

ОФІЦІЙНЕ ТА НЕОФІЦІЙНЕ ПРАВО: АНТРОПОЛОГІЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ

В контексті сучасного антропологічного дискурсу досліджено проблематику офіційного та неофіційного права та сфери їх взаємодії. Охарактеризовано ознаки офіційного та неофіційного права. Виокремлено типи неофіційного права, одним з яких є тіньове право. Розглянуто три варіанти впливу тіньового права на офіційне: негативний, позитивний і прогресивний.

Розуміння права як окремого інституту людського співтовариства, що має незалежне від державної волі походження та автономне буття, зумовлює постановку питання про можливість існування незалежних від держави правопорядків. Ця проблематика була започаткована Л. Й. Петражицьким та його учнями – Г. Д. Гурвичем та П. О. Сорокіним. Г. Д. Гурвичу належить ідея про соціальне право як самореферентну соціальну цілісність, яка не залежить від наявності в суспільстві тих чи інших інститутів або спільнот (держави, соціальних класів і тощо) [1, с. 55-56]. Для нього право було одночасно формою соціальної взаємодії, правосвідомістю, нормативною системою

та ціннісно зумовленим імперативом поведінки, інакше кажучи він схилився до інтегративного розуміння права.

Натомість П. О. Сорокіним було уведено дихотомію офіційного та неофіційного права. Сукупність юридичних норм, обов'язкових для всіх членів даного суспільства або держави, що охороняються і захищаються всією силою і авторитетом груповий або державної влади, він визначав як офіційне право даної групи або держави [2, с. 566-585]. 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 [2, с. 568-569]. Офіційне право не може охоплювати і визначати всі варіанти відносин у державноорганізованому суспільстві, інакше воно було би неосяжним за своїм обсягом. За своїм змістом норми неофіційного права можуть збігатися з нормами офіційного права, можуть і суперечити йому. Неофіційне право порівняно з офіційним правом зазвичай є більш гнучким, більш рухливим, більш індивідуальним і стосується більш інтимних сторін людських взаємин [2, с. 569].

Зазначимо, що визнання тією чи іншою мірою недержавного або, принаймні не тільки державного походження права, що було властивим як Петражицькому, так і його видатним учням, виявлення зв'язку між правом та людиною / людською спільнотою виводить їх висновки на проблематику юридичної антропології, проблематику людини і права.

Продовжуючи міркування щодо офіційного та неофіційного права, зазначимо, що «містком» між ними є звичаєве право, яке одночасно має недержавне походження і державну санкцію. Звичаєве право визначається сучасною наукою як форма права, сукупність правових звичаїв (звичаєво-правових норм) – загальних правил поведінки, що діють у межах певної спільноти у відношенні всіх її членів, які охоплюються змістом цих правил, таких, що усвідомлюються як правомірні і обов'язкові, відповідають і безпосередньо ґрунтуються на принципах природного права, виступають як результат тривалої, однакової і постійної практики вирішення правових ситуацій, що виникають на основі типових відношень у практичному житті людей, забезпечуються соціальною санкцією, а також можуть мати захист з боку державних органів влади та суду [3, с. 13].

Різноманіття правового життя різних народів та спільнот, що стало очевидним внаслідок великих географічних відкриттів, колонізації та деколонізації, а сьогодні ще й глобалізації зумовлює необхідність

вивчення не тільки офіційного, але й неофіційного права. За доби започаткування юридичної антропології як науки ця проблема мала свій прикладний вимір у вигляді адаптації правових систем метрополій та колоній. Саме так вона була відображена у працях класиків юридичної антропології Й. Бахофена, Дж. Леббока, Дж. Мак-Леннана, Г. Самнер-Мена, Л. Моргана, Е. Тейлора, Дж. Фрезера [4, с. 6]. Частиною цієї проблематики є правове буття корінних народів.

Сьогодні правовий плюралізм, серед іншого, зумовлений тим, що майже в будь-якому суспільстві в межах однієї держави в результаті міграційних процесів або формування соціально-автономних територій, де «консервується» певна культура, живуть різні етнічні спільноти: національні меншини, корінні народи. Кожна з них має свою культуру, яка відмінна від культур інших спільнот. Основні характеристики етносу: його самосвідомість (колективна свідомість, утворююча відчуття ідентичності); стереотип поведінки, який визначає відносини усередині спільноти і зв'язок між індивідом і спільнотою в цілому [5, с. 80]; збереження власних традиційних соціальних, економічних, культурних й політичних інститутів. Вони формують правову своєрідність етносу, особливе право спільноти, яке відрізняється від права інших соціальних спільнот, те, що можна назвати неофіційним правом.

Проблема забезпечення прав національних меншин, а також корінних народів, у науковій літературі визначається як «найбільший виклик сучасній демократії». Все частіше фокусується увага на збереженні прав корінних народів у міжнародних документах. При цьому визначальною стала тенденція відмови світового співтовариства від принципу невтручання держави у справи корінних народів та національних меншин – робиться акцент на створенні для них необхідних умов саморозвитку та самоорганізації [6].

Корінні народи – народи, які проживають у моноетнічних або багатоетнічних суспільствах незалежних країн і є нащадками тих, хто населяв країну або географічну область, частиною якої є відповідна країна, споконвіку, у період її завоювання або колонізації або в період встановлення наявних державних кордонів. За даними ООН, у світі до корінних народів належать 370 мільйонів осіб у більш ніж 70 країнах, багато хто з яких перебуває на межі зникнення. У тому числі в Україні до корінних народів відносяться кримські татари та деякі інші малі народи Криму [7, с. 237-244]. Поняття «корінний народ» має відносний характер. Воно застосовується насамперед до народів, що ведуть не індустріальний традиційний спосіб життя і вживається

в правовому, міжнародно-правовому, історичному, етнографічному, етносоціологічному та деяких інших аспектах [8, с. 87].

Сьогодні з позицій міжнародного та національного права основу спеціального правового статусу корінних народів становить право на етнічну самобутність і право на природні ресурси. Суб'єктами таких прав є корінні народи, що ведуть традиційний спосіб життя, але вони можуть поширюватися і на інших осіб, які ведуть традиційний спосіб життя. З такою метою були розроблені Конвенція МОП № 107 «Про корінні народи і народи, що ведуть племінний спосіб життя» (1957) і Конвенція № 169 «Про корінні народи та народи, що ведуть племінний спосіб життя» (1989). Конвенція № 107 сьогодні закрита для ратифікації, проте вона продовжує залишатися чинною для тих країн, які її ратифікували, але ще не ратифікували Конвенцію № 169. За станом на 1 січня 2001 року 14 держав-членів ратифікували Конвенцію № 169 і вона нині активно розглядається низкою інших держав. Вони встановлюють юридично обов'язкові норми для держав, які їх ратифікували. Україна не є членом жодної з цих конвенцій, незважаючи на проголошені ст. 11 Конституції України гарантії державного сприяння розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України.

Існує ряд європейських конвенцій, в яких передбачений захист прав корінних народів. Це, наприклад, прийнята Радою Європи Рамкова Конвенція про захист національних меншин, що набула чинності в лютому 1998 року, Європейська хартія регіональних мов національних меншин (5 листопада 1992 р.). Однак вони носять переважно рекомендаційний характер і реалізуються найчастіше опосередковано через національне законодавство та правозастосовчу практику, не маючи прямого правового імплементації, тобто обов'язкового застосування через особливий механізм їх застосування [9], що ставить перед наукою питання про визначення поняття «корінний народ» та можливості його застосування в національній практиці.

Зарубіжна юридична антропологія йде, скоріше, прагматичним шляхом, а саме – працює над виробленням власних моделей правового статусу корінних народів. Деякі зарубіжні спеціалісти прикладної антропології працюють із корінними народами над такими питаннями як: їхні претензії до влади в земельних справах, підготовка й оформлення вимог про самовизначення та відшкодування шкоди, захист навколишнього середовища [10]. Це, наприклад, У. Тернер (діяльність з правових питань корінних американців); С. Конн, директор дослідницької групи Аляски (захист політичних, громадських, економічних та юридичних прав жителів Аляски, з якими він

працював, вивчаючи шкоду, заподіяну радіаційними експериментами, проведеними на них); О. Сампайю-Сільва (співпраця з корінними народами Бразилії) [11].

На жаль, багато законів, які спрямовані на підтримку культурної автономності етнічних спільнот, а також на створення умов для використання ними в деяких випадках своїх правових звичаїв, не діють. Звичайно, не слід занадто ідеалізувати ситуацію правового плюралізму. Адже як будь-яке явище правовий плюралізм має свої негативні сторони. Особливо чітко вони виявляються тоді, коли натхненні ідеями правового різноманіття дослідники починають пропагувати за те, щоб скоріше ліквідувати юридичне право, щоб швидше дати волю розвитку права громади. Такі автори часто в усьому обвинувачують державу, і розглядають її винятково як зло для суспільства [12].

У сучасному антропологічному дискурсі все більше уваги приділяється питанням забезпечення колективних прав з боку держави, їхньому співвідношенню з індивідуальними правами людини. Ця група прав належить до третього покоління прав, закріплених у новітніх конституційних традиціях [13].

Прикладом адекватної, відповідної людиноцентричному розумінню права взаємодії офіційного та неофіційного права, і захисту на основі такого інтегративного праворозуміння корінних народів на міжнародному та національному рівні є забезпечення існування автономії саамів у складі країн Скандинавії. Саамі мешкають на півночі Норвегії, Швеції, Фінляндії та у Мурманській області Російської Федерації – території, яка отримала назву Сампі. Загальна чисельність саамі нараховує близько 80 тис. чол., а територія їх мешкання дорівнює близько 400 тис. кв. км [14].

Традиційний спосіб життя саамі – оленярство, мисливство та рибальство – зумовили аж до сьогодні переважно напівкочовий спосіб життя саамів (причому без врахування державних кордонів) та відсутність постійних поселень. Основу територіальної, господарської та соціальної організації саамів є громада (сййт), що складається з кількох сімей і нараховує від 70 до 300 членів. Її об'єднує спільність території, де знаходяться пасовища або місця рибальства, єдина господарська діяльність, взаємодопомога та релігійні культури [15].

Вихідним документом, який вважається передумовою виникнення особливого статусу саамі в країнах Скандинавії є т. зв. Лапландський Кодициль від 21 вересня 1751 р. (Lappish Codicil), який був додатком до міжнародного договору про розмежування кордонів Данії (з Норвегією у складі) та Швеції (з Фінляндією у складі) [6]. Кодициль встановлював, що саамі, незважаючи на кордони, можуть вільно через

них пересуватися разом зі стадами північних оленів та використовувати воду та землі для утримання себе та тварин згідно з їхніми звичаями [16].

Політика асиміляції та витіснення саамів з їх традиційних земель господарювання, що здійснювалася аж до сер. ХХ ст. відносно саамі урядами Норвегії, Швеції, Фінляндії значною мірою знизила спроможність цього народу до самостійного розвитку. Лише після Другої світової війни у зв'язку з увагою міжнародної спільноти до проблем меншин намітилися зміни у правовому статусі саамів. По-перше, у країнах їхнього проживання були створені інституції, покликані опікуватися саме їхніми проблемами: відповідні органи було створено у Фінляндії, Норвегії, Швеції. Сьогодні у цих трьох країнах діють парламенти саамі. По-друге, вирішено питання про збереження етнічності та мови саамів. Спільною для законодавства Норвегії, Швеції та Фінляндії є норма, відповідно до якої саамами є особи, які самоідентифікують себе як такі або якщо для одного з його батьків, діда або баби саамська мова є рідною мовою. Незважаючи на те, що саамі є громадянами принаймні чотирьох держав, а саамська мова нараховує дев'ять діалектів, відповідно до політичної програми народу саамі, яка була прийнята у 1989 р., «народ саамі є єдиним й жодні державні кордони не можуть зруйнувати його єдність, історію, традиції та культуру» [17]. За законодавством Фінляндії, Швеції та Норвегії саамська мова використовується як мова навчання, саамі мають право на культурну автономію на території їх традиційного мешкання. По-третє, ставиться питання про власність саамів на природні ресурси та їхню участь у вирішенні питань подальшого економічного розвитку країн їхнього проживання. Зокрема, значного резонансу набув план будівництва ГЕС на півночі Норвегії, що викликало подання саамськими організаціями позову до уряду Норвегії, який хоча й не був задоволений, але привернув увагу уряду до прав корінних народів. По-четверте, і з позицій юридичної антропології це, можливо, є найголовнішим, країни проживання саамів визнають дію звичаєвого права саамів, хоча, зрозуміло, за умов непорушення основ національної правової системи [18].

Таким чином, у зв'язку із некомпактністю проживання саамі на територіях Норвегії, Фінляндії та Швеції, враховуючи особливості традиційного способу життя саамі в цих країнах, їм була надана в кожній країні корпоративна автономія, як одна із форм екстериторіальної автономії [6].

Ефективність дії державно встановлених законів у традиційних суспільствах залежить від ступеня врахування в них звичаєво-правових

інститутів. Державно організоване право може бути визнано легітимним у випадку його визнання етнічною спільнотою як власне. У разі ж неспівпадання звичаєво-правових установок (моделей) з нормами закону звичаєво – правозначуща свідомість позбавляє його місця в етнічному середовищі і виводить з ужитку, радикально змінює його сутність аж до соціально протестної поведінки.

Істотною ознакою неофіційного права в умовах традиційного типу суспільної системи є його колективна зумовленість. У цих умовах етносоціальний колектив постає як єдиний і неподільний організм, заснований на універсальних родових і сімейних зв'язках, підтримуваних інституційної звичаєво-правовою системою, що зміцнює родову єдність.

У ряді міжнародних документів вказується, що спеціальні колективні права корінних народів по суті відбивають концепцію «реальної, істинної», а не «формальної рівності». Термін «спеціальні» в цьому контексті може означати тільки те, що певні категорії прав адресуються корінним народам з метою захисту їхньої культури, мови, віросповідання (якщо йдеться, наприклад, про караїмів і кримчаків в Україні). Якщо б вони не мали таких прав, відносини з ними не характеризувалися б рівністю чи справедливістю.

Проблематика співвідношення офіційного та неофіційного права не вичерпується визнанням можливості взаємодії законодавчого, міжнародного та традиційно-звичаєвого права. Сучасні дослідники наголошують на існуванні ще одного різновиду неофіційного права – тіньового, або неформального права [19]. Опціуючи тіньове право як негативне явище, В. М. Баранов відмічає декілька його ознак: тіньове праве є певним проявом юридичного плюралізму, коли держава не володіє виключною монополією на право, це – специфічна форма неправа, це – різновид негативного неофіційного права, це – своєрідний звід обов'язкових приписів, це – конгломерат усних суджень, ритуалів, письмових установок, ритуалів, це – специфічні засоби захисту [20]. Сутність же самого тіньового права визначають як інституціоналізацію неправомірних варіантів поведінки, зумовлену нереалістичністю норм позитивного права з точки зору економічних можливостей і потреб суспільства, а також його ціннісних уявлень [21]. Додамо, що тіньове право може не тільки реакцією на неефективність та нереалістичність чинного законодавства, але й глибоко укоріненою традицією. Таким є, наприклад, імператив помсти за завдану індивідові та/або його роду образу. Ця імперативна норма простежується по всьому світу (кровна помста у народів Кавказу, Близького Сходу, вендетта у мешканців Сицилії) і має тенденцію до збереження навіть у сучасному суспіль-

стві. Достатньо пригадати тріумфальне повернення на Батьківщину, до Північної Осетії Валерія Калоева, який застрелив авіадиспетчера швейцарської компанії «Скайгайд» Нільсена – винуватця аварії літака, в якій загинула сім'я Калоева. Цей тріумф, підкріплений наданням Калоеву державної посади заступника міністра, є яскравим прикладом авторитетності тіньового права у сучасному житті.

Слід відмітити, що деякі дослідники не виключають певної узгодженості норм офіційного і тіньового права. Зокрема, О. М. Трикоз можна розрізняє три варіанти впливу тіньового права на офіційне: негативний, позитивний і прогресивний [22]. Негативний вплив тіньового права проявляється в руйнуванні офіційного права, ослабленні охоронної функції сучасної держави незаконному застосуванню засобів самозахисту. До останніх цей автор відносить акції громадянської непокори, страйки, самовільні захоплення земельних ділянок і приміщень, листи-протести. З однозначно негативною оцінкою акцій громадянської непокори та листів-протестів погодитись не можна. Як уявляється, вони можуть мати як негативний, так і позитивний для розвитку правової системи характер. Досить пригадати акції громадянської непокори проти політики і практики сегрегації у США (Роза Паркс, Мартін Лютер Кінг, бойкоти з боку афроамериканців сегрегованих підприємств та установ), які змусили американську адміністрацію розробити і впровадити у життя антидискримінаційні акти. Позитивний вплив тіньового права О. М. Трикоз вбачає у тому, що воно нерідко підтримує систему офіційного права, сприяє ефективній реалізації його нормативних приписів, а прогресивний вплив тіньового права – у створенні нових, більш досконалих норм і інститутів, згодом сприймаються менш динамічним офіційним правом. Тому відзначаючи необхідність подолання «тінвізації» офіційного права, автор наголошує на урахуванні позитивного впливу тіньового права [23].

На нашу думку, неофіційне, у тому числі тіньове право, підлягає такій же оцінці з позицій юридичної антропології, як і офіційне право, і в цьому відношенні слід підтримати позицію Ю. О. Тихомирова, який наголошує на включенні проблематики неофіційного або неформального права до предмету досліджень юридичної науки [19], зокрема, соціології права та юридичної антропології.

Бібліографічний список

1. Гурвич Г. Д. *Философия и социология права* / Г. Д. Гурвич. – СПб. : Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004.
2. Сорокин П. А. *Элементарный учебник общей теории права в связи с теорией государства* / П. А. Сорокин // Хропанюк В. Н. *Теория*

- государства и права. Хрестоматия : уч. пос. / В. П. Хропанюк. – М., 1998.
3. Жовтобрюх М. М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 «Філософія права» / М. М. Жовтобрюх. – К., 2002. – С. 13.
 4. Дашин А. В. Обычное право как структурно-функциональный элемент национальной правовой системы (историко-теоретический и сравнительно-правовой анализ) / А. В. Дашин. – СПб., 2006.
 5. Садохин А. П. Этнология: учебник для вузов / А. П. Садохин. – М. : Альфа-М; ИНФРА-М., 2004. – С. 80.
 6. Стаднік В. М. Екстериторіальна автономія в Європі (на прикладі автономії Саамів) [Електронний ресурс] / В. М. Стаднік. – Режим доступу: http://www.nbu.gov.ua/e-journals/tppd/2011_9/zmist/R_4/04Stadnik+.pdf
 7. Бабін Б. В. Питання запозичення міжнародно-правового статусу при вирішенні проблеми конституційного статусу корінних народів України / Б. В. Бабін // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. – О. : Юрид. л-ра, 2003. – Вип. 18.
 8. Лопушинський І. Проблема корінних народів в Україні: державна політика щодо законодавчого врегулювання питання / І. Лопушинський // Публічне управління: теорія та практика. – 2011. – № 3.
 9. Ковлер А. И. Европейский суд по правам человека как средство судебной защиты прав коренных народов / А. И. Ковлер // Олень всегда прав. Исследования по юридической антропологии / отв. редактор Н. И. Новикова. – М. : Издательский дом «Стратегия», 2003. – С. 237.
 10. Удовика Л. Тенденції розвитку антропології права / Л. Удовика // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): статті учасників Четвертого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 28-29 листопада 2008 року). – Л. : Край, 2009. – С. 301-324.
 11. Nixon W. Legal anthropology [Електронний ресурс] / W. Nixon. – Режим доступу: <http://www.indiana.edu/~vanthro/legal.htm>
 12. Штурцев Ю. Юридико-антропологічне розуміння правового плюралізму / Ю. Штурцев // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Матеріали Першого всеукраїнського круглого столу (м. Львів, 16-17 вересня 2005 року). – Львів : Юрид. ф-т Львівськ. нац. університету імені Івана Франка, 2006. – С. 302-308.
 13. Водотика С. Г. Політико-правовий статус корінних народів Криму / С. Г. Водотика // Юридичний Вісник Причорномор'я. – 2011. – № 1 (1). – С. 114-125.

14. Svensson T. The Sami and Their Land / Tom G. Svensson. – Oslo : Novus forlag, 1997. – P. 13.
15. Petersson O. The Sami people / Olof Petersson // The Government and Politics of the Nordic Countries. – Stockholm : Publica, 1994. – P. 188.
16. Salvesen H. Sami Aednan: Four States-One Nation? Nordic Minority Policy and the History of the Sam / H. Salvesen // Ethnicity and Nation Building in the Nordic World. – London, 1995. – P. 126.
17. Политическая программа саами // Статус малочисленных народов России. Правовые акты и документы. – М. : Юрид. лит., 1994. – С. 96.
18. Туэн Т. Обычное право и права саами в Норвегии / Т. Туэн // Олень всегда прав. Исследования по юридической антропологии / отв. ред. Н. И. Новикова. – М. : Издательский дом «Стратегия», 2003. – С. 75-95.
19. Тихомиров Ю. А. Право официальное и неформальное / Ю. А. Тихомиров // Журнал российского права. – 2005. – № 5. – С. 80-87.
20. Баранов В. М. О теневом праве / В. М. Баранов // Новая правовая мысль. – 2002. – № 1. – С. 13-20.
21. Калинин А. Ю. Теневое право с позиций структурно-функционального подхода / Калинин Алексей Юрьевич // Юридическая наука. – 2011. – № 4. – С. 20.
22. Трикоз Е. Н. «Теневое право»: миф или реальность / Е. Н. Трикоз // Законодательство и экономика. – 2005. – № 1. – С. 38.
23. Трикоз Е. Н. «Теневое право»: миф или реальность / Е. Н. Трикоз // Законодательство и экономика. – 2005. – № 1. – С. 40.

В контексте современного антропологического дискурса исследована проблематика официального и неофициального права и сферы их взаимодействия. Охарактеризованы признаки официального и неофициального права. Выделены типы неофициального права, одним из которых является теневое право. Рассмотрены три варианта влияния теневого права на официальное: отрицательный, положительный и прогрессивный.

In the context of the contemporary anthropological discourse explored issues of formal and informal law and the scope of their cooperation. Characterized by symptoms of formal and informal law. Identified types of informal law, one of which is the shadow law. There defined three variants of effect the shadow law onto official law: negative, positive and progressive.

Стаття надійшла до редакції 18.11.2013