

УДК 340.134:340.115.4

СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ФЕНОМЕН ТІНЬОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ПРИЧИНИ ЇЇ ПОЯВИ

Міхайліна Т.В., доцент
кафедри теорії та історії держави і права та адміністративного права
Донецький національний університет

У статті досліджено проблему соціально-правового феномену тіньової правотворчості. Зроблено висновок про те, що термін «правотворчість» до цього явища може застосовуватися лише умовно, оскільки норми тіньової правотворчості насправді не є позитивним правом. Тіньова правотворчість як негативне явище завжди виникає внаслідок недосконалості процесу формування права.

Ключові слова: правотворчість, формування права, тіньова правотворчість, соціальна обумовленість права, дефекти правотворчості.

В статье исследована проблема социально-правового феномена теневого правотворчества. Сделан вывод о том, что термин «правотворчество» к данному явлению может применяться исключительно условно, так как нормы теневого правотворчества на самом деле не являются позитивным правом. Теневое правотворчество как явление негативное всегда возникает вследствие несовершенства процесса формирования права.

Ключевые слова: правотворчество, формирование права, теневое правотворчество, социальная обусловленность права, дефекты правотворчества.

Mihaylina T.V. SOCIAL-LEGAL PHENOMENON OF THE INFORMAL LAWMAKING AND THE REASONS OF IT'S APPEARANCE

In the article is investigated a problem of the informal lawmaking phenomenon. There is a conclusion that the term „lawmaking” can be used only conditionally to this fact, because the norms of the informal lawmaking actually aren't a positive law. The informal lawmaking always arises due to imperfection of the lawmaking process.

Key words: lawmaking, formation of the law, informal lawmaking, social conditionality of law, defects of lawmaking.

Постановка проблеми. Не викликає сумнівів той факт, що право є одним із соціальних регуляторів відносин у суспільстві. Але як регулятор воно посідає особливе місце через свою загальнообов'язковість та підтримку силою державного примусу. Крім того, створення лише правових норм опосередковується спеціальною, суворо регламентованою процедурою, що називається правотворчістю. Однак майже у всіх сферах соціального буття подекуди функціонують правила поведінки, які за своєю суттю протирічать праву, хоча за фактом розповсюджуються на досить широке коло суспільних відносин. Такі правила поведінки у правовій доктрині прийнято називати тіньовими нормами. Наразі явище тіньової нормотворчості є недостатньо вивченим, а саме не визначено його поняття, так само, як і його ознаки та особливості. В науці не існує єдиного підходу до розуміння цього соціально-правового феномену, а також не надано його детальної характеристики, що ускладнює відмежування процесу створення тіньових норм від інших видів нормотворчості. З метою блокування, нейтралізації та подолання негативних результатів дії тіньового права необхідно визначити, що таке тіньова нормотворчість, які характерні риси притаманні цьому процесу, а також які причини можуть спровокувати формування норм тіньового права. Перелічені проблемні питання однозначно вказують на актуальність теми наукової статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Хоча тіньова правотворчість так чи інакше

притаманна будь-якій правовій системі, дослідження з цієї проблематики є вельми обмеженими внаслідок того, що зазначене явище розглядають або у контексті теорії правопорушення, або у контексті фактичних норм поведінки. Серед дослідників, які певним чином торкалися питань тіньової правотворчості, можна виділити В. Баранова, В. Бачиніна, С. Бірюкова, А. Калініна, Ю. Оборотова, Ю. Тихомирова, О. Трикоз, М. Цвіка, але цей соціально-правовий феномен залишається одним з найменш вивчених у теорії права.

Метою наукової статті є формулювання визначення тіньової правотворчості та виявлення причин її появи.

Виклад основного матеріалу. Вітчизняна юридична література характеризується наявністю дискусійних підходів до розуміння феномена правоутворення (формування права), що визначається як: «процес, через який здійснюється трансформація соціальних чинників у юридичні норми» [1, с. 16]; специфічна технологія, змістом якої є сукупність суспільних відносин, націлених на вирішення певних завдань (забезпечення правотворчості, вивчення суспільних відносин, прийняття рішення про розробку проекту нормативно-правового акта, його розгляд, затвердження тощо) [2, с. 73]; форма взаємодії об'єктивних і суб'єктивних чинників суспільного розвитку, зумовлених загально-класовими (загальнонародними) інтересами, в процесі якої відбувається формування правосвідомості й волі панівного класу через правотворче волевиявлення уповноважених



державою суб'єктів і подальша об'єктивізація правотворчого волевиявлення у вигляді нормативно-правового акта [3, с. 28–29]; легітимна діяльність індивідів та їхніх об'єднань, у результаті якої під впливом певних об'єктивних потреб стихійно формуються правові відносини (природою яких є правосвідомість), які в подальшому санкціонує держава [4, с. 15]; гносеологічний акт усвідомлення соціальної дійсності з метою її корегування через прийняття юридичних норм [5, с. 9].

Передусім, за твердженням М. Цвіка, йдеться про ті відносини між людьми, що стихійно складаються завдяки щоденному повторенню і набувають нормативного характеру. На цій основі виникає потреба визнання загальної обов'язковості й охорони найбільш важливих і сталих суспільних відносин [6, с. 321]. Тобто правотворення об'єднує в собі всі форми і засоби виникнення, розвитку та зміни права, серед яких і правотворчість. Процес правотворення має будуватися з урахуванням базових соціальних цінностей з формуванням позитивних ціннісних установок, зорієнтованих на загальнолюдське, абсолютне і вічне [7, с. 42]. З цього випливає, що правоутворення є узагальнюючою категорією, яка поєднує стадію початку формування правових норм у суспільстві з послідовним їх виведенням на етап правотворчості, а отже, санкціонування державою.

Що стосується розгляду тіньової правотворчості як правового феномена, то таким процес створення тіньових норм може вважатися лише опосередковано. «Правотворчість – це діяльність держави за участю щодо встановлення, зміни, скасування та доповнення правових норм. Правова норма – це офіційно виражене та визнане у суспільстві загальнообов'язкове правило поведінки, яке охороняється за допомогою державного примусу» [8, с. 79]. Але, окрім правових норм, у кожному суспільстві діє безліч норм неофіційного права у вигляді правових переконань окремих членів останнього, окремих груп, класів, професій та релігійних об'єднань у вигляді правил етики, моди, релігійних норм поведінки, правил професії тощо [9, с. 569].

Суспільні відносини не завжди можуть бути врегульовані офіційним правом, тому виникає так зване фактичне право, яке всупереч або замість офіційних норм регулює фактично наявні відносини. Деякі вчені-правники зазначають, що різновидом цього виду норм є тіньове право як негативний прояв фактичних норм. Проте розмежування цих понять є питанням підходу до розуміння поняття «тіньове право». Більшість юристів, які досліджували феномен тіньового права вважають, що це явище суто негативне, адже такі норми регулюють наявні в суспільстві відносини всупереч правовим принципам. Проте з такою оцінкою можна не погодитись, адже незавжди тіньові норми є негативним явищем, а їх застосування має якісь протиправні наслідки. В деяких випадках вони відображають потреби суспільства у правовому регулюванні та більш повно реалізують дотримання правових принципів, ніж наявні офіційні норми, і можуть служити поштовхом для правового закріплен-

ня досконалішого порядку здійснення тих чи інших відносин. В такому випадку тіньове та фактичне право є тотожними поняттями. Але лише у цьому випадку, бо норми тіньового права – лише один з видів фактичних норм, що завжди характеризує незаконну поведінку, здійснювану за чіткими, систематизованими правилами. Фактичні ж норми, які не стосуються тіньової правотворчості, можуть уособлювати дію певних неформальних правил поведінки до перетворення їх у право (на етапі їх суспільного оформлення) або ж тих норм, які діють поряд з правом та не суперечать йому, певним чином доповнюють дію правових приписів.

Тіньові норми не мають офіційного вираження та є неписаними правилами. Також не можна казати про їх загальнообов'язковість, адже в більшості випадків їх створюють та застосовують конкретні суб'єкти для врегулювання конкретних відносин, а їх виконання не забезпечується ані державним примусом, ані системою будь-яких заходів.

Отже, тіньова правотворчість – це процес створення особливого різновиду соціальних норм, регулюючих специфічну сферу суспільних відносин, які не виходять від держави, не захищаються силою державного примусу і не характеризуються формальною визначеністю. Як правовий феномен тіньова нормотворчість може розглядатися як негативне явище, що з'являється внаслідок неналежної якості процесу правотворчості в державі.

Як вже було зазначено, тіньова правотворчість – це створення норм, які не є офіційним правом, але негласно використовуються для врегулювання широкого кола суспільних відносин. Так, на думку О. Лейста, для сучасної України характерна ситуація, коли в умовах послаблення авторитету законів і виникнення стану правової анемії, при якому суспільство втрачає нормативну орієнтацію, існує без опори на тверді моральні принципи, а також зниження авторитету влади, часті протиріччя між нормами права й нормами моралі. Перевага в таких випадках часто віддається вимогам деформованої правосвідомості та моральної орієнтації індивіда. Очевидно, що саме на цій основі виникає і розвивається так звана неофіційна нормотворчість, тобто створення неофіційних правил поведінки, якими керуються певні групи населення [10, с. 162]. Неофіційна – «тіньова» нормотворчість може проявлятися у власних, часом корисних, нормативах в рамках підприємства, населеного пункту, адміністративно-територіальної одиниці. В інших випадках, що і складає виняткову соціальну небезпеку, – в створенні структур, не передбачених законом (наприклад, збройних формувань, бандитських груп, організацій нацистського спрямування та ін.). І саме в цьому аспекті необхідно розглядати феномен тіньового права як крайній негативний, соціально небезпечну сторону розвитку неофіційної нормотворчості.

Комплексно негативне підґрунтя тіньової сторони правової дійсності розкриває В. Баранов. На його думку, тіньове право – це негативний вияв юридичного плюралізму, специфічна форма неправа, небезпечний різ-

новид негативного неофіційного права; звід асоціальних обов'язкових, що знаходиться в стані боротьби з офіційним правом, встановленим самими учасниками суспільних відносин, приписів, символів, ритуалів, жестів, жаргону, за допомогою яких регламентуються всі етапи протиправної діяльності, утворюється тінювий правопорядок, що охороняється спеціальними морально-психічними, матеріальними та фізичними санкціями [11, с. 18].

Кардинальна зміна політико-правового режиму в сучасній Україні, перехід від методів адміністративно-командної системи управління державою до ринкового регулювання економіки та господарства, різка зміна характеру і масштабів традиційних економічних зв'язків, розлад економіки, послаблення матеріальної основи держави, різке падіння рівня життя значної частини населення є, на погляд багатьох вчених-правознавців, основними причинами розвитку неофіційної нормотворчості та тінювого права.

Передумовами появи цих явищ є розчарування в наявній нормативній системі, невіра суспільства в неї. Чинне законодавство і офіційна мораль сприймаються не тільки як неефективні і неправильні у своїй суті, але і як несправедливі. Зростає невдоволення сформованим порядком справ: затягуванням розгляду звернень і скарг, бюрократизмом, невиправданими пільгами та привілеями чиновницького апарату, відсутністю турботи про малоабезпечені верстви населення. Багато дослідників звертають увагу на те, що широке поширення корупції в правоохоронних органах, підриваючи довіру населення, формує в суспільстві такий тип свідомості, при якому люди орієнтуються насамперед на норми неформального права [12, с. 130].

Розглянемо детальніше причини виникнення тінювої нормотворчості.

По-перше, згідно з твердженням О. Трикоз, з яким можна повністю погодитись, як причину можна виділити очевидний фактор так званої «державофобії» українських громадян, які прагнуть вивести свою діяльність з-під контролю і спостереження з боку держави, навіть у випадку, якщо в здійснюваній активності немає нічого протизаконного. Цей процес характеризується сильною недовірою до владних інститутів, невірою в силу закону і здатністю будь-кого вимагати його виконання; переконанням, що суспільство і окремі індивіди не в змозі протидіяти владі в легальних рамках, внутрішньою готовністю перейти під заступництво навіть нелегітимних структур, якщо вони забезпечать наведення порядку і припинять протиправні втручання у діяльність громадян [13, с. 43].

Друга причина – це використання неофіційних привілеїв членами чиновницького та керівного апарату, що створює цілий ряд тінювих правил. Появі цього явища сприяла непродумана система функціонування органів влади. А тепер самі сформовані тінюві норми сприяють їх застосуванню. Наслідками дії таких тінювих правил є корупція, хабарництво, бюрократія. Фактично посадовці стали виконувати чи не виконувати посадові

обов'язки відповідно зі своїми приватними або вузьковідомчими інтересами. І в більшості випадків у громадянина, в якого виникла потреба вирішити якусь ситуацію, залишається вибір: звернутися до посадової особи і, виконавши всі негласні умови, отримати необхідну допомогу, чи перейти під заступництво нелегітимних структур. Зрозуміло, що жоден з варіантів не є правомірним. Тобто використання неофіційних привілеїв членами чиновницького та керівного апарату сприяє поширенню тієї самої «державофобії».

Третя причина – це неправомірне використання своїх повноважень представниками судової влади, тобто формування так званої тінювої юстиції. Набула поширення корумпованість суддівського апарату, що призвело до значної кількості судових рішень, прийнятих всупереч закону на користь зацікавленої сторони. Тобто почалось впровадження тінювих норм у діяльність судової системи, основним завданням якої є «здійснювати правосуддя на засадах верховенства права, забезпечувати кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод» [14].

Тобто можна констатувати факт, що порядок з «тінювою економікою» у нас вже формується і свого роду «тінюва юстиція». І як показує практика – громадяни, які втратили надію добитися справедливості в суді, шукають інші, зовсім не правові засоби захисту своїх прав. І часом переконуються, що незаконним шляхом мають шанс домогтися, по суті, часто справедливого рішення, що підриває довіру до самих основ існування держави. Це не тільки сприяє впровадженню тінювих норм у діяльність судової системи, але й обумовлює потребу у створенні неправових регуляторів відносин, до яких громадянин може звернутися, оминаючи судову систему.

На думку окремих вчених, ще один причинний комплекс тінювої правотворчості – тенденція до гуманізації законодавства. Особливо це стосується галузі кримінального права. Оскільки кримінальна відповідальність покликана забезпечувати поведінку людей відповідно до вимог закону, вони відстоюють позицію, що значна роль покарання у попередженні злочинних дій не виправдовує тенденції до його гуманізації, яка спостерігається останнім часом [15]. Однак прихильникам репресивної складової у змісті покарання слід зважати на те, що саме більш суворі вид та міра покарань у більшості випадків не виконують його превентивної функції. Тому більше уваги треба приділяти питанням невідворотності покарання та його відповідності всім фактичним обставинам справи, а не лише підвищенню верхньої межі санкції відповідної до кримінально-правової норми.

І, нарешті, основною передумовою появи тінювої нормотворчості стали загальні кризові явища в останні десятиліття ХХ ст., коли на пострадянській території між зруйнованою старою і ще не створеною новою системами виник перехідний правовий порядок, стало складатися так зване перехідне право. Саме тоді значного впливу набула тінюва влада з представників кримінальних структур, яка, з метою забезпечення власної легітимності,



протидіяла прийняттю законів, що перешкоджали «тіньовізації» як права, так і економіки. В переломну перебудовну епоху були пролобійовані численні нормативні акти, які відверто сприяли виведенню зі сфери юридичної відповідальності певних осіб і структур, що брали активну участь у процесах тіньової приватизації, фінансових махінаціях, вивезенні капіталів за кордон. Тиск, що виходить від виконавчих владних структур або безпосередньо від тіньового бізнесу, широка практика підкупу та інші фактори призвели до появи ряду відомчих документів, правових норм і правил, що легалізували кримінальну тіньову практику. Побічні негативні наслідки спричинили зміну методів правового регулювання: загальнодозвільний принцип «дозволено все, що не заборонено законом» певні суб'єкти стали сприймати як своєрідне запрошення до всюдозволеності, що саме і дало поштовх для впровадження та успішного закріплення тіньових норм, які продовжують діяти і нині.

Отже, можна зробити висновок, що головні причини появи тіньової нормотворчості – це незадовільне функціонування офіційних норм, прийняття нормативних актів, які не відповідають наявним потребам суспільства, прогалини в правовому полі, у практичних відносинах людей, а також в існуванні позаправових елементів у нормотворчій діяльності. Використання неофіційних привілеїв, перевищення повноважень чиновницьким апаратом, а також представниками правоохоронних органів призводять до формування значної кількості тіньових правил поведінки, а також так званої «тіньової юстиції».

Висновки і перспективи подальших розвідок. На основі вищевикладеного можна запропонувати таке визначення тіньової правотворчості – це результат незадовільного функціонування системи офіційних норм та роботи правотворчих і правозастосовуючих суб'єктів, що є процесом створення норм, який відбувається поза межами закону і всупереч йому, результатом якого є неформалізовані правила поведінки, не санкціоновані державою, що негласно діють і застосовуються для врегулювання широкого кола суспільних відносин.

Тіньова правотворчість є процесом створення особливого різновиду соціальних норм, які регулюють специфічну сферу суспільних відносин, які не виходять від держави, не захищаються силою державного примусу і не характеризуються формальною визначеністю. Як правовий феномен тіньова нормотворчість може розглядатися як негативне явище, що з'являється внаслідок неналежної якості процесу правотворчості в державі.

Головними причинами появи тіньової нормотворчості можна назвати незадовільне функціонування офіційних норм, прийняття нормативних актів, які не відповідають наявним потребам суспільства, прогалини в правовому полі, у практичних відносинах людей, а також в існуванні позаправових елементів у нормотворчій діяльності. Використання неофіційних привілеїв, перевищення повноважень чиновницьким апаратом, а також представниками правоохоронних органів призводять до формування значної кількості тіньових правил поведінки, а також так званої «тіньової юстиції».

ЛІТЕРАТУРА:

1. Цвік М.В. Про сучасне праворозуміння / М.В. Цвік // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 4. – С. 15–20.
2. Коталейчук С.П. Правотворчість та законотворчість: чинники впливу та особливості законотворчого процесу в Україні / С.П. Коталейчук // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ. – 2005. – № 4(24). – С. 71–76.
3. Венгерова А.Б. Теория государства и права : учебник для юридических вузов / А.Б. Венгерова. – М. : Омега-Л, 2005. – 595 с.
4. Дробязко С.Г. Правообразование, правотворчество, правоустановление, их субъекты и принципы / С.Г. Дробязко // Право и демократия. – 2003. – Вып. 14. – С. 15–23.
5. Бобылев А.И. Правотворчество и правотворческий процесс / А.И. Бобылев // Право и государство. – 2006. – № 6. – С. 34–40.
6. Цвік М.В. Загальна теорія держави і права / М.В. Цвік. – Х. : Право, 2002. – 432 с.
7. Варламова Н.В. Правотворчество и правообразование / Н.В. Варламова // Правотворчество и законность. – 1999. – № 3. – С. 34–38.
8. Хахуліна К.С. Теорія держави та права у схемах та визначеннях : навч. посіб. / К.С. Хахуліна, В.А. Малига, І.В. Стаднік. – Донецьк : Донбас, 2011. – 341 с.
9. Хропанюк В.Н. Теория государства и права. Хрестоматия : учебное пособие / В.Н. Хропанюк. – М. : Юрист, 1998. – 944 с.
10. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / О.Э. Лейст. – М. : ИКД «Зерцало», 2002. – 288 с.
11. Баранов В.М. Теневое право : моногр. / В.М. Баранов. – Н.Новгород : НА МВД России, 2002. – 165 с.
12. Казимирчук В.П. Современная социология права / В.П. Казимирчук, В.Н. Кудрявцев. – М. : Юрист, 1995. – 297 с.
13. Трикоз Е.Н. Теневое право: миф или реальность [Электронный ресурс] / Е.Н. Трикоз // Законодательство и экономика. – 2005. – № 1. – Режим доступа : <http://legalinfo.pw/tenevoo-pravo-mif-ili-realnost>.
14. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р., № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–43. – С. 529.
15. Справедливе покарання за вчинений злочин як один із засобів боротьби зі злочинністю : наукові роботи з правових дисциплін [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.br.com.ua/Pravo/31438-5.html>.