права. Аналогом архаического права можно назвать примитивное право, но это название несет в себе отрицательный оценочный смысл и не является нейтральным научным понятием. В специальной этнологической литературе используется также понятие "традиционное право".

Разумеется, если рассматривать вопрос возникновения права со всех сторон, то нельзя не упомянуть и о так называемой теологической теории происхождения права. Особенно со времён Фомы Аквинского (XII-XII вв.), утверждается существование высшего божественного закона и права, которые и составляют основу действующего права. Теологическая теория опирается в своём объяснении происхождения права на религиозные книги, прежде всего Библию, где утверждалось, что основные законы (заповеди Моисея) были даны человечеству Богом.

И хотя эти законы были детищем своего времени, обобщали и закрепляли опыт социальной и экономической жизни раннеклассовых обществ, теологическая теория придаёт им всеобщее, универсальное значение, освещает авторитетом божественного разума.

Исходным постулатом может служить следующий тезис: где общество, там и право. Тем самым исключается детерминирующее значение государства в процессе зарождения права. Причем о феномене права уместно говорить, начиная с самых ранних стадий развития человеческого общества.

Такой подход к пониманию проблемы происхождения права используется в западной литературе. Так, французские авторы Р. Пэнто и М. Гравитц признают: "Любое человеческое общество определяется правом и невозможно без определенного правопорядка. В родовых кланах и племенах процесс разработки норм приобретал мистический характер; он производился как бы от имени и за счет сверхъестественных сил". Другой автор, шведский исследователь Э. Аннерс, в своей книге "История европейского права" использует понятие "примирительное право родового строя", распространяя тем самым феномен права на родовой строй общества.

Что же такое архаическое право и как его реконструировать, ведь многие человеческие общества давно прошли эту стадию развития? Э. Аннерс предлагает обратиться к анализу законов северогерманских народов времен средневековья, в которых содержатся институты родового права, т.е. к анализу древних исторических памятников права. Другой способ, предлагаемый этим автором, заключается в исследовании правовой культуры современных обществ, находящихся в социальном времени родового строя, - именно этот подход менее всего вставлен в отечественной правовой литературе. Это сфера интереса нескольких социологических дисциплин - юридической антропологии и юридической этнологии. Какие же признаки архаического права выделяют юридические этнологи и антропологи?

**§ 2. Архаическое право с позиции юридической этнологии и юридической антропологии**

Юридическая этнология изучает архаическое право - такую стадию развития права, которую многие современные общества уже прошли. Однако этим не исчерпывается интерес юристов-этнологов. По признанию известного французского исследователя Ж. Карбонье, предметом изучения также "может быть живое прошлое, если такое право еще и сегодня является действующим для какой-то этнической группы на нашей планете". Изучение этого "живого прошлого" имеет большое значение для юристов-этнологов, так как исследование архаического права проводится с использованием современных социологических методов, таких, как включенное наблюдение, эксперимент и др. Большое значение этнологи придают такому методу получения правовой информации, как опросы лиц, имеющих социальный авторитет. Я. Курчевский пишет по этому поводу следующее: "В традиционной культуре, не опирающейся на письменные предписания, познание прав и обязанностей возможно лишь с помощью расспросов, подкрепленных непосредственным наблюдением". Все это увеличивает наши шансы на лучшее понимание происхождения права.

Какие же характеристики архаического права выделяются в юридической этнологии? Подчеркивается, что это право присуще доиндустриальным обществам, с рядом оговорок указывают на его устную форму (так, архаическое содержание может быть присуще и письменным памятникам права, например законам Хаммурапи); связывают существование этого права с особой юридической ментальностью (дологической, мистической). В качестве одного из примеров этого мышления служит упоминание Ж. Карбонье о том, что "свойственные дологической ментальности антропоморфизм и представления о причинности порождают такую систему ответственности, при которой наказание в равной мере распространяется на людей и на животных, на того, кто совершил действие, и на его родителей и соседей". Об анимистических представлениях древних людей, лежащих в основе первобытных правопорядков, писал в своей работе "Чистое учение о праве" Г. Кельзен. Приведем цитату из его работы: "В древности в Афинах существовал особый суд, в котором возбуждались дела против камня, копья или какого-либо другого предмета, которым - как считалось, неумышленно - был убит человек. И даже в средние века еще можно было подать в суд на животное, например на быка, убившего человека, или на саранчу, уничтожившую урожай. Привлеченное к ответственности животное судили и казнили с соблюдением необходимых юридических формальностей - точно так же, как человека". Другой пример, иллюстрирующий связь обычая с мифологическими представлениями людей, приводят Р. Давид и К. Жоффре-Спинози: "В представлении африканца обычай связан с мифическим строем универсума. Повиновение обычаю означает уважение предков, останки которых слились с почвой, а дух витает над живыми. Нарушение обычая может повлечь самую невероятную негативную реакцию духов земли, ибо естественное и сверхъестественное - поведение людей и поведение природы - все связано в этом мире".

В этой связи большое значение для уяснения архаического правосознания имеют исследования в области социальной и индивидуальной правовой психологии. В качестве одного из ярких и самобытных исследователей в этой области можно назвать Л.И. Петражицкого (1867-1931).

Специфической характеристикой архаического права признают особые процессуальные формы рассмотрения споров (например, различные поединки) и особые формы судебных доказательств (ордалии). В этнологической литературе приводятся примеры поединков. Так, у некоторых австралийских кочевых групп средством разрешения споров являлись поединки, проводившиеся под контролем старших. "Стороны сражались с большой яростью, но только до "первой крови", после чего ранее существовавший конфликт считался оконченным", - пишет Я. Курчевский. Разновидностью поединка выступает словесный поединок, который может напоминать судебные прения сторон в современном гражданском процессе. Нидерландский историк И. Хейзинга описал институт песенного поединка, который до недавнего времени существовал у гренландских эскимосов. Суть его заключается в том, что две спорящие стороны в присутствии празднично разодетой публики используют форму песенного диалога для разрешения, возникшего между ними конфликта. Эти песенные поединки могут длиться годами, причем эта форма судебного разбирательства используется и при рассмотрении таких преступлений, как убийство. Судом является суд общественного мнения. Выигрывает та сторона которая выдвинет большее количество обвинений, причем независимо от их обоснованности. Хейзинга писал следующее по этому поводу "Оба противника поют друг другу поочередно бранные песни под аккомпанемент барабана, в которых упрекают один другого в совершенных проступках. При этом не делается различия между обоснованными обвинениями, подымающей на смех сатирой и низкой клеветой. Один исполнитель перечислил всех соплеменников, которых в голодное время съели жена и теща его противника, так, что охваченная состраданием аудитория разразилась слезами".

Архаический судебный процесс невозможно представить и без особого рода доказательств. В традиционных бесписьменных культурах документы не могли исполнить данную роль. Эту функцию выполняла ордалия, или суд божий. Суд божий заключался в испытаниях огнем, каленым железом, водой, ядом и т.п. По этому поводу пишет Э. Анкере: "Кто выдерживал такое испытание без каких-либо следов повреждений на теле, тот доказывал с помощью стоявшей на его стороне божественной силы, что его утверждения о фактах были верны". Институт ордалии не может существовать в обществе, в котором не развита судебная магия, позволяющая вынести решение при наличии косвенных улик. Об этом убедительно рассуждает Я. Курчевский: "Во-первых, магия применяется вообще в отношении лишь тех лиц, которые с большей степенью вероятности, чем другие лица, могли совершить данный поступок (например, от них слышали, как они угрожали потерпевшему, или жили с ним в плохих отношениях, находились вблизи места совершения преступления). Во-вторых, существует всеобщая вера в эффективность магии, и эта вера может привести виновного к признанию или, по крайней мере, к косвенному подтверждению своей вины".

Еще одним из доказательств, получившим распространение в архаическом судопроизводстве, стал институт присяги или клятвы. Значение этого доказательства становится понятным, если учитывать специфику архаического правосознания, для которого лицо, давшее ложны показания, неизбежно должно оказаться во власти злых сил. Институт клятвы одним из современных авторов характеризуется следующим образом: "Такая клятва бралась со стороны ответчика (но при отсутствии явно свидетельствовавших против него фактов), после чего проводилась оценка силы доказательств за счет использования наряду с клятвой ответчика клятвы, дававшейся другими лицами".

Многие специалисты в области юридической этнологии говорят о том, что основная цель архаического судопроизводства - обеспечение гармонии в обществе через примирение сторон. Я. Курчевский пишет: "Отсюда проистекает и то обстоятельство, что, разбирая какой-либо спор, "суд" или "судья" не старается назначить максимально возможное возмещение ущерба или мучительное наказание для виновника, а стремится, прежде всего, к удовлетворению потерпевшего таким образом, чтобы он мог снова установить добрые отношения с виновным. Этому подходу содействуют и разные мелкие церемонии окончания спора, как, например, совместная еда, коллективная жертва для божества и т.д.". О примирительном характере обычного права пишут и другие авторы: "Что же происходит в случае конфликта, когда кто-то обвинен в нарушении обычая? Обычай может, разумеется, содержать нормы, но зачастую эти нормы не содержат материальных элементов, подлежащих применению. Задача видится в большей мере в полюбовном примирении заинтересованных лиц, чем в установлении прав".

Институт кровной мести зародился в традиционных обществах как способ разрешения конфликтов между родовыми группами сообщества. Однако последовательная реализация этого принципа могла привести к самоуничтожению родовых групп. На этот вызов, угрожающий внутренней целостности сообщества, был найден ответ благодаря использованию института примирения сторон - через проведение переговоров между враждующими сторонами на предмет уплаты компенсации за совершенное убийство или нанесение телесных повреждений. Примирение осуществлялось через посредника. В результате этого начали складываться конкретные правила примирения, которые становились все более дифференцированными (например, институт права истребования движимого имущества собственником из чужого незаконного владения - виндикация). На этот факт развития "примирительного права родового строя" обращает внимание Э. Аннерс: "Право Примирения между родовыми группами развивалось в направлении формирования целого комплекса правил, которые потом, по нашему Мнению, в своем подавляющем большинстве приобрели уголовно-правовой и соответственно гражданско-правовой характер".

Конкретным примером использования института примирения сторон может служить его применение одним из африканских нилотских народов - нуэров, описанных британским социологом Э.Э. Эвансом-Причардом. В этом обществе согласно описаниям Э.Э. Эванса-Причарда нет органов государственной власти в привычном для нас пониманий. Он писал: "Нет людей или советов, выполняющих законодательную, исполнительную и судебную функции". Примирение конфликтующих сторон у нуэров осуществляет вождь, который является исключительно ритуальной фигурой и не имеет никакой власти по вынесению обязательных для сторон решений, не обладает монополией на легитимное применение физического насилия. За вождем можно признать единственную монополию - монополию на легитимное проклятие. Вождь в процессе примирения сторон может выступать лишь как посредник, арбитр, третейский судья. У нуэров вождь участвует в этом качестве в процессе урегулирования кровной вражды. Это осуществляется следующим образом. Лицо, совершившее убийство, получает право убежища в доме вождя. Затем вождь призывает стороны к дискуссии, в ходе которой стремится убедить родственников убитого согласиться принять компенсацию в виде какого-то количества скота. Мнение вождя становится обязательным для сторон решением при условии, что с этим решением соглашаются обе стороны. Психологическим фактором, обусловливающим согласие потерпевшей стороны, является сознание того, что согласие вызвано лишь уважением к вождю, а не прощением убийцы, и тем самым не наносит никакого ущерба престижу потерпевшей стороны.

Институт посредника можно было наблюдать у ассамских гуралов из племени дафла. Но роль посредника в данном случае выполнял не вождь, а кто-либо из соседей, конфликтующих сторон. Институт посредника был достаточно эффективным: "И хотя такой посредник не располагал властью решать споры или исполнять решения, он мог многое сделать для урегулирования спора, если с его вмешательством были согласны обе стороны".

Несколько отойдя от темы архаического судопроизводства хотелось бы вкратце рассмотреть немаловажную роль мифов выражающихся в мифологических системах, в традициях, обычаях, ритуалах, обрядах, в иных формах.

В современной исторической и этнографической науках давно преодолено отношение к мифам первобытного общества как к суевериям и заблуждениям. Все в большей степени выделяется и изучается идеологическая и нормативно-регулятивная функция мифов, которые «поддерживают и санкционируют определенные нормы поведения» в обществах охотников, рыболовов, собирателей, реализуют нормативно-информационную функцию — как набор хороших и дурных примеров, выступают своего рода «руководством к действию», демонстрируя способы поведения, которым надлежит следовать «в своих взаимоотношениях с природой и друг с другом» (У. Маккойел).

Успехи этнографической науки в изучении и реконструкции жизни некоторых народов, находящихся на уровне каменного века, позволяют правильно оценить социально-нормативное значение мифов и их «художественное» отображение в наскальных (настенных, если речь идет о пещерах) росписях, а также в обрядах, ритуалах, «священных» предметах, которые органически связаны с мифами.

В единстве с обрядами, «связанными» предметами, ритуалами, местностями мифы играли основную социально-нормативную и информационную роль: в них закреплялись способы изготовления орудий, сведения о маршрутах кочевий, местах для стоянок, о всех географически значимых местах, о нормах семейно-брачных отношений, о классах родства, тотемическая идеология, половые, пищевые и возрастные табу, имевшие важное экологическое и медицинское значение. Множество способов — от обрядового воспроизводства мифов до наказания «нарушителей» в соответствии с установленными и закрепленными в мифах образцами — обеспечивали эту регулятивную функцию мифов.

Аккумулируя и распространяя социальный опыт, мифы, разумеется, были не только нормативной, но и определенной идеологической системой, даже способом мышления первобытного человека. Именно в мифологических обрядах и действиях он постигал и закреплял в своем сознании природные явления, социальные процессы. Лишь со временем, уже после философов, после трудов Аристотеля, а затем Гегеля, разработавших категории логики, человечество окончательно перешло от мифологического к логическому сознанию. Но до этого переворота в структуре и способах мышления оно пользовалось образной мифологической системой познания действительности, прошедшей различные этапы развития, ибо мифологическое сознание человека присваивающей экономики существенно отличается от мифологического сознания человека раннеклассового общества, оперирующего уже иной системой мифов.

Мифы человека присваивавшего общества содержали глубокие знания об окружающей его среде, о месте человека в природе. Очень важно подчеркнуть, что, как правило, человек в мифах выступал частью природы, а не в качестве «господина», «творца», «преобразователя» и т.п. Наряду с экологическими знаниями мифы, конечно, содержали и примитивные, фантастические представления об образовании Земли, происхождении человека, были примитивной формой общественного сознания. Но все же главное в них — это их нормативная часть, которая аккумулировала тысячелетний практический опыт человечества и доводила его до сведения каждого члена общества.

Архаическое право можно рассматривать как особого рода нормативную систему, которая отличается от современных правовых систем значительно большим консерватизмом. Важное значение среди архаических норм права имеют нормы-запреты, или табу, укоренившиеся на уровне подсознания и действующие скорее по физиологическому механизму. Как выброс адреналина в кровь приводит к повышению давления, так нарушение табу порой приводит архаического человека к психогенной смерти. В.В. Бочаров, ссылаясь на исследователей архаических обществ, говорит о том, что они "были свидетелями психогенной смерти туземцев, причиной которой являлись эмоциональные переживания, связанные с нарушениями ими норм поведения". Табу реализуются в этих обществах на бессознательном уровне. Об этом в свое время писал 3. Фрейд: "Итак, дело идет о целом ряде ограничений, которым подвергаются эти первобытные народы: то одно, то другое запрещено неизвестно почему, а им и в голову не приходит задуматься над этим; они подчиняются этому как чему-то само собой понятному и убеждены, что нарушение само повлечет жесточайшее наказание". К числу наиболее значимых для архаических людей запретов относятся пищевые и сексуальные запреты. Причем эти запреты дифференцируются в зависимости от пола, возраста и социальной позиции индивида. Нарушение табу в архаических обществах сурово наказывалось. Исследователь Полинезии М. Стингл приводит пример, который иллюстрирует это положение. Он пишет: "Нарушить табу (говорят также "сломать табу") значило совершить преступление против богов, подобное каралось очень строго. Часто даже смертью. На Таити, например, табу запрещало рядовому члену общества наступать на тень, отбрасываемую верховным вождем. Если кто-нибудь из "смертных" по недосмотру прикасался к королевской тени, его тут же, на месте, казнили". Табу очень часто можно рассматривать одновременно как религиозные и как правовые запреты. На синкретичный характер табу обращает внимание тот же автор: "Система табу в первую очередь относится к области полинезийской религии. Одновременно эта система, действующая на том или ином архипелаге, была и собранием законов, юридическим кодексом соответствующей островной страны". В научной литературе отмечается и тот факт, что архаические табу не всегда были связаны с действиями, которые могли принести реальный вред обществу. Так, французский социолог Э. Дюркгейм писал: "В чем такие факты, как прикосновение к предмету табу, к нечистому или освященному животному или человеку, употребление некоторых видов пищи, Неприношение на могиле родителей традиционной жертвы, неточное Произнесение ритуальной формулы, игнорирование некоторых праздников и т.д., могли когда-нибудь составлять социальную опасность?".

Некоторые авторы пытаются классифицировать архаические табу. Так, Я. Курчевский различает табу, имеющие значение только для самих индивидов и членов их семей, и табу, нарушение которых угрожает благополучию всего общества: "Публичное вмешательство наступает лишь в двух случаях: когда происходит нарушение относительно важных для самой культуры запрещений и когда происходят частые нарушения запрещений. В обоих этих случаях в основе реакции общества лежит определенное убеждение, что некоторые поступки индивида могут обрушить гнев оскорбленных сверхъестественных сил и на других членов местной группы".

Наряду с правовыми запретами в архаических обществах существуют нормы, основанные на принципе эквивалента: "око за око, зуб за зуб". Наиболее характерный пример - институт кровной мести. Э. Аннерс считает, что феномену кровной мести можно найти биологическое объяснение: желание выжить, которое предполагает готовность к возмездию. Шведский автор так формулирует свою мысль: "Именно исходя из готовности человека к возмездию и родилась сама идея кровной мести. Тот род, который испытал на себе оскорбление, выраженное, например, в форме убийства одного из своих членов представителями другого рода, отвечает напавшим мщением, нанося им ответный удар". Некоторыми исследователями устанавливается связь между институтом кровной мести и представлением о душе убитого, которая требует своего отмщения. Такое понимание присуще южноамериканским индейцам из племени жибаро. На этот факт указал Я. Курчевский: "В отношениях между людьми, принадлежащими к разным семьям, действует принцип талиона, в соответствии с которым кровная месть за убийство кого-либо из семьи не только является моральной обязанностью, но еще косвенно санкционирует и испуг перед блуждающим и мстительным духом жертвы".

Архаической правовой системе присущи отдельные санкции, которые значительно отличаются от санкций, предусмотренных современными правопорядками. При этом санкции не очень четко дифференцировались на реальные и сверхъестественные. Поскольку же нарушения всегда затрагивали религиозную сторону жизни общества, то санкции всегда как бы освящались, поддерживались религиозными, сверхъестественными силами. В качестве примера можно привести такую санкцию, как изгнание из общества. В случае совершения тяжкого преступления род отказывал индивиду в своей защите, что было почти равнозначно его смерти, так как его любой мог убить без всякой причины: "С момента изгнания он становился "отверженным" - диким лесным зверем вне человеческого сообщества. Этот институт изгнания со временем мог совершенствоваться и детализироваться в правовом устройстве родовой общины и еще долго выступал самым устрашающим оружием против самых тяжких преступлений". В применении такого рода санкций было заинтересовано все общество. Однако большинство санкций в случае совершения преступлений применялось непосредственно индивидами, чьи интересы были нарушены. Таким образом, наиболее значимым и распространенным был принцип самопомощи, что значительно отличает архаический правопорядок от современного (примером реализации принципа самопомощи в настоящее время может служить, в частности, право на необходимую оборону или институт самозащиты гражданских прав, который предусмотрен ст. И ГК РФ). Такой же позиции придерживался Г. Кельзен: "В первобытных правопорядках реализация санкции на правонарушение совершенно децентрализована. Она доверена индивидам, чьи интересы пострадали вследствие правонарушения. Они уполномочены установить в конкретном случае наличие состава правонарушения, предусмотренного правопорядком в общем виде, и привести в исполнение предусмотренную санкцию".

Некоторые исследователи, признавая архаическое право как самостоятельный феномен, пытаются рассмотреть в нем зачатки отраслей права в их современном понимании. Так, Э. Аннерс допускает, что из полномочий вождя отдавать приказы в ситуации военных действий с другими обществами (командное право) могло сформироваться военно-уголовное право. Этот исследователь со ссылкой на римского историка Тацита пишет: "Из этого командного права вытекало примитивное военно-уголовное право, распространявшееся, например, на такие проступки, как предательство, трусость в бою, дисциплинарные преступления (неповиновение) и т.д.". Э. Аннерс допускает, что источником возникновения уголовного и гражданского права можно считать примирительное право, которое сложилось благодаря посреднической Деятельности либо совета старейшин, либо наиболее уважаемого представителя рода, либо народного собрания по заключению мировых соглашений. При этом Аннерс исключает всякое влияние военного вождя. Однако, вспоминая уже описанный выше пример' из деятельности вождя нуэров, представляется целесообразным учитывать роль вождя в этом процессе.

К числу других значимых признаков архаического права можно отнести спонтанность его формирования, хотя оно и может изменяться вполне целенаправленно. Об этом писал один из исследователей: "У папуасов Поспишил подметил внесение одним вождем локальных изменений в брачное право. Подобные случаи создания и модификации норм можно найти в истории всех традиционных обществ".

По своей природе архаическое право - продукт коллективного интуитивного приспособления. Одной из важных функций этого права следует признать обеспечение внутренней социальной гармонии через примирение и через принуждение. Следует упомянуть и о том, что это право регулирует лишь часть общественных отношений, которые мы в настоящее время регулируем современным правом, а также те общественные отношения, которые в настоящее время не подпадают под правовую регламентацию (архаический институт изгнания).

Попытку рассмотреть в архаических правовых системах особое архаическое гражданское право предприняли Ж. Дави (1883-1976) и М. Мосс (1872-1950). Их заинтересовали "архаические формы договора", посредством которых регулировались гражданско-правовые отношения.

Так, М. Мосс указал на следующие особенности таких договоров: сторонами договоров выступают не индивиды, а семьи, кланы, племена; объектами договоров становятся не только движимое или недвижимое имущество, но и "знаки внимания, пиры, обряды, военные услуги, женщины, дети, танцы, праздники, ярмарки"; содержанием договоров является поставка и ответная поставка; поставки имеют обязательный характер - "они строго обязательны, уклонение от них грозит войной частного или общественного масштаба". Была описана оригинальная форма поставок, которую было предложено называть потлачем (индейское слово, означающее "давать подарок", "кормить", "расходовать"). Не принять подарок нельзя, приняв же подарок, сторона обязана отдарить дарителя. М. Мосс отметил такой не присущий современному обществу характер поставки-потлача, как расточительность: "Ей присущи черты ростовщичества и расточительства, в ней, прежде всего, отразилась борьба знати между собой за место в иерархии, которым впоследствии воспользуется клан".

Некоторые авторы признают факт многообразия систем архаического права и предлагают их классифицировать. Я. Курчевский выделяет три основных типа системы архаического права.

Первый тип системы этого права характеризуется реализацией прав и обязанностей индивида и отдельных групп "в процессе их непосред ственного спора", при этом может применяться институт посредничества. Второй тип системы архаического права предполагает появление локальной политической организации (есть институт совета старейшин или институт вождя), которая начинает выполнять и судебные функции ("совместно со сверхъестественными силами"). Третий тип правовой системы архаического общества присущ протогосударству. Право начинает использоваться в качестве инструмента обогащения, повелителя и его чиновников: "Для достижения этих целей хорошим средством явились оплата в натуре деятельности суда, штрафы или соответствующие компенсации убытков, причиненных обвиняемым, возможность откупиться от смертной казни и физического наказания, а также продажа осужденных белым или арабским работорговцам. Право ашанти выступает ярким примером этого типа процесса, основанного на публичности и пенализации всей правовой системы".

Юридическая антропология вносит свой вклад в понимание архаического права. Речь идет о рассмотрении человека как единственного из всех живых существ, способного "создавать нормы и соблюдать их, в то время как у других живых существ возможны лишь привычки". Если юридическая этнология изучает правовые системы различных обществ и сталкивается с разнообразием правовых культур этих обществ, то юриста-антрополога прежде всего занимает поиск той составляющей правовой культуры общества, которая повсюду одинакова, так как обусловлена естественной природой человека. При таком понимании проблемного поля юридической антропологии предпринимаются попытки объяснить универсальность запрета инцеста; проанализировать биологическую обусловленность целого ряда правовых норм, "фиксирующих возраст половой зрелости, длительность беременности, реакцию права на физические и душевные болезни, на смерть, отношение права к внебрачному сожительству и т.п."; найти связь между жестами людей (мускульные движения, присущие всем людям как природным существам) и их одинаковым юридическим значением в разных правовых культурах. Ж. Карбонье справедливо признает, что биологическая обусловленность ряда правовых норм не Может рассматриваться отдельно, без учета социальной обусловленности этих норм. Однако при всех критических замечаниях, адресованных юридической антропологии, она остается незаменимой при Изучении генезиса архаического права, так как рассматривает человека как homo juridicus. "Человек как единственное юридическое существо - вот несокрушимое основание всякой мысли о праве и государстве", - считает западноевропейский ученый Ж.М. Брекман.

**Заключение**

Все вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что архаическое (обычное) право следует рассматривать как отдельный исторический тип права. Причем это право имеет несколько измерений. Его можно рассматривать как оригинальную систему архаических норм; особое архаическое правосознание; архаический процесс судопроизводства, имеющий ярко выраженную специфику; способ существования человеческих обществ в условиях замкнутости и территориальной обособленности при неразвитых формах земледелия, скотоводства.

В связи с этим проблема происхождения права может быть уточнена и рассматриваться как проблема происхождения архаического права. При этом концепция мононормы, лежащая в основе отечественных теорий происхождения права, теряет свое принципиальное значение. Есть смысл рассматривать мононормы лишь как одну из значимых характеристик архаического права.

Следует заметить, что право не появляется в результате дифференциации мононорм, не появляется оно и в связи с появлением суда как органа власти, как считал Г.Ф. Шершеневич: "Сам процесс дифференциации норм права обусловливается нарождением в общественной среде нового явления - суда от имени власти. Зародыш права - в обособлении суда, организованного политической властью, от суда общественного". Представляется, что появление суда от имени власти - всего лишь важная веха в развитии архаического права.

Безусловно, имеет большое значение и фиксация момента, когда суд становится самостоятельным органом, создающим право (судебное право). На это обратил внимание тот же Г.Ф. Шершеневич: "Тот момент, когда суд стал выбирать из предложенных ему правил или стал творить новые правила путем прецедента, - был моментом обнаружения права. Впервые возникает представление о том, что существуют правила, расходящиеся с общепризнанными. Если в общем, даже при суде власти, поддерживается гармония между правдой и правом, то проскальзывает уже мысль о противоположности между правдой и кривдой".

Факторы, вызвавшие, по мнению Г.Ф. Шершеневича, дифференциацию права из общей массы социальных правил - численный рост группы, нарушение однородности группы, увеличение числа правил, обеспечивающих сплоченность общества и требующих в силу этого особой защиты, - представляются значимыми лишь для изучения эволюции архаического права, а отнюдь не для изучения его происхождения.

Проведенный в данной курсовой работе анализ проблемы генезиса права не может считаться завершенным и предполагает дальнейшие исследования, которые позволят обогатить теорию государства и права современными достижениями таких наук, как юридическая этнология и юридическая антропология.