

ОФІЦІЙНИЙ ТА НЕОФІЦІЙНИЙ ПРАВОПОРЯДОК: НОРМАТИВНИЙ ТА ІНСТИТУЦІЙНИЙ АСПЕКТИ

У статті здійснено спробу теоретичного аналізу співвідношення офіційного і неофіційного правопорядку крізь призму їх нормативного та інституційного бачення. Показано, що основним критерієм виділення офіційного правопорядку є його заснованість на чинних правових нормах. У той же час, неофіційний правовий порядок може функціонувати шляхом поточної та вихідної чинності. Показано три моделі взаємодії між офіційним та неофіційним правопорядком.

Ключові слова: правовий порядок, офіційний та неофіційний правопорядок, чинність, тіньове право.

В статье предпринята попытка теоретического анализа соотношения официального и неофициального правопорядка сквозь призму их нормативного и институционального видения. Показано, что основным критерием выделения официального правопорядка является то, что он основан на действительных правовых нормах. В то же время, неофициальный правовой порядок может функционировать за счет текущей и выходной действительности. Показаны три модели взаимодействия между официальным и неофициальным правопорядком.

Ключевые слова: правовой порядок, официальный и неофициальный правопорядок, действительность, теневое право.

The article attempts to theoretical analysis of the correlation between formal and informal legal order through the prism of their normative and institutional vision. It is shown that the main criterion for the allocation of official legal order is its foundation on the valid legal norms. At the same time, the informal legal order can function at the expense of the throughput and the output validity. Three models of interaction between official and informal legal order are shown.

Key words: legal order, formal and informal legal order, validity, shadow law.

Вступ. Сучасна теорія правового порядку базується на припущенні, що правопорядок формується винятково на основі офіційних правил і принципів, що витікають з правової системи. У цьому контексті показовим є зв'язок правового порядку з законністю, який усе ще зберігає свою доктринальну значущість. Законність а рїгої може бути лише офіційною, оскільки її зміст та вимоги не можуть бути виведені за рамки чинного законодавства (у вузькому розумінні, законність взагалі спрямована на законодавстві). Значною мірою така ситуація зумовлена ще й тим, що сама теоретична конструкція правопорядку тісно пов'язана з державою. Не дарма Г. Кельзен називав державу «організацією правопорядку» [1].

У той же час, усе більш визнаним стає постулат, що правопорядок значною мірою є самопродуктивною, відновлюваною соціоструктурою, що формується за рахунок діяльності окремих індивідів. У цьому сенсі правопорядок може існувати навіть за відсутності держави, оскільки його основні інститути можуть бути децентралізованими. Як видається, таке бачення правопорядку дозволяє стверджувати, що він може бути неофіційним, що є свого роду оксюморомом з точки зору класичної правової теорії. У цьому зв'язку постає питання щодо того, чим відрізняються між собою офіційний та неофіційний правопорядки, як і за рахунок чого вони формуються та якими є їхні нормативні основи й інституційні прояви.

Постановка завдання. Метою статті є зіставлення теоретичних конструкцій офіційного та неофіційного правопорядку, виявлення їх розбіжностей та шляхів формування й інституціо-налізації.

Результати дослідження. Проблематика дуалізму офіційного та неофіційного у праві не належить до числа найбільш популярних у вітчизняній та зарубіжній юриспруденції. Тим не менш, В.М. Баранов, В.В. Завальнюк, О.О. Уварова, О.Ю. Калінін та інші дослідники створили методологічну базу осмислення процесів взаємодії між цими двома сторонами правового порядку у сучасних суспільствах.

Розгляд концептів офіційного та неофіційного правопорядків має починатися зі з'ясування того, що, власне, робить той чи інший правопорядок офіційним. Усталений підхід до розуміння правопорядку передбачає, що це «стан відносно усталеної правової упорядкованості (урегульованості та погодженості), захищеності та безпеки правової системи суспільства, який складається в умовах реалізації принципу верховенства права та авторитету закону (законності), тобто це атмосфера (устрій) нормального, сприятливого правового життя суспільства, що встановлюється у результаті здійснення приписів правових норм (виконання дозволів (прав), виконання обов'язків, додержання заборон) усіма суб'єктами права» [2, с. 504]. Звідси, ключовий акцент у розумінні правового порядку робиться на його нормативній природі: це стан упорядкованості, урегульованості, організованості суспільних відносин, який утворюється, існує та функціонує внаслідок фактичної реалізації правових норм відповідно до принципу законності [3, с. 392].

Нормативність традиційно розглядається як підстава для формування правового порядку, що виражає розуміння цього феномену як «засновану на праві та законності впорядкованість суспільного життя, що виражає якісний стан суспільних відносин на певному етапі розвитку суспільства» [4, с. 35]. Однак при цьому загальноновизнаною є теза, що соціальна нормативність має безліч інших форм, що не обмежуються лише правом. Утім правовий порядок базується саме на праві.

З точки зору осмислення офіційного та неофіційного правопорядку ключовою рисою, що відрізняє правову нормативність є її чинність. Право є чинним, і лише чинність дозволяє констатувати, що заснований на праві правовий порядок є офіційним. Однак саме поняття чинності сьогодні проходить етап докорінного переосмислення [5; 6]. За традиційного підходу, чинність є параметром, що приписується правовій нормі, акту тощо внаслідок того, що цю норму, акт тощо ухвалено належним чином і належним суб'єктом. Так, закон є чинним, якщо його ухвалено парламентом відповідно до процедури, зафіксованої у регламенті, та опубліковано у встановлені законом строки. Звісно, зміст закону може суперечити конституції, однак він втрапить чинність тільки тоді, коли Конституційний Суд України визнає його таким. Тобто, чинність є презюмованою характеристикою правової нормативності, характеристикою, що формує певний структурований простір офіційного правопорядку. Норми, які є чинними, породжують офіційний правовий порядок, інституціоналізація якого відбувається у рамках правової системи.

Однак у сучасних публікаціях усе більше роблять акцент на тому, що чинність правил та інститутів може бути пов'язана не лише з тим, яким чином вони створені і встановлені, але й з тим, наскільки серйозно до них ставляться відповідні актори, і якою є їхня очікувана ефективність. Як зазначає нідерландська дослідниця П. Вестерман, чинність взагалі може існувати без компонента офіційного визнання якогось правила через його ухвалення парламентом чи видання якимось іншим уповноваженим на це суб'єктом (вона називає такий аспект чинності «вхідним»). Чинність правила може базуватися на тому, що з ним рахуються відповідні суб'єкти, навіть якщо це правило взагалі не має офіційного статусу. Прикладами тут можуть слугувати неофіційні розписки, які виконують функцію векселів на стихійних ринках в Індії, або правила вендети серед мафіози тощо [5].

У такому контексті виникає можливість говорити про неофіційне, або принаймні недержавне право, яке дає життя відповідному недержавному правовому порядку. О.О. Уварова вважає, що правове регулювання – це не тільки державне регулювання. Є багато недержавних акторів, які створюють і забезпечують дію відповідних правил поведінки. Це громадські організації, політичні партії, торгові об'єднання, релігійні організації, бізнес-асоціації, інтернет-провайдери тощо. Отже, прибічники концепції недержавного правового регулювання вказують на зіткнення різних нормативних спільнот у сучасному світі, у результаті чого соціальна система знає як державного, так і недержавного впливу, але жоден із них не є монопольним [7, с. 14]. І це дійсно є серйозним викликом для сучасної правової теорії, яка традиційно націлена саме на осмислення офіційного (державного) права.

На відміну від офіційного права, яке, як ми з'ясували, базується на чинності і на цій основі конструється відповідний правовий порядок, неофіційне (недержавне) право розвивається внаслідок того, що воно а) підтримується і реально відтворюється релевантними суб'єктами у своїй діяльності; б) здатне породжувати наслідки, що є вагомими для суб'єктів і які можуть набути юридичного характеру. П. Вестерман називає це поточною та вихідною чинністю, однак К.В. Горобець припускає, що тут коректніше говорити не про чинність, а про авторитетність відповідних правил [6].

У цьому і проявляється відмінність між двома типами правопорядків, які базуються на офіційних та неофіційних правилах. Взагалі, ця дихотомія, яку ввів П.О. Сорокін, має кілька складових. Сукупність юридичних норм, обов'язкових для всіх членів даного суспільства або держави, що охороняються і захищаються всією силою і авторитетом групової або державної влади, він визначав як офіційне право даної групи або держави [8, с. 112–120]. Неофіційним правом П.О. Сорокін уважав правові переконання окремих груп, класів, професій і релігійних об'єднань, що існують у кожному суспільстві, правила пристойності, моди, релігійні норми поведінки, правила професії (лікарська, педагогічна, цехова тощо), етики тощо [8, с. 122–126]. Офіційне право не може охоплювати і визначати всі варіанти відносин у державно організованому суспільстві, інакше воно було б неосяжним за своїм обсягом. За своїм змістом норми неофіційного права можуть збігатися з нормами офіційного права, можуть і суперечити йому. Неофіційне право, у порівнянні з офіційним правом, зазвичай є більш гнучким, більш рухомих, більш індивідуальним і стосується більш інтимних сторін людських взаємин.

Тут якраз проявляється теза, озвучена вище: офіційний правопорядок, базований на чинних правових нормах, може у цілому збігатися з правопорядком, який існує як неофіційний. З точки зору П. Вестермана, це означатиме зведення воедино всіх трьох аспектів чинності – вхідної, поточної і вихідної. Вона пише, що поточна чинність залежить також від вхідної та вихідної чинності. Але поточна чинність не обов'язково супроводжується вхідною і вихідною чинністю. Може виникнути ситуація, коли колективне прийняття певного правила є саме по собі доволі міцним для того, щоб мати ефект, навіть без матеріалізації якихось санкцій. У такій ситуації поточна чинність, тобто інтерсуб'єктна колективна домовленість щодо статусу певного правила, є самодостатньою. Хтось приписує статус правила тому, що так роблять інші. Коли на правило посилаються суди й академічні юристи, коли він практикується релевантними акторами або використовується як настанова для політиків, це все додає правилу статусу і робить його відносно автономним щодо вхідної та вихідної чинності. І оскільки всі інші так роблять, орієнтуючись на це правило, зростає статус усіх пов'язаних правил, і таким чином формується мережа значень, яка підтримує сама себе. Вже не є необхідним, щоб кожне правило було підтримане вхідною чи вихідною чинністю. Несамодостатні елементи можуть бути підтримані іншими, краще забезпеченими елементами. Саме таким чином народжується правовий порядок [5, с. 37].

Таким чином, існує три основних моделі інституційної взаємодії офіційного і неофіційного правопорядку. Перша, найкраща модель, полягає у тому, що офіційний і неофіційний правопорядки підтримують один одного, тобто вони є нормативно тотожними, хоча інституційно можуть бути роз'єднаними. Друга модель полягає у тому, що між офіційним і неофіційним правопорядками існують свого роду «розриви», зумовлені відмінністю між тими правилами, які становлять основу офіційного чинного правопорядку і тими правилами, якими реально послуговуються суб'єкти. Нарешті, третя модель полягає у домінуванні неофіційного правопорядку над офіційним, у результаті чого виникає так зване тіньове право.

У рамках першої моделі офіційний та неофіційний правопорядки формуються внаслідок збігу нормативних систем. Як зазначає В.В. Завальнюк, «містком» між ними є звичаєве право, яке одночасно має недержавне походження і державну санкцію [9, с. 13]. Однак не варто зводити звичай лише до одного з джерел права. Якщо сприйняти його у більш широкому контексті – як модель поведінки, що сприймається обов'язково тими, хто її відтворює, то стане очевидно, що коли офіційне право вимагає тієї ж поведінки, неофіційний правопорядок зміцнює офіційний, і навпаки. Як підкреслює Дж. Раз, правило, для того, щоб вважатися авторитетним, мусить базуватися на підставах, які вже існують у суспільстві і якими вже послуговуються люди [10].

У рамках другої моделі співвідношення офіційного та неофіційного правопорядку виникають розриви і лакуни, які, як правило, підривають ефективність та надійність офіційного правопорядку. У більшості пострадянських країн можна бути свідками того, як офіційна система правил і процедур поступається неофіційним практикам, які не обов'язково є неправо-

мірними, однак підкреслюють низький рівень інституціоналізації офіційного правопорядку. Це як правило є результатом відірваності правотворчості від реалій правового життя, коли сконструйований офіційний правовий порядок просто не вписується у вже наявні практики і схеми людської діяльності.

Остання, третя модель характеризується найбільш суттєвими ризиками, а тому часто розглядається під кутом зору так званого тіньового права. Оцінюючи тіньове право як негативне явище, В.М. Баранов зазначає кілька його ознак: тіньове право є певним проявом юридичного плюралізму, коли держава не володіє виключною монополією на право, це – специфічна форма неправа, різновид негативного неофіційного права, своєрідний звід обов'язкових приписів, конгломерат усних суджень, ритуалів, письмових установок, специфічних засобів захисту [11]. Сутність же самого тіньового права визначають як інституціоналізацію неправомірних варіантів поведінки, зумовлену нереалістичністю норм позитивного права з точки зору економічних можливостей та потреб суспільства, а також його ціннісних уявлень [12]. Тіньове право може бути не тільки реакцією на неефективність та нереалістичність чинного законодавства, але і глибоко укоріненою традицією.

Зв'язок тіньового права з неправом підкреслює також Ю.М. Оборотов. Він пише, що неправом – це правове втілення несвободи, що пов'язане з використанням актуалізованої волі для досягнення індивідуальних та загальносоціальних цілей. Неправом неминуче демонструє обмеження свободи та свою далекість від всезагальної волі та всезагального права [13]. У той же час варто підкреслити, що неправом є формою права, а тому й породжуваний ним правопорядок так само є порядком правовим. Тут особливої актуальності набуває розуміння того, що інституціоналізація такого правопорядку можлива лише шляхом неспроможності держави підтримувати ефективність офіційного правопорядку на тому рівні, коли у суб'єктів права не виникає потреби використовувати різного роду тіньові практики для розв'язання своїх проблем.

Інституціоналізація неофіційного правопорядку, як видається, не має сприйматися як дещо апріорно негативне з точки зору функціонування офіційного правопорядку. Часто ефективний неофіційний правопорядок слугує потужним фактором відновлення легітимності офіційним правопорядком. Понад те, неофіційний правопорядок, базований на поточній та вихідній чинності правил, може бути вагомим та цінним ресурсом у збагаченні офіційної правової системи тими нормативами, які демонструють свою легітимність серед суб'єктів права.

Висновки. Проблематика офіційного та неофіційного права, а так само офіційного та неофіційного правопорядку належить до числа найбільш дискусійних. Однак сучасна правова теорія має відмовитися від штучного обмеження простору своєї дослідницької уваги винятково офіційним правопорядком. Неофіційний правопорядок презентує актуальну, живу, рухому правову матерію, сповнену ідеями та символами, які можуть жити офіційний правопорядок, посилювати його ефективність та легітимність. Інституціоналізація як офіційного, так і неофіційного правопорядків є одним із факторів зміцнення правової системи, а подолання розривів між ними є одним зі стратегічних векторів правової політики у сучасних демократичних державах.

Список використаних джерел:

1. Кельзен Г. Чисте правознавство. З додатком: Проблема справедливості / Г. Кельзен. – Київ : Юніверс, 2004. – 495 с.
2. Скакун О.Ф. Теорія права і держави / О.Ф. Скакун. – К. : Правова єдність, 2010. – 525 с.
3. Загальна теорія держави і права / за ред. М.В. Цвіка. – Харків : Право, 2002. – 432 с.
4. Борисов В.В. Правовой порядок развитого социализма. Вопросы теории / В.В. Борисов. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1977. – 408 с.
5. Вестерман П. Чинність: репутація правил / П. Вестерман // Філософія права і загальна теорія права. – 2016. – № 1–2. – С. 33–40.
6. Горобець К. Чинність, авторитетність і репутація: рефлексії щодо статті П. Вестерман / К. Горобець // Філософія права і загальна теорія права. – 2016. – № 1–2. – С. 41–52.
7. Уварова О.О. Недержавне право: запрошення до дискусії / О.О. Уварова // Право і громадянське суспільство. – 2015. – № 1. – С. 14–32.
8. Сорокин П.А. Элементарный учебник общей теории права в связи с теорией государства / П.А. Сорокин. – СПб : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2009. – 240 с.
9. Завальнюк В.В. Офіційне та неофіційне право: антропологічне дослідження / В.В. Завальнюк // Актуальні проблеми політики. – 2014. – Вип. 51. – С. 12–21.

10. Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality / Joseph Raz. – 2nd ed. – New York: Oxford University Press, 2009. – 360 p.
11. Баранов В.М. Теневое право как антиюридическая жизнь / В.М. Баранов // Юридическая наука и практика. – 2014. – № 4. – С. 9–21.
12. Калинин А.Ю. Теневое право с позиций структурно-функционального подхода / А.Ю. Калинин // Юридическая наука и правоохранительная практика. – 2011. – № 4. – С. 16–20.
13. Оборотов Ю.М. Неправо / Ю.М. Оборотов // Велика українська юридична енциклопедія. – Т. 2. Філософія права / ред. С.І. Максимов. – Харків : Право, 2017. – С. 512–515.