

АНТРОПОЛОГІЯ

Д. Мойєр

[Переклад з англ. В. С. Бігуна за: Moyer S. David. Anthropology // The Philosophy of Law: An Encyclopedia / G. B. Grey (ed.). – New York & London: Garland Publishing, 1999. – Volume I. – P. 40-43.]

У перекладі енциклопедичної статті Д. Мойєра викладається розуміння антропології та антропології права. Порушуються філософські питання антропологічно-правових досліджень. Зокрема автор зупиняється на проблемах антропологічного праворозуміння, відзначаючи, що незважаючи на позитивний етичний аспект широкого визнання права з антропологічної точки зору, на практиці можливі ускладнення, зокрема при визнанні плюралізму та „рівноправності” правових систем різних культур та груп, які співіснують в рамках інших правових систем.

Ключові слова: антропологія, антропологія права, антропологічне праворозуміння, правовий плюралізм.

Розмаїття культур, досліджуваних антропологами, породжує специфічні філософські проблеми антропологічних досліджень права. Світові культури можуть бути різними, як найпростішими, так і надзвичайно складними. Філософські ж питання залишаються старими. Головне питання було поставлено ще Ш.-Л. Монтеск'є у праці «Про дух законів», вперше виданій 1748 року. У розділі XI книги XVIII вчений проводить різницю між тим, що зазвичай прийнято вважати двома найпростішими формами політичної організації людей. Між «дикими і варварськими народами, – пише він, – та різниця, що перші – це малі, розсіяні народці, котрі через певні особливі причини не можуть об'єднатися, тоді як варвари – це малі народці, котрі змогли об'єднатися. До перших зазвичай відносять народи мисливські, до других – народи пастуші».

Таке розрізнення між дикими і варварськими народами знаходимо і в працях XIX ст., зокрема в праці Л. Г. Моргана «Стародавнє суспільство» (1877). Різниця між групами та племенами за Монтеск'є дуже подібна до тієї різниці, яку проводять антрополози. Племена функціонують з допомогою загальноплеменного механізму (товариства), котрі зв'язують місцеві групи. Більшість груп – це утворення, зайняті мис-

ливством і збиральництвом. Пастуші групи та кочівники-культиватори можуть мати політичні організації на рівні племен. Принципово те, що ці соціальні групи визнаються такими, що не мають централізованості та певної центральної координованості. Звідси й одне з актуальних нині питань філософії антропології права: чи обґрунтовано стверджувати про існування права в цих нецентралізованих типах суспільств? Монтеск'є теж відповів на це питання у книзі XVIII, розділі XIII, «Про цивільні закони серед народів, обробляючих землю», відзначивши, що «поділ земель – ось головна причина, котра зумовлює збільшення об'єму цивільного зводу законів народів. У народів, котрі не мають цього розподілу, цивільних законів дуже мало. Установи цих народів скоріше можна назвати звичаями [moeurs], аніж законами [lois]». Очевидно, що Монтеск'є термін «право» використовує щодо більш складних суспільств, а «звичай» – більш простих.

Хоча багато прихильників культурного еволюціонізму погоджуються із загальним підходом Монтеск'є, в антропологічно-правовій думці домінує функціональний підхід до права. Аргумент про те, що усім суспільствам притаманна певна форма права ґрунтується на сильному етичному доводі. Прихильники цього підходу вважають, що заперечувати це означало б те саме, що стверджувати, що інші, не наділені правом суспільства є відсталими, чи гіршими, морально менш розвинутими. Тому для пошуку визначення права, яке б підходило усім, чи майже всім суспільствам, було прикладено чимало зусиль.

Праця «Шлях Чесне» (1941) – класичний зразок співпраці між вченим-юристом Карлом Ллевеліном і антропологом Е. Адамсоном-Хобелем. У ній викладені результати дослідження правових механізмів племінного суспільства, проведеного з допомогою кейс-метода. Через рік після видання книги, Хобель упевнено стверджує, що «право існує в примітивних суспільствах в тому ж сенсі, як і в нашому». А в праці «Право примітивної людини» (1954) Хобель навів таке визначення правової норми: «соціальна норма є правовою, якщо її нехтування чи порушення постійно призводить до, шляхом погрози чи фактично, застосування фізичної сили соціально привілейованими для таких дій особою чи групою». Це визначення істотно вплинуло на антропологів, особливо на тих, які не мають особливого дослідницького інтересу до права.

У праці «Папуаси Капауку та їхнє право» (1958), Леонід Поспішил виокремив чотири атрибути права: (1) *атрибут владності (authority)*: «для того, щоб рішення було належним в правовому розумінні, чи, іншими словами, таким, що впливає на соціальний контроль, воно має бути

прийняте сторонами суперечки як спосіб вирішення ситуації, спричинене зіткненням їхніх інтересів»; (2) *атрибут наміру універсального застосування*; (3) *атрибут obligatio*, що «має дві спрямованості – перший від привілейованої сторони до сторони зобов'язаної, яке називається правом, другий – від зобов'язаної сторони до сторони привілейованої, який називається обов'язком»; (4) *атрибут санкції*.

На основі таких визначень *права* всі (чи майже всі) суспільства можуть вважатися такими, що мають право. Їхня корисність і спроможність заснована на основоположній передумові: варто виробити єдине для всіх культур визначення права. Проте „широта” такого визначення має й свою ціну. Визначення Поспішила може бути настільки всеохоплюючим, що включатиме багато форм і видів поведінки, котрі з філософської точки зору, мабуть, не є правом. Це усвідомлював і Поспішил, який пізніше в своїх працях чітко виклав, можливо необачно, найбільш істотне заперечення такого універсального підходу:

«Я б хотів сказати навіть більше того, – пише вчений, – й визнати існування правових систем у будь-якій організованій групі і їхніх підгрупах у межах держави. Як наслідок і врешті-решт навіть мала група, як наприклад американська сім'я, має правову систему, впроваджувану чоловіком чи жінкою, або ж обома, залежно від ситуації. Навіть у конкретних випадках ті рішення і правила, які приводяться у виконання сімейними властями, можуть суперечити праву держави і визнаватися неправовими. ... Ігнорувати такі системи, як це робиться у працях багатьох правознавців, означає проводити наукове дослідження нестандартно, а натомість – апелювати до морального судження, якому може й місце у філософії, але не в соціології чи антропології права».

Універсальні визначення, наголошуючи передусім на всеохопленості, мають тенденцію применшувати значення відмінностей, притаманних правовим системам суспільств різного рівня складності. До того ж, носячи функціональний характер, вони не здатні запропонувати вирішення питань в разі змін, нерідко не враховуючи історичний аспект. Говорячи фаховою мовою проблема полягає у співвіднесенні груп і племен з верхівкою (*chiefdoms*) і державами. Цим двом типам систем притаманні фундаментальні політичні відмінності: першому типу, на відміну від другого, притаманна певна форма чинної центральної влади. Співіснуючи, ці два типи зумовлюють постановку етичних питань. На сьогодні більшість групових і племінних суспільств існують в одній або більше держав. Якщо обидві системи, централізована і нецентралізована, вважати однаково чинними на груповому рівні, можливо, що деякі

громадяни одного народу держави матимуть привілейований доступ до певної правової системи, а інші – ні. Може бути й навпаки: деякі індивіди, можливо, представники груп меншин, можуть розраховувати на менший обсяг правової допомоги в разі порушень, вчиненого щодо них членами їхніх груп чи їхніх керівників, аніж представники груп більшості можуть мати щодо представників своїх груп чи їхніх керівників. Ситуація може ускладнитися ще більше – наприклад у випадку масштабної міграції біженців. Якою мірою слід зберегти їхню практику, звичаї? Хоча вся правова практика видається однаково чинною, чи правомірно замінювати одну практику на іншу? Надзвичайно суперечливий аспект цієї проблеми – питання правового статусу жіночого обрізання в громадах біженців, розташованих поза регіоном, де така практика вважається нормою. Ці етичні проблеми постають, певною мірою, через універсалістське і функціональне визначення права. Дати визначення, яке б охоплювали усі групи видається на перший погляд прогресивним кроком. Породжені цими питаннями етичні суперечності й проблеми спершу малопомітні, однак, з огляду на досвід минулого, можуть бути неминучими.

Культурний еволюціонізм – ще один підхід, який може на перший погляд здатися подібним на підхід Монтеск'є. Він зазвичай не має прямого відношення до антропології права. Згідно з цим підходом вважається, що право притаманне лише тим суспільством, які мають певну форму центральної влади, здатної до здійснення влади правової. За цим підходом до таких, що мають право, відносять держави, прото-держави, й більшість начальництв, та не включають групи і більшість племен. У групах і племенах функціонують інститути, виконуючі функції властиві праву в більш складних суспільствах. Вони можуть вважатися такими, що мають прото-правові системи. Цей підхід визнає фундаментальну родову та якісну відмінності між правовими і прото-правовими системами. Він також дає підстави для дискусії про історію та еволюційні видозміни. Однак його еволюційний фокус відразу ставить низку етичних питань. Ці питання зазвичай і задають тон дискусіям сьогодні. Багато хто вважає, що еволюційний процес означає прогрес чи моральну вищість еволюційно більш «продвинутих» систем. Для прихильника культурного еволюціонізму ці доводи нагадують аргумент про те, що птахи – творіння морально вищі за риби, бо вони взагалі то еволюціонували пізніше. Принциповим тут є наявність фундаментальної родової відмінності. Проте етична проблема цим підходом не вирішується. Еволюційний погляд може використовуватися для виправдання певних типів

нерівності та расизму, але водночас він може і претендувати на те, щоб вважатися більш правильним з наукової точки зору.

Наголос на універсальність права – триваюча тенденція. У 1978 році у великій оглядовій статті з антропології права Саллі Фальк Мур однозначного зауважила: «Нема такого суспільства, яке б мало права; *ergo* нема жодного суспільства, яке б випадало з поля зору «правового антрополога» ... Не лише кожне суспільство має право, але й майже всі важливі соціальні інститути мають правовий аспект». Сильних доводів на користь такого погляду чимало, проте, як відзначалося, можливі потенційно серйозні однак загалом ігноровані етичні наслідки такого функціонального, універсалістського погляду.

1. Hoebel E. Adamson. Fundamental Legal Concepts as Applied in the Study of Primitive Law // Yale Law Journal. – 1942. – № 51. – P. 951–966.

2. Hoebel E. Adamson. The Law of Primitive Man. – Cambridge MA: Harvard University Press, 1954.

3. Llevellyn Karl N., and Hoebel E. Adamson. The Cheyenne Way. – Norman: University of Oklahoma Press, 1941.

4. Mostesquieu. De l’Espitit des Lois (The Spirit of Laws). 1748. – Paris: Garnier Freres, 1961.

5. Mostesquieu. The Spirit of Laws. Trans. and ed. Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, and Harold Samuel Stone. – Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

6. [Монтескье Шарль Луи. О духе законов / А. В. Матешук (сост., пер. и коммент.). – М.: Мысль, 1999. – 672 с.]

7. Moore Sally Falk. Law as a Process: An Anthropological Approach. – London: Routlage & Kegan Paul, 1978.

8. Pospisil Leopold. Anthropology of Law: A Comparative Theory. – New Haven CT: HRAF Press, 1974.

9. Pospisil, Leopold. Kapauku Papuans and Their Law // Yale University Publications in Anthropology [New Haven: Yale University Department of Anthropology]. – 1958. – Number 54.