



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-2-218-234

КРИТЕРИИ ЮСТИЦИАБЕЛЬНОСТИ В ОБЫЧНОМ ПРАВЕ АБХАЗОВ

Ф.Г. Камкия

Сочинский институт (филиал) Российского университета дружбы народов
Юридический факультет
ул. Куйбышева, 32, Сочи, Россия, 354348

Анализ обычного права в разных странах позволяет увидеть его культурный контекст, что дает возможность определить характер национальной правовой системы. Обычно-правовые нормы у различных народов формируются в результате длительного накопления опыта правового регулирования. Ценность обычного права заключается в том, что оно не устанавливалось исходя из политической и идеологической конъюнктуры.

Исследование обычного права абхазов приводит к выводу о том, что общественный порядок зависит от баланса регулятивных процессов, состоящего из внешней организации со стороны публичного института государства и внутренней самоорганизации социума. В статье автор анализирует обычное право абхазов, которое продолжает играть важную роль в динамике развития социальной системы, так как в обычно-правовой форме мышления принцип «обычно (всегда) было так в прошлом» есть необходимое условие в урегулировании важных дел. Таким средством для юридизации общественных отношений выступает обычай, который обладает силой проверенного во времени правила поведения.

В связи с этим предлагается обратить внимание на критерии «юстициабельности», разграничивающие юридическое от неюридического в социальных регулятивах. Автором выделяется ряд признаков, дифференцирующих обычаи, не имеющих правового значения, от норм обычного права, обладающих критериями юстициабельного (правового). С этой точки зрения обычное право абхазов: 1) нормативно; 2) общеобязательно; 3) рационально, обеспечивает интеграцию (ориентировано на интересы большего социального целого); 4) обладает признаком целеполагания; 5) регулирует наиболее важные дела; 6) процессуально; 7) обеспечено мерами наказания, предусматривает компенсацию.

Автор резюмирует, что позитивное право Абхазии в его настоящем виде самостоятельно не способно справиться с задачами должного обеспечения правового регулирования и достижения правопорядка без использования возможностей обычно-правовой формы юридизации общественных отношений, которая в условиях современной Абхазии может обеспечить развитие правовой системы, укрепляя доверие к государственным правовым институтам.

Ключевые слова: культурный контекст; общественный порядок; обычное право; обычно-правовая форма мышления; критерии «юстициабельности»; правовая система Республики Абхазия

I. ВВЕДЕНИЕ

В условиях цивилизационного многообразия правовых систем и признания необходимости учета культурного контекста как одного из определяющих фак-

торов специфики правовой системы перед юридической наукой, признающей плюрализм «в объяснении сущности права и обоснования правовых процессов и явлений в разных методологических ракурсах» [1. С. 29], встает проблема выработки современных подходов к изучению обществ, сохранивших традиционные черты и апеллирующих к обычно-правовым установлениям в регламентации общественных отношений. Справедливо в связи с этим утверждение о том, что «важно изучать право не только в его официальном, нормативно-институциональном виде (в форме законов, подзаконных актов, других официальных нормативных положений), но и в неофициальном виде» [2. С. 7], иными словами «живое» право.

В связи с этим предлагается обратить внимание на критерии «юстициальности», разграничивающие юридическое от неюридического в социальных регулятивах. Впервые данная проблема анализируется в работах Г. Канторовича [3] и Л. Фридмана [4]. В соответствии с данным подходом признак юстициальности позволяет отнести к правовым только те нормы, которые позволяют вынести решение. Однако, по мнению Ж. Карбонье, «юстициальность не должна пониматься как синоним судебной подведомственности. Эти два понятия следует четко различать, ибо право создают не только судебные решения». Более того, «юридическое часто формируется вне сферы деятельности судей» [5. С. 170]. В современной российской юридической литературе выделяются пять признаков правового обычая: существование обычая с незапамятных времен, разумность обычая, определенность обычая, обязательность обычая, непрерывность действия обычая [6. С. 626].

II. СОВРЕМЕННЫЕ ТРАКТОВКИ ОБЫЧНОГО ПРАВА

Общественный порядок зависит от баланса регулятивных процессов, состоящих из внешней организации со стороны публичных институтов государства и внутренней самоорганизации социума. Рассуждая о динамике развития социального целого, Г.В. Мальцев отмечает: «внешнее регулирование и саморегулирование являются фазами единого процесса организации и упорядочивания системы. Ни одна из фаз не может существовать без другой: если регулирование не вызовет внутри объекта саморегулятивных эффектов, оно теряет смысл, а саморегулирование без внешних воздействий обречено на постепенное ослабление, оно в конечном счете затухает» [7. С. 7].

Исходя из данного положения, обычное право есть результат спонтанного правообразования и является результатом процессов саморегуляции социума. Позитивное право, являясь результатом правотворческой деятельности государства, достигает эффекта в том случае, если оно способно вызвать положительную динамику в процессах саморегуляции, которые юридизируются с помощью обычно-правовой формы мышления.

В таком контексте обычное право воспринимается не как атавизм прошлого, а как неотъемлемый компонент самоорганизации общества, народа [8. С. 3]. Известно, что сложность изучения традиционной правовой культуры предопределена устным характером обычно-правовых норм, невозможностью порой понять, что стало частью истории, и, соответственно, живет только в памяти людей как идеальная модель поведения, а какие нормы в реальности продолжают определять их поведение. В связи с этим возникает вопрос, обладает ли критериями «юстициабельности» устное право — обычное право?

Анализ обычного права в разных странах позволяет увидеть культурный контекст права, что дает возможность определить характер национальной правовой системы. Обычно-правовые нормы у разных народов формируются в результате накопления опыта правового общения. Ценность обычного права заключается в том, что оно не деформировалось властью, исходя из политической и идеологической конъюнктуры.

Однако, несмотря на многочисленные исследования по данной проблематике, в юридической литературе не существует единства в употреблении понятия «обычай», «правовой обычай» и «обычное право». Рассмотрим существующие на этот счет подходы.

Первый подход отождествляет понятия обычай и обычное право [9. С. 71]. В Англии местный обычай и сегодня считается правовым уже в силу того факта, что он действует «с незапамятных времен». Во всяком случае, такое значение придается устным нормативным предписаниям. Дело в том, что в сознании людей «обычно (всегда) было так в прошлом» есть необходимое условие в урегулировании важных дел в настоящем. Таким средством для юридизации общественных отношений выступает обычай, который обладает силой проверенного во времени правила поведения. Полагаем, что обычно-правовая форма закрепления общественных отношений есть одна из важнейших правовых форм юридизации общественного порядка. При этом обычно-правовую форму может обрести и позитивное право.

В современном обществе, где стоит проблема реализации позитивного права, «обычное право может выступать как форма реализованного позитивного права. В тех обществах, где это происходит, правовая жизнь становится относительно сбалансированной и органичной для повседневной социальной практики» [8. С. 8].

С целью дальнейшей дифференциации обычая от других традиционных явлений необходимо определить его связь с мифом. По мнению Б. Малиновского, последний есть форма для содержания, т.е. обычая: «Они никогда ничего не объясняют в каком бы то ни было смысле этого слова; они всегда излагают прецедент, представляющий собой идеал и гарант существования обычая или обряда, а иногда дают практические указания для точного соблюдения соответствующей процедуры» [10. С. 107].

Являясь традиционными феноменами, а в соотношении с обычаем — его формой, мифы, народные танцы, народные пословицы и поговорки, ритуалы и т.п. обеспечивают передачу новому поколению «социально ценной информации», в которой содержатся непререкаемые и общеобязательные образцы (эталоны) поведения, запреты, нарушение которых неминуемо приводит к воздаянию и возмездию, и дозволения — свободы. Не случайно в этой связи в Англии появляется понятие «фольклорное право»¹. Эти феномены в силу художественности и образности способны внушать молодому поколению образцы традиционного поведения, в которых содержится «общественный опыт» конкретного народа. Они призваны устанавливать справедливый правовой порядок в обществе. В то же время обычай, в отличие от мифа и других художественных форм передачи социальной информации, непосредственно регулирует отношения людей посредством трансляции предписаний, обладающих нормативностью, задающих алгоритм поведения.

Монистическая концепция разграничительным критерием признает только государственную санкционированность норм обычного права [11. С. 71]. Российская доктрина подразделяет обычаи на правовые и неправовые.

Неправовой обычай — это обычай, который либо действует в обществе, где право исторически еще не сложилось, либо, действуя в государственно-организованном обществе, регулирует неправовую социальную сферу (например, этикет).

Под правовым обычаем понимается обычай, получивший санкцию государства и признаваемый вследствие этого источником права. Такое понимание не раскрывает ни исторической эволюции правового обычая, ни различного понимания его в современных правовых системах. За рамками такого подхода оказываются обычно-правовые формы — установления, посредством которых самоорганизуются, самоупорядочиваются и стабилизируются социальные цели. Думается, обычно-правовая форма мышления как разновидность правового мышления, наряду с другими формами мышления (мифологическим, религиозным, научным, нравственным и т.д.), относится к числу фундаментальных условий формирования общества как в историческом прошлом, так и современности.

О том, что подобная трактовка является ошибочной, слишком узкой, отмечается другими исследователями [6. С. 645; 12. С. 349]. Принципиально важным в этом случае является то, что обычай — это правило поведения, формирующееся во все времена в результате длительного применения и юридизации (санкционирования) самим обществом. Обычай — источник права, воспроизводимый практически всеми народами. Подобно тому как мифологическая форма мышления свойственна современному обществу, так и обычно-правовая форма мышления имманентно присуща ему.

¹ Научное направление «правовая фольклористика» возникает в XIX в. и связана с именем братьев Гримм.

Если уйти от линейного подхода и эволюционизма, которые утверждают движение истории как переход от мифа к логосу и как переход от традиционного общества к рациональному, то можно утверждать, что нормы обычного права воспроизводимы в той или иной мере в каждом социальном целом. В связи с этим интерес представляет данное А.В. Поляковым определение обычая, который считает, что это «сложившийся на основе постоянного и единообразного повторения каких-либо фактических отношений и интерпретируемый как общезначимая и общеобязательная норма, имеющая представительного-обязывающий характер» [13. С. 510].

Обычно-правовая форма мышления основана на вечно существующей справедливости, в силу которой устанавливается стабильный порядок здесь и сейчас. С этой точки зрения обычно-правовая форма мышления рациональна, потому как она призвана укрепить современный порядок посредством принципа «проверено временем». *Обычно-правовая форма мышления — это юридизирующий ресурс общественного порядка.* Иначе современный порядок не устоит.

Позитивистское определение правового обычая связывает его существование только лишь с фактом признания со стороны государства, тогда как условием его существования является общественное признание. Таким образом, на наш взгляд, понятие правового обычая применимо к обычаям, обладающим критериями юстициабельности, а обычай, санкционированный государством, становится нормой позитивного права.

Самой ранней правовой нормой становится запрет на инцест — первая надбиологическая норма, возникшая как средство обуздания агрессии. Именно запрет на инцест исторически расширил социальное целое — сперва семью, а потом род, племя, союз племен и народность. В силу этого мы можем утверждать, что благодаря правовой природе запрета на инцест формируется население как социальная общность. Обуздание человеческой агрессии и расширение социального целого, на наш взгляд, является юстициабельным критерием правового обычая. Ориентация, нацеленность норм обычного права на расширение социального целого есть преодоление природного эмоционального в пользу рационального, стало быть, правового. Литература по истории первобытного общества доказывает, что была острая необходимость и изначальная потребность в правилах, коренящихся в надбиологических основаниях — «потребность в праве выступала везде в качестве некоего исходного начала жизни разумных существ» [14. С. 186].

Следует также отметить, что в научной литературе понятия «традиция» и «обычай» часто отождествляются [15. С. 108], тогда как соотношение между ними можно охарактеризовать как связь между родовым и видовым понятиями. Их дифференциацию предлагает в книге «Обычаи, традиции и преемственность поколений» И.В. Суханов: «В отличие от традиции, обычай всегда дает детальное предписание поступка в конкретной ситуации и вместе с тем не предъявляет требований к духовным качествам человека» [16. С. 8].

По мнению И.В. Суханова, обычаи и традиции, по сути, выполняют одинаковые социальные функции — средств, стабилизирующих и воспроизводящих утвердившиеся в данном обществе отношения. Однако выполняют эти функции по-разному: «Обычаи непосредственно, *путем детальных предписаний действий* в конкретных ситуациях ... Традиции, в отличие от обычаев, прямо обращены к духовному миру человека, они выполняют свою роль средств стабилизации и воспроизводства общественных отношений не непосредственно, а *через формирование духовных качеств*, требуемых этими отношениями» (курсив мой — *К.Ф.*) [16. С. 10–11]. Ценность данного подхода видится в том, что автор признает формальную регулятивную природу обычая, что по сути является следующим критерием юстициабельности.

К сожалению, такой подход не получил развития в современной литературе. Один из последних философских словарей дает определение этих понятий, при этом не выделяя сущностную характеристику: «Обычай — исторически возникший, содержащийся в позитивном праве порядок общественной жизни» и «Традиция — передача духовных ценностей от поколения к поколению; на традиции основана культурная жизнь» [17. С. 314, 459]. К традиционным явлениям также относятся ритуал, обряд, миф, предание (сказание), однако в них отсутствуют вышеуказанные критерии юстициабельности.

Более детальный анализ позволяет дифференцировать обычай от привычки. «Привычка — это способ поведения, которого обычно придерживаются, хотя и не обязательно (во всех случаях), но вовсе не из чувства долга или по принуждению» [15. С. 260]. Иными словами, для всех привычек характерно то, что они не рассматриваются как социально обязательные. Привычку нельзя путать с чувством долга, возникающим у человека, когда он осознает, что должен совершить что-то в силу предписания конкретной правовой, социальной или моральной нормы. Принципиальная разница «заключается в том, что тот, кто признает существующие обычаи и соблюдает их, считает себя в некотором роде связанным обязательством или обязанным выполнять их» [15. С. 261]. Тем самым сформулирован важный вывод о взаимном характере прав и обязанностей, выраженном в обычном праве. Следовательно, взаимный характер прав и обязанностей выступает еще одним критерием юстициабельности норм обычного права. Привычки не могут быть нормативными, они остаются на уровне личных правил «для себя», тогда как обычай нормативен.

В чем же отличие между обычаями юридическими и неюридическими? Г.Ф. Шершеневич в рамках юридико-позитивистской концепции отмечает: «Нормы обычного права, хотя и создаются в своем содержании помимо государственной власти, но юридическую обязательность приобретают по воле государственной власти» [18. С. 369]. Это суждение вызывает сомнение в связи с тем, что отрицает наличие в устной форме права общеобязательности без воли и участия государства. Общеобязательность права, обычного права в том числе, есть имманентно присущая праву юстициабельность. Данный критерий, вместе

с другими критериями юстициабельности, исходит из содержания природы права как «всеобщей меры» свободы. Именно содержание правовой общеобязательной нормативности требует государственного признания и оформления, так как государство есть единственный всеобщий публичный институт. Если право является «всеобщей мерой» свободы, то государство является всеобщим политическим институтом. Исходя из данной логики рассуждений, можно сделать вывод о том, что природа права как «всеобщей меры» свободы обусловила исторически и появление «всеобщего института» — государства.

Акцентируя внимание на содержании правовой нормативности, а не на государственном усмотрении, Е.Н. Трубецкой утверждал, что юридическими правилами «должны признаваться только те, которые, предоставляя известную сферу внешней свободы одним лицам, соответственным образом ограничивают внешнюю свободу других лиц» [19. С. 99–100]. Анализируя различные определения права, автор пишет: «Значительная часть этих определений считает характерным для права то, что является созданием государства или пользуется его признанием; но мы видели, что право может существовать и помимо государства, что оно предшествует государству и обуславливает его собою; точно так же несущественным является для права признание его каким-либо внешним авторитетом: ибо право обуславливает собою всякий авторитет» [19. С. 30]. Не имея внешнего обеспечения (государством), обычно-правовые нормы могут существовать и воспроизводиться исключительно за счет признаков юстициабельности, получая всеобщее признание от народа.

С.С. Алексеев, анализируя эволюцию обычного права как источника права, также указывает на наличие правовых признаков в обычаях еще до признания их государством: «Юридические нормы могут возникать и на ранних стадиях развития цивилизации, действительно повсеместно возникают из самой жизни, особенно в экономике, товарно-рыночном хозяйстве, когда государство признает спонтанно складывающиеся в самой жизни *типизированные модели для последующих решений конкретных жизненных ситуаций* (курсив мой — К.Ф.)» [14. С. 35]. Далее автор отмечает: «каждая закрепленная в письменном тексте норма как явление идеального порядка есть уже известное обобщение и в этом смысле – продукт разума» [14. С. 258].

Данные рассуждения вызывают вопросы: может ли быть выражена в устной форме «объективная нормативность»? И почему разум не может проявляться в устной форме?

III. ПРИЗНАКИ ЮСТИЦИАБЕЛЬНОСТИ В ОБЫЧНОМ ПРАВЕ АБХАЗОВ

Обычно-правовые нормы как образцы поведения не исключают, на наш взгляд, рационального содержания, что подтверждается их способностью к изменениям. Как показывают исследования, правила поведения в так называемых

примитивных обществах порождены не страхом и темными верованиями в сверхъестественное, но, скорее, как и в наше время, вызваны к жизни потребностью во взаимодействии членов общества в социальной, экономической сферах [20. С. 10].

Таким образом, опираясь на естественные природные императивы, человек выработал в устной форме совершенно рациональное отношение к нормам обычного права. Так, в абхазском языке нашло отражение понимание обычая: корень слова обычай — «аџас» совпадает с корнем слова «аџара» — знание. Очевидно, данное понятие первоначально относилось к знаниям предков. Здесь в идее «разума» отражена организующая, регулятивно-оценочная ориентированность обычного права. Обычно-правовые предписания выражаются, в частности, в идее безопасности, защищенности, гарантированности, подчиненности, компромиссе, согласии.

Очевидно, что «правовая материя» в виде «императивов разума» отразилась в языке и содержит достаточно рациональные моменты. В действиях норм обычая можно выделить структурные элементы, присущие данному явлению: а) установка психики (устранение страхов, неопределенности); б) осознание необходимости совершения обязательных действий. Данное обстоятельство дает возможность установить, что обычаи содержали юридические по характеру нормы. Здесь обычно-правовая форма мышления основана в большей степени на рациональных, чем психоэмоциональных компонентах [21. С. 16].

Исследования обычного права абхазов также подтверждают наличие разницы между поступком, за который абхазу будет стыдно — «нџахшьароуп», и поведением, за которое последует возмездие, воздаяние, за которое он будет непременно наказан и (или) может лишиться прав: имущественных или неимущественных — положения в обществе, чести, достоинства, то есть последствиями поведения, оцениваемого как «иџасым» — не по обычаю.

Разумеется, «аџас» — обычай у абхазов — собирательное название всех обычаев, как моральных, религиозных, этикетных, в том числе правовых, т.е. тех, которые обладают признаками правового — юстициабельного. Доказательством этого является следующий ряд однокоренных слов, уясняющих содержание исходного понятия: «азинџас» — правовой обычай; «аџакы» — содержание, смысл; «аџанакра» — юрисдикция [22. С. 149–150]. «Иџасым» употребляется применительно к строго запрещенным действиям, за которые последует возмездие или воздаяние. Для обозначения же неправовых обычаев абхазы употребляют выражения: «ауџас» — человек, который ведет себя сообразно обычному праву (*homo juridicus*); и, напротив, «иџас баанџсун» — дословно: его обычай плохой, а по смыслу — тот, кто не следует обычному праву, или у него обычай плохой.

Необходимо привести и другой ряд однокоренных слов, связанных с «анџс-уа џас» — абхазский обычай, позволяющий подтвердить связь абхазского обычая с правовым феноменом, если учитывать, что правовое есть результат отра-

жения в сознании объективных требований условий жизнедеятельности людей. Потребность людей в их постижении отражено в самом слове «*аҭҭас*» (обычай), если учесть, что однокоренными словами являются слова: «*аҭҭара*» — знание; «*аҭҭей*» — ученик; познающий; «*аҭҭараую*» — человек, обладающий знанием; «*арҭаю*» — учитель.

Однако не все обычаи, как отмечалось выше, существующие в той или другой общественной среде, суть обычаи юридические.

Определение особенностей обычного права требует отыскания отличительных признаков, позволяющих отличить его от других социальных регуляторов. Ниже попытаемся систематизировать эти признаки, применяя устоявшееся в теории права понятие «юстициабельности».

Обычно-правовая нормативность (как и правовая вообще) формальна, она стремится быть безразличной к конкретному содержанию. Однако и право, и мораль стремятся к одной и той же цели — к охране и воспроизводству существующего порядка, к самоорганизации. Вследствие этого между правом и моралью устанавливается общность содержания. Так, в системе «*аҭҭсуара*» (морально-этическом кодексе поведения абхазов) и в обычном праве абхазов («*аҭҭсуа ҭас*») неприкосновенность личности, семейные связи, отношение к собственности, распределение имущественных благ подлежат одинаково и юридической, и моральной регламентации. Однако обычное право и мораль различными путями решают социальные задачи. Мораль действует путем наложения односторонней обязанности, обычное право устанавливает не только обязанность, но и дозволение (трансубъектная связь). Наличие дозволения ставит исполнение обязанности вне зависимости от морального настроения обязанного лица. Взаимность прав и обязанностей как важный признак обычного права отмечает Г. Дж. Берман: «Я убежден, что обычное право народов Европы VI–X вв. было слито воедино с религией и моралью, но в то же время это было право, правовой порядок, *правовое измерение общественной жизни* (курсив мой — Ф.Г.). И я также убежден, что имеет смысл как правовое измерение общественной жизни, разделяемое членами сообщества ощущение (любого сообщества, будь это семья, квартал или школа) того, что они связаны взаимными правами и обязанностями, исходящими от признаваемого ими всеми авторитета» [23. С. 90].

Для выявления юридической природы норм обычного права необходимо установить ее существенное качество — нормативность. При ближайшем рассмотрении норм обычного права можно убедиться в том, что оно содержит *правила* должного и обязательного поведения, обращенного ко всем участникам общежития, и этим путем непосредственно регулирует их деятельность, направляя ее к единой цели, признаваемой в данном союзе. Обычное право устанавливает форму брака, определяет взаимные отношения между членами семьи, обеспечивает обладание имуществом, регулирует соглашения и договоры, указывает порядок перехода имущества по наследству и т.д. Правило в

нормах обычного права в одном случае обозначает веление, долженствующее служить мерилom поведения для действующего лица; в другом оно обозначает способ, образ действий, каких прав и обязанностей следует придерживаться в определенных обстоятельствах.

Если исполнение обязанности в обычном праве абхазов является не только соблюдением нравственного долга, но и удовлетворением притязания, то вполне понятно, что при установлении обязанности нормы обычного права не могут принимать во внимание субъективных особенностей обязанного. Здесь мы выделим следующий признак правовой нормы — абстрагирование от частных случаев. Поэтому все юридические обязанности обычного права абхазов (*аҭсуа тас*) устанавливаются в общих типических чертах. Исполнение их рассчитано на среднего человека данного общества, и при осуществлении их не принимаются в соображение субъективные особенности обязанного.

По той же причине правовые обязанности норм обычного права носят всегда характер строго определенных. Определенности требует именно правомочие. Установление неопределенных правомочий невозможно, потому что они привели бы к злоупотреблению, к эксплуатированию обязанного управомоченным. Обычное право абхазов стремится установить равновесие в сотрудничестве людей внутри социального целого. Поэтому оно указывает каждому точные пределы его обязанностей и притязаний. В отличие от них нравственные обычаи абхазов в системе «*аҭсуара*» не содержат притязаний на свободу; они предписывают лишь обязанности и потому не установлены пределы, предоставляя осуществление их исключительно моральным усилиям обязанного. Именно потому принято считать, что «*аҭсуара*» как морально-этический кодекс поведения абхазов не имеет пределов в совершенстве. В данных нравственных нормах нет *типической формы*, а также не установлены какие-либо пределы осуществления обязанностей, а в силу этого не подлежат превращению их в правовые обязанности, следовательно, отсутствует юридическая регламентация. Из них нельзя вывести притязания, потому норма обычного права, раз она признает обязанность, то немедленно облакает ее в известные типические формы и заключает в известные типичные пределы (формы), следовательно, можно выделить в обычном праве абхазов следующий признак правового — формальная определенность.

Следует отметить общеобязательный характер норм обычного права. Обычаи, складывающиеся в других сферах — морали, религии, политике, способах хозяйствования и т.д., хотя и обладают чертами нормативности, однако они не обладают признаком «общеобязательной нормативности». Правила морали устанавливают нормативность в зависимости от субъективного усмотрения индивида. Природа общеобязательной нормативности, следовательно, и обычно-правовой, лежит в иной плоскости, она образована внешними факторами: природой социальной самоорганизующейся системы, характером взаимодействия с природной средой, параметрами безопасности социума и т.д.

Обычно-правовая форма мышления рациональна, потому как она склоняет стороны к решению вопроса — какие, исходя из содеянного, лицо должно претерпеть обременения, лишение материальных или нематериальных благ. В этом случае должное всегда нормативно, т.е. требует придерживаться предъявляемых требований, выраженных в нормативной форме.

В противоположность этому должное в моральном смысле идеально, отлично от реального и выступает в качестве общей идейно-нравственной установки. Так, морально-этический кодекс «*аньсуара*» отличается позитивным установлением, т.е. ориентированностью на то, что должно быть в реальности, тогда как должное в обычно-правовом смысле совпадает с реальностью и связано с потребностью в организации социального целого. В частности, нормы обычного права абхазов (*аньсуа тас*) обеспечивают интеграцию социума, т.е. ориентированы на интересы большего социального целого в системе «семья — род — народ».

Таким образом, в качестве следующего признака правового (юстициабельного) в правилах поведения нужно выделить присутствие в них требования разума как отражения необходимости и потребности в самоорганизации, безопасности социума и человека. Оно проявляется в установлении тех границ свободы, которые непосредственно продиктованы условиями жизнедеятельности социального целого и человека. Обычное право в таком случае нормативно объективирует и реализует эти требования. Именно императивы разума делают обычно-правовые предписания сферой долженствования, в котором устанавливаются образцы должного поведения. Они призваны определять, что «можно» и что «нельзя» в поведении человека.

В процессе самоорганизации общественной жизни различаются две стороны: деятельность индивидов и ее упорядочение или координация действий индивидов. Деятельность составляет необходимый признак индивидов, а координация действий составляет необходимый признак общественной жизни. Координация действий индивидов достигается благодаря наличию определенных правил или норм, которые регулируют деятельность индивидов, вводят в нее известную согласованность, устанавливают определенный порядок, без которого общежитие было бы невыносимо. Эти правила универсального свойства слагаются в общественной среде, определяют жизнь людей в обществе и имеют целью поддержание и развитие социального целого. Если нормы обычного права составляют формальный момент общественной жизни, то содержание общественной деятельности определяется теми целями, которые преследует человеческая жизнь. Такими целями являются материальное и духовное благополучие, которого добиваются люди, что придает характер целеполагания обычно-правовым нормам.

Следующим признаком юстициабельности выступает «важность дела», потому как правила, не затрагивающие жизненно важные интересы людей, могут определяться оценочно, исходя из внутреннего переживания и реагирования на действия и поступки людей. Они могут регулироваться также обычаями, в которых отсутствуют правовые признаки (нормативность, санкционирован-

ность, обязательность и т.д.), их можно назвать простейшими обычаями. Из-за отсутствия в них четкой нормативности механизм их действия иной, они соблюдаются «не из чувства долга и не вследствие их внешней обязательности, а скорее из удовольствия и ради легкости общения, которыми сопровождалось их осуществление» [21. С. 8]. А обычаи абхазов, обладающие признаками юстициабельности, регулируют, скажем, общественные отношения, возникающие в связи с возмездием и компенсацией, имущественными и семейными отношениями, наследованием и др.

Существенным признаком юстициабельного также нужно считать процедуры разрешения споров. На практике реализуются посредством наличия третьей стороны — института старейшин, являющихся носителями знаний о непререкаемых правилах поведения. В этой связи М.А. Супатаев отмечает следующее: «По-видимому, граница между правовым и неправовым проходит не там, где склонны проводить мы с нашим современным (во многом близким римскому) правосознанием. В действительности же скорее можно предположить, что норма и процедура в праве настолько едины и неразделимы, что наиболее правильным представляется избрать именно этот признак в качестве критерия права, не растворяя последнее в некоем неуловимом и “общем” чувстве права» [24. С. 46].

Признаком юстициабельности норм обычного права абхазов также является их санкционированность. По мнению М.А. Супатаева, нормы обычного права оснащены механизмом действия, как в форме принуждения, так и через строго позитивное побуждение к уступчивости [24. С. 9].

Таким образом, обычное право абхазов содержит нормы, обладающие признаками юстициабельного, и оно представляет собой иное явление, чем моральное регулирование. Здесь юридическое значение обычного права определяется осознанием его как *внешнего* предписания, отражаемого в сознании как справедливый, непререкаемый, обязательный для соблюдения порядок. Обычное право абхазов не только отражает потенциал нормативно-регулятивного строя общества, но и феномен *homo juridicus*, научный концепт которого заключен в следующем: индивид, благодаря способности создавать и следовать надбиологическим нормам, сумел выжить.

IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Высказанные положения нашли подтверждение при изучении традиционного правосознания абхазского общества, выработавшего целый комплекс средств, с помощью которых нормативный обычай освящается и актуализируется в сознании людей. Они способствуют укреплению и сплачиванию общества на основе его фундаментальных жизненных ценностей. С помощью норм обычного права устанавливается справедливый общественный порядок абхазов — «*ауаџас*» (сообщество, в котором человек ведет себя сообразно обычному праву, буквально — по-человечески).

Что касается обычая, обладающего признаками правового, то он состоит из предписания, сила которого обеспечивается не принуждением государственной власти и не на привычке к нему, а в потребности общества и индивида обладать многократно оправдавшими себя образцами поведения (способами действия) и следовать им в целях достижения благосостояния и безопасности. И лишь в этом случае человек может ожидать от другого соблюдения принятой в обществе модели поведения.

Функциональная роль обычно-правовых установлений заключается в том, чтобы обеспечить стабильные, надежные условия, которые необходимы для сохранения и развития социального целого. В этом случае справедливым и оправданным считаются те нормы поведения, *в отношении которых доказана их «позитивная жизненная ценность»*. Действенность обычного права объяснима через потребность общества и индивида в прогнозируемом поведении.

Правовая мера олицетворяется, в частности, в безопасности, защищенности, гарантированности, подчиненности, компромиссе, согласии. В абхазском языке нашло отражение такое понимание права, потому как право в переводе на абхазский язык означает «азин», этимологически восходящее к слову «азага» — весы.

На наш взгляд, наряду с внешними критериями юстициабельного (правового), «весы» — знак формальной всеобщей меры (в отличие от меры поведения, определяемой правилами нравственности и приличий) характеризует основной критерий юстициабельности по содержанию. Именно всеобщность правовой меры отличает право от других регулятивов [25. С. 6], что работает и применительно к обычному праву. «В идее меры отражена организующая, регулятивно-оценочная ориентированность права» [26. С. 129]. Правовая мера способна не только определить нарушение в деяниях, что могут в принципе и другие социальные регулятивы, но главное — она определяет, *насколько* нарушены свобода и справедливость, *насколько* виновен нарушитель.

Развитие особенностей феномена правового отразилось в мышлении абхазов через понятие «азакуан» — закон, состоящего из корней «азин» — право, производного от «азага» — весы и «акы» — один или часть. Образовавшееся в результате соединения этих корней слово «азакуан» означает буквально часть меры или часть права. Правовая материя, сущность которой охвачена понятием меры — «азага», а форма — единицей измерения, получили своеобразное отражение в языке абхазов. Таким образом, абхазский язык отражает закономерную связь содержания и формы. Форма права понимается здесь не просто как нечто внешнее по отношению к его содержанию (мера), она есть организация содержания, которое объективируется и существует как часть меры, указывая на наличие правил для урегулирования общественных отношений в их конкретных областях.

Понятие «ацабырг» означает справедливость, состоит оно из двух корней: «ацас» — обычай и «абырг» — старейший, много видевший на своем веку.

Следовательно, у абхазов справедливость соотносится с *устоявшимися во времени* и проверенными опытом многих поколений правилами поведения. В данном случае критерием юстициабельного (правового) выступают те правила поведения, которые прошли испытание многократно и стабильно долго применялись в абхазском обществе при решении сложных жизненных ситуаций.

Таким образом, проведенный анализ позволяет выделить ряд признаков, дифференцирующих обычай, не имеющий правового значения, от норм обычного права, обладающих критериями юстициабельного. Исходя из сказанного, обычное право абхазов: 1) нормативно; 2) общеобязательно; 3) рационально, обеспечивает интеграцию (ориентировано на интересы большего социального целого); 4) обладает признаком целеполагания; 5) регулирует наиболее важные дела; 6) процессуально; 7) обеспечено мерами наказания, также предусматривает компенсацию.

Надо отметить, что позитивное право Абхазии в его настоящем виде самостоятельно не способно справиться с задачами должного обеспечения правового регулирования и достижения правопорядка без использования возможностей обычно-правовой формы юридизации общественных отношений. Обычно-правовая форма юридизации общественной жизни может в современных условиях обеспечить эволюционирование правовой системы Республики Абхазия, укрепляя доверие к государственным правовым институтам. Абхазский современный конституционализм включает концепцию правового государства, однако противопоставление обычно-правового способа саморегуляции и регуляции позитивным правом препятствует становлению оптимальной правовой системы общества.

Правовая система Республики Абхазия, вероятнее всего, будет развиваться не только посредством современных юридико-технических средств реализации права, но и в русле обычно-правовой формы юридизации общественных отношений.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] *Немытина М.В.* Ситуация в российском правоведении: существуют ли базовые концепты? // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2016. № 2. С. 20–35.
- [2] *Архинов С.И.* Антропологическая теория права // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2016. № 5. Режим доступа: http://electronic.ruzh.org/?q=ru/system/files/%D0%90%D1%80%D1%85%D0%B8%D0%BF%D0%BE%D0%B2_0.pdf. Дата обращения: 16.02.2017.
- [3] *Kantorowicz H.* The Definition of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1958. 112 p.
- [4] *Фридман Л.* Введение в американское право. М.: Прогресс, 1992. 286 с.
- [5] *Карбонье Ж.* Юридическая социология. М.: Прогресс, 1986. 352 с.
- [6] Социокультурная антропология права / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. СПб.: «Алеф-Пресс», 2015. 840 с.
- [7] *Мальцев Г.В.* Социальные основания права. М.: ИНФРА-М, 2013. 800 с.
- [8] *Коновалова А.С.* Обычное право в российской правовой жизни: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2005. 26 с.
- [9] *Хвостов В.М.* История римского права. М.: Типография т-ва И.Д. Сытина, 1907. 463 с.
- [10] *Малиновский Б.* Магия, наука и религия. Пер. с англ. М.: «Рефл-бук», 1998. 304 с.

- [11] Общая теория государства и права. Т. 2 / отв. ред. М.Н. Марченко. М.: Издательство «Зерцало», 1998. 622 с.
- [12] *Честнов И.Л.* Постклассическая теория права. Монография. СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2012. 650 с.
- [13] *Поляков А.В.* Общая теория права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. 642 с.
- [14] *Алексеев С.С.* Право: Азбука–теория–философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 711 с.
- [15] *Ерасов Б.С.* Социальная культурология. Ч. 1. М.: АО «Аспект Пресс», 1994. 384 с.
- [16] *Суханов И.В.* Обычаи, традиции и преемственность поколений. М.: Политиздат, 1976. 216 с.
- [17] Философский энциклопедический словарь. М.: ИНФРА-М, 2004. 576 с.
- [18] *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1911. 698 с.
- [19] *Трубецкой Е.Н.* Лекции по энциклопедии права. М.: Т-во тип. А.И. Мамонтова, 1917. 227 с.
- [20] *Ллойд Д.* Идея права. М.: ЮГОНА, 2002. 416 с.
- [21] Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики / под ред. Г.В. Мальцева, Д.Ю. Шапсугова. Ростов-на-Дону: Издательство СКАГС, 1999. 368 с.
- [22] *Харания В.Л.* Словарь юридических терминов (русско-абхазский, абхазско-русский). Сухум: Алашара, 2002. 158 с.
- [23] *Берман Г.Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Инфра-М, Издательство МГУ, Норма, 1998. 624 с.
- [24] *Супатаев М.А.* О понимании права // Юридическая антропология. Закон и жизнь / отв. ред. Н.И. Новикова, В.А. Тишков. М.: ИД «Стратегия», 2000. С. 45–50.
- [25] *Графский В.Г.* Основные концепции права и государства в современной России (По материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИПП РАН) // Государство и право. 2003. № 5. С. 5–33.
- [26] *Малахов В.П.* Философия права. М., Екатеринбург: Академический проект, Деловая книга, 2002. 447 с.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Камкия Фатима Гурамовна — декан юридического факультета Сочинского института (филиал) Российского университета дружбы народов, кандидат юридических наук, доцент.

Контактная информация:

e-mail: jurfak-sfrudn@yandex.ru

**CRITERIA OF JUSTICIABILITY
IN ABKHAZIAN CUSTOMARY LAW**

F.G. Kamkiya

Sochi Institute (branch) of People's Friendship University
Faculty of Law
32, Kuibyshev st., Sochi, Russia, 354348

Analysis of customary law in different countries enables to see cultural context of law and by that it gives the opportunity to define character of national legal system. Different peoples' customary rules of law are formed as a result of long-term accumulation of legal regulation experience. Value of customary law is that it was established free from some political and ideological conjuncture.

Research of Abkhazian adats leads to conclusion that social order depends on balance of regulative processes consisting of external organisation by public institute of the state and internal self-organisation of the socium. The author analyses Abkhazian customary law that still plays important role in development dynamics of the social system because in customary legal consciousness the principle «that way was usual (always) in the past» is a necessary condition for regulation of important things. It is the custom that helps to juridify social relations because it has authority of rule of conduct approved by the time.

That is why the author suggests paying attention to criteria of “justiciability” delimiting legal and non-legal in social regulation. She defines a list of attributes differentiating the custom without legal significance and customary rules of law that fulfill legal criteria. From this point of view Abkhazian customary law: 1) is normative one; 2) is statutory one; 3) is rational one, it provides integration (i.e. oriented to interests of bigger social entire); 4) has an attribute of goal-setting; 5) regulates the most important things; 6) is processual one; 7) is provided with sanctions and provides contribution.

The author resumes modern Abkhazian positive law itself is unable to meet the challenges of legal regulation and establish the legal order. It is necessary to use the opportunities of customary legal juridification of social relations because in modern Abkhazia it can provide development of legal system by fortifying state legal institutes’ credibility.

Key words: cultural context; public order; customary law; usually legal form of thinking; criteria of «justiciability»; Abkhazian legal system

REFERENCES

- [1] Nemytina MV. Situation in the Russian Science of Law: Are there Basic Concepts? *RUDN Journal of Law*. 2016;(2):20–35. (In Russian)
- [2] Arkhipov S. Anthropological Theory of Law. *Electronic supplement to «Russian Juridical Journal»*. 2016;(5):5–13. Available from: http://electronic.ruzh.org/?q=ru/system/files/%D0%90%D1%80%D1%85%D0%B8%D0%BF%D0%BE%D0%B2_0.pdf. (In Russian)
- [3] Kantorowicz H. *The Definition of Law*. Cambridge: Cambridge University Press; 1958. 112 p. (In Russian)
- [4] Friedman LM. *American Law: An Introduction*. New York: Norton; 1984. xii, 362 p. [Rus.ed. Friedman LM. *Vvedenie v amerikanskoe pravo*. Moscow: Izdatel'skaya gruppa “Progress”; 1992. 286 p.].
- [5] Carbonnier J. *Sociologie juridique*. Paris: Librairie Armand Colin; 1972. 320 p. (In French). [Rus. ed. Carbonnier J. *Yuridicheskaya sotsiologiya* [Juridical Sociology] Moscow: Progress; 1986. 352 p.].
- [6] Isaev NA, Chestnov IL, editors. *Sotsiokul'turnaya antropologiya prava* [Socio-cultural anthropology of law]. Saint-Petersburg: «Alef-Press»; 2015. 840 p. (In Russian)
- [7] Mal'tsev GV. *Sotsial'nye osnovaniya prava* [Social Grounds of Law]. Moscow: INFRA-M; 2013. 800 p. (In Russian)
- [8] Konovalova AS. *Obychnoe pravo v rossiiskoi pravoi zhizni. Avtoreferat diss.* [Customary law in the Russian legal life. Diss. abstract]. Moscow; 2005. 26 p. (In Russian)
- [9] Khvostov VM. *Istoriya rimskogo prava* [History of Roman Law]. Moscow: Tipografiya tovarishchestva I.D. Sytina; 1908. 463 p. (In Russian)
- [10] Malinowski B. *Magic, Science and Religion and Other Essays*. Boston, Massachusetts: Beacon Press; 1948. 327 p. [Rus. ed. Malinowski B. *Magiya, nauka i religiya*. Moscow: “Refl-buk”; 1998. 304 p.].
- [11] Marchenko MN, editor. *Obshchaya teoriya gosudarstva i prava* [General theory of state and law]. Vol. 2. Moscow: «Zertsalo» Publ; 1998. 622 p. (In Russian)

- [12] Chestnov IL. *Postklassicheskaya teoriya prava* [Postclassical theory of law]. Saint-Petersburg: Izdatel'skii dom «Alef-Press»; 2012. 650 p. (In Russian)
- [13] Polyakov AV. *Obshchaya teoriya prava* [General Theory of Law]. Saint-Petersburg: Yuridicheskii tsentr Press; 2001. 642 p. (In Russian)
- [14] Alekseev SS. *Pravo: Azbuka – teoriya – filozofiya: Opyt kompleksnogo issledovaniya* [Law: Alphabet-Theory-Philosophy: The Experience of Comprehensive Research]. Moscow: Statut; 1999. 711 p. (In Russian)
- [15] Erasov BS. *Sotsial'naya kul'turologiya* [The Social Culturology]. Part 1. Moscow: AO «Aspekt Press»; 1994. 384 p. (In Russian)
- [16] Sukhanov IV. *Obychai, traditsii i preemstvennost' pokolenii* [Customs, traditions and continuity of generations]. Moscow: Politizdat; 1976. 216 p. (In Russian)
- [17] *Filosofskii entsiklopedicheskii slovar'* [Philosophical Encyclopedic Dictionary]. Moscow: INFRA-M; 2004. 576 p. (In Russian)
- [18] Shershenevich GF. *Obshchaya teoriya prava* [General Theory of Law]. Moscow: Izdanie brat'ev Bashmakovykh; 1911. 698 p. (In Russian)
- [19] Trubetskoi EN. *Lektsii po entsiklopedii prava* [Lectures of Encyclopaedia of Law]. Moscow: Tovarishchestvo tipografii A.I. Mamontova; 1917. 227 p. (In Russian)
- [20] Lloid D. *The Idea of Law*. Harmondsworth: Penguin; 1974. 368 p. [Rus. ed. Lloid D. *Ideya prava*. Moscow: YuGONA; 2002. 416 p.].
- [21] Mal'tsev GV, Shapsugov DYU, editors. *Obychnoe pravo v Rossii: problemy teorii, istorii i praktiki* [Customary law in Russia: problems of theory, history and practice]. Rostov-on-Don: SKAGS Publ.; 1999. 368 p. (In Russian)
- [22] Kharaniya VL. *Slovar' yuridicheskikh terminov (russko-abkhazskii, abkhazsko-russkii)* [Dictionary of legal terms (Russian-Abkhazian, Abkhaz-Russian)]. Suxum: Alashara; 2002. 158 p.
- [23] Berman HJ. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press; 1983. x, 657 p. [Rus. ed. Berman HJ. *Zapadnaya traditsiya prava: epokha formirovaniya*. Moscow: MGU Publ., Norma; 1998. 624 p.].
- [24] Supataev MA. *O ponimanii prava* [About Understanding of Law]. In: Novikova NI, Tishkov VA, editors. *Yuridicheskaya antropologiya. Zakon i zhizn'* [Legal anthropology. Law and Life]. Moscow: Izdatel'skii Dom «Strategiya»; 2000. p. 45–50. (In Russian)
- [25] Grafskij VG. Main conceptions of law and state in modern Russia (On the «Round Table» materials in the Center of Theory and History of Law and State of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences. *The Journal «State and Law»*. 2003;(5):5–33. (In Russian)
- [26] Malakhov VP. *Filosofiya prava* [Philosophy of Law]. Moscow, Ekaterinburg: Akademicheskii proekt, Delovaya kniga; 2002. 447 p. (In Russian)

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Kamkiya Fatima G. — Dean of the Faculty of Law Sochi Institute (branch) of People's Friendship University, Candidate of Legal Sciences, Assistant professor.

Contact information:

e-mail: jurfak-sfrudn@yandex.ru