

лення кримінального законодавства, основою якої є усвідомлення злочинності як багатофакторного системного соціального явища, що має властивість самодетермінації і відтворення.

Література

1. Див., наприклад: Дрьомін В.М. Соціальні та правові підстави застосування в Україні покарань, альтернативних позбавленню волі / В.М. Дрьомін // Право України. – № 6. – 2000. – С. 27-31; Дрьомін В.М. Кримінальна ідеологія як фактор відтворення злочинності / В.М. Дрьомін // Актуальні проблеми держави та права. – Одеса, 2001. – Вип. № 11. – С. 499-505; Дрьомін В.М. Зменшення тюремного населення: пошук нових шляхів / В.М. Дрьомін // Актуальні проблеми політики. – 2001. – Вип. 10-11. – С. 238-244; Дрьомін В.М. Особливості формування кримінальної субкультури / В.М. Дрьомін // Актуальні проблеми держави та права. – Вип. 25. – Одеса, 2006. – С. 498-504; Дрьомін В.М. Еволюція покарань в контексті превентивних можливостей: від позбавлення волі до пробації / В.М. Дрьомін // Актуальні проблеми держави та права. – № 32. – 2007. – С. 265-271.
2. Скоков С. Кримінологічна характеристика осіб, що відбувають покарання у місцях позбавлення волі / С. Скоков // Рукопис : Університет внутрішніх справ. – Харків. – 1998. – 27 с.
3. Наказание без изоляции осужденного от общества и рецидив / [С.И. Комарицкий и др.] // Исполнение наказаний и социальная адаптация освобожденных. – М., 1990. – С. 90.
4. Там само.
5. За даними Державного департаменту України з питань виконання покарань.
6. Комарицкий С.И. и др., с. 97.
7. Див.: Политика в области уголовного правосудия в связи с проблемами, касающимися тюремного заключения и других уголовно-правовых санкций и альтернативных мер // доклад Генерального секретаря. Документ А/CONF. 144/13, 1 June 1990 – Р. 8.
8. Див.: Дюнкель Ф. Категории “издержки-польза” в уголовной политике / Ф. Дюнкель // В кн.: Проблемы уголовной политики: советский и зарубежный опыт. – М., 1986. – С. 118.

УДК 340:572.02.001.71

В.В. Завальнюк

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ЮРИДИЧНОЇ АНТРОПОЛОГІЇ ТА ЇЇ ЕВОЛЮЦІЯ

Важливою особливістю сучасного етапу розвитку соціально-правової реальності є його перехідний характер. У зіткненнях різних суспільних сил шукають свого вирішення застарілі протиріччя, успадковані від минулого. Одночасно закладаються нові цивілізаційні основи для майбутніх перетворень. Повільно, але неминуче відбувається демонтаж залишків тоталітарної системи. Колишній тип правової реальності поступово змінюється на інший.

У теперішній час формується нова соціально-правова реальність, вільна від міфів і догм, що вимагає виваженого, раціоналістичного пізнання. Сьогодні численні пояснювальні прийоми, стереотипи, моделі, які використовувались протягом ряду десятиліть, виявляються зовсім невиправданими. Вони не ведуть до розуміння тих процесів, що відбуваються в нормативних і ціннісних сферах соціального буття [1, 29].

Необхідність правового регулювання суспільних відносин між людьми обумовлена здатністю останніх відхилятися від зразків належної поведінки

до неналежних, шкідливих, небезпечних для цивілізації ексцесивних форм.

Виходячи із впевненості, що багато концептуальних положень так званого “радянського правознавства” опрокинуті життєвими реаліями і розвитком пізнання про людину, і її поведінку на сучасному етапі виникла необхідність нових підходів і зокрема, антропологічного у сфері права.

Методологічною основою цього підходу до висвітлення проблем у сфері антропології права являється в загалі-то не новий реалістичний або неоматеріалістичний образ мислення, сутність якого лаконічно виразив А.Ф. Лосев: “Воно (нове мислення) полягає в тім, що найперше не мислиться ідея без матерії, але і матерія без ідеї також не мислиться” [2, 440].

У відповідності з указаним, реалістичним (на відміну від позитивістського образу мислення, людина являється істотою одночасно і духовною, і матеріальною, тобто своїм існуванням пов’язує, діалектично проникає обидві форми буття – духовного (ідеального) і матеріального. Відповідно не соціальність відрізняє людину від тварини (багато тварин ще більш “соціальні”, ніж людина), а духовність. Тому людина як суб’єкт, особистість не розчиняється в соціумі без залишку (як певна”сукупність суспільних відносин”), і соціалізація не вичерпує її життєвого змісту.

Тільки людина являється носієм “живої духовності”; духовність суспільства, представлена культурою, являє собою “кристалізацію” цієї первинної, живої духовності. Однак людська духовність не гармонійна, що виражається в деструктивному образі дій людини, і це присуща їй якість. Але суспільство акумулюючи духовну й матеріальну енергію людей, також не може бути вільним від деструктивності, не може бути по своїй суті “вище” і “чистіше” людини. Тому санітарною “чисткою” суспільства, побудовою його по якій-небудь відкритій наукою моделі, не адекватній антропології і духовній суті особистості, неможливо селекціонувати стерильно “нову людину”, але разом із тим духовний і матеріальний ріст людини неможливий без адекватної і взаємоузгодженої зміни суспільства.

Рівність людини і суспільства або людства в цілому означає, що людина в силу її духовності представляє собою не тільки істоту одиничну, а являється індивідуальним втіленням загального; звідси – усе людство залишається безправним навіть якщо безправним є тільки один його представник.

Антропологія права має на меті зрозуміти правила поведінки в різних суспільствах, але віддає перевагу юридичному аспекту, заявляючи при цьому про неможливість ізолювати від іншого право як таке, оскільки воно являється тільки одним з елементів загальної культурної і соціальної системи; властивої любому суспільству і по різному сприймається й реалізується кожною з підгруп суспільства.

Уже Кант писав, що юристи все ще шукають своє визначення поняття права. Ці зусилля ніколи і не припинялись, адже класичні визначення відводять вирішальне значення державній санкції, в загальних рисах сумісної у моральному плані з пошуком справедливості. Ці визначення не являються помилковими, але мають великий недолік. Тому що визначати право через покарання, означає те ж саме, що визначати здоров’я через хворобу. Що ж стосується справедливості,

її поняття набуло збиваючу з пантелику розпливчатість у залежності від суспільства, в якому воно має вживання: адже існувало нацистське право, сталінське право, які також базувалися на засадах, “справедливих” для законодавців, але які не мали майже нічого спільного з принципами демократії. Крім цього, ці визначення права приводять зазвичай до типічної позиції західного юридичного етноцентризму: тобто до ідентифікації права з державою [3, 69].

Виходячи з таких позицій наука про право розвивалася, залишаючи осторонь суспільства, поймаєновані “примітивними”, “варварськими”, або “дикими”. Оскільки юристам важко дати визначення права свого власного суспільства, можна легко представити, що їм взагалі неможливо дати таке визначення у відношенні суспільств, настільки відрізняючихся від їх власного, – хіба, що по принципу заперечення. Тим паче існування держави дає в їх розпорядження солідне алібі, перетворюючи їх незнання в забобон: тобто – право могло появитися й розвиватися тільки з державою. В послідуєчому як стверджували самі сміливі з них, і держава й право зникнуть, створивши аналогію з ідилічним Золотим віком, коли не було ні права, ні примусу. Силогізм ідентифікації права з державою відкидає у п'ятьму первобутності, або за необхідності в епоху передправа, до “бездержавних” суспільств.

Крім того, що право може існувати, як доказується антропологією права, обходячись без держави, само поняття держави теж дуже розпливчате, щоб стати основою для вкрай важливого епістемологічного розрізнення.

Сучасна політична антропологія досить часто доказує, що замість розрізнення “державних” і “бездержавних” суспільств набагато виправданіше вивчати широкий спектр – від сегментарних суспільств, де регулювання засновано на більш або менш стабільній рівновазі між складовими її групами, до сучасних суспільств, володіючих спеціалізованим і централізованим управлінським апаратом.

Необхідно також указати на інший фактор – консерватизм юристів. У даного консерватизму безсумнівно є своє соціологічне і історичне підґрунтя, але він походить також від ряду культурних факторів: поважне відношення до держави, схильність до порядку й безпеки, а не конфлікту, який розглядається як патологія, це все привело багатьох юристів до подвійного ідеалізму. Найперший, це ідеалізація норми: суспільство яке не має чітко сформованого зводу норм, не має, на їх думку, права. Але завдячуючи аналізу таких авторів як М. Алліо, і Е. Ле Руа відомо, що багато традиційних суспільств підпорядковуються не стільки фіксованим нормам, скільки моделям поведінки, покарання за порушення яких не являється автоматичним. Однак ці суспільства неможна назвати анархічними [4, 253].

Друга ідеалізація – це “блискуча ізоляція” права, яка зводить його до чистої техніки: право здавна викладається як звід норм, які несуть самі в собі суть і спосіб еволюції. Однак часи змінюються і впевненість потрохи витісняється і влюбому випадку, стає більш зримим: криза етатистських ідеологій, занепокоєність юристів кількісним ростом виробництва норм і відповідно їх, швидкими змінами, падінням значення письмового слова в наших нових інформаційних системах.

Не слід припускати, що всі ці питання виникли враз і зараз, ще в середині першого тисячоліття до нашої ери древні грецькі філософи (Протагор, Демокрит, Сократ, Платон, Аристотель, софісти, стоїки й епікурейці вели між собою

завязаті суперечки з цього приводу. Дві проблеми найбільше займали їх: суспільство, держава і моральність, з однієї сторони, природа й пізнання з іншої. Але все це – на фоні роздумів про людину.

Накладаючись на теоретичну проблематику, породжується проблема порозуміння самого суспільства, його суті і долі, шляхів реформування, а також принципів людської поведінки взагалі і моральності зокрема.

Розповсюджуючи вчення про надприродне походження суспільства, софісти протиставляють “природне” і “мистецьке”. Платон так описує софістичну концепцію держави: “В державному управлінні... хіба, що незначна частина належить природі, більша ж – мистецтву. Отже, і всяке законодавство обумовлено... не природою, а мистецтвом; ось чому його положення і далекі до істини” [5, 129].

Універсальне протиставлення природи мистецтву розгортається в троякому плані: в плані виникнення суспільства, держави, законодавства, релігії й віри в богів.

Згідно теорії Протагора, з однієї сторони, мистецтво є “божественний” дар, завдяки якому людина відрізняється від інших тварин, із другої – мистецтво само по собі може реформувати життя людей.

Він стверджував, що “справедливе й несправедливе походить не із природи, а із права”.

Заперечуючи софістам, для яких право походило зі співвідношення сил між управляючими й управляємими (до речі, марксистська теорія права близька до цієї точки зору), Платон і Аристотель стверджували, що закон диктується Розумом, загальним для всіх людей і тому, заслуговує бути “природнім законом”, чий зміст повинно виразити позитивне право.

Для Аристотеля, а пізніше і для Фоми Аквінського, природне право має перемінний зміст, оскільки виражене ним поняття справедливості полягає в пошуку рівноправності, яка в свою чергу, змінюється в залежності від типу суспільства й епохи; але у всіх випадках, яка б не була ступінь перемінності, справедливі поступки відповідають порядку, природі.

Монтеск'є (1689–1755) передбачаючи такий підхід, першим у свою епоху, виступив проти заскорузлих концепцій, роздумуючи про досвід суспільств, які відрізняються від його власного. Для нього право було елементом соціополітичної системи, тісно залежним від її устрою. Воно переважно різне, і видозмінюється в залежності від суспільства, місця, епохи. Подібно деяким сучасним спеціалістам по юридичній антропології, він думав, що залежність між правом і суспільством така, що передача права від одного суспільства до іншого нездійсненне, хіба, що ці суспільства мало відрізняються одне від одного. Ця теорія, далека від природньо-правового ідеалізму і, навпроти, близька антропологічним теоріям ХХ ст. Для нього зміни в правовому порядку зумовлені не еволюцією обумовленою зміною історичних епох на шляху до прогресу, а залежать від більш прозаїчних факторів, таких як кліматичні умови, характер місцевості, демографія і т.д., властиві кожному суспільству. В тому, в чому він бачить основні джерела змінності права, Монтеск'є являється першим антропологом-юристом нашого часу [6, 44].

В послідуєчому XIX столітті певне термінологічне бродіння служить уже симптомом зародження юридичної антропології: спочатку говорять про порівнювальну юриспруденцію, після про юридичну археологію; словосполучення юридична етнологія появилoся тільки у 1890 році в роботі Поста “Основи етнологічної юриспруденції”. Однак яким би не було словесне вираження нової дисципліни, 1861 рік становиться ключовою датою в її історії. Одночасно в Штудгарті і Лондоні виходять дві фундаментальні роботи: “Материнське право” И.Я. Бахофена відкриває етнологію рідства, на цей шлях у послідуєчому стали Дж. Мак-Ленан (“Первобутній шлюб” 1865 р.), і Л.Г. Морган (“Системи кровного родства і родинні зв’язки в сім’ї”, 1871 рік). Але настоящим творцем юридичної антропології став Г.Дж. Самнер-Мен із його роботами “Древнє право” (1861), “Найдревніша історія установ” (1875) і “Древній закон і звичай” [7, 53].

Усі його праці пронизують дві основні ідеї.

По-перше, теорія трьох стадій еволюції права: спочатку люди думають, що право дано їм богами, які продиктували його вождям (Мойсей і десять його заповідей); в послідуєчому право ототожнюється зі звичаєм; а після воно змішується із законом. На протязі цієї довгої еволюції право повинно було пройти різні стадії від статусу до договору: в далекому минулому права й обов’язки індивіда в суспільстві, членом якого він являється, встановлюються доволі жорстко в залежності від його статусу в цьому суспільстві; в сучасних суспільствах статус людини більш подвижний по відношенню соціальних груп, його свобода виражається в розвитку договірних актів.

По-друге, вивчаючи культ предків, Мен намагається встановити першочерговість у часі паралінійного ступеню рідства і відповідно патріархального суспільства. Для Мена віддалені суспільства нерухомі й інфантильні, і тільки Європа проявила високий динамізм у царині правового розвитку.

И.Я.Бахофен (1815–1887), професор римського права й суддя Кримінального суду, також послідовник еволюціоністської традиції досліджує в першу чергу степені рідства, але на відміну від Мена, він стверджує першочерговість по часу матріархату – саме з матріархатом на його думку пов’язано винахід сільського господарства. Основною заслугою було те, що він вийшов за межі письмової історії і показав співпадіння по часу звичаїв, які не тільки співпали з віддаленими епохами, але й співіснували із системами права, поділившими між собою світ на зони виключного впливу. Таким чином юридична антропологія утвердила себе як наука, здатна розшифрувати образи й символи поза письменністю, відійшовши від текстуального тлумачення.

Ще один теоретичний підхід в антропології права сформував Льюїс Г.Морган (1818–1881). Його принципи, викладені в роботі “Древнє суспільство” (1877) [7, 37] прості й засновані на класифікаційних критеріях. Людство проходить три фази (кожна з яких поділена на три стадії): Дикість (охота і збирання; первобутній комунізм); Варварство (приручення тварин, сільське господарство, металургія; племінна або кланова власність, патріархальна сім’я); Цивілізація винахід письменності, паперу, пару й електрики, моногамна сім’я, приватна власність,

держави). В майбутньому згідно Моргану, еволюція призведе до зникнення приватної власності.

Його роботи зобов'язані своїй відомості тій обставині, що вони склали основу марксистської антропології.

Уже на початку XIX століття поява у європейському суспільстві ідей солідаризму і правового соціалізму знаменувало собою поворот у правосвідомості нового покоління юристів, які почали сумніватися в тім, що закон є виразом загальної волі. Теорія “автономії волі” – об'єкт повального захоплення багатьох філософів і правознавців того часу. Французький Цивільний кодекс 1804 р. (Кодекс Наполеона) стверджував, що волі індивідів достатньо, щоб здійснювати дії, які мають правове значення, наприклад, укладати контракти. Ревнителі загальності волі в особі держави опиралися на ростання автономістських зрушень з боку структур громадянського суспільства – профспілок, асоціацій, корпорацій; на їх думку ідеї солідарності й справедливості повинні превалювати над волею індивіду, волею окремих груп [8, 136].

Здавалося, розвиток системи соціального законодавства, формування основ громадянського суспільства послаблюють нормотворчу роль держави, оскільки державі відводилася тільки функція регулятора нових соціальних зв'язків, посередника між попередніми й новими суб'єктами права.

Правовий плюралізм виступав у формі здійснення етатистських і корпоративних способів управління. Однак уже на початку XX ст. в системі континентального права спостерігалось повернення до культу Закону як основного джерела права, хоча підручники вказували й інші його джерела: доктрину, звичай, судові рішення і т. ін.

Правова держава ототожнювалася з державним правом, тоді як політична теорія стверджувала, що джерело права – народ, що організоване відповідним чином громадянське суспільство має властивість до саморегуляції без надмірного втручання держави, у веденні якої і так залишається значний об'єм правового регулювання відносин, виникаючих на периферії громадянського суспільства: оборона, зовнішня політика, безпека, грошова емісія тощо.

Тому необхідно починати розкриття метапроблеми права не із соціології права (чим власне, до цього часу і займалося правознавство), а з антропології права. Начальним розділом правознавства повинно бути мікро правознавство як наукове дослідження властивого людині генезису права, аналізу його першооснов, причин і умов його появи та розвитку.

Література

1. Бердяев Н.А. Зміст творчості. Досвід виправдання людини / Н.А. Бердяев. – Париж, 1985.
2. Страницы русской зарубежной печати. Мюнхен. – М., 1988.
3. Кант И. Метафизика нравов / И. Кант // соч. : в 6 т. – М., 1966. – Т. 4 (Ч. 1).
4. Бергер П. Социальное конструирование реальности / П. Бергер, Т. Лушан. – М., 1995.
5. Платон. Диалоги. – Харьков, 1999.
6. Головки Б.В. Філософська антропологія / Б.В. Головки. – К., 1997.
7. Морган Л.Г. Древне суспільство / Л.Г. Морган. – 2-ге вид. – Л., 1934.
8. Жюль К.К. Філософія и социология права / К.К. Жюль. – К., 2000.