

*УДК 161*

## МЕТОДОЛОГИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ АНТРОПОЛОГИИ ДЛЯ ФИЛОСОФИИ ПРАВА

А.М. Тимохин

*В статье анализируются методологические предпосылки юридической антропологии и возможность их использования в области философии права. Автор приходит к выводу, что антропологическое понимание феноменов права является неадекватным, поскольку исключает их универсальность, рациональность и либеральность*

*Ключевые слова:* юридическая антропология, философия права, норма права.

В последние десятилетия одна из доминирующих в области социальных исследований тенденций получила название «гуманизация». Сфера права не составила исключения. Более того, разговор о необходимости гуманизации права совпал во времени с интенсивным развитием проблематики, связанной с правами человека, их реализацией и защитой. Похоже, ни у кого нет сомнений, что национальное законодательство Украины (равно как и законодательства других стран) должно развиваться на основе осмысления феномена прав человека. Поэтому нет ничего удивительного в том, что вопросы правовой сущности человека в последние годы сохраняют актуальность и находятся в центре внимания как специалистов, так и общественного мнения.

На уровне рефлексии гуманизация осуществляется, как правило, посредством построения различного рода антропологий или идеологий, отвечающих на вопросы о свойствах природы самого человека и их влиянии на различные социо-культурные явления и процессы. Не удивительно поэтому, что на роль своего рода методологической основы процесса гуманизации права претендует дисциплина известная под именем *юридической антропологии*. Об этом факте свидетельствуют слова судьи Европейского Суда по правам человека А.И. Ковлера, «антропология права (юридическая антропология) — составная часть процесса антропологизации современной общественной науки, вновь обретающей свой гуманитарный облик, значительно утраченный на волне увлечения формализованными методами исследования общественных процессов» [1, с. 28].

Данная статья ставит перед собой *цель* прояснить возможность использования эмпирических и теоретических построений из области антропологии применительно к решению проблем ставших классическими для юриспруденции. Соответственно, объектом исследования служат те рефлексивные основания, на которых выстраивается юридическая антропология, и их способность экстраполироваться на область правоповедения. При этом под юридической антропологией подразумевается исключительно разновидность социальной антропологии, т.е. «исследование природы человеческого общества путем

систематического сравнения обществ разных типов, уделяющее особое внимание более простым формам общества, существующим у примитивных, туземных, или бесписьменных народов» [2, с. 205].

В отличие от других публикаций, наводнивших в последние годы литературу и преисполненных оптимизма в адрес проектов гуманизации права, основой для проводимого в статье анализа эвристического потенциала антропологических штудий стала скептическая установка в оценке пользы этих штудий для юриспруденции. Причина подобного скепсиса – то, что можно назвать *«антропологическими коллизиями»*, возникающими как следствие попыток применить принципы юридической антропологии на том уровне рефлексии и понимания, где должны господствовать собственные основоположения права.

Вполне естественно предположить, что юридическая антропология, а точнее ее активное включение в современные дискурсы о праве и человеке, неизбежно должна была вызвать смешанные чувства как у юристов, так и у философов. На протяжении веков они считали себя сообществами, обладающими, хотя и разной, но все-таки исключительной компетенцией в вопросах, проистекающих из сущности права и его связи с природой человека. Сегодня их монополия оказывается подорванной и, не в последнюю очередь, именно юридической антропологией. Несмотря на то, что конкуренция и дискомфорт, причиненные юридической антропологией, ощущаются и в сообществе юристов, и в сообществе философов, глубинные корни взаимного непонимания остаются по-прежнему неотрефлексированными.

Нельзя сказать, что в философии и юриспруденции царит незнание или неприятие юридической антропологии. Сложившееся положение дел, скорее, можно идентифицировать как игнорирование посредством умолчания; так поступают с новыми и не совсем понравившимися знакомыми, о которых до поры до времени лучше не думать ни как о друзьях, ни как о врагах. Лишь немногие авторы, успевшие освоиться с теоретическим аппаратом антропологических знаний, отзываются об этой дисциплине положительно и связывают с ней определенные ожидания: надежду на расширение предметного поля и методологического арсенала классической теории и философии права. Но, в целом, юридическая антропология остается для правоведов своеобразной экзотикой: тем, с чем соприкасались многие, но что не поучило широкого распространения, и потому о ней вспоминают от случая к случаю, кстати и некстати.

Более брутальным при этом выглядит отношение самой юридической антропологии к классической юриспруденции и философии права, которым вменяется в ответственность колониализм, посягающий на самобытность народов, и этноцентризм, оборачивающийся расизмом. Перечень теоретических и практических злоупотреблений правоведов в своеобразный приговор суммировал один из ведущих антропологов современности Норбер Рулан. В нем он констатирует: «право связано с Добром меньше, чем со Злом... право, со всей стороны, есть только необходимое зло, которое скрывается под отсветами Добра» [3, с. 299], имея в виду, что там, где нет зла, нет и права. Впечатление от выдвинутых обвинений многократно усиливается тем обстоятельством, что основоположники антропологических штудий имели к юриспруденции самое

прямое отношение: «почти все выдающиеся антропологи были юристами либо получили юридическое образование» [3, с. 9]. Поэтому как у правоведов, так и у непрофессионалов их оценки вызвали самое искреннее доверие.

Обрисованная ситуация может показаться излишне драматизированной и вряд ли с тем, как она представлена, согласятся те, кого она напрямую затрагивает и кто в ней участвует. Дискуссии о размежевании наук и исследовательской компетенции сегодня непопулярны, в моде междисциплинарность и готовность к кооперации. Между тем, отказ от спора о границах знания и образующих его понятиях в данном случае может иметь весьма негативные последствия, ближайшее из которых – эклектизм уже дает о себе знать в работах по этнологии, теории и философии права, а идущий ему на смену скептицизм уже начинает пускать свои корни. Естественно, что ценность подобного спора не в том, чтобы доказать кто лучше, а кто хуже, тем более, это не спор о возможных благах, в том числе, влиянии на власть. Полемика неизбежна из-за чрезвычайной важности истолкования тех принципов, которые *должны* лежать в основе отношения права к человеку и оценок права людьми, а принципы эти понимаются юристами и антропологами совершенно по-разному.

Конфликт юридической антропологии с юриспруденцией можно легко смоделировать на простом примере регулирования брачных отношений, к изучению которых антропологи относятся с большим трепетом и интересом. Право идентифицирует брак как свободный союз двух людей с целью создания семьи. Между тем, каждый, кто бывал на свадьбе, почти наверняка сталкивался с обрядом «выкупа невесты». Между тем, торговля людьми запрещена национальными и международными правовыми актами и объявлена преступлением. Чтобы приблизиться к пониманию сути коллизий, возникающих в философии права из-за позиции юридической антропологии, нужно осознать, что данная ситуация, во-первых, не имеет простого решения и, во-вторых, по-разному выглядит в глазах антрополога и правоведа.

Бессмысленно говорить, что «выкуп невесты» не содержит в себе состава преступления, т.к. отсутствует умысел, вина, нет жертвы и, вообще, все происходящее несерьезно и делается по взаимному согласию. Никому и в голову не придет привлекать к ответственности жениха и родителей невесты. Тем не менее, в рассматриваемой ситуации мы видим, как конкурируют два настолько различных понимания юридической природы брака, что с точки зрения одного, назовем его современным, второй, назовем его традиционным, имеет антиправовую природу, граничащую с преступлением. Легко представить вполне реальные обстоятельства, при которых их конкуренция перейдет из чисто умозрительной плоскости в практическую. Какое решение может принять суд в деле о продаже дочери родителями какому-нибудь мужчине, например иностранцу, если продажа состоялась при устном согласии девушки, а адвокат ссылается на то, что «выкуп невесты» является широко распространенным и незапрещенным законом видом социальной практики? Следует ли суду признать брак недействительным, если один из супругов ссылается на то, что на самом деле брак был заключен посредством «выкупа невесты», а его государственная регистрация была совершена, лишь во избежание проблем с законом? Может ли супруг, заплативший за невесту «выкуп»,

требовать его возвращения в случае развода? Число обстоятельств как сходных, так и несходных с уже приведенными можно без труда увеличить, а их значимость будет возрастать, в зависимости от традиционности воззрений тех, кто в них окажется. Также несомненно, что подобные трудные вопросы могут возникать и в других ситуациях, когда будет иметь место конкуренция традиционного и современного понимания права.

Вряд ли суд будет разбираться в подобных ситуациях и в связанных с ними конкретными обстоятельствами, руководствуясь каким-нибудь общим принципом. В одном случае он может принять во внимание правовой обычай, в другом – нет. Но даже отказ от рассмотрения подобных дел (а это наиболее вероятная стратегия поведения суда) неизбежно свидетельствует о том, что суд вольно или невольно, осознанно или спонтанно вынужден занимать определенную позицию в споре традиционного и современного понимания различных феноменов права. Поэтому ценность и сложность рассматриваемой нами ситуации не зависит от того, насколько она реальна и какое конкретное решение для нее мы можем спрогнозировать. Очевидно, должны существовать юридические решения, касающиеся традиционного понимания права, даже если его проявления рудиментарны, редки и малозначительны. В свою очередь, юридическая теория должна вырабатывать формулы подобных решений и критерии для их оценивания.

Далее, юрист и антрополог будут совершенно по-разному воспринимать и интерпретировать такую ситуацию. Для антрополога выкуп невесты является процедурой, которая или была, или даже остается (это зависит общества, о котором идет речь) абсолютно или относительно легальной. То обстоятельство, что официальное законодательство, если таковое есть, понимает брак иначе, не составляет для него существенной проблемы, а скорее служит интересным фактом, свидетельствующим в пользу распространенности феномена юридического плюрализма. Для юриста «выкуп невесты» не имеет такого значения, которое позволило бы ему стать юридическим фактом, и он будет относиться к нему так же, как и к убийству, совершенному во сне, ибо ни то, ни другое не влечет за собой никаких реальных, тем более, юридических последствий. Если же, вопреки законам, кто-то связывает с «выкупом» некоторое действительное право, то речь уже должна идти о наказании, даже если кто-то считает, что, искажая право, он его не нарушает, как, например, в случае убийства по просьбе или с согласия жертвы. Другими словами, там, где антрополог видит поле для исследования, юрист или не видит ничего, либо видит нарушение права.

Если рассмотренная ситуация невозможности мирного сосуществования двух типов правопонимания (традиционного и современного) кажется чем-то частным и неубедительным для того, чтобы констатировать неизбежность коллизии между принципами исследования, характерными для юридической антропологии и собственно юриспруденции, можно указать на еще, как минимум, одну проблему, которая будет систематически возникать при попытке объединить их в единой методологической перспективе.

Эта проблема связана с фундаментальной для юриспруденции идеей о том, что нормы, по которым живут люди и отправляется правосудие, должны быть известны

каждому, кого они касаются. Эта идея выражается в принципе, утверждающем: *неопубликованные законы не применяются*. Под опубликованными законами, речь идет о любом нормативно-правовом акте, подразумеваются нормы формально определенные, т.е. записанные, и доступные для ознакомления каждому заинтересованному лицу. Классическая юриспруденция не знает другого способа сделать нормы права опубликованными, а, следовательно, и применяемыми иначе, чем представить их в виде письменного текста. Неслучайно, в юриспруденции под содержанием закона понимается нормативно-правовое *предписание*.

Между тем, большинство антропологов со времен И.Я. Баховена разделяют методологическую парадигму, утверждающую, что основой анализа различных социальных институтов, в том числе и права, служат не тексты, а поведение (особенно символическое) членов определенного сообщества. Нет никаких сомнений в том, что «юридическая антропология, утверждая себя как наука, способная расшифровать образы и символы вне письменности, отходит от текстуального толкования» [3, с.27]. Это и неудивительно, если учесть, что большинство сообществ, исследованных антропологами, не считают письменную фиксацию норм чем-то важным в смысле их надления юридической силой и делают это не потому, что располагают лучшими средствами, а просто потому, что не владеют письменностью. Идея о том, что норма права не существует, не будучи записанной, оказывается для юридической антропологии разрушительной или, по крайней мере, лишает ее значительной части материалов, на которых она основывает свои радикальные выводы.

Именно решая проблему, как норма права становится значимой для всех представителей данного сообщества, антропология обращается к феноменам традиции и обычая, рассматривая их в качестве альтернативного письменности способа ознакомления с правом. Обоснованность такого решения ни у кого не вызывает сомнения: поскольку в юриспруденции действует расхожее представление об обычаях как форме выражения права, постольку проще согласится с антропологами, что существует неписанное право, чем отказаться от вошедшего в обиход понятия «правовой обычай». Но можно предположить, что обвинение в том, что правоведы не понимают и превратно истолковывают антропологические категории справедливо в отношении категории обычая, и если бы юристы хорошо знали, что понимают под обычаем антропологи, они никогда не стали бы связывать его с правом. Действительно, антропологи не признают за обычаем характеристику ранней, неразвитой и несовершенной формы права, напротив, видят в нем полноценную альтернативу нормативно-правовому акту. Более того, антропологи склонны думать, что в ряде случаев обычай будет лучше, чем нормативно-правовой акт, справляться с задачами социальной регуляции. «Современная практика правового развития свидетельствует о том, что обычное право может жить в самых передовых секторах экономики. Рыночная экономика требует нового набора упорядочивающих и стабилизирующих форм (источников) правового регулирования общественных отношений. Так как в обществе потребность в преемственности зависит от динамики новаций, отсюда — обычное право обретает актуальность благодаря традиции» [4, с. 115]. О такой возможности использования

обычаев вряд ли думает кто-либо из правоведов, признающих за ними статус форы права, и, по сути, подразумевающий под правовыми обычаями судебные решения, ставшие законами, тогда как для антропологов обычай имеет юридическую силу даже в обществах незнающих правосудия.

В любом случае, какой бы вариант реабилитации традиционного правопонимания с позиции признания им принципа «неопубликованные законы не применяются» не выбрали антропологи, будь то обычай или что-то еще, и как бы к этому не относились юристы, невозможно рассуждать о неписаных нормах одновременно и в рамках юридической, и в рамках антропологической парадигмы. Если нормы традиции и обычая права, о которых говорят антропологи, удовлетворяют данному принципу, то исследование, т.е. их обнаружение и установление присущего им юридического смысла, оказывается излишним: зачем разыскивать то, на что может указать любой, а именно этого требует принцип. Если же нет и усилия антропологов не напрасны, то это свидетельствует о том, что нормы, инспирированные традиционным правопониманием, не просто представляются чем-то, хотя и неизвестным, однако таким, что при желании можно узнать, но для ознакомления с ними требуются весьма изощренные средства и навыки, которыми способны овладеть далеко не все. О специфичности такого знания свидетельствует то обстоятельство, что даже подавляющее большинство народов, разделяющих традиционное правопонимание, до появления антропологов не подозревали о том, что у них есть право и не пытались отстаивать его в суде.

Возможно, что образ юридической антропологии, представленный в статье, несет в себе серьезные искажения сути этой науки, а собственно антропологическая критика права имеет своим основанием проблемы отличные от тех, которые здесь рассматривались. Не исключено, что те же самые настраивающие против классической юриспруденции замечания могут быть сформулированы на теоретической почве полностью отличной от той, которая предлагается антропологами. Но даже если это так, приведенные в статье рассуждения указывают на вполне реальные и серьезные аргументы, которые могут быть выдвинуты против правового понимания природы человека бытующего в европейской философии и юриспруденции. От имени какой науки или идеологии они бы не исходили, следует признать, что их цель – ограничить в претензиях *рационализм, универсализм и либерализм*, задававшие вектор формирования основных правовых систем современного мира. Без серьезных ответов на подобную критику трудно представить, что слово «право» сможет сохранить тот смысл, который был открыт в нем еще в эпоху становления римской юриспруденции. Подмена справедливости культурными ценностями, а рассудительности – социальной идеологией, которую пропагандирует антропологическая критика права, неизбежно будет вести к умалению значения права, его вытеснению другими, как правило, несправедливыми инструментами решения социальных конфликтов, начиная с традиции и заканчивая террором.

Единственное избежать антропологических aberrаций права – отказ от предположения о том, что право создается людьми, а напротив человек определяется правом. Права рационального, универсального и либерального права

достаточно, чтобы человек мог оставаться самим собой, сохранять свою индивидуальность вместе со всеми ее страстями и заблуждениями. Право выполняет свою роль, когда не дает нам превратиться в животное и не мешает стать чем-то большим.

Если права человека не могут быть сформулированы в рамках самой юриспруденции, то теряют смысл и сами права, как нечто непостижимое и выходящее за рамки правопонимания, так и законы, поскольку они сами по себе без указания со стороны не в состоянии защитить справедливость в ее первичной форме незыблемости личного права.

Забота о ценности и добродетельности неевропейского человека, которую проявляет антропология, на самом деле, оборачивается его унижением, поскольку, отказывая ему в понимании и принятии принципов и норм европейского права, его, одновременно, лишают того достоинства справедливости, которым обладает европейский *homo juridicus*. Последний, благодаря своему праву, обладает еще и связанной с ним особыми моральной и политической позициями, предназначенными для защиты частной жизни от произвола общественного мнения и государственного принуждения. Очевидно, что традиционное правопонимание не способствует формированию морального и политического иммунитета субъектов права против несправедливости, вынуждая его довольствоваться тем, чем решит облагодетельствовать его судьба. Поэтому любая попытка опереться на традиционное правопонимание с целью определить смысл права и сущность юриспруденции не только не способствует их гуманизации, а, напротив, лишает человека того значения, которое определила ему европейская культура в борьбе за рациональное и секуляризованное общество и государство.

### Список литературы

1. Ковлер А. И. Антропология права. — М.: Издательство НОРМА, 2002.— 480 с.
2. Рэдклифф-Браун А.Р. Метод социальной антропологии. — М.: «Канон-пресс-Ц», «Кучково поле», 2001. — 426 с.
3. Рулан Н. Юридическая антропология. — М.: Издательство НОРМА, 2000.— 310 с.
4. Камкия Ф. Г. Концепция правового плюрализма в связи с исследованием обычного права // Право в зеркале жизни. Исследования по юридической антропологии. — М.: Издательский дом «Стратегия», 2006 — 400 с.

#### **Тимохін О.М. Методологічне значення юридичної антропології для філософії права**

*У статті аналізуються методологічні передумови юридичної антропології та можливість їх використання в галузі філософії права. Автор робить висновок, що антропологічне розуміння феноменів права є неадекватним, оскільки виключає їх універсальність, раціональність і ліберальність*

**Ключові слова:** юридична антропология, філософія права, норма права..

#### **Timochin A.M. Methodological validity of legal anthropology in philosophy of law**

*In the article are analyzed the methodological preconditions of legal anthropology and an opportunity of their using in the field of philosophy of law. The author comes to conclusion, that the anthropological understanding of phenomena of the right is inadequate as excludes their universality, rationality and liberal views*

**Key words:** legal anthropology, philosophy of law, norm of law.

Поступило в редакцию 11.09.2007