

## АНОТАЦІЯ

**Щамбура Д. В. Неофіційне право.** – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Міжнародний гуманітарний університет, Одеса, 2021.

Дисертаційна робота містить результати комплексного загальнотеоретичного дослідження неофіційного права як невід'ємного елемента правового життя суспільства. Матеріал дисертації узагальнює аналіз наукових праць, що стосуються вказаної проблеми, нормативно-правових актів, міжнародно-правових договорів, повсякденної діяльності людини у правовій сфері, статистичної та аналітичної інформації.

У роботі наголошено, що проблематика права, як фундаментальної категорії, не втрачає актуальності в науковому середовищі, однак дихотомія «офіційне право» – «неофіційне право» на пострадянському просторі вивчена недостатньо. Окремі питання, пов'язані з неофіційним (недержавним, неформальним, тіньовим) правом порушені у роботах таких дослідників, як В. М. Баранов, С. В. Бірюков, В. В. Завальнюк, Г. М. Ланова, О. О. Уварова, Ю. О. Тихомиров, О. М. Трикоз та ін. Але предметом дисертаційного дослідження неофіційне право ще не виступало.

Обґрунтовано, що основою дослідження неофіційного права виступає концепція юридичного плюралізму – одна з провідних ідей сучасної загальнотеоретичної юриспруденції. Проаналізовано зародження та розвиток цієї концепції у соціології права, юридичній антропології та юридичній етнології. Доведено, що саме плюралістичний підхід до права уможливило його розуміння як багатовимірного явища, яке має різні форми свого існування, зокрема, неофіційне право.

Охарактеризовано стан дослідження неофіційного (недержавного) права в зарубіжній юриспруденції та вітчизняній правовій науці. Установлено, що на заході дослідження права, не пов'язаного з державою, розпочалися ще в ХХ

ст. і супроводжувалися гострими дискусіями, в результаті яких більшість науковців утвердилася в думці, що воно є частиною реально діючого права та існує в різних сферах суспільного життя. Натомість у вітчизняній юриспруденції неофіційне право є наразі предметом нечисленних досліджень. Здебільшого розглядаються окремі аспекти цієї проблеми крізь призму концепції недержавного правового регулювання (О. О. Уварова), у рамках юридичної антропології (В. В. Завальнюк), у зв'язку з формуванням неофіційного правопорядку (А. Ф. Крижановський, О. В. Крижановська) тощо. Російські вчені приділяють багато уваги тіньовому праву як різновиду негативного неофіційного права (В. М. Баранов, Ю. М. Тихомиров, О. М. Трикоз та ін.).

Підкреслено, що методологія юриспруденції у своєму розвитку пройшла три етапи – класичний; некласичний; постнекласичний. На кожному з них розроблялися власні засоби пізнання та удосконалювалися існуючі. В результаті сучасна методологія юридичної науки є плюралістичною, що передбачає поєднання різноманітних методологічних підходів, прийомів і методів, та людиноцентристською, що означає передовсім пізнання «людини в праві».

Для дослідження неофіційного права обрано такі основні концептуальні підходи, як антропологічний, аксіологічний, герменевтичний, синергетичний, потребовий, діалектичний та систему методів, серед яких: історіософський, порівняльно-правовий, системний, функціональний та ін.

На основі узагальнення підходів до тлумачення категорії «праворозуміння» запропоновано вважати праворозумінням у широкому сенсі інтелектуальну діяльність, спрямовану на пізнання сутності та змісту права, у вузькому – сукупність знань, отриманих у результаті цієї діяльності. Проаналізовано типологію праворозуміння в сучасній юриспруденції, що будується за різними критеріями. Основою цієї типології визнано традиційну тріаду, що охоплює природно-правове, позитивістське та соціологічне праворозуміння. В сучасних умовах вони інтегруються з концепціями епохи

постмодерну (антропологічною, комунікативною, ціннісно-нормативною та ін.), що й уможливує пізнання неофіційного права.

Охарактеризовано зародження та розвиток уявлень про різноманітність форм буття права у рамках природно-правового праворозуміння від найдавніших часів до сьогодення. Розуміння природного права як прояву справедливості, як неписаного закону на противагу позитивному праву (писаному закону) започаткувала антична філософсько-правова думка, у Середньовіччі первинним визнавався божественний «закон», у Новий час основою природного права вважалася розумна природа людини. Проаналізовано внесок у формування природно-правового праворозуміння зарубіжних і вітчизняних учених-філософів і правознавців. Установлено, що в сучасних умовах природно-правове праворозуміння дає змогу виявити сутність тих правових явищ, які не наділені формальними властивостями позитивного права, зокрема, неофіційного права.

Виокремлено два основні підходи до дослідження права у рамках позитивістського праворозуміння – етатизм та нормативізм, або класичні та некласичні концепції. Відмінність між ними полягає в тому, що етатизм вважає обов'язковим зв'язок права із державою, а нормативізм наголошує на нормативності права. Навіть сучасний позитивізм, який характеризується як «м'який», «інклюзивний», «ексклюзивний» тощо, не передбачає вивчення права в усій його багатогранності, не допускає іншого права, аніж встановленого державою, і певною мірою виправдовує існування неправ.

Підтверджено, що в рамках соціологічного праворозуміння право розглядається як суто емпіричне явище. Наголошено, що концепція «живого права», або «вільного права», обґрунтована Є. Ерліхом, та психологічна концепція права Л. Й. Петражицького є основою для розуміння неофіційного права. Зокрема, встановлено, що і «живе право» Є. Ерліха, і «неофіційне право» відповідають щоденним потребам суспільного життя, утворюються в суспільстві та не потребують державного примусу. З урахуванням теорії Л. Й. Петражицького, неофіційне право охоплює різні види інтуїтивного

права, врегульовує окремі життєві ситуації, враховує індивідуальні особливості конкретного випадку, являє собою поведінкові установки, що сформовані у свідомості індивідів, соціальних груп та суспільства.

Підкреслено, що інтеграція теоретико-правових ідей представників різних типів праворозуміння на початку ХХ ст. полягала у «примиренні» існуючих класичних типів. Нині ж інтегративне праворозуміння є самостійною тенденцією в юриспруденції, що передбачає органічне поєднання, взаємозалежність і взаємодію різних типів праворозуміння для пізнання сутності права та його різних форм, зокрема, неофіційного.

Проаналізовано низку дефініцій поняття «право» й установлено, що вони стосуються саме офіційного права, оскільки передбачають його походження від держави. Шляхом порівняння офіційного та неофіційного права визначено найважливіші ознаки останнього: 1) створюється людьми для забезпечення їх нормальної життєдіяльності, його зміст визначається потребами й інтересами, а також способом існування та розвитком людського суспільства; 2) характеризується нормативністю, що виражається через сукупність регулятивних засобів різного рівня; 3) виступає як специфічна (різномна) система, що здатна до самоорганізації, саморозвитку та самовідтворення; 4) пов'язане з політичним життям, оскільки людина є і носієм неофіційного права, і суб'єктом політичної діяльності; 5) не є легальним, але завжди є легітимним; 6) засобами забезпечення неофіційного права виступає усвідомлення, переконання, що здійснення певних дій є обов'язковим; 7) модель поведінки в неофіційному праві є вторинною; 8) є основою для формування неофіційного правового порядку.

Наголошено, що ототожнювати неофіційне право і тіньове право не можна, бо останнє не є правом, а формою неправа. Виходячи з ідеї Гегеля про неправу, доведено, що тіньове право об'єктивно суперечить ідеї права.

Визначено й охарактеризовано такі функції неофіційного права, як функцію соціально-правового регулювання, функцію соціального контролю та ціннісно-орієнтаційну функцію.

Уточнено розуміння офіційного права, яким визнається право, що створюється державними органами відповідно до їх владних повноважень і являє собою систему юридичних норм, пов'язаних між собою ієрархічно та функціонально й об'єднаних у певні структурні підрозділи, закріплених в офіційних законодавчих і підзаконних актах, є засобом досягнення передовсім політичних цілей держави, завжди є легальним, але не завжди легітимним, забезпечується засобами державного примусу, виступає елементом механізму правового регулювання суспільних відносин і нормативною основою формування правового порядку.

Сформульовано дефініцію поняття «неофіційне право» – це правила поведінки, що мають загально-соціальне походження, можуть існувати без формального закріплення у вигляді самоорганізованої і самовідтворюваної системи, виступають засобом досягнення соціального компромісу, не є легальними, але завжди є легітимними, виконуються добровільно і забезпечуються внутрішніми переконаннями людини, суспільною думкою тощо, сприяють формуванню неофіційного правового порядку на основі ціннісно-нормативної системи зразків і моделей поведінки, поширених у суспільстві.

Досліджено форми буття неофіційного права з урахуванням його особливостей. Основною формою буття неофіційного права визнано правову свідомість, що розглядається як відображення правового буття людини. Наголошено, що в буденній правосвідомості переважають не інтелектуальні, а психологічні елементи. Саме буденна правосвідомість визначає фактичну поведінку людини у правовій сфері суспільного життя. Буденна правосвідомість охоплює правове мислення, волю, почуття, елементи несвідомого. У свідомості людини неофіційне право відображається у правових звичках та стереотипах поведінки, у колективній (груповій) правосвідомості превалюють такі форми його відображення, як правова пам'ять, правовий досвід, правові звичаї і традиції.

Обряди та ритуали, звичаї та традиції правового характеру визнано органічним елементом національної правової культури, що проілюстровано низкою прикладів.

Досліджено роль неофіційного права у міжнародній комерційній практиці. Зокрема, підтверджено, що *lex mercatoria* мають неофіційну (недержавну) сутність, є відносно автономною системою правил, які сформувалися в рамках міжнародного торгового (комерційного) співтовариства. На транснаціональному рівні формою відображення неофіційного права визнано також міжнародний звичай, під яким запропоновано розуміти всі неписані норми, у тому числі рішення міжнародних організацій та конференцій, які регулюють поведінку суб'єктів міжнародної сфери. Доведено, що неофіційним правом є норми, за допомогою яких регулюються комунікаційні процеси в інтернет-середовищі.

**Ключові слова:** офіційне право, неофіційне право, неофіційний правопорядок, неправо, праворозуміння, правова свідомість, типологія праворозуміння, тіньове право, юридичний плюралізм.

### **Список публікацій здобувача за темою дисертації**

– наукові праці у наукових фахових виданнях України:

1. Щамбура Д. В. Психологічна теорія права Л. Й. Петражицького та її вплив на формування концепції неофіційного права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2018. Вип. 81. С. 173–183.
2. Щамбура Д. В. Концепція юридичного плюралізму як основа дослідження неофіційного права. *Правовий часопис Донбасу*. 2019. № 1(66). С. 33–40. DOI: <https://doi.org/10.32366/2523-4269-2019-66-1-33-40>
3. Щамбура Д. В. «Офіційне право» та «неофіційне право»: експлікація понять у контексті сучасних теорій праворозуміння. *Вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. : Юриспруденція*. 2019. № 42. Т.1. С. 28–32. doi.org/10.32841/2307-1745.2019.42-1.7

4. Щамбура Д. В. «Живе право» Є. Ерліха та його сучасна інтерпретація. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 4. С. 61–67. DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.09

5. Крестовська Н. М., Щамбура Д. В. Регулювання медіації: перетин офіційного та неофіційного права. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 1. С. 352-356. doi.org/10.32782/2524-0374/2021-1/88.

– наукові праці у зарубіжних наукових виданнях:

6. Щамбура Д. В. «Неофіційне право» і «тіньове право»: аксіологічний підхід до розмежування понять. *European Political and Law Discourse*. 2021. Volume 8. Issue 2. P. 78–84. DOI: 10.46340/eppd.2021.8.2.11

– апробаційні праці:

7. Щамбура Д. В. Античні витоки уявлень про неофіційне право. *Матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції (присвячена пам'яті видатного фахівця в галузі міжнародного права Зелінської Наталії Анатоліївни)*, м. Одеса, 15 травня 2021 р. Одеса : ГО «Центр правової думки». 2021. С. 7-10.

8. Щамбура Д. В. Неофіційне право як нова категорія загальнотеоретичної юриспруденції. *Правова наука і державотворення в Україні у світлі сучасних глобалізаційних викликів: історія, теорія, практика (до 25-ї річниці Конституції України): матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Маріуполь – м. Кривий Ріг, 11 червня 2021 року)*. Маріуполь :ДонДУВС, 2021. С.262-267.

## SUMMARY

**Shchambura D. V. Unofficial law.** – Qualification scientific work, manuscript copyright. A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy in specialty 081 – Law. – International Humanitarian University, Odesa, 2021.

The thesis contains the results of a comprehensive general theoretical study of the unofficial law as an integral element of the legal life of society. The thesis materials summarize the analysis of scientific works related to the problem, regulations, international legal treaties, daily human activities in the legal field, statistical and analytical information.

The thesis emphasizes that the issue of law, as a fundamental category, does not lose relevance in the scientific community, but the dichotomy "official law" - "unofficial law" in the post-Soviet space is insufficiently studied. Some issues related to unofficial (non-state, informal, shadow) law are raised in the works of such researchers as V.M. Baranov, S.V. Biryukov, V.V. Zavalnyuk, G.M. Lanova, O.O. Uvarova, Yu. O. Tikhomirov, O.M. Trikoz and others. But unofficial law has not yet been the subject of thesis research.

It is justified that the basis of the research of unofficial law is the concept of legal pluralism – a leading idea of the contemporary general jurisprudence. The emerging and development of this concept in the sociology of law, legal anthropology and legal ethnology have been analysed. It is proved that the pluralistic approach to law makes it possible to understand law as a multidimensional phenomenon that has various forms of its existence, in particular, the form of the unofficial law.

Academic background of unofficial (non-state) law in foreign and national jurisprudence has been characterized. It is revealed that the research of non-state law in the Western countries began in the XX century and was accompanied by heated discussions. The result of those discussions is the most scholars' conviction that the unofficial law is a part of the real law and it exists and functions in various spheres of social life. Instead, in the national jurisprudence, the unofficial law currently is a



subject of few studies. For the most part, some aspects of this problem are considered through the prism of the concept of non-state legal regulation (O.O. Uvarova), within the framework of legal anthropology (V.V. Zavalnyuk), in the connection with the formation of unofficial law and order (A.F. Kryzhanovsky, O.V. Kryzhanovska), etc. Russian scholars pay much attention to shadow law as a kind of negative unofficial law (V.M. Baranov, Y.M. Tikhomirov, O.M. Trikoz, and others).

It is emphasized that the methodology of jurisprudence in its development has gone through three stages - the classical; non-classical; post-classical. Each of them developed its own means of cognition and improved the existing ones. As a result, the modern methodology of jurisprudence is pluralistic, that involves a combination of different methodological approaches, techniques and methods, and human-centred that means primarily comprehension the problem of "human being in law".

For the purpose of the research the author applied basic conceptual approaches (anthropological, axiological, hermeneutic, synergetic, needs-based, dialectical approaches) and a system of methods, including: historic and philosophical, comparative, systematic, functional methods etc.

Basing on the generalization of approaches to the interpretation of the category "legal understanding", it is proposed to consider legal understanding in a broad sense as an intellectual activity aimed at comprehension the essence and content of law, in a narrow sense - a set of knowledge gained as a result of this activity. Different criteria of the typology of legal understanding in contemporary jurisprudence are analysed. The basis of this typology is the traditional triad, that includes natural law, positivist and sociological understanding of law. In the current context they are integrated with the concepts of the postmodern era (anthropological, communicative, value-normative, etc.), that makes it possible to study unofficial law.

The origin and development of ideas about diverse forms of law within the framework of natural law understanding from Antiquity to the present are described. Ancient philosophical and legal thought initiated the understanding of natural law as a manifestation of justice, as an unwritten law in opposition to positive law

(written law). In the Middle Ages the Divine law was recognized as the primary source of law. The contribution of foreign and domestic scientists, philosophers and jurists to the formation of natural-legal understanding is analysed. It has been found that in the current context natural-legal understanding allows to reveal the essence of those legal phenomena which are not endowed with formal properties of the positive law, in particular, unofficial law.

There are two main approaches to the study of law in the framework of positivist legal understanding – etatism and normativism, or classical and non-classical concepts. The difference between them is the following: etatism considers connection of law with the state as obligatory, and normativism emphasizes the normativeness of law. Even modern positivism, characterized as "soft", "inclusive", "exclusive", etc., does not stipulate studying diversity of law, does not allow any other law than the law established by the state. Normativism to some extent justifies the existence of non-law, considering that the state law may be unjust, but still remains binding.

It is confirmed that within the framework of sociological legal understanding the law is considered as a purely empirical phenomenon. It is emphasized that the E. Ehrlich's concept of "live law", or "free law", and the psychological concept of law by L. Petrazhytsky are the basis for understanding unofficial law. In particular, it has been established that both E. Ehrlich's "live law" and "unofficial law" meet the daily needs of social life, are formed in society and do not require state coercion. Taking into account L. Petrazhytsky's theory, unofficial law covers various types of intuitive law, regulates certain life situations, takes into account individual features of a particular case, and constitutes mental behavioural attitude of individuals, social groups and society in general.

It is emphasized that the integration of oppositional types of legal understanding in the early XX century meant "reconciliation" of the existing classical types. Today, integrative legal understanding is an independent trend in jurisprudence, an organic combination, interdependence and interaction of different

types of legal understanding in studying the essence of law and its various forms, in particular, unofficial law.

A number of definitions of the term "law" have been analysed and it has been established that they refer to the official law only, as they presuppose state origin of law. By comparing the official and unofficial law, the most important features of the latter are identified: 1) unofficial law is created by people to ensure their normal functioning, its content is determined by the needs and interests, as well as the way of existence and development of human society; 2) unofficial law is characterized by normativeness, which is expressed through a set of regulatory tools of different levels; 3) unofficial law acts as a specific (rhizome) system capable of self-organization, self-development and self-reproduction; 4) unofficial law is related to political life, as an individual is both a holder of unofficial law and a subject of political activity; 5) unofficial law is not legal, but is always legitimate; 6) the means of security for unofficial law is legal awareness, the belief that the implementation of certain actions is mandatory; 7) the model of behaviour under unofficial law is secondary; 8) unofficial law is the basis for the formation of unofficial legal order.

It is emphasized that unofficial law and shadow law cannot be equated, because the latter is not a law, but a form of wrongdoing. Based on Hegel's idea of wrongdoing it has been proved that shadow law objectively contradicts the idea of law.

The following functions of unofficial law are defined and characterized: the function of social and legal regulation, the function of social control and the value-orientation function.

The thesis clarifies understanding of official law, in other words – the law created by state bodies in accordance with their powers. The characteristic features of the official law are refined as the following: it is a system of legal norms, hierarchically and functionally interconnected and united in certain structural units; it is enshrined in official legislative acts and regulations: it is a mean of achieving primarily political goals of the state; it is always legal, but not always legitimate; it

is provided by means of state coercion; it is an element of the mechanism of legal regulation of social relations and the normative basis for the formation of the legal order.

The definition of "unofficial law" is formulated: it aggregates rules of conduct that have a general social origin, can exist without formal consolidation in the form of a self-organized and self-reproducing system, acts as a mean of social compromise, is not legal, but always legitimate, voluntary and provided through internal human beliefs, public opinion, etc., contributes to the formation of the unofficial legal order based on the value-normative system of patterns and patterns of behaviour that are prevalent in the society.

The forms of existence of the unofficial law are examined taking into account its features. The main form of existence of the unofficial law is recognized as legal consciousness, that is considered as a reflection of the legal existence of individual. It is emphasized that psychological, not intellectual elements dominate in ordinary legal consciousness. The ordinary legal consciousness determines an individual actual behaviour in the legal sphere of public life. The ordinary legal consciousness covers legal thinking, will, feelings, elements of the unconscious. The unofficial law is reflected in the human mind as legal habits and stereotypes of behaviour. Such forms of its reflection as legal memory, legal experience, legal customs and traditions prevail in the collective (group) legal consciousness.

Legal rites and rituals, customs and traditions are recognized as an organic element of the national legal culture, as illustrated by a number of examples.

The role of the unofficial law in international commercial practice is studied. In particular, it is confirmed that the *lex mercatoria* has an unofficial (non-state) essence, is a relatively autonomous system of rules that have been formed within the international trade (commercial) community. At the transnational level, the form of reflection of the unofficial law is also recognized as an international custom, which is proposed to mean all unwritten rules, including decisions of international organizations and conferences that regulate the behaviour of international actors. It

is proved that unofficial law exists as rules that regulate communication processes in the web community.

**Keywords:** official law, unofficial law, unofficial legal order, law, legal understanding, legal consciousness, typology of legal understanding, shadow law, legal pluralism.