

В. В. Завальнюк

ІРРАЦІОНАЛЬНЕ У ПРАВІ З ПОЗИЦІЙ ЮРИДИЧНОЇ АНТРОПОЛОГІЇ

Світогляд людства з давніх часів створювався міфами, тому проблематика співвідношення міфу та права є, напевно, такою ж давньою, як і самі ці інститути. Досить згадати, що на початковій стадії становлення права воно існувало виключно у міфологічній оболонці і мало яскраво виражені антропоморфні риси. «Першолюдина» Ману у стародавніх індійців, Феміда та її доньки Діке і Немезида у стародавніх греків, духи предків у сучасних традиційних спільнотах виступають як уособлення правових понять та категорій, як творці та охоронці права. Аналіз позитивного права сучасних демократичних суспільств теж доводить існування у ньому міфологічного зрізу [1], хоча, зрозуміло, наївний антропоморфізм йому не властивий.

Перед юридичною наукою постає питання про причини появи та оцінку сутності та місця міфу у правовій сфері, зокрема, у суспільній правосвідомості.

На думку сучасного філософа права В. А. Бачиніна, зміст теми «міф і право» може бути розгорнуто в декількох напрямках:

— нормативний зміст стародавніх міфів, формування всередині них універсальних, архетипних нормативно-ціннісних структур, на основі яких ще в античному світі почали складатися закони й принципи писаного права;

— виявлення слідів архаїчних міфологем у нормах і принципах природного та позитивного права;

— ціннісно-орієнтаційний та нормативно-регулятивний вплив архетипів, присутніх в підсвідомості сучасної людини, на її індивідуальну правосвідомість;

— вплив архетипів колективного несвідомого на суспільну правосвідомість;

— логіка і механізми перетворення міфологічної ірраціональності в раціональний зміст нормативних моделей правомірної поведінки;

— структурно-змістовні ознаки міфологічної й правової свідомості, їх схожість і відмінності;

— сучасні форми ідеологічної й політичної міфотворчості як засобу впливу на суспільну та індивідуальну правосвідомість [2].

Усі ці напрями дослідження міфу у праві так чи інакше пов'язані з юридичною антропологією та є компонентом її об'єкту. Узагальнюючи їх, ми можемо відзначити наявність міфологічного контенту в об'єктивному, у тому числі — позитивному праві та у правосвідомості. Нам є близькою думка В. П. Малахова про те що міф є мудрим баченням дійсного і в цьому сенсі він є основою правосвідомості [3], хоча, думається, не єдиною, оскільки раціональний компонент правосвідомості формується на власній основі, незалежній від міфологічного сприйняття дійсності.

Нормативний зміст стародавніх міфів та міфів, що існують у сучасних традиційних суспільствах, став чи не першим доробком юридичної антропології. Характеризуючи міф як «імперативну модель для відповідного улаштування людських зв'язків і взаємин», В. С. Нерсисянц робить справедливий висновок: «У примітивних суспільствах міфологія виконує функції пояснення і легітимації соціальних норм» [4].

До цих пір неперевершеним за глибиною дослідження та образністю оповідей про міф є праця Броніслава Малиновського «Міф у примітивній психології». Він відкинув уявлення про міф як про поетичне творіння, не сприйняв інтерпретацію міфу як простого переказу подій минулого: «Виходячи зі своїх власних досліджень міфів, що поділяють дикуни, я маю сказати, що чисто художній або науковий інтерес людини примітивного суспільства до природи вельми обмежений; в її уявленнях та переказах символізм займає зовсім незначне місце; в реальності міф — це не поетична рапсодія, не вилив потоку порожніх вигадок, а дієва і виключно важлива культурна сила.

У примітивній культурі міф виконує незамінну функцію: він висловлює, зміцнює і кодифікує віру; він підтверджує дійсність обряду і містить практичні правила, що спрямовують людину. Таким чином, міф є суттєвою складовою частиною людської цивілізації; це не казка для дозвілля, а активно діюча сила, не інтелектуальні пояснення або художня фантазія, а прагматичний статут примітивної віри й моральної мудрості» [5].

Натомість для В. Фікентчера міфи є засобом накопичення знань за доби неписьменності. Міфи — уособлення мудрості, оскільки розповіді не записувалися, а передавалися усно з покоління в покоління. Враховуючи це, в міфах немає нічого езотеричного, магічного або таємничого. Вони просто передають інформацію освітнього та розважального характеру на користь наступних поколінь. Міфи несли освітню або корисну інформацію до появи письменності. Міфи часто бувають космогонічними.

Тотемні стовпи племен Аляски або північного заходу Америки розповідають історію кланів, родів та окремих осіб [6].

І, нарешті, для Н. Рулана міфи — це, перш за все, спосіб мислення, у тому числі — правової свідомості. Він підкреслює наявність міфів у сучасному позитивному праві, точніше у способах його сприйняття сучасним суспільством [7]. Зазначимо справедливість його суджень, що доводиться не тільки наведеними ученим прикладами міфів держави, кодексів, індивіда, але й догмами поділу влади у сучасному конституціоналізмі, усталеними уявленнями про можливість досягнення справедливості правовими засобами, що, очевидно, є неможливим, зважаючи на суперечливість інтересів у реальному правовому житті та ін.

Отже, при всій складності структури та змісту міфу виділимо для цілей нашого предмета його головну характеристику (на ній наполягає й дослідниця первісних форм держави і права Т. В. Кашаніна) [8]: його нормативну, розпорядчу частину, яка акумулює досвід попередніх поколінь і дає «ідеальну» модель поведінки. Але для того щоб ідеальна модель «працювала», вона має відобразитися у певній дії, адже міф є явищем дописьменної культури. Такою «дією» були магія, ритуал, звичай [9]. Само осмислення права як *jus dicere* — «право говорити» — свідчить про ритуальну форму виникнення перших законів [10].

Для юридичної антропології права міфи та перекази різних народів є безцінним матеріалом про мононорматику та архаїчне право минулого. Зокрема, у міфах розсіпані вказівки на обов'язковість якихось дій, причому сформульовані вони жорстко і недвозначно. Міф закріплює сформовану в реальності регулятивну нормативну систему і, закріплюючи її, створює свого роду нормативний прецедент, звернений у майбутнє.

Міфологічні аспекти у нормах та принципах сучасного позитивного права проявляються у різних формах. Норбер Рулан серед таких міфів позитивного права називає міф індивіда та ліберальний тотемізм, численні міфи держави, міфи кодексів і законів [7]. Як уявляється, «розміщення» цих понять у позитивному праві є не зовсім правильним: французький антрополог аналізує, скоріше, явища правосвідомості, а не нормосфери права. Але з основною його посилкою про наявність міфологічного контенту у позитивному праві слід погодитись. Багато з міфологем здійснюється за допомогою такого прийому юридичної техніки як юридична фікція (доказовий характер слідчого експерименту, як приклад). Має місце й пряме нормативне закріплення міфологем. Серед них відзначимо такі:

— у конституційному праві — «невід'ємні, невідчужувані права людини», «пряма дія норм Конституції», «поділ влади».

В реальності права людини можуть бути суттєво обмежені, а то й ліквідовані (разом з їх носієм) за судовим вироком, адже більш ніж у 100 країнах світу залишається такий вид покарання як смертна кара. Крім того, багато прав людина може делегувати іншим людям, зокрема,

це права на певні речі, майно, авторські права, тому вони ніяк не можуть визнаватися невідчужуваними.

Пряма дія норм Конституції, як і раніше, щодо особи залишається мало реальною, зважаючи на те, що загальні суди не виносять рішень, посилаючись прямо на її статті, що якраз і є прямою дією Конституції [11; 12]. Навіть у країнах розвинутого конституціоналізму таким «провідником» норм Конституції залишається, як мінімум, судова практика, прецеденти вищих судів тощо. Прикладом такого «провідника» є хоча би славнозвісне рішення Верховного Суду США у справі «Міранда проти Арізони», яким конкретизовано і уведено в усталену повсякденну юридичну практику американських правоохоронних органів П'яту поправку до Конституції США [13].

Поділ державної влади на три «класичні» гілки, закріплений у багатьох сучасних конституціях, є міфом та анахронізмом принаймні з трьох причин. По-перше, реальна самотійність та незалежність гілок влади блокується принципом стримувань та противаг, який у тому чи іншому вигляді існує у кожній конституційній державі; по-друге, гілок державної влади набагато більше ніж три, зокрема, до таких нетипових гілок влади відносять: прокуратуру; главу держави; слідчі підрозділи, що займають самотійне місце в системі правоохоронних органів і забезпечують правосуддя у кримінальних справах; рахункову палату; виборчі органи; омбудсмана [14]; по-третє, в реальному світі виконавча влада володіє нормотворчими повноваженнями, а в країнах прецедентного типу права такі повноваження мають ще й суди;

— у цивільно-правовій сфері регулювання — «юридична особа», «воля спадкодавця», «законні інтереси ненародженої дитини». Юридична особа є різновидом юридичної фікції, коли колективу людей умисно приписуються властивості однієї людини, аж до визнання її правосуб'єктності. Воля спадкодавця (а спадкодавцем людина стає лише в момент смерті) є нічим іншим як удаванням збереження правосуб'єктності людини по її смерті. Законні інтереси ненародженої дитини — ще один варіант фікції, оскільки права та інтереси можуть належати лише реальному суб'єкту права. О. Р. Шишка влучно називає «суб'єктивні права» спадкодавця, ненародженої дитини, а також кріопациєнтів фантомними [15];

— у кримінально-правовій сфері регулювання — поняття суспільної небезпечності злочину, поняття об'єктивної істини, неможливість застосування аналогії. В реальності, виходячи з того, що суспільна небезпека певного поняття не є кримінально-правовим догматичним поняттям, воно не визначається судом, ні *in abstracto*, ні *in concreto* [16]. Поняття об'єктивної істини, як неодноразово указували учені-процесуалісти, суперечить принципу змагальності кримінального процесу: в рамках такого типу процесу істина завжди є відносною. Не кажучи вже про те, що визнання об'єктивності істини суперечить конституційному принципу ідеологічного плюралізму [17; 18], згідно з яким жодна ідея не може

уважатися істиною в останній інстанції. Що стосується аналогії для подолання прогалин у кримінальному праві, то вона є заходом небажаним, але вимушеним [19], оскільки винахідливість сучасного злочинного світу є унікальною і передбачити усі варіанти злочинних діянь та суб'єктів їх виконання, скоріше за все, є неможливим.

Відмітимо, що міф і право — не протилежні сутності і, більше того, міф у праві не є негативним явищем, оскільки віра у міф є потужним засобом правового виховання та правової стабільності. Так, наприклад, міф верховенства права, в який вірить як населення, так і державні посадовці, й, що особливо важливо, судді, лежить в основі того правопорядку, який ми спостерігаємо в англосаксонських країнах.

Нормативний зміст міфів відмітний дуалістичною структурою. Так, наприклад, у слов'янській міфології протиставлення правий — лівий лежить в основі давнього міфологізованого права (право, правда, справедливість, правильний тощо), і відбито у персоніфікованих образах Правди на небі й Кривди на землі [20]. Цей міфологічний дуалізм простежується й у правовій свідомості сучасного суспільства, не тільки на буденному, але й на професійному і навіть науковому рівні. Такою дуалістичною властивістю міфу володіє, наприклад, дихотомія «приватне — публічне право», зумовлена наявністю інших дихотомій: «приватні — публічні інтереси», «приватні — публічні засоби захисту прав» тощо. Цій проблематиці присвячені десятки дисертаційних досліджень тільки у пострадянських державах [21; 22], хоча практичний сенс такої дихотомії є сумнівним, оскільки нормативною силою і примусовим забезпеченням володіє як публічне, так і приватне право.

У реальності об'єктивне право є засобом соціального компромісу та узгодження вільних воель, тому немає великого сенсу і тим більше практичної значущості протиставляти інтереси загальні та приватні. Так звані суспільні інтереси або загальне благо завжди можуть бути розкладені на суму приватних інтересів. Тому громадські інтереси охороняються правом настільки, наскільки вони здатні забезпечити добробут окремих осіб. І навпаки, приватні інтереси захищаються правом тільки тоді, коли це відповідає загальному благу (наприклад, навряд чи приватне право буде охороняти аморальний або соціоруйнівний інтерес індивіда). Існуюча номенклатура галузей права не може бути однозначно поділена між цілісностями приватного та публічного права. Так, переважна кількість норм кримінального права охороняє саме приватні інтереси, а значний масив норм господарського права не може бути реалізований без державного втручання та державного адміністрування.

Крім того, варто відмітити, що сучасний розвиток позитивного права йде, скоріше, по лінії зближення приватних та публічних основ права. Так, у праві сучасних країн формується така підсистема як право суспільного інтересу [23], до якого відносять юридичні засоби створення однакових правових умов для звернення до правосуддя та захисту інтересів у суді, компенсацію деяких недоліків, неможливість або непов-

ноцінність судового захисту прав та інтересів окремих осіб або групи таких осіб, а також суспільства в цілому. Конкретними елементами такого механізму є в тому числі і система надання безкоштовної юридичної допомоги малозабезпеченим, особливості сплати державного мита, захист інтересів особи іншими особами, позови на захист невизначеного кола осіб, участь органів прокуратури в процесі, деякі особливості інститутів підсудності та доказів. Право суспільного інтересу — це, по суті, публічно-правозначуща конструкція захисту суто приватних прав в інтересах усього суспільства або принаймні його частини (наприклад, усіх пацієнтів певної медичної установи, хоча би вони кожний окремо і не подавали позов проти неї).

Переходячи до оцінки міфів правосвідомості, варто відмітити, що міфологічний тип правового мислення неминує є антропоморфним. Його антропоморфізм зумовлений природою міфу, який, за визначенням О. Ф. Лосева, є вербальним виразом дивної особистої історії. Людина на світанку своєї історії усі знання так чи інакше співвідносила з тим, що знала найкраще, — передовсім, зі своїм буттям [24]. Тому ми бачимо антропні фігури грецької правової міфології (Феміда та її доньки, Номос, Гермес як транслятор волі олімпійських богів тощо). Вони уособлювали такі правові принципи як справедливість, шанування закону, неминучість покарання. Але міфічний спосіб мислення не є приналежністю тільки традиційних суспільств. Сучасне суспільство користується ним, у тому числі й у сфері права: деякі юридичні міфи містяться і в сучасному позитивному праві. Як видається, саме антропоморфні міфи лежать в основі багатьох юридичних фікцій, зокрема, в основі понять юридичної особи, якій свідомо надаються властивості людини. Родоначальником цього підходу до сутності юридичної особи і автором терміну «фіктивна особа» прийнято уважати римського папу Інокентія IV, але найбільший розвиток така теорія отримала у німецькій цивілістичній літературі позаминулого століття. К. Ф. Савіньї розглядав юридичну особу як штучний суб'єкт, створений законом лише для умовної «прив'язки» до нього суб'єктивних прав і обов'язків, які в дійсності або належать його учасникам — конкретним фізичним особам, або не належать жодному конкретному суб'єкту.

Антропоморфізм властивий й сприйняттю правосвідомістю сучасної держави, яка наділяється людськими якостями, такими як здатність до емпатії та турботи щодо людей, до надання допомоги, до прояву та застосування сили, аж до покарання, до прийняття рішення тощо, як у кінцевому рахунку — правосуб'єктність. У буденному уявленні людей держави, як і люди, є нерівними за своєю могутністю, їх можна образити або перехитрувати, вони можуть ворогувати або товаришувати. Звідси, на нашу думку, властива принаймні східноєвропейським державам конструкція та назва типового міждержавного договору про дружбу, партнерство та співробітництво (саме таку назву, зокрема, має так званий «великий договір» між Україною та Російською Федерацією).

Антропоморфізм у розумінні держави як соціального інституту певною мірою був властивий навіть тим філософам права, які оперували раціоналістичними прийомами мислення. Так, у трактаті «До вічного миру» І. Кант розглядає державу як індивіда. Не без певної іронії він пише про міждержавні союзи: «Держави можуть одружуватися» [25]. Кант приписує державам не тільки людські риси, але й дії, характерні для людей.

Ще більше антропоморфізм державно-правової свідомості відмітний у тому явищі, яке Ю. М. Оборотов називає образом держави [26]. Правосвідомість оперує при цьому такими образами як «держава-друг», «держава-ворог», «успішна держава», «держава-невдаха» тощо. Антропоморфізмом відмічені й невербальні образи держави, традиція створення яких простежується, як мінімум, від часів складання національних держав. Так, уже Томас Гоббс на обкладинці свого «Левіафану» презентував державу як велетня, що складений з маленьких людей. Персоніфікація держави є стійкою традицією образу держави. Такі персонажі як «Джон Буль», «Дядечко Сем», «Маріанна», «Святий Патрик» породжують очевидні, зрозумілі для усіх асоціації з сучасними державами.

Міфологеми позитивного права «працюють» і в юридичних процедурах, до яких варто віднести правовим чином оформлені та такі, що мають юридичне значення, обітниця, клятви, присяги, ритуали.

Положення про нерозривний зв'язок міфу і ритуалу народилось ще у ХІХ ст. Уважалось, що міф є словесним вираженням ритуалу, а останній, у свою чергу, — інсценуванням міфу. Така теорія мала гучний резонанс у науковій думці ХХ ст. Зокрема, значну увагу їй приділено саме в працях міфологічно-ритуальних критиків. Проте наприкінці століття наука почала працювати у протилежному цій теорії руслі. Адже міф й ритуал не завжди збігаються і впливають один з одного. В історії міфології існує безліч прикладів, коли ритуал містить у собі лише окремі риси міфу, більше того, існує чимала кількість міфів, які взагалі не мають обрядового аналогу, і так само є ритуали, що існують цілком самостійно, без словесної схеми. Нині зібраний етнографічний матеріал сприяв виявленню певних зв'язків між ритуалом і міфом; крім того, велику роль відіграв факт невичерпності самого матеріалу, що дало можливість знайти схожість між ритуалом і міфом [27].

Поняття «ритуал» належить до міждисциплінарного категоріального апарату. Оскільки феномен, що досліджується, є однією із знакових категорій сучасної культури, ритуал належить до різноманітних методологічних каркасів, не маючи чіткої означеності поняття та втрачаючи свою змістову визначеність. Саме тому дослідники розходяться у думках щодо проведення демаркаційної лінії, яка б обмежувала його коректне застосування.

Визначення самого поняття «ритуал» збігається з аналогічним інструментарієм, який використовується в етнографії, етнології та релі-

гієзнавстві: ритуалізація, обряд, звичай, церемоніал, процедура, етикет.

Слово «ритуал» означає «те, що підкоряється порядку». Ритуал (від лат. *ritualis* — обрядовий, від *ritus* — релігійний обряд, урочиста церемонія) — вид обряду, історично сформована форма складної символічної поведінки, кодифікована система дій (у тому числі мовних), що слугують для вираження певних соціальних і культурних взаємин (визнання певних цінностей чи авторитетів, підтримки соціально-нормативної системи й т. ін.) [29]. На думку Т. В. Кашаніної «ритуал — це правило поведінки, в якому акцент робиться на зовнішній формі його виконання, причому ця форма є строго канонізованою» [8]. Вона ж відзначає регулятивну функцію ритуалу. Зазвичай ритуал не вимагає присутності спеціальної особи, що приводить його в дію: передбачається, що виконуючі ритуал знають порядок своїх дій. І все ж життєві спостереження підказують, що нерідко при виконанні ритуальних дій висувається неформальний лідер, який знає тонкощі даного ритуалу і керує його виконанням: знаменитий кавказький тамада за урочистою трапезою, всюдисущі бабусі на похоронах тощо. Це говорить про те, що виконання складного ритуалу потребує нагляду за дотриманням певних правил [9].

Більшою складністю, великою кількістю учасників і більш жорсткими правилами відрізняється від ритуалу обряд. Як правило, соціальна значущість обряду є вищою, психологічний і виховний вплив є сильнішим, ніж у ритуалу.

А. І. Ковлер відзначає велике психологічне значення ритуалу для його учасників. Так, ритуал укладення шлюбу має вселити впевненість в унікальності, урочистості події і міцності укладеного у такій обстановці шлюбу. У всіх народів детально розроблений не тільки шлюбний ритуал, але і ритуал посвяти в професію, військовий ритуал, похоронний та поминальний ритуал тощо.

Як відзначає О. О. Мельник, здійснення ритуалу сприяє оновленню сприйняття світу людиною, закріпленню тих змін, на які орієнтовано ритуал [29]. У сфері правового життя, як видається, таким є перехід від простого сприйняття до осмислення правових дій та інших соціальних явищ. Адже поведінка людини як розумної істоти є перетворенням абстрактних правил у конкретну ситуацію. Ритуал завдяки своїй усталеності, повторюваності та навіть певній ригідності дає людині впевненість у правильності здійснюваних дій (у цьому сенсі ритуал має схожі риси зі звичаєм).

Ритуал відіграє важливу роль в історії суспільства як традиційно створений метод соціального виховання індивідів, залучення їх до колективних норм життя. Розвиток правових норм, системи моральних уявлень, елементів раціональної поведінки особистості та наукової свідомості витісняє його на периферію громадського життя, головним чином у сферу церемоніальних форм офіційної поведінки та побутових відносин (громадську обрядовість, етикет, дипломатичний протокол тощо). У сучасній культурі ритуал набуває нового значення, отримує новий

зміст і форму, змінюючись і прогресуючи разом з людиною, відповідаючи їй нагальним потребам [29].

Так, відбиттям стародавнього ритуалу є присяга, що з позицій загальнотеоретичної юриспруденції є юридичним фактом, який є ухваленням офіційної клятви (урочистої обіцянки) дотримуватися і виконувати права і обов'язки відповідно до обійнятої посади, визначальним моментом зміни спеціального правового статусу суб'єктів і здійснюваним в особливому ритуальному порядку на основі спеціалізованих символічних дій [30]. В українському праві присяга є обов'язковою умовою вступу на такі види публічної служби як державна служба (ст. 18) [31], служба у міліції (ст. 17) [32], служба цивільного захисту (ст. 108) [33]. Присягу приносять також особи, що становлять кадровий корпус юридичних установ правової системи України: судді (ст. 55) [34], прокурори (ст. 46) [35], адвокати (ст. 11) [36]. Порівняльний аналіз останніх показує доволі високу гомогенність їх змісту, який має загальносоціальні та спеціально-юридичні ознаки. Так, принцип верховенства права визначений як керівний для працівників прокуратури, суддів, адвокатів, але, щоправда, відсутній у присязі суддів Конституційного Суду України. Дотримання вимог Конституції містять тексти присяг прокурорів, суддів Конституційного Суду України, адвокатів. Морально-етичні вимоги присутні у текстах всіх присяг.

Особливо відзначимо необхідність принесення присяги свідком та експертом у кримінальному провадженні [37], що є прямим відбиттям стародавніх судових ритуалів, відомих практично усім народам світу.

У вищевикладеному визначенні російської дослідниці присяга та клятва сприймаються як тотожні. На нашу думку, з позицій антропологічного осягнення правової міфології, вони розрізняються. Клятви є традицією дохристиянського часу (одна із заповідей Христа — «Не клянись!») і не випадково досі урочисту обіцянку лікаря називають іменем давньогрецького лікаря Гіппократа. В українському праві принесення клятви лікаря є юридичним обов'язком кожного випускника медичного вишу [38]. У цій клятві нічого не говориться про застосування конкретних ліків або способів лікування. Її мета полягає в тому, щоб лікар-початківець усвідомив необхідність наслідування етичних норм практичної медицини та свої юридичні обов'язки.

Як було зазначено вище, у науковій літературі часто відбувається ототожнення понять, що мають широкий спектр застосування, зокрема таких, як «обряд», «звичай», «традиція» та «ритуал».

Так, найчастіше ритуал розглядається як вид обряду, форма символічної поведінки, що склалася історично. Під обрядом розуміють сукупність дій, установлених звичаєм або ритуалом, які втілюють у собі соціальні уявлення, норми та цінності. Під звичаєм розуміють традиційно сталі правила суспільної поведінки, обрядові дії.

Однак між ритуалом і обрядом існують певні відмінності. Обряд є сукупністю символічних стереотипних дій, які втілюють у собі ідеї,

уявлення, норми й цінності та викликають певні колективні почуття. Ритуал є системою, що поєднує обряди для реалізації процесу регламентації суспільного світового устрою, виступає формою суворо встановленого порядку обрядових дій [29].

На думку А. І. Ковлера, соціальна значущість обряду є вищою, а психологічний та виховний вплив є сильнішим, ніж у ритуалі. Як приклад він наводить обряд ініціації, відомий багатьом народам, тобто переведення юнака чи дівчини з однієї вікової категорії в іншу. Зазвичай йому передують тривалий період важкої підготовки, важких фізичних і моральних випробувань (для порівняння: «курс молодого бійця» перед принесенням присяги в армії). Жорстокість самого обряду посвячення в чоловіки або жінки повинна була підкреслювати «смерть» людини в колишньому стані і «народження» у новій якості [9]. К. Леві-Стросс установив прямий зв'язок між міфом і обрядом: «між міфом і обрядом постулюється певна відповідність, або, іншими словами, гомологія: незалежно від того, кому з них приписується роль оригіналу або відбиття, міф і обряд відтворюють один одного: один — у формі дії, а інший — у вигляді понять» [28]. Обряд у порівнянні зі звичаєм містить у собі естетичний компонент — він «обряджає», тобто декорує подію. В обряді, як відзначає російський філософ В. Д. Карандашов, відсутня мета досягти реального практичного результату. «Мета обряду — за допомогою символів і символічних дій виразити, передати, закріпити традиційні для будь-якого суспільства, класу, соціальної групи ідеї, ідеали, норми, цінності, зразки життєдіяльності, викликати в його учасників відповідні почуття, настрої, морально-психологічну атмосферу, що сприяє засвоєнню соціального досвіду, який передається за допомогою конкретного обряду» [39].

На думку А. К. Байбуріна, «ритуал і звичай — крайні точки на шкалі символічних форм поведінки. Якщо під ритуалізацією варто розуміти не належність до сфери сакрального, а такі характеристики поведінки, як стереотипність, наявність стандартів здійснення, регламентованість, обов'язковість (з відповідною градацією «неблагополуччя» у випадку їх невиконання), то вищим ступенем ритуалізації буде позначено обряди, від виконання яких залежить життя й благополуччя колективу, а нижчим — звичаї, що регламентували повсякденне життя (відступ від яких може позначитися на порушнику, але, як правило, не порушувати благополуччя усього колективу)» [40]. До ритуалів вищого рівня дослідник відносить обряди календарного та життєвого циклів, до нижчого — щоденний розпорядок, зокрема, чергування праці та відпочинку, спільні трапези та молитви, регламентовані види домашньої праці, традиційні форми виховання тощо. Спостереження А. К. Байбуріна відносяться до традиційної культури, але, на нашу думку, і в сучасному суспільстві обрядово-ритуальна форма поведінки має місце і, більше того, вона проникає і в правову сферу життя. Як приклад наведемо таку правову процедуру як інаугурація президента, що має характерні риси обряду та ритуалу.

Інавгурація веде свій початок, як наголошують сучасні дослідники, від стародавніх процедур посвячення на служіння та середньовічних процедур висвячення на царство [41]. Інавгурація Президента США включає урочисту присягу («Я урочисто обіцяю, що буду сумлінно виконувати обов'язки Президента Сполучених Штатів і повною мірою моїх сил буду підтримувати, охороняти і захищати Конституцію Сполучених Штатів»), урочистий парад та бал. Американський варіант інавгурації прийнятий рядом латиноамериканських країн, тоді як в європейських країнах такий ритуал є більш скромним і може не включати присяги.

Обряд та ритуал є глибоко символічними діями. Під поняттям «символ» варто розуміти «здатність матеріальних речей, подій, почуттєвих образів виражати (у контексті соціокультурних аксіологічних шкал) ідеальні змісти, що відрізняються від їх безпосереднього чуттєво-тілесного буття» [42]. Розрізняючи умовні, випадкові та універсальні символи (останні є єдиним типом символів, в яких зв'язок між символом і тим, що він символізує є внутрішньо властивим самому символу), Е. Фромм указує, що мова універсальних символів є єдиною спільною мовою, створеною людством, тією мовою, яку люди забули перш, ніж вона змогла стати універсальною умовною мовою [43]. Його підтримує Е. Кассирер, який називає людину символічною твариною, оскільки вона комунікує за допомогою знаків [44]. Просторова, часова, числова, кольорова, а також інші символи стали основними в освоєнні людиною навколишнього світу. Виражена Фроммом та Кассирером сутність символу дозволяє зрозуміти значення символу у правовій сфері життя.

Протягом усієї історії людство використовувало в своєму розвитку мову символів. Правозначуща сфера не є у цьому сенсі винятком. Символіка властива праву і, навпаки, право нерідко набуває символічні форми і процедури. З позицій семіотики право постає як знаково-символічна система. Як уявляється, символіка, орієнтуючись на психологічні шари свідомості людини, доповнює раціонально-нормативний зміст права, оскільки символ дає можливість передати інформацію, здійснити комунікацію, нарешті, зрозуміти щось за допомогою ірраціональних форм свідомості.

Пояснимо це на прикладі інавгураційної процедури французьких королів [41]. Символічну роль відігравали численні предмети, які король отримував, або якими користувався під час інавгурації, а в подальшому — при відправі державних функцій. Уже за правління Людовика IX (XIII століття) їх перелік був зафіксований і залишився фактично незмінним, склавши 12 предметів: корона, меч, берло, шпори, аграф, сорочка, плащ, мантия, камзол, тупфлі, рукавички і коронаційний перстень. Частина з них використовувалася виключно під час вчинення королівської посвяти (*les regalia*): корона, меч, скипетр, «рука Правосуддя», коронаційний перстень і мантия. Сучасні процедури інавгурації теж, як правило, є глибоко символічними. Так, процедура інавгурації Президента

України здійснюється за допомогою символів української культури та духовності (Пересопницьке Євангеліє) та історії (булава гетьмана).

Під правовим символом розуміють створений або санкціонований державою умовний знак, ціннісне утворення, що виражає певний юридичний зміст і охороняється державою [45].

М. Л. Давидова розширює знання про правову символіку, уводячи поняття юридично значущого символу, що у підсумку дає таку ієрархію символів у праві:

— юридично значущі символи, що є знаками, опосередкованими у праві — як охоронювані позитивним правом, так і заборонені ним;

— правові символи у вузькому сенсі слова — символи, встановлені або санкціоновані законодавством;

— правові символи у широкому сенсі слова — символи, інтегровані у правову систему правової системи [46].

На нашу думку, друга з указаних М. Л. Давидовою груп символів є різновидом першої групи символів. Зважаючи на дихотомію нормативного регулювання їй має протистояти група символів, законодавчо заборонених або обмежених у користуванні. Користуючись такою уточненою класифікацією, відзначимо, що в українській правовій системі є присутніми усі ці категорії символів. Зокрема, до юридично значущих символів, встановлених та охоронюваних позитивним правом, слід віднести державну символіку, символіку органів місцевого самоврядування, символіку міжнародних міжурядових організацій, знаки для товарів та послуг тощо. За зовнішнім виглядом ці види символіки поділяються на емблематику, вексикологію, геральдику, фалеристику, сфрагістику. Ці види символів не тільки встановлені законодавством, але й охороняються ним, хоча не завжди ця охорона є ефективною. Так, слід погодитись з висновком ряду авторів про необхідність посилення правової охорони державних символів України [47].

Як видається, державна символіка складає такі групи символів:

1. **Державні символи.** Державними символами України вважають закріплені в її конституційному праві офіційні знаки (зображення, предмети) чи звукові вираження, які в лаконічній формі виражають національно-державні та історико-культурні ідеї українського народу, що символізують суверенітет його держави. Систему державних символів України складають Державний прапор, Державний герб та Державний гімн України: цей перелік є вичерпним. Як підкреслюється у рішенні Конституційного Суду України: «Державні символи України нерозривно пов'язані за своїм змістом з її державним суверенітетом. Державні символи є підтвердженням факту існування держави, її суверенітету та спрямовані на зміцнення її авторитету, зокрема під час проведення урочистих заходів та офіційних церемоній. Держава встановлює порядок використання державних символів та належну систему їх правового захисту, за яких забезпечується повага та гідне ставлення до державних символів» [48].

2. *Символи інститутів держави* (символіка Президента України, символіка органів Української держави, військова символіка тощо). Прикладом такої символіки є офіційні символи глави держави: Прапор (штанدارт) Президента України, Знак Президента України, Гербова печатка Президента України, Булава Президента України [49].

3. *Державні нагороди*. За чинним законодавством України існують такі види державних нагород як: звання Герой України; орден; медаль; відзнака «Іменна вогнепальна зброя»; почесне звання України; Державна премія України; президентська відзнака [50].

4. *Відомчі відзнаки*. Наприклад, в Україні відомчими відзнаками є: медалі «10 років сумлінної служби», «15 років сумлінної служби», «20 років сумлінної служби», «Ветерану служби»; нагрудні знаки; подяки, грамоти, почесні грамоти [51].

Державні нагороди та відомчі відзнаки є символом державного або, ширше, суспільного виразу схвалення та заохочення певної правомірної поведінки, що у позитивному, суспільно-корисному сенсі слова виходить за межі звичайної правомірної поведінки людини. В цьому сенсі нагороди та відзнаки мають глибоко гуманістичний характер: вони свідчать про поступову трансформацію права з карального на заохочувальне, про формування у праві як системі норм нової функції — функції заохочення суспільно-корисної поведінки. Відмічена російським дослідником Є. В. Трофимовим особливість нагородного права — велика кількість звичаїв [52] — теж є результатом та ознакою антропологізації права, тому що свідчить про залучення до нормативно-правового регулювання породжених людським співтовариством, а не виключно державою принципів правомірної поведінки.

За Законом України «Про місцеве самоврядування» (ст. 22) територіальні громади сіл, селищ, міст можуть мати власну символіку (герб, прапор тощо), яка відображає їх історичні, культурні, соціально-економічні та інші місцеві особливості і традиції. З урахуванням пропозицій органів місцевого самоврядування сіл, селищ, міст районними, обласними радами може бути затверджена символіка відповідно району, області [53].

Дослідники історії українського права відзначають, що муніципальна символіка має в Україні давні традиції: поява в українських землях перших міських знаків, котрі поступово набули значення гербів, відома ще від початку XIV ст. [54].

На противагу символіки, встановленої нормативно-правовими або іншими правовими актами, існує символіка, законодавчо заборонена та обмежена для використання. На сьогодні законодавством України не передбачено абсолютних заборон на використання будь-якої символіки. Натомість існують обмеження щодо її використання. Передусім, такі обмеження визначені законодавством для використання державної символіки, законодавством про інтелектуальну власність для знаків про товари та послуги. Використання окремих символів визначається спе-

ціальними законами. Так, Закон України «Про символіку Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала в Україні» регламентує використання і захист цих символів, забороняє їх незаконне використання та встановлює відповідальність за це діяння [55].

У багатьох країнах заборонена нацистська символіка. У восьми країнах Центрально-Східної Європи (Угорщина, Польща, Чехія, Грузія, Молдова, країни Балтії) під заборонаю перебуває також радянська символіка, що розглядається як символ тоталітаризму [56].

До символів правової системи, на нашу думку, слід віднести національні символи — сукупність певних ознак (знаків, звукових виразів тощо), які в лаконічній формі виражають національну ідею або декілька ідей історико-політичного характеру [47]. Вони можуть існувати у формі цінностей правової системи, але при тому можуть бути також закріплені в позитивному праві. Наприклад, процедура інавгурації Президента України здійснюється за допомогою символів української культури та духовності (Пересопницьке Євангеліє) та історії (булава гетьмана). Перший з цих символів такого позитивно-правового закріплення не має, а другий закріплено відповідним актом Президента України.

У підсумку слід зазначити, що правові міфи, обряди, ритуали, символи є важливою, знаковою частиною певної правової системи, що характеризує її, демонструє її орієнтації в праворозумінні та правосприйнятті. Вони є виразником державної історичної традиції, є невід'ємним атрибутом національної свідомості, правових традицій, що склалися сторіччями та тепер утворюють існуючу правову реальність. Ці явища мають глибокий антропологічний зміст, оскільки звертаються до найглибинніших шарів свідомості людини, виконуючи не тільки правоорієнтаційну, але й правовиховну роль.

Л і т е р а т у р а

1. Завальнюк В. В. Міфи позитивного права та сучасна правова традиція / В. В. Завальнюк // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — 2011. — Вип. 42. — С. 3—12.
2. Бачинин В. А. Миф и право / В. А. Бачинин // Смыслы мифа: мифология в истории и культуре : сб. в честь 90-летия проф. М. И. Шахновича. Серия «Мыслители». — СПб. : Изд-во Санкт-Петерб. филос. о-ва, 2001. — Вып. 8. — С. 300.
3. Малахов В. П. Мифы современной общеправовой теории / В. П. Малахов. — М. : ЮНИТИ, 2013. — 150 с. — С. 7.
4. Нерсесянц В. С. Право и закон / В. С. Нерсесянц. — М. : Наука, 1983. — С. 8.
5. Малиновский Б. Миф в примитивной психологии // Магия, наука и религия : пер. с англ. / Бронислав Малиновский. — М. : Рефл-бук, 1998. — С. 95, 98, 99.
6. Fikentscher W. Law and Anthropology : Outlines, Issues, Suggestions [Electronic resource] / Wolfgang Fikentscher. — Munchen : Verlag C.H. Beck in Kommission, 2008. — Code of access: http://works.bepress.com/wolfgang_fikentscher/3
7. Рулан Н. Юридическая антропология : учеб. для вузов / Н. Рулан. — М., 1999. — С. 242—244.

8. Кашанина Т. В. Происхождение государства и права: современные трактовки и новые подходы государства и права : учеб. пособие / Т. В. Кашанина. — М. : Высш. образование, 2008. — С. 210.
9. Ковлер А. И. Антропология права / А. И. Ковлер. — М., 2002. — С. 117–132.
10. Проскурин С. Г. Индоевропейские ритуалы и право. К вопросу о сетевом характере международного права / С. Г. Проскурин // Критика и семиотика. — 2009. — Вып. 13. — С. 102–111 (109).
11. Гревцов Ю. И. Прямое действие Конституции? / Ю. И. Гревцов // Журнал российского права. — 1998. — № 6. — С. 94–99 (96).
12. Василевич Г. А. Конституция как акт прямого действия и проблемы совершенствования законодательства / Г. А. Василевич // Гуманітарна-еканамічны веснік. — 1998. — № 1. — С. 110–115 (112).
13. Мишина Е. Миранда против штата Аризона : Революция суда Уоррена / Е. А. Мишина // Российская юстиция. — 1997. — № 2. — С. 50–53.
14. Голубева Л. А. Нетипичные ветви государственной власти в механизме современного государства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 23.00.02 / Л. А. Голубева. — СПб., 2009. — 18 с.
15. Шишка О. Р. Право неіснуючого учасника цивільних правовідносин як правова фікція / О. Р. Шишка // Право та управління. — 2011. — № 1. — С. 489–511.
16. Шошин С. В. Некоторые мифы отечественного уголовного права. История развития и современность [Электронный ресурс] / С. В. Шошин // Уголовная юстиция: связь времен : материалы междунар. науч. конф., СПб., 6–8 окт. 2010 г. — Режим доступа: <http://www.iuaj.net/node/479>.
17. Александров А. С. Состязательность и объективная истина / А. С. Александров // Библиотека криминалиста. — 2012. — № 3. — С. 142–157.
18. Поздняков М. Л. Правовые мифы и их значение [Электронный ресурс] / М. Л. Поздняков // ЭЖ-Юрист. — 2010. — № 39. — Режим доступа: <http://www.gazeta-yurist.ru/article.php?i=1552>.
19. Кауфман М. А. Аналогия в уголовном праве: мифы и реальность / М. А. Кауфман // Российская юстиция. — 2005. — № 12. — С. 12–16 (16).
20. Иванов Вяч. Вс. Славянская мифология / Вяч. Вс. Иванов, В. Н. Топоров // Мифы народов мира : энциклопедия. — М., 1980. — Т. 2. — С. 450–456.
21. Гончарук О. В. Дихотомія права: право публічне та право приватне : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Гончарук Ольга Володимирівна. — К., 2006. — 207 с.
22. Дорохин С. В. Деление права на публичное и частное: конституционно-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / С. В. Дорохин. — М., 2002. — 25 с.
23. Незнамов А. Некоторые аспекты развития права общественного интереса в России / А. Незнамов // Арбитражный и гражданский процесс. — 2009. — № 6. — С. 2–4.
24. Ростошинский Е. Н. Структура мифологического мировоззрения / Е. Н. Ростошинский // Смыслы мифа: мифология в истории и культуре : сб. в честь 90-летия проф. М. И. Шахновича. Серия «Мыслители». — СПб. : Изд-во Санкт-Петерб. филос. о-ва, 2001. — Вып. 8.
25. Кант И. К вечному миру. 1795 // Сочинения : в 6 т. / И. Кант. — М. : Мысль, 1966. — Т. 6. — С. 257–309 (260).
26. Оборотов Ю. М. Зміна образу держави в умовах глобалізації / Ю. М. Оборотов // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — 2005. — Т. 4. — С. 19–25.
27. Шадріна Т. В. Міфопояснювальні теорії англійської антропологічної школи [Електронний ресурс] / Т. В. Шадріна. — Режим доступу: http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/Dtr_gn/2009_1-2/files/GN_01-02_09_Shadrina.pdf.
28. Леви-Строс К. Структурная антропология / К. Леви-Строс. — М., 2001. — С. 186.

29. Мельник Е. А. Ритуал як феномен комунікативної культури / *Е. А. Мельник* // Гуманітарний часопис. — 2011. — № 3. — С. 42–51 (43).
30. Русакова Н. Г. Присяга как общеправовой феномен : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / *Н. Г. Русакова*. — Н. Новгород, 2008. — 33 с. — С. 6.
31. Про державну службу : Закон України від 17 листоп. 2011 р. № 4050-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2012. — № 26. — Ст. 273.
32. Про міліцію : Закон України від 20 груд. 1990 р. № 565-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/565-12/page2>.
33. Кодекс цивільного захисту України : Закон України від 2 жовт. 2012 р. № 5403-VI // Офіційний вісник України. — 2012. — № 89. — Ст. 3589.
34. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 лип. 2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41–42, 43, 44–45. — Ст. 529.
35. Про прокуратуру : Закон України від 5 листоп. 1991 р. № 1789-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1789-12/page2>.
36. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 лип. 2012 р. № 5076-VI // Офіційний вісник України. — 2012. — № 62. — Ст. 2509.
37. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI // Голос України. — 2012. — 19 трав.
38. Про Клятву лікаря : Указ Президента України від 15 черв. 1992 р. № 349 // Збірник указів Президента. — 1992. — № 2.
39. Карандашов В. Д. Социальная коммуникация как фактор формирования ценностных ориентаций военнослужащих / *В. Д. Карандашов*. — СПб., 1993. — С. 13.
40. Байбурин А. К. Ритуал в традиционной культуре: структурно-семантический анализ восточнославянских обрядов / *А. К. Байбурин*. — СПб.: Наука, 1993. — 240 с.
41. Польская С. А. Инаугурационная церемония французской короны как игра метафор и символов, IX–XIV вв. / *С. А. Польская* // Известия высших учебных заведений: Северо-Кавказский регион. — 2010. — № 5. — С. 106–111.
42. Всемирная энциклопедия: Философия / [гл. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов]. — М.: АСТ; Минск: Харвест, Современный литератор, 2001. — 1312 с.
43. Фромм Э. Забытый язык. Введение в науку понимания снов, сказок и мифов / *Эрих Фромм*. — М.: АСТ, 2010. — 320 с. — С. 11.
44. Кассирер Э. Опыт о человеке: Введение в философию человеческой культуры. Что такое человек? / *Э. Кассирер* // Проблемы человека в западной философии. — М., 1988. — С. 3–30 (30).
45. Шалагинов П. Д. Функции правовых символов : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *П. Д. Шалагинов*. — Н. Новгород, 2007. — С. 8.
46. Давыдова М. Л. Классификация правовых символов / *М. Л. Давыдова* // Актуальные проблемы российского права. — 2008. — № 4. — С. 4–10 (4).
47. Кушніренко О. Г. Проблеми законодавчого закріплення, використання та охорони державних символів України: конституційно-правовий аспект [Електронний ресурс] / *О. Г. Кушніренко, І. А. Кузнецов* // Теорія і практика правознавства. — 2011. — № 1. — Режим доступу: http://nauka.nulau.org.ua/download/el_zbirnik/1/Kushnirenko.pdf.
48. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Костенка Юрія Івановича щодо офіційного тлумачення окремих положень підпунктів 1, 2 пункту 1 Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про увічнення Перемоги у Великій Вітчизняній війні 1941–1945 років» щодо порядку офіційного використання копій Прапора Перемоги» від 16.06.2011 № 6-рп/2011 // Вісник Конституційного Суду України. — 2011. — № 6. — С. 59.
49. Про офіційні символи глави держави : Указ Президента України від 29 листоп. 1999 р. № 1507/99 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 48. — С. 28.

50. Про державні нагороди України : Закон від 16 берез. 2000 р. № 1549-III // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 21. — Ст. 162.
51. Положення про відомчі заохочувальні відзнаки : затв. Указом Президента України від 30 трав. 2012 р. № 365/2012 // Офіційний вісник Президента України. — 2012. — № 19. — Ст. 434.
52. Трофимов Е. В. Наградное право в системе российского права и его источники / *Е. В. Трофимов* // Новый юридический журнал. — 2011. — № 3 (июль—сент.). — С. 58—68.
53. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 трав. 1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.
54. Гречило А. Українська міська геральдика / *Андрій Гречило*. — К. ; Л. : УГТ, 1998. — 192 с. — С. 17.
55. Про символіку Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала в Україні (в ред. Закону № 1675-VI від 22.10.2009) // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 36. — Ст. 316 ; 2010. — № 4. — Ст. 28.
56. Шарпінська І. Території 8 країн очистили від комуністичних символів [Електронний ресурс] / *Ірина Шарпінська* // Тиждень.ua. — 2012. — 16 лип. — Режим доступу: <http://tyzhden.ua/News/55567>.

А н о т а ц і я

Завальнюк В. В. Иррациональное у праві з позицій юридичної антропології. — Стаття.

Актуальність теми у тому, що правові міфи, обряди, ритуали, символи є важливою, знаковою частиною певної правової системи, що характеризує її, демонструє її орієнтації в праворозумінні та правосприйнятті. Ці явища мають глибокий антропологічний зміст, оскільки звертаються до найглибінніших шарів свідомості людини, виконуючи не тільки правоорієнтаційну, але й правовиховну роль.

Ключові слова: юридична антропологія, правові міфи, обряди, ритуали, право, правосвідомість, норми, принципи, правова система.

А н н о т а ц и я

Завальнюк В. В. Иррациональное в праве с позиций юридической антропологии. — Статья.

Актуальность темы заключается в том, что правовые мифы, обряды, ритуалы, символы являются важной, знаковой частью определенной правовой системы, характеризуют ее, демонстрируют ее ориентации в правопонимании и правосприятии. Эти явления имеют глубокий антропологический смысл, поскольку обращаются к глубинным слоям сознания, выполняя не только правоориентационную, но и правовоспитательную роль.

Ключевые слова: юридическая антропология, правовые мифы, обряды, ритуалы, право, правосознание, нормы, принципы, правовая система.

S u m m a r y

Zaval'nyuk V. V. Irrational in law from the position of legal anthropology. — Article.

Relevance of the topic is that the legal myths, rites, rituals, symbols are important symbolic part of a certain legal system, characterize it, demonstrate its orientation in legal understanding and perception. These phenomena have a profound anthropological sense as they address the deeper layers of consciousness, performing not only legal orientational but legal nurturing role.

Keywords: legal anthropology, legal myths, rites, rituals, law, legal awareness, norms, principles, the legal system.