

УДК 340.1

ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ АНТРОПОЛОГИИ ПРАВА

© 2014 г.

Д. Смихула

Министерство иностранных и европейских дел Словацкой республики

dsmihula@hotmail.com

Поступила в редакцию 28.09.2014

Анализируется антропология права как междисциплинарная наука на грани антропологии и теории государства и права. В начале двадцатых годов XX века она занималась политическими и правовыми системами примитивных народов и в своих открытиях пыталась найти универсальные закономерности, которые могли быть применены при анализе современного общества. Антропология права смотрит на правовую систему как на интегральную часть общества и по этой причине требует исследовать не только право, но и общество как целое (материальные условия, культуру, язык и т.д.), а также человека с его биологическими качествами, мышлением и привычками. Однако эта наука должна была справиться с тенденцией собственной идеологизации и использования в качестве «инструмента» в усилении доказать «превосходство незападных культур» или даже «развращенность всей маскулинной агрессивной западной цивилизации». Как каждая научная теория, антропология права должна использоваться критически и с осознанием ее недостатков.

Ключевые слова: антропология права, теория государства и права, правовой плюрализм, эволюция права, мультикультурализм.

В последнее время антропология права становится все более важной при анализе происхождения и развития права¹. Антропология права, основанная на междисциплинарном подходе к обществу и праву и являющаяся наукой на грани антропологии и теории права, с двадцатых годов XX века занималась политической и правовой системой примитивных народов и пыталась из полученного опыта вывести универсальные закономерности, действующие и в развитых обществах [4; 3, р. 149].

Основными характеристиками антропологии права являются межкультурный подход и сравнительный анализ, а также стремление найти связь между правом и неправовыми нормативными системами [3, р. 3–5]. Правовую систему принято считать интегральной частью общества, в котором она существует. Право невозможно изучать только как систему правовых норм, но всегда в комплексе связей с обществом и человеком, учитывая его биологические данные, культуру, здоровье, мышление и т.д. [2, р. 2–6]. Возникновение правовых норм не может быть рассмотрено отдельно от их применения, которое имеет безусловное влияние на их форму.

Антропология права занимается правом на четырех уровнях [3, р. 17].

I. В области анализа конкретной локальной правовой системы (дескриптивная антропология права).

II. В сфере сравнения конкретной локальной правовой системы с другими локальными системами (компаративная антропология права)².

III. В сфере анализа правовой системы в совокупности с остальными аспектами социальной жизни (применяемая антропология права). Антропология права концентрируется не только на правовых нормах и их интерпретации, но и на процессе их применения на практике. Именно поэтому антропология права занимается также анализом судебных процессов и правовых споров [2, р. 6–7].

IV. На уровне отношения права и биологического естества человека.

Основателем антропологии права обычно считается британский юрист и историк Генри Мейн (Sir Henry James Sumner Maine, 1822–1888), который первым начал изучение юридическо-антропологического направления. Эволюционный и антропологический подходы к изучению общества и права использовал также философ, социолог и антрополог Герберт Спенсер (Herbert Spencer, 1820–1903).

В XX веке пионером антропологии права стал Бронислав Малиновский (Bronisław Malinowski, 1884–1942) со своей книгой «Преступление и правовой обычай в обществе дикарей» (Crime and Custom in Savage Society, 1926) [5]. Он был выходцем из Польши, но его научная деятельность была связана с Великобританией и США. Основой его теории было его собственное исследование на Тробрианских островах в Соломоновом море. Вторым основным трудом является «Антропология права» от Леопольда Поспишила (1971) [4]. Леопольд По-

спишил (Leopold Pospíšil, 1923) – американский юрист и антрополог чешского происхождения, известный своей концепцией «правового плюрализма», согласно которой люди в разных областях жизни следуют разным правовым системам; столь же известны и его исследования характера собственности и экономики аборигенов.

Первые представители конструировали свои теории на основе прямого опыта наблюдения обществ на предгосударственном уровне развития. Поэтому не случайно, что правовой антропологией занимались сначала антропологи и социологи, а теоретики права эту дисциплину для себя открыли только в пятидесятых годах XX века.

Первоначально правовые антропологи занимались изучением феноменов преступления, наказания, решения конфликтов и формальной регуляции. Они утверждали, что у каждого общества, каждого сообщества (даже несамостоятельного и маргинального) собственное «право». Таким подходом они отличались от большинства теоретиков права, которые использовали этот термин только применительно к ограниченному количеству нормативных систем – обычно связанных с государственной властью и со строго определенными правилами того, какие нормы принадлежат системе, а какие нет. Правовые антропологи определяют «право» намного шире, и их понимание можно сравнить с универсальной дефиницией нормативных систем как таковых.

Второй основной тезис антропологии права – это утверждение, что право не является изолированным феноменом, а напротив, оно часть повседневной жизни человека и общества.

Шестидесятые годы XX века характеризуются усилением интереса к антропологии права, – без сомнения, в связи с изменением атмосферы в обществе. Главными представителями этой эпохи стали Салли Фалк Мур (Sally Falk Moore, 1924) и Джин Комарофф (Jean Comaroff). В семидесятые годы антропология права в США в большой степени была связана с политической и социальной активностью. В результате влияния идеологии мультикультурализма и радикального феминизма внимание концентрировалось на изучении бытования права в примитивных или просто «незападных» культурах.

К сожалению, в это время в антропологию права проник элемент сильной идеологизации, – прежде всего, стремление доказать равноценность и некую «равноправность» этих «альтернативных» культур с «западной» цивилизацией или даже провозгласить некую вину западной цивилизации перед отсталыми культурами. Ти-

пичной представительницей этого периода была профессор Лаура Нейдер (Laura Nader, 1930). Однако таким подходом антропология права скомпрометировала себя и очутилась в тупике. Только в девяностые годы XX века этот кризис был преодолен. Важно подчеркнуть, что в это время также расширяется научная база и кроме культурной антропологии начинают использоваться и знания о человеке с точки зрения биологии, генетики, психологии, социологии, эволюции и т.д.

Традиционные центры антропологии права находились в США – прежде всего в Калифорнии и на восточном побережье, а следовательно – в либерально-интеллектуальной среде. В последние три десятилетия она стала популярной и в Европе (например, в Германии), причем европейский подход более ориентирован на выявление связи с естественными науками.

Представителем немецкой школы является, например, Эрнст-Иоахим Лампе (Ernst-Joachim Lampe), который пытался использовать модель биологической эволюции в эволюции права, а также Христиан Лауе (Christian Laue), который анализировал право и его нарушения с точки зрения сущности человека, культурной и биологической эволюции и эволюционной психологии. Указанные исследователи таким способом репрезентируют новейшие направления антропологии права, которые трактуют антропологию шире, нежели как культурную антропологию.

Самой большой вклад антропологии права в том, что она определила право как феномен культуры, как интегральную часть культурно-цивилизационной «надстройки» человеческого общества, которая существует одновременно с биологической сущностью человека [3, p. 47–72].

Право не является продуктом сверхъестественной власти или «природы», оно результат человеческой деятельности, и в нем даже не присутствует аура некой исключительности, а поэтому право может стать предметом изучения иных наук, нежели теория права [3, p. 153].

Согласно антропологии права – право не может быть оторвано от социальной жизни или исследовано отдельно от нее [6, p. 1–12; 7, p. 13]. Оно находится в интеграции с остальными компонентами культурно-цивилизационной надстройки [6, p. xiii–xv]. Право подчиняется таким же законам развития, как и остальные феномены культуры и общества [2, p. 18–43].

Антропология права доказала, что даже так называемые примитивные общества организованы комплексным способом, у каждого общества своя собственная нормативная система и невозможно найти какое-либо универсальное право.

С другой стороны, комплексное внутреннее устройство само по себе не является гарантией эффективности или высокого уровня развития³. Этот факт антропология права уже не была способна открыто принять по причине идеологической и по причине так называемой политической корректности.

Антропология права также занималась ритуальной стороной права вследствие того, что применение права в обществе обыкновенно имеет характер особого ритуала, который усиливает внутреннюю интеграцию общества [6, р. 3–4, 114–116]. Важным интегральным методом антропологии права является разбор индивидуальных казусов с точки зрения социологии, психологии и культуры.

В последние три десятилетия укрепляется убежденность в том, что «история обыкновенного быта», семейной и сексуальной жизни имеет огромное значение для развития общества и моральных, политических и правовых представлений [10, р. 18].

Основной недостаток антропологии права, о котором нельзя забывать, связан с обстоятельствами ее быстрого развития в шестидесятые годы, когда радикализация интеллектуальной жизни и отказ от не подвергавшихся прежде сомнению догм в евро-американском политическом мышлении и культуре привели к освоению идеологии мультикультурализма, культурного релятивизма, феминизма и радикального левого движения, а также к чрезмерной нескритичности к западным культурам и их политическому и правовому мышлению. Это был результат надравного стремления доказать их равноценность с современными феноменами евро-американской цивилизации и представить их как полноценную альтернативу.

Антропология права часто ставила себе цель обосновать специфическую защиту «аборигенского права» и его качеств [3, р. 86, 130, 151], – например в том, что оно более гибкое и может лучше приспособиться к своим пользователям [3, р. 142]. К счастью, сами антропологи права в последние годы корректируют свои идеалистические и идеологические подходы [2, р. 47–74].

Естественно, надо признать, что ценности культуры и права обычно несколько относительны, но в обыденной практике этот релятивизм не смеет поставить под сомнение обязанность соблюдать в данный момент действующие правила. Культурный релятивизм может объяснить некоторые конкретные шаги, но не должен их оправдывать, если они нарушают действующее право.

У юристов, находящихся под влиянием антропологии права в ее мультикультуралистской интерпретации, до недавних пор была сильна тенденция при рассмотрении конкретного судебного дела основываться на представлениях о праве того общества (или даже субкультуры), которому данное лицо принадлежит, – причем даже против принципов правовой системы современного общества.

В США и Западной Европе такой альтернативой обыкновенно является нормативная система некоторых религиозных групп или якобы дискриминированных этносов (аборигены, африканские, азиатские и исламские эмигранты) [11, р. 120–121; 12, р. 281–287].

Основная идея такого подхода, называемого в антропологии права правовым плюрализмом, в том, что в обществе (даже современном!) существует больше систем права, чем представляет «официальная» система на уровне государства [3, р. 186; 13, 14].

Естественно, такие системы взаимосвязаны и используются в разных социальных и жизненных ситуациях. Действие или даже преступление человека, принадлежащего такой маргинальной группе, якобы необходимо рассматривать иначе – прежде всего с точки зрения морали и «права» его собственной группы. Это выглядит как возвращение концепции правовых партикуляризов и персоналитета права, причем в сознании членов некоторых специальных групп внутренние нормы могут быть рассмотрены как более обязательные, нежели официальное право государства.

Антропологи права очень часто в очевидной несостоятельности примитивных моделей организации общества, которые обыкновенно представляют не-западные азиатские, африканские и исламские общества, обвиняют именно «Запад»! [15]⁴. В проблемах стран бывшего третьего мира якобы виновато наследие колониализма, интриги неоколониалистов и сионистов, транс-национальных компаний и т.д., а низкая эффективность моделей организации таких обществ, которые не способны конкурировать с западной цивилизацией и защититься от завоевателей, капиталистов, империалистов и колониалистов, обычно не учитывается.

В данном контексте закономерно возникает вопрос: если системы права подобных менее развитых обществ были состоятельны – почему эти общества считаются отсталыми?

Некритическая апология систем примитивных обществ содержит и другой парадокс – подчеркивается культурный релятивизм и мультикультура-

лизм, а также прослеживается идея, что обязанность уважать эти культурные различия универсальна. Безусловно, что такой подход содержит в себе представление о том, что все-таки некоторые принципы должны стать всеобщими.

Однако на практике этот принцип культурной толерантности можно найти далеко не во всех культурах – очень часто эти «незападные» системы ценностей довольно нетолерантны, особенно если в их основе лежит религия, приводящая к непризнанию равенства родительских прав, родового равенства, свободы выбирать себе веру и т.д.

Возникает закономерный вопрос – почему «западные» общества в отношении к членам «незападных культур» должны быть толерантными и уважать их права, но «незападные» общества не обязаны соблюдать эти нормы в отношении к членам «западных» наций? Неужели толерантность и права человека – феномены «западного» культурного и духовного империализма?

Ценностный и правовой мультикультурализм был нередко редуцирован только до моральной или даже правовой обязанности «Запада» уважать «незападные» общества, но он не говорит ничего про такую же обязанность «незападных» обществ уважительно относиться к другим культурам.

К счастью, в девяностые годы ученые оставили такие взгляды и признали, что в современном мире могут существовать универсальные требования к понятиям права и справедливости, без учета местных традиций. Это касается прежде всего прав человека. Обратный подход мог только сохранять локальный несправедливый социальный строй.

Важным недостатком антропологии права является неспособность многих правовых антропологов определять право по отношению к другим нормативным системам. Этот факт признают и объективные антропологи права [3, р. 4].

«Право» как понятие представляет для них широкую шкалу большого количества нормативных систем: традиция, мораль, привычки, обычаи и т.д. В лучшем случае они включают право в специфическую пирамиду нормативных систем, этажи которой отличаются друг от друга ступенью институционализации. На вершине, естественно, находится право [3, р. 117].

Стремление легитимизировать нарушения права или даже убийства в западных странах указанием на культурные различия эмигрантов надо однозначно отвергнуть.

После периода некоего колебания в этом вопросе в семидесятых и восьмидесятых годах,

причиной которого было чувство вины за европейский колониализм, сообщество американских и западноевропейских юристов вернулось к идеям о монизме и территориальности права [12, р. 287].

В заключение можно резюмировать позитивный вклад и слабые стороны антропологии права.

К положительным сторонам можно отнести тот факт, что антропология права привлекла внимание к человеку как основному субъекту в праве и общественной жизни. Она указала на то, что человек – одновременно существо биологическое и социальное, обладает сложным внутренним миром идей, инстинктов и эмоций. Антропология права определила право как феномен культурный в сравнении с остальными феноменами культуры, а также обратилась к аспектам возникновения и реализации права в конкретном обществе с определенными свойствами, культурой и т.д.

С точки зрения антропологии права право не является абстрактной или изолированной системой. С помощью теории игр и теории социальной и культурно-генетической эволюции можно проанализировать право с точки зрения его эффективности и выгоды для индивида и для общества.

Недостатком антропологии права было очень широкое определение права и неспособность отделить его от других нормативных систем. Антропологии права необходимо было выйти из тупика идеологизации и политической корректности, которые были внесены в нее, а значит, отказаться от попыток использовать эту отрасль науки как инструмент в политическо-идеологическом споре. Такой подход только деформировал научную работу и заставил прийти к заключению, заявленному заранее, – к доказательству успеха «незападных» культур или даже утверждению всеобщей развращенности западной маскулинной угнетательской и насильственной культуры. Такой подход оказался очень некритичным и полностью игнорировал негативные явления в «незападных» обществах или наличие у них внутреннего угнетательского характера.

Антропология права, как каждый научный метод, как каждый интеллектуальный инструмент, должна быть использована критически – со скепсисом и с осознанием ее недостатков. Но, с другой стороны, надо признать, что достижения антропологии права могут быть очень полезны в области теоретического правового мышления. Они помогают увидеть право в его разных проявлениях в рамках общества и как продукт этого общества. Антропология права разрушает представление о праве как об изолированной автоном-

ной системе, которая живет только по своим собственным правилам и развивается в изоляции от остального общества. Важно подчеркнуть, что в понимании права не хватает знания только самого права и традиционных теорий права.

В заключение необходимо высказать мнение, что будущее антропологии права уже не связано с классической культурной антропологией, но явно с теориями биологической, социальной и культурной эволюции, с психологией и генетикой.

Примечания

1. Более подробно об этом можно прочесть в следующих работах: [1, 2, 3].

2. Примеры, которые привел James Donovan, можно посмотреть в книге [3, p. 163].

3. Например, мир средневековой Западной Европы был довольно сложным и комплексным обществом. Это была цивилизация с густой сетью социальных отношений, ритуалами, абстрактным мышлением и т.д. (См.: [8, 9]. [9] – глава Заключение: «В поисках человеческой личности»). Первоисточник: Москва: Искусство, 1984. <http://justlife.narod.ru/gurevich/gurevich00.htm>). Недостатком этой цивилизации была более низкая эффективность и более низкий уровень материальной производительности по сравнению, например, с цивилизацией периода Ренессанса с ее новыми технологиями и методами организации общества.

4. Данная книга фактически потеряла характер научного произведения и стала пропагандой.

Список литературы

1. Moore S. Law and Anthropology. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

2. Nader L. The Life of the Law. Los Angeles: University of California Press, 2002.

3. Donovan J.M. Legal Anthropology. Lanham: Altamira Press, 2008.

4. Pospíšil L. Anthropology of Law. New Haven: HRAF Press, 1974.

5. Malinowski B. Crime and custom in savage society. New York: Harcourt, Brace & Co., 1926.

6. Chase O.G.. Law, Culture, and Ritual. New York: New York University Press, 2005.

7. Lampe E.-J. Genetische Rechtstheorie. München: Verlag Karl Alber Freiburg, 1987.

8. Le Goff J. Středověký člověk a jeho svět. Praha: Vyšehrad, 2003.

9. Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. М.: Искусство, 1984.

10. Evens J.R. Co je to historie?, in Swainová, Harriet. Velké otázky historie. Praha: Národní divadlo, 2006.

11. Rosen L. Law as Culture. Princeton: Princeton University Press, 2008.

12. Krošlák D. Právo a kultúrne rozdiely. in Bárány, Eduard (ed.). Právo a jeho prostredie. Bratislava: SAP, 2011.

13. Krošlák D. The Idea of Legal Pluralism (with Regard to the Conception of Leopold Pospíšil). University of Trnava, 2011.

14. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1784804.

15. Mattei U., Nader L. Plunder (When the Rule of Law is Illegal). Oxford: Blackwell Publishing, 2009.

16. Cooter R. The Law and Economics of Anthropology. in Encyklopédia of Law and Economics, 1999.

17. Holländr P. Základy všeobecné státovědy. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čenek, s.r.o, 2009.

18. Weinberger O. Inštitucionalizmus, Nová teória konania, práva a demokracie. Bratislava: Archa, 1995.

HISTORICAL DEVELOPMENT OF LEGAL ANTHROPOLOGY

Daniel Šmihula

Legal anthropology is an interdisciplinary science on the border between anthropology and theory of law and the state. During its beginnings in 1920s it was dealing with legal and political systems of primitive societies and from such findings it tried to extract generally applicable principles that could be utilized also in the case of modern societies. Legal anthropology understands any legal system as an integral part of the society in which it is being used. Therefore it requires a research not only of the legal system but of the society as a whole (material conditions, culture, language, etc.) and also of man with his biological qualities, thinking, and habits. However, this science needs to overcome the trend of its ideologization and its use as a «tool» in an effort to prove the «superiority of non-Western cultures» or even «the corruption of the whole masculine aggressive Western civilization.» Like any scientific method or theory, legal anthropology must be used critically and with the understanding of its limitations.

Keywords: legal anthropology, theory of the state and law, legal pluralism, evolution of law, multiculturalism.

References

1. Moore S. Law and Anthropology. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

2. Nader L. The Life of the Law. Los Angeles: University of California Press, 2002.

3. Donovan J.M. Legal Anthropology. Lanham: Altamira Press, 2008.

4. Pospíšil L. Anthropology of Law. New Haven: HRAF Press, 1974.

5. Malinowski B. Crime and custom in savage society. New York: Harcourt, Brace & Co., 1926.

6. Chase O.G.. Law, Culture, and Ritual. New York: New York University Press, 2005.

7. Lampe E.-J. Genetische Rechtstheorie. München: Verlag Karl Alber Freiburg, 1987.

8. Le Goff J. *Středověký člověk a jeho svět*. Praha: Vyšehrad, 2003.
9. Gurevich A.Ya. *Kategorii srednevekovoj kul'tury*. M.: Iskusstvo, 1984.
10. Evens J.R. *Co je to historie?*, in Swainová, Harriet. *Velké otázky historie*. Praha: Národní divadlo, 2006.
11. Rosen L. *Law as Culture*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
12. Krošlák D. *Právo a kultúrne rozdiely*. in Bárány, Eduard (ed.). *Právo a jeho prostredie*. Bratislava: SAP, 2011.
13. Krošlák D. *The Idea of Legal Pluralism (with Regard to the Conception of Leopold Pospíšil)*. University of Trnava, 2011.
14. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1784804.
15. Mattei U., Nader L. *Plunder (When the Rule of Law is Illegal)*. Oxford: Blackwell Publishing, 2009.
16. Cooter R. *The Law and Economics of Anthropology*. in *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999.
17. Holländr P. *Základy všeobecnej štátovedy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čenek, s.r.o, 2009.
18. Weinberger O. *Inštitucionalizmus, Nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava: Archa, 1995.