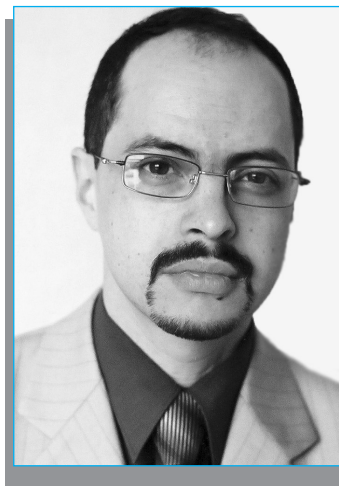

С. РАБІНОВИЧ,

провідний науковий співробітник
Львівської лабораторії прав людини
і громадянина НДІ державного будівництва
та місцевого самоврядування НАПрН
України, доктор юридичних наук



УДК 316:342.4

Неформальні практики публічної влади як форма дії фактичної конституції

Статтю присвячено теоретико- й соціолого-конституційному аналізу неформальних соціорегулятивних практик у діяльності публічної влади. Визначається поняття неформальних соціорегулятивних практик як усталених форм фактичної взаємодії учасників суспільних відносин, яка відбувається поза законодавчим регулюванням або в межах сфери законодавчого регулювання, але з порушенням його приписів. Розглядаються класифікації неформальних соціорегулятивних практик.

Ключові слова: соціологія конституційного права, неформальні практики, неформальні інститути, клієнтелізм, непотизм, фаворитизм.

... Діє правило, згідно з яким злочини на певних рівнях влади трансформуються в норми політичного життя.

С. О. Денисов

Загальні зауваги. Видається доволі прикметним, що в працях конституціоналістів опис процесів реформування правових систем на пострадянському просторі здійснюється іноді із залученням медичної термінології. Так, наприклад, Голова Конституційного Суду Республіки Вірменія Г. Арутюнян послуговується поняттями «суспільний метастаз», «конституційна діагностика»

та «імплантація загальноєвропейських конституційних цінностей» [1, с. 120, 133], суддя Конституційного Суду РФ Г. Гаджиев веде мову про «трансплантацію конституційно-правових норм» [2, с. 22] тощо. Використання наведених метафор відображає два моменти: поперше, хворобливий посттоталітарний стан суспільних організмів у колишніх республіках СРСР; по-друге, проблема-

тичність органічного та безболісного поєднання систем традиційної й модерної («цілераціональної», М. Вебер) соціальної регуляції, – проблематичність, характерну, відзначимо, не тільки для «транзитивних» суспільств, а й також для країн, які вважаються демократичними (зокрема, для держав-членів ЄС та його інституцій).

В усіх випадках першорядні причини недовісти державно-правових інститутів слід шукати не в юридичній конституції, а поза нею, в самому суспільстві. З огляду на це без зміщення фокусу уваги правознавців від конституційного належного до конституційного сущого, до реальних суспільних процесів і практик фактичної взаємодії суб'єктів конституційних відносин проблема згаданої недовісти в принципі не може бути розв'язана. У цьому зв'язку в науці конституційного і муніципального права, як і в інших галузях праводержавознавства, нині особливо актуалізується соціологічний напрям досліджень.

Фундатор соціологічного підходу до розуміння основного закону держави Ф. Лассаль у промові «Про сутність Конституції» (1862) запропонував розрізняти конституцію писану і реальну (фактичну, діючу), розглядаючи останню як «дійсне відношення реальних суспільних сил країни» [цит. за: 3, с. 29]. Принципово подібну позицію обстоює нині Б. С. Ебзеєв, уточнюючи, що «Конституція може і повинна виступати юридично узаконеним балансом інтересів усіх класів і прошарків суспільства» [4, с. 21–22]. Якщо юридична конституція може розглядатись як модель балансу соціальних інтересів, то конституцію

фактичну утворює динаміка реальної взаємодії таких інтересів.

Той чи інший ступінь розбіжностей між юридичною і фактичною конституціями може характеризувати не тільки тоталітарні чи авторитарні політичні режими, і це дозволяє заперечити «пострадянську» тезу М. В. Баглая про те, що характеризувати конституції демократичних держав через категорії реальності / фіктивності «просто безглуздо» [5, с. 68].

Сферу дії фактичної конституції може бути уточнено шляхом виокремлення соціальних інститутів, в рамках яких відбувається взаємодія тих учасників конституційних відносин, які є носіями згаданих інтересів. Йдеться про два види інститутів, за посередництвом та в рамках яких здійснюється регулювання конституційних відносин: формальні (формально-юридичні, офіційні) і неформальні (неофіційні й фактично-поведінкові). Якщо формальні інститути цілеспрямовано створюються державою, то неформальні – передовсім самим суспільством. Безпосереднім джерелом утворення інститутів другого виду і водночас формою їх функціонування є неформальні (неофіційні) соціорегулятивні практики (далі – НП) – *усталені форми фактичної взаємодії учасників суспільних відносин, яка відбувається поза законодавчим регулюванням або в межах сфери законодавчого регулювання, але з порушенням його приписів*.

Взаємодія учасників НП відбувається під вирішальним впливом їх власних *інтересів* або інтересів осіб та суспільних груп, яких вони представляють. Норми інститутів права відіграють тут

роль лише одного з чинників, який певним чином враховується акторами відповідних практик. При цьому НП мають реальне соціонормативне значення і переважно звичаєвий або ж такий, що тягнє до звичаєвого, характер.

Предметом розгляду пропонованої статті виступатимуть, зокрема, ті практики фактичної взаємодії органів публічної влади та їх посадових осіб між собою та з громадянами, що виникають із приводу відносин, які належать до предмета конституційно- або муніципально-правового регулювання. На наш погляд, саме такі практики виступають формою функціонування фактичної конституції. З огляду на це дослідження проблеми співвідношення останньої з конституцією юридичною неможливе без аналізу типологічних особливостей НП, механізмів їх дії, особливостей взаємодії з формальними політико-правовими інститутами. Слід зауважити, що розв'язання цього завдання потребує об'єднання зусиль фахівців низки різних галузей знань (загальнотеоретичної юриспруденції, соціології права та економічної соціології, теорії й соціології моральності, політології тощо), що, безперечно, ускладнює проведення наукових розвідок в означеній сфері.

З урахуванням недостатньої розробленості означених вище питань у сучасному правознавстві метою подальшого викладу буде виокремлення лише різних видів і типів практик, які використовуються в неформальному регулюванні конституційних та муніципальних відносин.

Неформальні конституційно-регулятивні практики: спроба класифікації. За критерієм відповідності кон-

ституційно-правовим принципам і нормам НП можуть бути розподілені на *конституційні* та *неконституційні*.

Конституційні НП, з огляду на дію «нормативної сили фактичного» набувають форми звичаєвих правил як легітимних, де-факто або де-юре санкціонованих органами державної влади реальних джерел регулювання конституційних відносин. При цьому за предметною сферою згадані правила є політичними, а за використовуваними способами й формами регуляції – власне моральними, етикетними, або ж водночас і моральними, і державно-юридичними.

У конституційному праві звичаї регулюють деякі матеріальні і організаційно-процедурні відносини (окремі питання законодавчої процедури, порядок визначення складу уряду тощо; конституціоналістами РФ висловлюється також слушна думка про звичаєвий характер триваючої з радянського періоду практики висувати лише одну кандидатуру на низку державних посад, які заміщуються за рішенням колегіальних представницьких органів [6]). Прикладами конституційних та муніципальних звичаїв можуть бути також практики ритуально-символічного характеру (порядок відкриття засідань новообраних представницьких органів влади, використання державних символів тощо).

На особливу увагу заслуговують *неконституційні* практики, серед яких, у свою чергу, можна виокремити *антиконституційні* і *параконституційні*. Антиконтитуційними можуть вважатися практики, що суперечать принципам і нормам конституції та інших законів, прийнятих відповідно до неї

(блокування трибуни, підкуп членів виборчої комісії тощо).

Поняття «параконституційних» вперше було використано американським політологом Ф. Рігсом (1988) щодо практик, які формально не порушують букву Конституції, але підривають сам дух конституціоналізму [7]. Їх прикладами можуть служити, зокрема, неформальні домовленості між посадовими особами та/або органами публічної влади, зміст яких суперечить тим чи іншим конституційним засадам. Це не означає, втім, що подібні практики здатні викликати виключно негативні суспільні наслідки. Так, наприклад, у низці випадків за їх допомогою вдається уникнути конституційних криз [див.: 8, с. 14]. Однак не можна не погодитись також із тим, що, згадані практики так чи інакше знижують рівень довіри громадян до держави [9, с. 121].

Складність однозначної кваліфікації деяких НП в аспекті їх конституційності може бути проілюстрована на прикладі лобістської діяльності. В окремих країнах (США, Велика Британія, Франція, ФРН, Литва, Польща та ін.) лобіювання узаконене як таке і може здійснюватись як на основі норм конституційного законодавства, так і кодексів професійної етики. В інших країнах (Україна, Росія, Індія, Китай та ін.) порядок здійснення цієї діяльності законодавчо не врегульований, з огляду на що тіньове лобіювання може набувати ознаки параконституційної чи антиконституційної практики залежно від того, чи пов'язано воно з учиненням протизаконних (насамперед корупційних) діянь.

Наведені вище критерії класифікації НП мають ціннісно-нормативний харак-

тер. На противагу цьому ціннісно-нейтральним є критерій сфери регулятивної дії, відповідно до якого всі НП можуть бути розподілені на *загальні* (використовуються різними органами публічної влади та їх посадовими особами) та *локальні* (використовуються тільки в окремих органах публічної влади або ж в їх окремих різновидах). До практик другого виду можна віднести, зокрема, деякі парламентські практики (наприклад, голосування чужими картками), а також т. зв. логролінг («торгівля голосами»), яка використовується в діяльності законодавчих та інших представницьких органів.

За характером взаємодії їх учасників НП можуть бути розподілені на *конфліктні* (ініціювання кримінального переслідування супротивника, шантажування, вимагання хабара тощо) та *коопераційні* (найчастіше набувають форми взаємного надання неформальних послуг із тією чи іншою формою оплати їх вартості).

Відзначимо певну методологічну недостатність наведених класифікацій, яка полягає в тому, що вони приховують низку якісних відмінностей між окремими видами НП. Йдеться про відмінності, які зумовлені як різними джерелами їх виникнення, так і механізмами взаємодії їх учасників. Це свідчить про необхідність використання комплексних критеріїв, одержаних шляхом узагальнення емпіричних даних про неформальні практики та інститути.

У цьому плані більш диференційованою є схема типологізації неформальних інститутів, запропонована американськими політологами Г. Хелмке і С. Левіцкі (2004) [10, р. 728], заснована

на виокремленні функцій, виконуваних такими інститутами щодо інститутів формально-юридичних. Цими функціями виступають: а) доповнення; б) заповнення прогалін; в) пристосування чинних інститутів до інтересів їх «користувачів»; г) створення альтернативних норм. Кожна з означених функцій виникає «на перетині» двох критеріїв: ефективності/неефективності формально-юридичних інститутів, з одного боку, й сумісності цілей формальних і неформальних інститутів – з другого. Відповідно виокремлюються такі види неформальних інститутів: *доповнювальні, заміщувальні, пристосувальні й конкуруючі*.

Указана типологія може бути поширена також і на НП. Неформальні інститути і практики тут виступатимуть як явища, функціонально залежні від інститутів формальних. Зауважимо, що такі залежності, хоч і є вельми значущими, не охоплюють усіх існуючих співвідношень та взаємозв'язків між обома видами інститутів і практик. Не можна також не помітити зв'язків більшості виокремлених функцій неформальних інститутів із відомими принципами *praeter legem, secundum legem, contra legem*, які відображають особливості взаємодії звичаєвих правил із писаним правом.

Видається методологічно важливим і поділ НП за значенням особистості їх учасників на *особистісно-орієнтовані* (фаворитизм, «знайомства» та ін.) і *безособові* (логролінг, хабарництво та ін.). Попри те що на практиці може відбуватись як поєднання обох типів НП, так і їх взаємне перетворення, такий поділ дозволяє здійснювати аналіз складного

переплетіння моральнісних і юридичних відносин, якими оформлюються взаємодії учасників НП.

У цьому зв'язку НП можна також класифікувати залежно від специфіки використовуваних соціорегулятивних форм на *моральнісно-юридичні* та *юридизовані*. Так, наприклад, безособові практики хабарництва й «відкотів» належать до юридизованих з огляду на використання їх учасниками форми правочину. Натомість практики клієнтелізму й непотизму як такі мають моральнісно-юридичний характер, оскільки публічно-правові акти, які оформлюють надання благ на основі цих відносин, мають своїми неодмінними передумовами власне особисті (моральні) зобов'язання. Видання органами та посадовими особами юридичних актів певного змісту виступає тут предметом моральних зобов'язань.

Становить особливий інтерес класифікація особистісно-орієнтованих НП, запропонована російським дослідником Я. Ю. Старцевим (2009) [11]. В її основу покладено два критерії: а) співвідношення статусів і ресурсів учасників («вертикальні» відносини (нерівність, підпорядкування) або ж «горизонтальні» відносини (рівність, договір)) та б) стуктуруючий мотив взаємодії (раціональний інтерес, соціально-біографічно детерміновані зв'язки чи емоційна привабливість) [11, с. 40–41]. Грунтуючись на цих критеріях, автор виокремлює шість різновидів особистісно-орієнтованих НП, три з яких (клієнтелізм, непотизм, фаворитизм) відповідають «вертикальному», а інші («блат», дозвільні компанії, приятелювання) – «горизонтальному» типу відносин. Безпе-

речною перевагою наведеної класифікації є її емпірико-соціологічна орієнтованість, з огляду на що класифікаційні критерії тут поєднані на основі виявлення особливостей реально існуючих типів соціальних зв'язків.

Зауважимо, що наведена вище класифікація стосується взаємодій *коопераційного* типу. З урахуванням цього запропоновані вище критерії можуть бути використані також для характеристики коопераційних неформальних відносин безособового характеру, основним різновидом яких є практики договірної типу (практики умовно еквівалентного обміну). До таких НП, поширених у відносинах органів публічної влади та їх посадових осіб із громадянами, належать передовсім різноманітні корупційні взаємодії.

Схарактеризуємо «вертикальні» різновиди особистісно-орієнтованих НП, віднесених нами до коопераційних, взявши за основу згадану вище публікацію.

Клієнтелізм (патрон-клієнтські відносини, патронат) розглядається як «відносини влади, які реалізуються індивідуальними й колективними акторами за моделлю “патрон-клієнт”, суперечливо поєднуючи особистісну залежність і панування зі взаємними послугами й солідарністю» [12, с. 21], або ж як «не пов'язані зі спорідненістю відносини особистої залежності й покровительства, що спираються на обмін благами між суб'єктами, наділеними нерівними ресурсами» [11, с. 41–42]. У сучасній Росії, Україні і пострадянських країнах Азії клієнтелізм виступає домінуючим механізмом рекрутування політичних еліт. Зокрема, патрон-клі-

єнтські відносини характеризують процеси формування персонального складу президентських адміністрацій, призначення голів місцевих органів виконавчої влади. Ці відносини також є основою функціонування здебільшого криміналізованих інститутів «дахів» і т. зв. «смотрящих» [13, с. 5], у багатьох випадках безпосередньо включених у діяльність посадових осіб та органів публічної влади. Попри те, що клієнтелізм є переважно особистісно-орієнтованою практикою, існування колективних клієнтів та колективних патронів (організацій) (наприклад, працівників містоутворюючих підприємств щодо місцевих державних адміністрацій) свідчить про безособовий характер таких відносин.

Непотизм (кумівство) визначається як використання посадових ресурсів для систематичного надання привілеїв на підставі спорідненості, свояцтва чи інших соціальних зв'язків, зовнішніх щодо службових відносин [11, с. 43–44]. Відзначимо, що останніми роками в політико-економічній системі України виокремився специфічний персоналізований суб'єкт, який в інформаційно-аналітичних виданнях позначається як президентська «Сім'я». У цьому зв'язку в звіті американської організації Freedom House (липень 2012 р.) відзначається, що «найбільш вартим уваги моментом є так звана “фамілізація”, тобто роль родинних зв'язків у зміцненні влади та корупції в Україні» [14, с. 16].

Прикладами інституціоналізації кадрового аспекту непотизму в органах публічної влади є створення персонально-орієнтованих управлінських «команд». Водночас у низці країн законо-

давство встановлює щодо непотизму низку обмежень. В Україні до них належить заборона «близьким особам» знаходитись у відносинах безпосередньої підпорядкованості (ст. 12 Закону України «Про державну службу», ст. 12 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», ст. 9 «Про засади запобігання і протидії корупції») [15–17]. До «близьких» законом віднесені «подружжя, діти, батьки, рідні брати і сестри, дід, баба, онуки, усиновлювачі, усиновлені, а також інші особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки». Проте, за тонким зауваженням Я. Ю. Старцева, сам термін «непотизм» походить від латинського *peros* – племінник... [11, с. 45].

Фаворитизм визнається надання привілеїв, владних можливостей і повноважень на основі емоційної прив'язаності, особистої симпатії. Рівень поширення фаворитизму прямо пов'язується зі ступенем монополізації публічної влади. При цьому, на відміну від інших розглянутих вище видів особистісних взаємодій, відносини фаворитизму зазвичай характеризуються нестабільністю й непередбачуваністю [11, с. 44–45].

Особистісно-орієнтовані практики «горизонтальної» взаємодії в радянський період отримали назву *блату* (обмін благами, який ґрунтується на особистому знайомстві), «зв'язків», «знайомств». Соціологи визначають блат як використання особистих контактів (каналів, мереж) для отримання доступу до суспільних ресурсів, до яких можуть належати, зокрема, послуги, джерела доходу (робочі місця, посади тощо)

і привілеї [18, с. 90]. Цей вид відносин поширений як у рамках органів публічної влади, так і у відносинах між ними (взаємне надання привілеїв, неформальний обмін інформацією між посадовими особами та ін.).

Перевагою останньої класифікаційної схеми є опертя на внутрішні механізми дії НП, на їх зміст, а не на зовнішні щодо цих практик формальні критерії. Такий підхід уможливило соціологічно-орієнтоване вивчення НП та їх структурно-функціональний аналіз. Водночас слід зауважити, що без ціннісно-нормативного осмислення розглядуваних феноменів, без звернення до моральної та правової оцінки НП їх дослідження, безперечно, не може вважатися завершеним. Однак у будь-якому випадку початковим етапом такого дослідження має бути опис і класифікація неформальних практик.

Замість висновків. Звісно, наведені вище класифікації не претендують на вичерпність. Різноманіття НП, їх гнучкість і висока адаптивність до соціальних змін вимагають постійного соціологічного моніторингу та уточнення типологічних характеристик окремих із них.

Поєднання різних видів НП формує стійкі соціорегулятивні системи та міжособистісні мережі як в органах публічної влади, так і у відносинах між ними. Це суттєво впливає на ефективність норм публічного законодавства і свідчить про необхідність особливої уваги до НП як предмета соціології конституційного й муніципального права. Ціла низка нагальних правових проблем (фіктивність конституцій, взаємодія офіційних та неофіційних джерел регу-

лювання конституційних відносин, функції та дисфункції публічного права, формування вітчизняного конституціоналізму та його деформації, ролі приватних інтересів у публічно-правовому регулюванні, співвідношення конституційного права і конституційної моральності та ін.) можуть бути розв'язані лише шляхом вивчення не-

формальних практик як складової фактичної конституції в Україні. Оскільки ж обмежений обсяг статті не дозволив детальніше розглянути як низку різновидів неформальних практик, так і теоретично й практично важливих питань, пов'язаних із названими проблемами, сподіваємось, що вони будуть проаналізовані нами в наступних публікаціях.

Список використаної літератури

1. Арутюнян Г. Г. Конституціоналізм: уроки, вызови, гарантії : сб. избр. публ. и выступлений на междунар. форумах, посвящ. данной проблематике / Г. Г. Арутюнян. – Киев : Логос, 2011. – 308 с.
2. Гаджиев Г. Офіційне тлумачення Конституції: поєднання онтологічного й епістемологічного підходів / Г. Гаджиев // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 2. – С. 14–39.
3. Овсепян Ж. И. Развитие научных представлений о понятии и сущности конституции / Ж. И. Овсепян // Правоведение. – СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2001. – № 5. – С. 23–36.
4. Эбзеев Б. С. Введение в Конституцию России : монография / Б. С. Эбзеев. – М. : НОРМА-ИНФРА-М, 2013. – 560 с.
5. Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации : учеб. для юрид. вузов и фак. / М.В. Баглай. – М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1998. – 741 с.
6. Анисимов А. П. Правовые обычаи [Электронный ресурс] / А. П. Анисимов. – Режим доступа : <http://www.blog.servitutis.ru/?p=128>.
7. Riggs F. W. The Survival of Presidentialism in America: Para-constitutional Practices / Fred W. Riggs // International Political Science Review. – 1988. – Vol. 9, № 4. – P. 247–278.
8. Гельман В. Я. Институциональное строительство и неформальные институты в современной российской политике / В. Я. Гельман // Полис. – 2003. – № 4. – С. 6–25.
9. Матвеев А. А. Место и роль неформальных практик в современном российском федерализме / А. А. Матвеев // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. – 2011. – № 5. – Ч. 2 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : www.gramota.net/articles/issn_1997-292X_2011_5-2_30.pdf
10. Helmke G. Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda / G. Helmke, S. Levitsky // Perspectives on Politics. – 2004. – Vol. 2, № 4. – P. 725–740; Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America / ed. Gretchen Helmke, Steven Levitsky. – JHU Press, 2006. – 368 p.
11. Старцев Я. Ю. Личностно-ориентированные взаимодействия в государственном и муниципальном управлении / Я. Ю. Старцев // Органы власти в системе социальных взаимодействий: социологический, политический и управленческий анализ / А. А. Александров, Т. Е. Зерчанинова, К. Н. Самков, Я. Ю. Старцев. – Екатеринбург : УРАГС, 2009. – С. 31–59.
12. Афанасьев М. Н. Клиентелизм и российская государственность: Исследование клиентарных отношений, их роли в эволюции и упадке прошлых форм российской государственности, их влияние на политические институты и деятельность властвующих групп в современной России / М. Н. Афанасьев. – 2-е изд., доп. – М. : Моск. обществ. науч. фонд, 2000. – 318 с.
13. Грицик Ю. «Хто нами керує? Смотриші» / Ю. Грицик // Експрес. – 2013. – 7–14 берез. (№ 26). – С. 5.
14. Креймер Д. Б'ючі на сполох – раунд 2: на захист демократії в Україні. Продовження звіту Freedom House (липень 2012) / Д. Креймер, Р. Нурик, О. Сушко, В. Сюмар, Д. Вілсон, М. Шааф. – К. : [б. в.], 2012. – 20 с.
15. Про державну службу : Закон України від 16.12.1993 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.

16. Про службу в органах місцевого самоврядування : Закон України від 07.06.2001 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 33. – Ст. 175.
17. Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 07.04.2011 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2011. – № 40. – Ст. 404.
18. Леденева А. В. Личные связи и неформальные сообщества: трансформация блата в постсоветском обществе / А. В. Леденева // Мир России. – 1992. – № 2. – С. 89–106.

Стаття надійшла до редколегії 25.05.2013.

Рабинович С. Неформальные практики публичной власти как форма действия фактической конституции

Статья посвящена теоретико- и социолого-конституционному анализу неформальных социорегулятивных практик в деятельности публичной власти. Определяется понятие неформальных социорегулятивных практик как сложившихся форм фактического взаимодействия участников общественных отношений, которая происходит вне законодательного регулирования либо в пределах сферы законодательного регулирования, но с нарушением его предписаний. Рассматриваются классификации неформальных социорегулятивных практик.

Ключевые слова: социология конституционного права, неформальные практики, неформальные институты, клиентелизм, nepотизм, фаворитизм.

Rabinovych S. Informal Practices of Public Authority as a Form of the Factual Constitution Operation

The article deals with theoretical, sociological and constitutional analysis of informal socio-regulative practices in public authority activity. The notion of informal socio-regulative practices as an established form of factual interaction of social relations participants, which is carried out outside the legislative regulation or within the area of the legislative regulation but with violation of its provisions is defined. Classifications of informal socio-regulative practices are considered.

Keywords: sociology of constitutional law, informal practices, informal institutions, clientelism, nepotism, favouritism.