

Междисциплинарный Центр Философии Права

ДОКТРИНЫ
ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА
И ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

Ответственные редакторы:
В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм

Настоящее издание подготовлено для симпозиума «Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в Современном Мире», проводимого 21 октября 2013 года в Сенатском зале здания Конституционного Суда РФ и посвященного 20-й годовщине Конституции России. Организаторы симпозиума: Федеральная палата адвокатов Российской Федерации, Адвокатская палата г. Санкт-Петербурга, Адвокатская палата г. Москвы, Ассоциация юристов России, Международный Союз (Содружество) адвокатов, Междисциплинарный Центр философии права. Организаторы выражают благодарность Председателю Конституционного Суда Российской Федерации Валерию Дмитриевичу Зорькину и судьям Конституционного Суда России за предоставление возможности провести симпозиум в здании Конституционного Суда, Президенту Американской Ассоциации Юристов Джеймсу Силкенату за идею международного проекта по исследованию доктрин Правового Государства и Верховенства Права, частью которого стала данная книга, а также Председателю Попечительского совета Московско-Петербургского философского клуба Александру Владимировичу Захарову за организацию издания этой книги.

Сборник статей «Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в Современном Мире» под редакцией В.Д. Зорькина и П.Д. Баренбойма, составитель П.Д. Баренбойм, издательство «ЛУМ» и издательство «Юстицинформ», М., 2013, подготовлен с участием ученых из 8 стран и посвящен проблемам содержания современных доктрин Правового Государства и Верховенства Права, а также соотношения между ними. Сборник статей начинается публикациями Председателя Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. Зорькина и Президента Американской Ассоциации Юристов Д. Силкената. Это первое совместное масштабное исследование западных и российских ученых по данной актуальной теме.

This publication was prepared for «The Legal State and the Rule of Law Doctrines in Modern World» symposium, held October 21, 2013 in the Senate Hall of the Constitutional Court of the Russian Federation and dedicated to the 20th anniversary of the Constitution of Russia. The symposium is organized by the Federal Chamber of Lawyers of the Russian Federation, the St. Petersburg City Chamber of Advocates, the Moscow City Chamber of Advocates, the Association of Lawyers of Russia, the International Union (Commonwealth) of Advocates and the Interdisciplinary Center for Legal Philosophy. The organizers wish to thank the President of the Constitutional Court of the Russian Federation Valery D. Zorkin and the Justices of the Constitutional Court of Russia – for the opportunity to hold this symposium in the premises of the Constitutional Court; the President of the American Bar Association James R. Silkenat – for the idea of an International Research Project on the Content of the Legal State and the Rule of Law Doctrines, a part of which this book is; and the Chairman of the Board of Trustees of the Moscow-Petersburg Philosophical Club Alexander V. Zakharov – for organizational efforts for a publication of this book.

The collection of articles, entitled «The Legal State and the Rule of Law Doctrines in Modern World,» edited by Valery D. Zorkin and Petr D. Barenboim, compiled by Petr D. Barenboim, and prepared for print in 2013 by the Moscow Publishers «LOOM» and «Justitsinform», contains the articles written by legal scholars from 8 countries, all of which discuss the present content of the Legal State and the Rule of Law doctrines and their interrelationship. This collection of articles starts with the publications by the President of the Constitutional Court of the Russian Federation Valery D. Zorkin and the President of the American Bar Association James R. Silkenat. It is the first large-scale study on this important topic, co-authored by Western and Russian legal scholars.

УДК 340.12(082)
ББК 67.0
Д63

Д63 **Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире / Сборник статей. Ответственные редакторы: В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм – М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013. – 560 с.**

ISBN 978-5-906072-05-4

Сборник статей «Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в Современном Мире» под редакцией В.Д. Зорькина и П.Д. Баренбойма, составитель П.Д. Баренбойм, издательство «ЛУМ» и издательство «Юстицинформ», М., 2013, подготовлен с участием ученых из 8 стран и посвящен проблемам содержания современных доктрин Правового Государства и Верховенства Права, а также соотношения между ними. Сборник статей начинается публикациями Председателя Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. Зорькина и Президента Американской Ассоциации Юристов Д. Силкена-та. Это первое совместное масштабное исследование западных и российских ученых по данной актуальной теме.

УДК 340.12(082)
ББК 67.0

The Legal State and the Rule of Law Doctrines in Modern World / Collection of articles. Edited by Valery D. Zorkin and Petr D. Barenboim – Publishers «LOOM» and «Justitsinform». Moscow, 2013. – 560 p.

The collection of articles, entitled «The Legal State and the Rule of Law Doctrines in Modern World,» edited by Valery D. Zorkin and Petr D. Barenboim, compiled by Petr D. Barenboim, and prepared for print in 2013 by the Moscow Publishers «LOOM» and «Justitsinform», contains the articles written by legal scholars from 8 countries, all of which discuss the present content of the Legal State and the Rule of Law doctrines and their interrelationship. This collection of articles starts with the publications by the President of the Constitutional Court of the Russian Federation Valery D. Zorkin and the President of the American Bar Association James R. Silkenat. It is the first large-scale study on this important topic, co-authored by Western and Russian legal scholars.

*Авторы статей разрешают распространение их текстов,
в том числе электронное, с обязательной ссылкой на источник.*

ISBN 978-5-906072-05-4

Оформление / design
© ЛУМ/LOOM, 2013

Междисциплинарный Центр философии права

ДОКТРИНЫ
ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА
И ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

Ответственные редакторы:
В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм

Издательство «ЛУМ»
Издательство «Юстицинформ»

Москва
2013

СОДЕРЖАНИЕ

<i>Д. Силкенат.</i> Вступительное слово. Верховенство права и его значение	15
<i>В.Д. Зорькин.</i> Введение. Правовая трансформация России: вызовы и перспективы	19
<i>Ф. Венгер.</i> Верховенство права как глобальная мера конституционализма	76
<i>Т.Я. Хабриева.</i> На путях создания российской модели правового государства	95
<i>Н.Е. Недзел.</i> Верховенство права или Правовое государство: откуда мы пришли и куда мы идем?	108
<i>В.И. Лафитский.</i> Право как высшая ценность конституционного развития (очерк исторического и сравнительно-правового исследования)	149
<i>А. Масферрер, А. Тайцлин.</i> Обреченный союз: Конституционное закрепление прав и волевая теория от Руссо до Уолдрона	178
<i>Г.А. Гаджиев.</i> Российская судебная доктрина верховенства права: двадцать лет спустя	213
<i>Р. Грот.</i> Германский Rechtsstaat в сравнительной перспективе	238
<i>Д.И. Дедов.</i> Доктрины верховенства права и правового государства как методология философии права	260
<i>П. Тидеманн.</i> Принцип Rechtsstaat в Германии	272
<i>Ю.А. Шарандин, Д.В. Кравченко.</i> Верховенство права, Правовое государство и другие международные правовые доктрины: лингвистические аспекты конвергенции и разграничения	303
<i>М. Кеттер, Г.Ф. Шупперт.</i> Применение принципа верховенства права во внесударственном контексте	312
<i>С.Ю. Кашкин.</i> Сравнительное, интеграционное и конституционное право как инструменты претворения в жизнь концепции Правового государства, основанного на конституционной экономике	339
<i>Д. Паломбела.</i> Мера права. Неинструментальная правовая точка зрения: от Государства до международного уровня (от Хамдана к Аль-Джедда)	351

<i>В.А. Виноградов.</i> Правовое государство и верховенство права: доктрины, конкуренция юрисдикций, обеспечение правовой свободы. Позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства	373
<i>Т. Алан.</i> Свобода, равенство, законность	396
<i>Ш.Н. Хазиев.</i> Научное обеспечение доказательств по уголовным делам в концепциях Верховенства права и Правового государства	419
<i>Д. Пфурдтен.</i> Основы верховенства права и принципа правового государства (Rechtsstaat)	434
<i>С.Л. Сергевнин.</i> Правовое государство и Верховенство права как ипостаси философско-правового обоснования политико-юридической реальности (конституционный аспект)	453
<i>М. Крайгир.</i> Верховенство права (и Rechtsstaat)	470
<i>Е.А. Мишина.</i> Кыргызстан: нелегкий путь к основам правового государства	492
<i>А. Циммерман.</i> В ожидании Верховенства права: юридические и вне-юридические причины, тормозящие реализацию принципа Верховенства права в Бразилии	508
<i>В.Д. Мазаев.</i> Правовое государство, верховенство права и конституционные основы экономики	532
<i>П.Д. Баренбойм.</i> Послесловие. От гипотезы к доктрине	543
Перечень авторов	551

CONTENT

<i>James R. Silkenat</i> . Foreword. The Rule of Law and What It Means	17
<i>Valery D. Zorkin</i> . Introduction. Russia’s Legal Transformation: Challenges and Perspectives	19
<i>Francois Venter</i> . The “Rule of Law” as a global norm for constitutionalism	76
<i>Talia Khabrieva</i> . On the Way Towards Creation of the Russian Legal State Model	95
<i>Nadia E. Nedzel</i> . Rule of Law v. Legal State: Where have we come from, where are we going?	108
<i>Vladimir Lafitsky</i> . Law as the Highest Value of Constitutional Development (A Study in Historical and Comparative Research)	149
<i>Aniceto Masferrer & Anna Taitslin</i> . The ill-fated union: Constitutional entrenchment of rights and the will theory from Rousseau to Waldron	178
<i>Gadis Gadzhiev</i> . Russian Judicial Doctrine of the Rule of Law: Twenty Years After	213
<i>Rainer Grote</i> . The German Rechtsstaat in a comparative perspective . . .	238
<i>Dmitry Dedov</i> . The Rule of Law and Legal State Doctrines as a Methodology of the Legal Philosophy	260
<i>Paul Tiedemann</i> . Rechtsstaat in Germany	272
<i>Yury Sharandin, Dmitry Kravchenko</i> . Rule of Law, Legal State, and Other International Legal Doctrines: Linguistic Aspects of their Convergence and Differentiation	303
<i>Matthias Kötter und Gunnar Folke Schuppert</i> . Applying the Rule of Law to Contexts Beyond the State.	312
<i>Sergey Kashkin</i> . Comparative, Integrative, and Constitutional Law as the Toolkit for Implementation of the “Legal State Based on Constitutional Economics” Concept	339
<i>Gianluigi Palombella</i> . The Measure of Law. The non-instrumental legal side from the State to the global setting (and from Hamdan to Al Jedda)	351
<i>Vadim Vinogradov</i> . The Legal State and the Rule of Law: Doctrines, Competition of Jurisdictions, and Safeguarding of Legal Freedom. The Positions Taken by the Constitutional Court of the Russian Federation Concerning the Legal State	373

<i>Trevor Allan</i> . Freedom, Equality, Legality	396
<i>Shamil Khaziev</i> . Forensic Science as a Means to Furnish Criminal Evidence within the Rule of Law and Legal State Concepts	419
<i>Dietmar von der Pfordten</i> . On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat	434
<i>Sergey Sergevnin</i> . The Legal State and the Rule of Law as Incarnations of Philosophical Legal Rationale for Political Legal Reality (A Constitutional Aspect)	453
<i>Martin Krygier</i> . Rule of Law (and Rechtsstaat)	470
<i>Ekaterina Mishina</i> . Kyrgyzstan: A Difficult Way Towards the Legal State Basics	492
<i>Augusto Zimmermann</i> . Waiting for the Rule of law in Brazil: Legal and Extra-Legal Reasons the Insufficient Realization of the Rule of Law in Brazil	508
<i>Vladimir Mazaev</i> . The Legal State, the Rule of Law and the Foundations of Constitutional Economics	532
<i>Petr Barenboim</i> . Afterword. From Hypothesis to Doctrine	543
List of contributors	555

ДОКТРИНЫ
ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА
И ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Джеймс Р. Силкенат

*Президент Американской Ассоциации Юристов,
Партнер адвокатской фирмы Sullivan & Worcester LLP,
Инициатор международного проекта по исследованию доктрин
Верховенства Права и Правового Государства*

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ЕГО ЗНАЧЕНИЕ

Что означает понятие «верховенство права»? Имеет ли это понятие различное содержание в зависимости от юрисдикции и конкретной ситуации? Несмотря на широкое употребление данного термина, в течение последнего десятилетия стало очевидным крайне недостаточное его понимание. С учетом международного применения принципа верховенства права он сегодня, в зависимости от того, кем и для каких целей используется, фактически включает в себя различные доктрины и концепции. Более того, верховенство права является постоянно развивающимся, «живым» принципом. Следует признать, что этот принцип постоянно эволюционирует, и эта эволюция направлена на учет потребностей современного многонационального мира. Одним из конструктивных путей исследования восприятия теми или иными странами верховенства права является анализ относительно близкой по содержанию концепции правового государства, применяемой во многих странах. Такое исследование и сопоставление доктрин, вероятно, будет способствовать нашему пониманию сущностного значения верховенства права и его роли в построении общества возможностей и справедливости.

В современных международных условиях крайне важным является развитие более глубокого понимания верховенства права и его ключевых элементов. В этом смысле необходимо всячески приветствовать создание международных документов (деклараций, конвенций и т.п.), наделяющих верховенство права его современным философским смыслом. Последним международным документом, определяющим содержание верховенства права, стала Декларация Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи ООН о верховенстве права на национальном и международном уровне, принятая осенью 2012 года. Нельзя исключить,

что в ближайшие годы этот документ существенно повлияет на восприятие верховенства права во многих юрисдикциях.

Еще более глубокое определение верховенства права дал проект «World Justice Project», в первую очередь посредством созданного им широко известного Индекса верховенства права. По мнению World Justice Project, верховенство права предполагает наличие системы, в которой соблюдаются четыре универсальных принципа:

1. Государственный аппарат и его должностные лица и официальные представители подчиняются праву.

2. Нормативные правовые акты являются ясными и определенными, официально публикуются, отвечают требованиям стабильности и справедливости и направлены на обеспечение и защиту основных прав, в том числе защиту личности и собственности.

3. Процесс принятия, исполнения и обеспечения действия нормативных правовых актов является открытым, справедливым и рациональным.

4. Правосудие осуществляется компетентными, высокоморальными и независимыми заседателями или нейтральной стороной, которые имеются в государстве в достаточном количестве, обладают адекватными ресурсами и отражают структуру общества, которому они служат.

Данные принципы выделены на основе исследования международных источников, которые проводят широкий анализ стран с различными социальными, культурными, экономическими и политическими системами и учитывают как материальные, так и процессуальные аспекты.

Вместе с тем вряд ли можно ожидать, что верховенство права может быть концепцией, доступной для понимания всеми. Легко обнаруживается, что даже сейчас многие юристы не ощущают разницы между доктринами Верховенства права и Правового государства, поскольку понятия верховенства права и правового государства смешиваются, теряются или переводятся неверно. Американская Ассоциация Юристов вместе со своей Секцией Международного Права и Инициативой по Развитию Верховенства Права играют ключевую роль в уменьшении этого международного недопонимания.

Авторы данной книги исследуют многие из названных комплексных проблем, вызывающих международное недопонимание. Важным представляется, помимо ученых и опытных практиков, участие молодых юристов в правовых эволюционных процессах. Я уверен, что эта книга станет хорошим стимулом для новых исследований и анализа общественного восприятия верховенства права, правового государства и иных фундаментальных правовых принципов современного мира.

FOREWORD

James R. Silkenat

*President of the American Bar Association,
Partner, Sullivan & Worcester LLP,*

*Originator of the International Project on Research of the Rule of Law
and the Continental Legal State/Rechtsstaat Doctrines*

THE RULE OF LAW AND WHAT IT MEANS

What does the «Rule of Law» mean? Does the term have a different content in different jurisdictions and in different contexts? During the last decade it has become obvious that there was very little public understanding of the term, despite its widespread usage. Actually, the Rule of Law, considering its international aspects, includes many different doctrines and concepts, depending on who is using it and why. Moreover, the Rule of Law is a developing or «living» principle.

We should recognize that this principle is evolving to meet the needs of today's communities. A useful way to explore how different countries look at the Rule of Law is to examine a similar concept, that of the «Legal State», which is followed by many jurisdictions. This review and comparison may help all of us understand the full meaning of the Rule of Law and its role in the creation of communities of opportunity and equity.

In the current international climate, it is particularly important to develop a fuller understanding of the Rule of Law and its core elements. To this extent, international documents like declarations, conventions etc., which give the Rule of Law its modern philosophical sense, should be widely welcomed. The latest international treatment of the Rule of Law was contained in the U.N.'s Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels in the Fall of 2012. It is likely that this document will influence thinking in many jurisdictions in the coming years.

An even more impressive and thoughtful definition of the Rule of Law is contained in the work done by the World Justice Project, particularly through its widely accepted and quoted Rule of Law Index. As used by the

World Justice Project, the Rule of Law refers to a system in which the following four universal principles are upheld:

I. The government and its officials and agents are accountable under the law.

II. The laws are clear, publicized, stable, and fair, and protect fundamental rights, including the security of persons and property.

III. The process by which the laws are enacted, administered, and enforced is accessible, fair, and efficient.

IV. Justice is delivered by competent, ethical, and independent representatives and neutrals who are of sufficient number, have adequate resources, and reflect the makeup of the communities they serve.

These principles are derived from international sources that enjoy broad acceptance across countries with different social, cultural, economic, and political systems, and incorporate both substantive and procedural elements.

But we cannot expect the Rule of Law to be an easy concept for everyone to understand. We can easily confirm that, even now, many lawyers are not sensitive to the differences between the Rule of Law and the Legal State doctrines because the definitions of the Rule of Law and the Legal State are mixed, lost or mistranslated. A key player in helping to reduce this transborder confusion is the American Bar Association and its Section of International Law and its Rule of Law Initiative.

The analysis done by the contributors to this book addresses many of these complex and confusing issues. In addition to the work of scholars and experienced practitioners, it is important that young lawyers are involved in this analysis, so that they can take part in how it evolves in the future. I am sure that this book will provide a very effective stimulus for new research and analysis into public thinking about the Rule of Law, about the Legal State doctrine and about other basic legal principles facing the modern world.

ВВЕДЕНИЕ

Зорькин Валерий Дмитриевич

Председатель

Конституционного Суда Российской Федерации

ПРАВОВАЯ ТРАНСФОРМАЦИЯ РОССИИ: ВЫЗОВЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Конституция России, двадцатилетие которой мы отмечаем в этом году, ориентирует развитие страны на основе принципов правового государства и верховенства права. Это обязывает нас последовательно придерживаться этих принципов в правотворческой и правоприменительной деятельности органов публичной власти, в действиях всех должностных лиц и граждан.

В каком состоянии находится соотношение указанных принципов с реальностью современной российской жизни? Что из исторического прошлого страны препятствует реализации этих принципов и что в новой России дает нам надежду на успех хотя бы в исторически обозримой перспективе?

Обсуждение этих вопросов сегодня совершенно необходимо. Необходимо потому, что ощущение «новизны» нынешней России у многих наших исследователей и практиков создает иллюзию «действий с чистого листа», и значит, иллюзию возможности не заниматься вдумчивым анализом прежних ошибок. Тех ошибок, которые привели к государственным и человеческим трагедиям эпохи распада СССР, а затем к тяжелейшему кризису в России в постсоветскую эпоху.

Обсуждение этой темы необходимо еще и потому, что Россия, открывшись миру в результате политических и экономических реформ, оказалась в еще непривычной для нее, очень сложной ситуации многообразных и разнонаправленных внешних воздействий. Воздействий, которые нельзя не исследовать, не понимать и не учитывать. Непрерывное усложнение этих воздействий повышает как цену ошибок в разработке и реализации государственной стратегии, так и историческую ответственность политической элиты за допущенные ошибки.

Закрепленный в Конституции в качестве основы конституционного строя правовой, демократический и социальный характер государства задает очень высокую правовую планку. В силу целого ряда объективных факторов реальность нашей жизни не может пока в должной мере отвечать этим высоким требованиям. Страна до сих пор испытывает такие неизбежные последствия произошедшего в 1990-е годы взрывного первоначального накопления капитала, как правовой нигилизм, клановая и корпоративно-олигархическая ментальность, превращение бюрократии в своего рода квазикласс, зачастую действующий в своих собственных интересах, неразвитость гражданского общества и прочного среднего класса, коррупция и организованная преступность, нестабильность законодательства, отсутствие прочных гарантий собственности, недопустимо резкое социально-экономическое неравенство, высокий уровень бедности и т. п.

И вот во всей этой сверхсложной реальности Россия оказывается еще и в условиях глобального экономического кризиса, накладывающего свои ограничения на нормальное развитие страны на основе конституционных принципов верховенства права и правового государства, юридического равенства и справедливости.

1. Путь России к праву: необходима осторожность

Сразу оговорю – это не о каком-то особом пути России, проклипаемом одними и восхваляемом другими. А просто о российской реальности и ее соотношении с правовыми регуляторами. Как известно, право является мощнейшим социальным регулятором. Мы все знаем, что происходит с транспортным средством – автомобилем, кораблем или самолетом, если отказывают регуляторы. Перестал соблюдать правила – жди катастрофы. Или обыденной – когда на дорогах бьются насмерть пренебрегающие правилами водители. Или – экстраординарной.

Чем, в сущности, пренебрежение правовыми правилами так уж отличается от пренебрежения правилами дорожного движения? Мы видим на недавних примерах в странах арабского мира, что неуважение правовых правил политической жизни приводит к большой крови и общенародной трагедии. Как известно, «посеешь ветер – пожнешь бурю».

Кто же отвечает за подобные экстраординарные эксцессы? Конечно, тот, кто теряет способность управлять – не важно чем – автомобилем, самолетом или обществом. Регуляторы перестают работать, общество оказывается в состоянии дерегуляции, такое состояние порождает сначала кровавые эксцессы, а затем чрезвычайные усилия по преодолению

этих эксцессов. Отдавая должное научным авторитетам, таким как Макс Вебер, Юрген Хабермас и Пьер Бурдьё, и их воистину огромному вкладу в решение обсуждаемой мной проблемы, я позволю себе обратиться к иному, ненаучному авторитету и напомнить строки Есенина о Ленине:

*А те, кого оставил он,
Страну в бушующем разливе
Должны заковывать в бетон.*

К бушующему разливу привела системная дерегуляция, порожденная неспособностью элиты Российской империи вовремя исправить регуляторы, позволявшие эффективно управлять государством и обществом. Говорят, что история не знает сослагательного наклонения. Но есть такое понятие «альтернативная история». Мы все учимся на опыте. Если в естественных науках таковым является эксперимент, то в науках гуманитарных, собственно политических, поучительный опыт – это всегда исторический опыт. «Народ, забывший свою историю, обречен на то, чтобы повторять ее вновь», – сказал выдающийся американский философ Джордж Сантаяна в своей классической работе «Жизнь разума».

Почему же Россия с такой настойчивостью, достойной лучшего применения, время от времени «наступает на те же грабли»? При анализе любой социальной проблемы очень важно найти базовую метафору.

В качестве такой метафоры я избрал есенинскую. В ее основе два элемента, которые обладают, как мне представляется, ценностью за рамками поэтического как такового.

Первый элемент базовой метафоры – «бушующий разлив».

Второй элемент – «бетон».

«Бушующий разлив» – это дерегулированная реальность, которой надо предписывать определенные нормы.

«Бетон» – сами эти нормы.

Не хочу сейчас обсуждать те конкретные исторические нормы, которые имел в виду Сергей Есенин, говоря о «бетоне». Все мы понимаем, что современная Россия нуждается в других нормах для того, чтобы занимать достойное место в XXI столетии, отвечать на требования, выдвигаемые своим обществом, развивать собственные культурно-исторические традиции. Уважая величие собственного прошлого, ужасаясь историческим злодеяниям и отвергая их героизацию, мы должны смотреть вперед. Нельзя быть страной с непредсказуемым прошлым. А значит, обсуждать надо не историческое содержание есенинского метафорического «бетона», а методологическое содержание метафорического «бетона» как такового. Ведь не единожды в истории «бушующий разлив» кому-то при-

ходило «заковывать в бетон». Если не хотим, чтобы кто-то начинал «заковывать в бетон», а уж тем более, туда «закатывать» (а ведь как легко одно переходит в другое!), не надо допускать дерегуляции, т. е. «бушующего разлива».

В России поэзия веками выполняла в том числе и функции политической философии. Не буду обсуждать, почему это происходило именно так. Не буду обсуждать также, почему у нас это происходило в большей степени, чем в других странах. При том, что великая поэзия в очень многих странах выполняла и политическую, и философскую миссию. Достаточно вспомнить англичанина Шекспира или итальянца Данте Алигьери. И все же в России и впрямь поэзия была выдвинута на передний край философско-политической мысли. И поражаешься тому, насколько в этом смысле пересекаются поэтические, философские и политические прозрения таких разных российских поэтов, как Пушкин и Есенин.

Есенин говорит о «бетоне» и «бушующем разливе» своего времени. Но Пушкин в «Медном всаднике» пронизательно и провидчески анализирует все ту же коллизию «бушующего разлива» и «бетона». Народного всплеска и сдерживающего этот всплеск петровского «гранита», в который «одета Нева».

Каждый раз, когда я задумываюсь о соотношении реальности и регулирующих ее норм, я обращаюсь к великим пушкинским образам, в которых поразительно сочетаются чужающаяся рациональности поэтическая фантазия и философская, политическая математика. Нет, не арифметика, а именно математика – причем даже не высшая, а высочайшая.

Скачущий по волнам создатель империи, пытающийся эти волны смирить, состязающийся с трагическим «маленьким человеком», сам этот «маленький человек» как жертва стихии, но и в каком-то смысле начало, ей сопричастное, – разве все это не высочайшая политическая математика?

Гениальность нашей поэтической образности, ее глубина и многомерность, а главное, ее междисциплинарность, способность соединять в себе эстетическое и гносеологическое начала... Как эта наша гениальность соотносится с нашей же неспособностью взять столь необходимый правовой барьер? И есть ли на самом деле связь между одним и другим?

Мне кажется, что связь есть. Что-то постоянно сопротивляется в сокровенных глубинах нашей исторической личности окончательному разделению всего и вся на этику, эстетику и гносеологию. Это что-то веками нашептывает нам, что такое окончательное разделение порождает отнюдь не только приобретения. Что есть оно – некое окончательное или изначальное, в котором эстетическое (т. е. прекрасное), этическое (т. е.

правовое) и гносеологическое (т. е. истинное в научном смысле этого слова) образуют единое целое.

Для религиозного человека такой окончательной целостностью является Бог. Именно в нем сливаются воедино Красота, Справедливость и Истинность. Но характерно, что в России на протяжении многих веков противодействие окончательному разделению на этику, эстетику и гносеологию оказывали и мыслители, настаивавшие на своей светскости.

Очевидно, что исповедуемый Россией холизм отвечает чему-то, крайне востребованному современностью. Но это не означает, что Россия готова сегодня отказаться от того, что можно назвать системной архитектурой права, т. е. от этики в ее структурной и системной самодостаточности.

Высокие идеалы всеединства, поиск которого, конечно же, представляет собой неотменяемый и неизымаемый вклад наш в мировую мысль, – это одно. А косная и в чем-то даже реакционная почвенность – совсем другое. Воистину настал момент, когда путаница в этом вопросе должна быть преодолена окончательно! Слишком высокую цену может заплатить Россия за продление подобной путаницы!

Мой выбор профессии был существенно предопределен тем, что я очень рано осознал для себя кровавую трагичность всего, что связано с любым «бушующим разливом». И моральную ответственность каждого интеллектуала за то, чтобы этого «разлива» не допустить.

Но что значит «не допустить»? Это же не «держат и не пущать» и даже не «подмораживать»! Это – приводить регуляторы в соответствие с обществом, т. е. проявлять бережную заботу по отношению к этим регуляторам и категорическую решимость в том, что касается своевременной переналадки регуляторов, замены уже неработающих регуляторов регуляторами, отвечающими требованиям современности.

Надо ли доказывать, что неприятие «бушующих разливов» и забота о правильных регуляторах в принципе предполагают беспредельное уважение к регуляторам как таковым? Конечно же, если речь идет о регуляторах, совместимых с фундаментальными человеческими представлениями о «должном» и «праведном», т. е. о том, что называется «гуманизмом» в широком и единственно верном смысле этого слова. И тут опять можно и должно вспомнить о пушкинском отношении к дерегулятивному, а не регулятивному воздействию деспотии и тирании на общество. Поэт писал в своей знаменитой «Вольности»:

*Владыки! вам венец и трон
Дает Закон – а не природа;*

*Стоите выше вы народа,
Но вечный выше вас Закон.*

Тут важно все – и наличие чего-то, стоящего выше владык, и то, что поэт именуется это, стоящее выше владык, именно «Законом» с большой буквы. Никакой изощренный специалист по философии права не мог бы тогда дать более точной и емкой формулировки.

Итак, не будем относить тираническое, деспотическое к сфере подлинно регулятивного. Регуляция – это задаваемые правила, находящие отклик в сердцах людей и потому соблюдаемые. Но вчера в сердцах людей находили настоящий отклик одни правила. Завтра – другие. Что-то в сердце будет находить отклик всегда. А что-то останется в священном хранилище, именуемом «традиция». И, оставаясь там, начнет оказывать уже не прямое, а косвенное регулятивное воздействие.

Почвенность – это благоговение перед традицией, перехлестывающее через край. Почвенник обожествляет определенные регуляторы как таковые. Этим он напоминает музейного работника, стоящего в коленах перед паровым двигателем XIX века и пренебрежительно третирующего какие-то там реактивные двигатели.

В каком-то смысле упорный (не хочу говорить «упертый») почвенник, если он является почвенником в социальном и политическом смысле этого слова, еще неадекватнее этого аллегорического музейного работника. В самом деле, предположим, что такой музейный работник становится министром транспорта и имеет возможность продиктовать транспортной отрасли свои аксиологические предпочтения. В конце концов граждане могут ездить и в поездах, которые тянут за собой паровозы. Да, это отбросит страну, в которой затеян подобный транспортный эксперимент, далеко назад, не позволит ей конкурировать с другими странами мира. Но по крайней мере теоретически можно доехать от Москвы до Петербурга с паровозом, почему бы нет? И до Сибири с паровозами из Москвы когда-то доезжали.

А вот попытка использовать в обществе определенного типа традиционные, но устаревшие правовые регуляторы – провальна. Подчеркиваю – речь идет не о том, что такое использование сделает общество менее эффективным и динамичным. А о том, что это приведет к полной дерегуляции того общества, на котором будет поставлен подобный эксперимент. И не в «бетон» его закует, а вызовет этот самый «бушующий разлив». Со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Есть два типа общества – общество традиции и общество модерна. Общество традиции, или традиционное общество, или общество премодерна, имеет одни правовые, социальные, политические регулято-

ры. Не будем обсуждать, хороши они или плохи. Договоримся о главном – о том, что эти регуляторы работают только до тех пор, пока есть соответствующая им социальная реальность. Например, реальность крестьянской общины. Для такого общества характерна коллективистская реальность в рамках доминирующего аграрного уклада и пронизанность коллективистским началом иных, более передовых, но не доминирующих укладов. Например, ремесленного уклада, опирающегося на цеховую корпоративную социальность, т. е. на все тот же коллективизм.

Для того чтобы традиционное общество было по-настоящему полноценным, нужно, чтобы оно было сакрализованным. Причем правильным образом сакрализованным. Тут мало того, чтобы подавляющее большинство граждан полноценно исповедовало религию и чтобы светские сограждане были в подавляющем (именно в подавляющем) меньшинстве. Тут нужно еще, чтобы не было мощных межконфессиональных разломов, чтобы одна часть макросоциума не воевала с другой частью по вопросу о вере. Как только одна часть общества начинает воевать с другой, теряется традиционалистская легитимность.

В самом деле, что такое сакральная легитимность власти? Это значит, что король – помазанник Божий? Но помазание – это в каком-то смысле политическая технология своего времени. Нет помазания без того, кто реально осуществляет это помазание. Реально же его осуществляет не Бог, а представитель Бога на земле. Предположим, что для французских католиков их король сакрально легитимен, потому что его помазал на власть Папа Римский.

Но если для французских гугенотов Папа Римский уже не высший представитель Бога на земле, то почему французский гугенот будет признавать легитимность французского короля, помазанного на трон Папой Римским? Так сакральная традиционная легитимность постепенно переходит в легитимность абсолютистскую. Что означает знаменитое высказывание: «Государство – это я»? Тут в каком-то смысле уже происходит сдвиг от классической сакральной легитимности в сторону так называемого авторитарного консенсуса. Этот политико-правовой сдвиг подробно исследован как в работах теоретиков, занятых общей социологией, так и в работах теоретиков, занятых социологией права.

Как только традиционное общество начинает сдвигаться от сакральной легитимности в сторону авторитарного консенсуса, оно начинает разваливаться изнутри. Причем в историческом смысле слова довольно быстро. В течение одного, максимум – двух столетий.

Вынужденный смещаться в сторону не свойственного ему консенсуса, макросоциум подталкивается в направлении не свойственных ему

социальных, политических и культурных векторов развития еще и многими другими обстоятельствами. Растет промышленность, теряется всеобъемлющее значение аграрного сектора, начинается диссоциация коллективизма даже в этом аграрном секторе, возникают новые требования в части управления финансами, в части собственно политического управления и т. д. Общество медленно, но неумолимо сдвигается слишком далеко в сторону от тех совокупных социальных, культурных и политических констант, которые задают феномен собственно традиционного общества. Что делать?

Один ответ – вернуть общество в исходное состояние. Тогда заработают классические регуляторы, свойственные традиционному обществу, и все в каком-то смысле будет в порядке. Но существующий сегодня мировой опыт не дает оснований для утверждения, что такой возврат вообще возможен. Пока что никому не удавалось «повернуть вспять колесо истории» (пользуюсь здесь образом из речи Георгия Димитрова на знаменитом процессе). Даже те могущественные силы, которые Димитров обвинял в стремлении «повернуть колесо истории вспять», как мы знаем, были разгромлены. Они были разгромлены в конечном счете потому, что созданный ими отвратительный порядок, названный «новым», никак не был на самом деле возвратом в классическое традиционное прошлое. Он был тиранией и деспотией, системной дерегуляцией, т. е. прячущимся под маской этой деспотии внутренним хаосом, экспериментом в части создания новых форм тиранического управления – чем угодно, только не возвратом к классическому традиционному обществу.

Итак, даже самые радикальные почвенники могут лишь мечтать о том, что их страна вернется к добрым старым временам и добрым старым традиционным регуляторам. Они страну к доброму старому социальному качеству, в котором эти регуляторы являются эффективными или хотя бы просто работающими, не возвращают. Они, образно говоря, не создают «паровоза», в который можно поставить «паровой двигатель». Они пытаются запихнуть «паровой двигатель»... даже не в «электровоз», а в «самолет». Понятно, к чему это приводит! К системной дерегуляции, и только. Чем больше почвенники на словах апеллируют к добрым старым регуляторам, чем больше отказываются сами создавать регуляторы новые и склоняют к такому отказу других, тем больше общество лишается регулятивности вообще.

Традиционные общества Европы, уходя от той социальности, в рамках которой работали добрые старые регуляторы, теряли регулятивность как таковую. Элиты тех обществ отказывались от перехода на новые регуляторы – политические, социальные, правовые, культурные и т. д.

И одновременно не могли, естественно, обеспечить эффективность старых регуляторов. Это можно было сделать, повторяю, только вернув общество целиком в доброе старое время. А этого уже не хотели и не могли сделать даже самые радикальные роялисты, поклонявшиеся доброму старому времени. Поклоняться-то они поклонялись, но не более того. Да и в поклонении их уже был какой-то надрыв. А что такое надрыв? Это когда ты скрываешь свою неискренность не от других, а от самого себя.

Каков был итог всего вышеописанного? Глубокая дерегуляция, «бушующий разлив» великих буржуазных революций и «бетон» нового права, точнее нового комплекса как правовых, так и иных регуляторов. Тут основополагающее значение имеет знаменитый наполеоновский Кодекс. Так европейские общества переходили, спасаясь от хаоса, от традиционности, к модерну. Так возникали иные типы идентичности, иные соотношения между правовой сферой и совокупной реальностью. В рамках этих новых отношений, право стало чем-то вроде нового квазисакралитета. Общество классического модерна поклоняется праву как тому, что только и может скомпенсировать новые формы социального неравенства, лишённого традиционного коллективизма, и потому труднопереносимого.

Любому обществу нужна какая-то формула равенства. Раньше речь шла о равенстве всех и вся в Боге. Не буду отвлекаться на обсуждение того, насколько именно страстное стремление к равенству в Боге определяло социальные движения, потрясавшие традиционные общества. Хочу лишь обратить внимание на то, что общество модерна, по сути, могло предложить лишь равенство всех и вся перед законом как новый тип равенства. И что касается признаваемого всеми равенства членов общества хотя бы в чем-то, то без него нет общества вообще. Нет консенсуса, нет источника общеразделяемых убеждений, нет норм, нет легитимаций.

В обществе модерна возобладали идея равенства перед законом и основанный на ней – предложенный и принятый обществом – тип правового равенства. Закон неумолим. И желанен в силу этой уравнивающей всех неумолимости. Закон готов покарать как богатого, так и бедного. Нормы закона носят не устный, а писанный характер. Специальное сословие людей придает писаному закону всеобъемлющую полноту. Строго регламентированы процедуры, позволяющие отделить виновного от невиновного. Эти процедуры известны обществу и приняты обществом. За правильным исполнением процедур следят институты. Институты построены так, чтобы в максимальной степени исключить процессуальные ошибки.

Человеку модерна, находящемуся на нижних этажах социальной лестницы, говорится: «Да, ты социально ущемлен, ты беден. Но если ты честен, то тебя не покарает закон. А того, кто богат, если он не честен, закон обязательно покарает. А потому твоя честность имеет не только идеальный, но и конкретный материальный смысл.

Смотри – этот богатей вчера попирал тебя ногами. Но он нарушил закон. Закон воздал ему в соответствии с точно установленными нерушимыми правилами. И вот уже нарушитель закона гниет в тюрьме. Он теперь находится ниже тебя на социальной лестнице. Ты не гниешь в тюрьме. У тебя есть скромный достаток, теплый очаг, ты окружен любящей тебя семьей.

Теперь ты признаешь, что в том обществе, которое мы тебе предлагаем принять, есть нечто от справедливости, от какого-то, пусть и несовершенного, равенства? Если ты это признаешь, соблюдай нормы общества, чего бы тебе это ни стоило. Поддерживай это общество, ведь без твоей поддержки оно не может быть стабильным, надежным. Оно окажется лишено, пойми же, даже этих, несовершенных, но приемлемых регуляторов».

Так что же находится в ядре общества модерна? Новые технологии? Политические свободы? Индивидуализм?

В ядре общества модерна – почитание права. Превращение права в эффективную светскую религию. То есть своеобразный культ права и основанная на нем непрерывно социально подкрепляемая вера во всемогущество писаного закона и поддерживающих закон институтов. Вера в неподкупность судей, в способность правовой системы обеспечивать действительное равенство всех перед лицом закона.

Обеспечить эту веру как новое культурное основание модерна, обеспечить единство этой веры с эффективными институтами, обеспечить определенное качество человеческого материала, наполняющего эти институты, социально доказать равенство всех перед законом – вот что значит взять правовой барьер и оказаться в модерне.

Присмотримся к некоторым примерам, которые подтверждают или опровергают наше продвижение к такой, говорю без всякой иронии, великой и спасительной цели. Близки ли мы к ней сейчас? Если мы близки к ней, то чем являются бесконечные свидетельства неравенства, которые переполняют нашу жизнь? Клеветой ангажированной печати? Не верю! Конечно, любая независимая печать (еще одна обязательная черта общества победившего – подчеркиваю, победившего – модерна) гоняется за сенсациями, питается слухами и т. д. Но я не верю, что многочисленные свидетельства вопиющего неравенства перед законом, пере-

полняющие нашу жизнь, – лишь следствия желтизны и ангажированности нашей прессы. Жизнь всегда сложнее и многограннее. В ней всегда соседствуют ангажированность, даже продажность – и честное выполнение журналистами своего профессионального долга. А значит, есть и объективные свидетельства этого вопиющего неравенства. Подчеркиваю, объективные свидетельства не неравенства вообще, а неравенства именно вопиющего!

Мне возразят, что вопиющее неравенство перед законом существовало во всех странах становящегося модерна. Стоит хотя бы прочесть Гюго, Золя, даже Диккенса.

Такие возражения правомочны только в одном случае – если полностью игнорируется суть моего методологического и философско-правового экскурса. Суть же его в том, что в обществе модерна на начальном этапе может существовать вопиющее социальное неравенство, что оно может даже кем-то восхваляться. Но что категорически не может существовать в виде признаваемого факта – вопиющее правовое неравенство, неравенство людей перед новым божеством Закона. Как только это признается в качестве факта, да еще и начнет воспеваться, – модерн окажется полностью отмененным. Но природа, правовая и социальная в том числе, не терпит пустоты. Модерн окажется отмененным. Образуется пустота. Что ее заполнит? Мне скажут, что предшествующие модерну нормы, регуляторы, свойственные традиционному обществу. Но мы же только что убедились, что это невозможно. Что это почвенный невроз, порождающий пустые реставрационные галлюцинации.

На самом деле пустоту заполнят сначала просто более или менее откровенно криминальные регуляторы. Если люди не верят в то, что они могут найти достойное и справедливое (т. е. не мздой и не звонком определяемое) решение в суде, они все равно станут решать свои проблемы. Люди не могут не решать своих проблем! Каждый день многие миллионы людей должны решить те или иные свои мелкие или крупные проблемы.

Как? Чем меньше они будут верить в возможность найти решение в суде, тем больше они будут обращаться за помощью к «браткам», как обычным, так и из разряда «оборотней», коррупционерам и прочему социально-деструктивному контингенту.

А что делать? В России нет даже остаточных традиционных регуляторов, способных заменить регуляторы посттрадиционные, модернистские. И понятно, почему их нет! Потому что нет общества, соответствующего таким регуляторам. Может быть, остатки такого общества – подчеркиваю, остатки – есть на наших окраинах. Конечно же, остатки такого общества есть на многих континентах – в Азии, Африке, Латинской Америке. Чем

более здоровыми и массивными являются эти остатки в отдельных странах, тем в большей степени там могут быть эффективными традиционные регуляторы, задаваемые традицией авторитеты. Причем все это не обязательно будет иметь криминальный характер. Но если всего этого нет, то – либо криминальный «разлив», либо модернистский «бетон». Третьего тогда уже действительно не дано! Вопиющее правовое неравенство должно быть преодолено в считанные годы. И обществу нашему должны быть предъявлены такие доказательства преодоления хотя бы этого типа неравенства, которые оно примет, сказав: «Да, теперь я действительно верю, что это так!» В противном случае нас ждет окончательный криминальный «разлив», и лично мне не ясно даже, кто и как будет заковывать этот «разлив» во что-либо. И во что именно.

Точнее, ясно, как будут заковывать подобный «разлив» в «бетон». Тут подсказкой является и мировой опыт, и наша отечественная традиция. Такой «разлив» малой ценой в «бетон» не закуешь. Да и такое ли великое счастье оказаться закованными в «бетон»?

Но мне не ясно, кто способен будет заковать в «бетон» после такого «разлива». Реальных соискателей нет. Мне возразят, что они появляются одновременно с общественным запросом. Но из истории известно, что они иногда появляются, а иногда и нет. И что перед тем, как появиться, нечто подобное хоть как-то маячит на интеллектуальном и политическом горизонте. А на нашем горизонте ничего и никого такого не наблюдается.

Рассматриваемая проблематика позволяет по-иному поставить вопрос о соотношении права и классической политической демократии. Нужна ли она России? Несомненно! Но всмотримся в мировой опыт и зададимся вопросом, была ли такая демократия во Франции, как классическом эталоне европейской демократии, в момент, когда Франция брала правовой барьер?

Ответить на этот вопрос нетрудно. Когда Франция брала правовой барьер по-настоящему и с помощью чего? При Наполеоне с помощью знаменитого и изучаемого всеми юристами наполеоновского Кодекса. Была ли в этот момент во Франции классическая политическая демократия? Конечно же, нет. Сначала во Франции оказались сформированы и утверждены новые правовые регуляторы, а потом, причем отнюдь не сразу, утвердилась политическая демократия.

Является ли этот пример иллюстрацией общей тенденции или нет? В каком-то смысле является. Хотя, конечно же, некоторым обществам удавалось утвердить модернизацию и взять правовой барьер, не жертвуя политическими свободами. Но, согласитесь, скорее, это является исключением.

Впрочем, я не хотел бы, чтобы подобный тезис был воспринят как пропаганда авторитаризма. Лучше всего, конечно же, взять правовой барьер, не пожертвовав имеющимися политическими свободами. Но, в любом случае, его надо взять. И немного нам для этого отведено исторического времени. И не так близки мы к решению этой задачи, как хотелось бы.

И все же не к вопросу о формах правления и политического режима сводится для меня проблема соотношения между свободой, равенством и правом. Для меня право – это равенство людей перед *правовым* законом. Не научившись жить по закону, нельзя научиться жить по праву, нельзя обеспечить пресловутое *the rule of law*. Увы, нам отпущено слишком мало времени на обучение. И мы не можем перепрыгнуть через этапы этого обучения. Реальная жизнь была и всегда будет мерилom для каждого, кто создает для нее правовое русло – «бетонное», «гранитное» или любое другое. Нельзя сооружать русло, не понимая, что именно по этому руслу потечет.

Людям моего поколения памятен фильм «Место встречи изменить нельзя», в котором В. Высоцкий блестяще сыграл Жеглова. Памятна и крылатая фраза, сказанная Жегловым: «Вор должен сидеть в тюрьме». Ничто в такой степени не соответствует запросу наших современных простых сограждан, как эта крылатая фраза. Но мы помним и другое! Что пресловутый Жеглов, этот представитель некоррупцированной и стремящейся к эффективности правоохранительной системы, был страшно далек от правового сознания, культуры правоприменения и т. д. Как же быть с пресловутым «врачу – исцелися сам»? Высокая популярность Жеглова у нас имеет корни в культуре, менталитете. Была бы столь высокой популярность в другой культуре, при другом менталитете? Сомневаюсь!

Во всем мире пользуются популярностью борцы с гангстерами, применяющие неправовые методы. И мне могут сказать, что нет разницы между данным героем, которого играет Высоцкий, и героями, которых играет, например, Бельмондо. Но если внимательно разобраться, то разница есть. Не надо закрывать глаза на эту разницу. Вспомним знаменитые фильмы С. Крамера, в которых запечатлены классические для англосаксонского сознания образы неподкупных судей, неподкупных юристов, в полном смысле этого слова «жрецов закона».

В каждой культуре, в каждом обществе есть сильные и слабые стороны. И только учет этих сильных и слабых сторон соединяет право как должное, как «гранитное» или «бетонное» русло, и право, как фактическую реальность, т. е. как нечто, призванное регулировать движение именно

нашего социального, культурного, государственного, политического «потока». Подчеркиваю – нашего, а не «потока» вообще. Если мы этого не учтем, «поток» прорвет русло. И тогда слишком велики шансы, что страна провалится даже не в диктатуру, а в инферно. Во всем, что мы делаем, надо исходить из этого. Возьмем, к примеру, столь часто обсуждаемую сейчас проблему прецедентного и иного права. Прежде всего мы должны отдавать себе отчет в том, что иное право тоже существует. И называется «континентальным». Что, требуя расширить prerogatives прецедентного права, мы не проблему модернизации решаем, не проблему взятия правового барьера. Мы ввязываемся в конфликт между двумя одинаково западными правовыми системами – системой кодифицированного, или романо-германского, права и системой общего, или англосаксонского, права, пресловутого *common law*.

Да, в континентальном праве норма исходит из законодательства и доктринального смысла, а в англосаксонском – из судебной практики. И что? Нам недостаточно взять барьер более близкого к нам континентального права? Зачем мы усложняем свою задачу в условиях, когда не можем решить и более простую? Не для того ли, чтобы в итоге не решить никакую?

Да, на сегодняшний день континентальная правовая система и система общего права движутся к конвергенции. Но, во-первых, они к ней лишь движутся, и очень осторожно. Во-вторых, они движутся к конвергенции после того, как прошли длинный путь и надежно закрепились в том, что касается базовых правовых достижений.

А в-третьих, давайте приглядимся к их осторожности. И остережемся собственной лихости. Ведь совершенно ясно, во что превратятся прецеденты в условиях еще не взятого нами правового барьера. Они покроют трещинами правовой «бетон» Конституции и разрушат «русло». Они ведь нового «русла» не создадут! Обычные прецеденты не смогут заменить нам ключевых конституционных норм, подобно тому, как они это делают и делали в странах, где отсутствие конституции заменялось разветвленной прецедентной системой. Сколько столетий строилась прецедентная система, заменяющая Конституцию? С какой осторожностью, на каком культурно-историческом и ментальном замесе?

Если в современной России прецедент вытеснит конституционную норму, то не будет ни Конституции, ни прецедента. И мы своими руками создадим, а точнее, стократно усугубим нынешний неправовой «разлив», сделав его «бушующим».

Я мог бы подробнее разобрать массу примеров, свидетельствующих о том, насколько необходима осторожность. Необходима не для уду-

шения свободы, а для отстаивания ее. Всю свою жизнь я исходил и исхожу из этого. Мне и поныне памятен лозунг «неконституционной конституции», выдвинутый определенными идеологами для оправдания расстрела Белого дома в 1993 году. И я твердо убежден – не научившись жить по плохой конституции, нельзя научиться жить по конституции вообще.

Право – это форма общественной жизни. Не более того, но и не менее. Это не пустой сосуд, в который можно поместить любое содержание. Как смешон генерал, надевший на себя балетную пачку, так смешны и потуги соединить глубоко несвойственные нам, экзотические, изысканные и труднодостижимые формы правовой жизни с обществом, в котором мы живем. Давайте постепенно бороться за общественные изменения и приводить эти изменения в соответствие с изменениями правовыми.

Главное – не разрушить неосторожными действиями нынешние очень слабые правовые скрепы. Скрепы несовершенные, слабые, но драгоценные. Мы медленно учимся правовой жизни, но учимся ей. Нельзя прекратить это обучение. Правовая жизнь – это упорядоченная нормированная борьба, это игра по правилам и в правовом поле.

Стержень – Конституция. Она – хребет нашего общества. Нам, наверное, еще памятно, как некоторые в октябре 1993 года веселились по поводу того, что «сломан»-де «хребет». Это было веселье пьянчуг. Похмелье оказалось чудовищным. Хребет нельзя ломать. Как нельзя и допустить потери им всяческой подвижности. Тем более, что, потеряв подвижность, он обязательно сломается. Главная опасность для России сегодня – разрушение элементарного правового поля и срыв в антиправовой фанатизм.

Наш путь – между Сциллой чиновничьего произвола и Харибдой анархического безвластия.

Наш идеал – соединение власти и свободы на основе права, как единственного мерил свободы. Идти к этому идеалу можно, только сочетая либеральные меры и сильную власть. Это и есть подлинное выражение консервативно-правовой модернизации.

Не хочу обсуждать тонкие отличия консервативного либерализма от либерального консерватизма. Хотя во всем мире это очень содержательно обсуждается. Главное для нас сегодня – категорически не допустить противопоставления человека и государства. Не «или государство – или человек», а «и государство – и человек». Вот смысл российской Конституции, на страже которой стоит Конституционный Суд. Только на этой основе мы можем и должны добиться в XXI веке коренной трансформации правосознания – профессионального и обыденного. И не надо для этого менять ядро нашей культуры, надо правильно соединить Дух народа и содержание права, традицию и современность. Противопоставление

одного другому нам очень дорого обошлось. Нельзя повторять ошибок. По кругу ходит осел. Человек развивается по спирали.

2. Освободительные реформы и правовая модернизация России

В истории каждого государства есть ключевые для народной памяти даты. Для России одной из них является 3 марта 1861 года. В этот день Александр II, получивший от российского общества почетное именование «Освободитель», подписал Манифест о даровании крепостным прав состояния свободных сельских обывателей.

Манифест положил начало широкомасштабной модернизации всей системы общественных отношений в России. Главная цель Манифеста выражена в его заключительной фразе. Царь-освободитель, обращаясь к народу, призывает народ просить Божия благословения – на что? На *свободный* – именно свободный! – *труд как залог домашнего благополучия каждого человека и блага общественного.*

Заключительная фраза в манифестах, призванных изменять жизнь народную, всегда имеет особое значение. В заключительной фразе обсуждаемого нами здесь судьбоносного Манифеста «свободный труд» сопрягается не только с «благополучием каждого человека», но и с «благом общественным». Это триединство: «свободный труд и свобода вообще» – «личное благополучие» – и «общественное благо» – и поныне является важнейшим ориентиром для всех нас. А уже в 1861 году указание на подобное триединство было воспринято с подлинным ликованием.

Кто-то скажет: «Стоит ли придавать такое значение словам?» Тому, кто так скажет, можно напомнить, что «в начале было Слово». И добавить, что всегда, покуда есть человечество, и человечество алчет блага, а значит, и преобразований, к этому благу ведущих, – в начале будет Слово. Оно и только оно.

Но не зря ведь сказано, что «Слово было в начале». То есть, что за словом нечто последовало. Если за словом не следуют дела – слово и впрямь мало что значит. Последовали ли дела за тем великим словом, которое содержалось в Манифесте? Да, безусловно.

За Манифестом последовала широкая серия либеральных реформ. Из них судебная была самой кардинальной. Именно благодаря последовавшей за Манифестом судебной реформе в суды пришли равенство сторон, господство закона, а значит, и подлинное стремление к правосудию.

Были и другие реформы, последовавшие за великим словом царя-освободителя. Земская реформа. Реформа городская. Военная реформа. Реформа образовательная.

Эти великие реформы 60–70-х годов XIX века стали крупнейшим прорывом от несвободы к свободе в ключевых сферах общественной жизни России.

Но почему же тогда эпоха великих реформ сменилась эпохой контрреформ? Почему было упущено драгоценное историческое время? Почему в очередной раз захлопнулось «окно возможностей»? Почему в очередной раз не свершился долгожданный переход к свободе? Почему вместо такого перехода началось блуждание по лабиринту смуты и несвободы?

Споры о причинах тогдашних неудач продолжаются и поныне.

Была ли главной причиной внутренняя противоречивость основной – крестьянской – реформы, пытавшейся сочетать несочетаемое: дарование свободы и сохранение зависимости? Или же причиной была неготовность к преобразованиям основных слоев общества, чье правовое сознание было деформировано веками крепостного рабства?

Только ли косностью следует объяснять послереформенную ностальгию крестьянства по дореформенным временам? Или же реформаторы, стремясь, конечно же, к великому благу, чего-то не учли, наступили, образно говоря, на какие-то исторические грабли? Какие? Как обнаружить, в чем суть их тогдашней ошибки? Ибо если они хотели, чтобы страна прорвалась к свободе (а страна к ней не прорвалась), то мы просто не имеем права не обсуждать их ошибки, отдавая дань и благородству их помыслов, и историческому масштабу совершенных ими деяний.

Мы знаем, что крестьяне после реформы нередко сожалели о старом времени, когда, по их словам, обращенным к помещикам, «мы были ваши, а вы – наши». Имеем ли мы право называть подобную ностальгию рабской? Рассуждать об идиотизме крестьянской жизни и обо всем том, что этот идиотизм породил?

Даже если бы все было именно так (а я уверен, что это не так), все равно ответственность за срыв реформ лежит на реформаторах. Она по определению всегда лежит только на них. Ибо, дерзая изменить народную жизнь, они должны учитывать реальность этой жизни. Недоучет реальности всегда чреват губительными последствиями.

Да, косность, застой морально недопустимы и политически губительны. Но и реформаторский романтизм ничем не лучше. Тем более что каждый порыв реформаторского романтизма всегда сменяется судорогой контрреформаторской косности.

Но разве сопротивление крестьян великим преобразованиям являлось только синдромом рабства и архаической дикости? Убежден, что такой вердикт был бы крайне несправедлив с моральной и ценностной точки зрения. А будучи несправедливым – оказался бы и политически вредным.

Народ не хотел разрушения сложившихся коллективистских форм. Он инстинктивно понимал, что разрушение этих форм окончательно разорвет его связи с собственной элитой. Конечно, народ стремился освободиться от несвободы, связанной с определенными формами коллективизма, воспевать которые я вовсе не собираюсь. Но одновременно с этим народ не хотел освободиться от коллективизма вообще, понимая, что такое освобождение может обернуться вскоре качественно новыми формами порабощения.

Это очень тонко подметил и точно выразил в свое время Николай Алексеевич Некрасов:

*Распалась цепь великая,
Распалась и ударила.
Одним концом – по барину,
Другим – по мужику.*

Как мы видим, великие реформы того времени – а они и впрямь были великими – не только не смогли преодолеть, но отчасти и углубили взаимное отчуждение широких народных масс и социальной элиты, власти, государства в целом.

И именно это отчуждение власти от народа, государства от общества сыграло решающую роль в торможении модернизационных реформ, на которые возлагали такие большие надежды просвещенные слои России во второй половине XIX века. Модернизация, в том числе и правовая модернизация, была отторгнута этим отчуждением широчайших социальных групп и от ее целей, и от ее средств.

Уроки Первой Государственной Думы

Более 100 лет назад, в самом начале XX столетия, российское общество раздирали глубокие противоречия в отношении того, как соединить власть и свободу, т. е. как провести политико-правовую модернизацию. Одни говорили, что нужен Земский собор полуфеодалного типа, другие отстаивали парламентское правление и экономический либерализм, третьи призывали Русь к топору и занимались бомбизмом, террором. Обер-прокурор Священного Синода К. П. Победоносцев считал, что как парламент и конституция, так и орган типа Земского собора одинаково губительны для России. И ведь действи-

тельно, страна пришла к трагическому финалу через 11 лет после образования Первой Государственной Думы. И, наверное, если бы противоречия были разрешены, не случилось бы революционных событий 1917 года.

Во второй половине XIX – начале XX века предлагались различные рецепты и сценарии того, как примирить свободу и власть. «Либеральные меры и сильная власть» – лозунг для многих российских умов того времени – остается актуальным и для нашего времени. Если мы не объединим наши усилия по трансформации России в свободное и открытое общество на основе строжайшей конституционной законности и с помощью сильной, дееспособной власти (на данном временном отрезке – в форме президентской республики), то страна не сможет стать цивилизованным государством и будет отброшена на задворки истории. Императив права – это глобальный императив. Императив демократии – это веление времени. Поэтому принцип «к демократии – через право» для сегодняшней России актуален как никогда. Речь идет об очень и очень многом. Речь идет о выживании страны, о судьбе России. По действующей Конституции Государственная Дума – уникальное явление для России в ее тысячелетнем исторически преемственном развитии. Это парламент, который на основе Конституции принимает законы, имеющие, как и сама Конституция, верховенство на всей территории страны. Выше закона, включая Конституцию как Основной закон, в Российском государстве юридически ничего не должно быть.

Но принять законы мало. Их еще нужно воплотить в жизнь, иначе они останутся пустыми декорациями, пылящимися на книжных полках бумагами. Печальная картина времен Первой Государственной думы отображена в русских юридических пословицах: «Закон что дышло – куда повернешь, туда и вышло»; «Закон что паутина – шмель проскочит, муха увязнет». А наш поэт XIX столетия А. Хомяков сказал о России так:

*В судах черна неправдой черной
И игом рабства клеймена.
Безбожной лести, лжи тлетворной
И лени мертвой и позорной,
И всякой мерзости полна!*

Поэтому главная наша задача – в условиях деформированного правосознания, когда зачастую власти делают вид, что исполняют закон, а народ делает вид, что их соблюдает, – заключается в том, чтобы трансформировать это правосознание и утвердить верховенство закона и реальный режим конституционной законности по всей стране – снизу доверху и на всей ее территории. Чтобы Россия наконец взяла правовой барьер.

В XXI веке Россия может и обязана жить и развиваться на почве конституционализма, на основе принципа верховенства права. Иного не дано. Иное губительно. В сегодняшней России, к сожалению, режим законности невозможно поддерживать так, как это делается во многих других странах, будь то Великобритания, Германия или Швейцария, а именно – по привычке. В России этот режим еще только предстоит утвердить. И осуществить это в конкретно-историческом контексте сегодняшней России, когда еще нет развитого гражданского общества, устоявшейся системы политических партий и активного демократического правосознания, невозможно без сильной президентской власти.

Но чем сильнее эта власть, тем больше должен утверждаться режим законности. Тем более дееспособной должна становиться власть судебная. Иначе вместо верховенства права водворится произвол. И здесь вновь приходится вернуться к вопросу о том, что должно стать законами, о специфике законности и ее соотношении с правом.

Еще раз напомним: горячий спор о формах российского народовластия, который кипел в конце XIX века, шел не по принципу «за» и «против». Против народовластия выступали совсем немногие. А большинство лишь обсуждало все тот же больной вопрос, который обсуждается и поныне, а именно вопрос о нашей специфике.

Для кого-то эта специфика была важнее всего. Так называемые почвенники настаивали на русском пути вообще и русском типе народовластия в частности. Том самом, в основе которого не право, а правда, не конституционализм, а соборность.

Их оппоненты («западники») настаивали на универсальности западного конституционализма, обязательным продуктом которого является парламент как законодательный орган, формируемый на основе свободных выборов по принципу «один человек – один голос». Власть выбирают не сообщества, не корпорации, не сословия, а индивидуумы, граждане. Соответственно, депутат парламента представляет не корпорацию или сословие, а весь народ (*nation* – в западных конституциях) как носитель суверенной демократической публичной власти. В этом и состоит специфика западного народовластия.

Перед существовавшей тогда российской политической системой (по сути абсолютной монархией) стоял выбор типа легитимации через народное волеизъявление: либо Земский собор сословий, либо та или иная форма индивидуализированной (западной, парламентской) выборности. Ясно было одно: дефицит легитимации снизу надо чем-то восполнить. Жизнь политической системы в условиях наращивания подобного дефицита губительна для системы. Это было ясно почти всем.

Оставались две силы, которые не могли признать безальтернативность подобной легитимации.

Одна сила – российская бюрократия, тогдашний российский политический класс. Эта сила – огромная, но безличная – действовала фактически рефлекторно. Она защищала статус-кво как систему, обеспечивающую ее корпоративные права, почти бездумно, автоматически. Она не могла поверить, что на ее век не хватит имеющейся стабильности. И она с роковой косностью, по сути, повторяла слова своих французских предшественников: «После нас – хоть потоп». Она не верила, как и ее предшественники во Франции, что потоп революции может наступить не после нас, а при нас. Во Франции это кончилось санкюлотами и гильотиной.

Но к этой силе, страшной в своей инерционности, все не сводилось. Была другая сила – немногие волевые и сильные личности с огромным влиянием, одержимые внутренним чувством, которое говорило, что нужно остановиться. Речь шла именно о чувстве, точнее, о политическом инстинкте, даре предвидения и предчувствия, который продиктовал трагическую фразу одного из умнейших людей тогдашней России, обер-прокурора Священного Синода К. П. Победоносцева. Вот она, эта знакомая всем фраза: «Что Конституция, что Собор – один конец для России».

Современники негативно отнеслись к такому высказыванию, спутав трагическое предвидение Победоносцева с инстинктом косной и алчной бюрократии, не желающей перемен. Но, оглядываясь назад, мы, дети иной России, можем ощутить разницу. Мы не имеем права сказать, что Победоносцев был прав. Но мы не имеем права списать это трагическое предчувствие на ретроградство и интеллектуальную косность.

Оказавшись в трагическом треугольнике – между консервативной бюрократией, не желающей перемен, элитой, грезившей соборностью как возвращением к скрытым формам раннего феодализма, и имитационно-западнической интеллигенцией, Россия умылась кровью. Мы не имеем права сказать, что наступил тот самый конец, который пророчески сулил оставшийся почти в одиночестве Победоносцев. Но ужас произошедшего имеет слишком много живых свидетельств.

И если мы не хотим вновь пережить этот ужас, мы должны пристальнее всмотреться в произошедшее. Мы не имеем права пренебрежительно смеяться над опытом первой русской демократии, столетие которой мы недавно отмечали.

Но мы не имеем права и на другое. Мы не имеем права игнорировать глубочайшие противоречия, заложенные в этот думский опыт начала XX века. Потому что, если бы этих противоречий не было, не было бы и катастрофы, наступившей через 11 лет. Ибо ничем нельзя объяснить ката-

строфу такого масштаба – ни войной, ни происками каких-либо злых сил. Все это имело существенное значение, но не это являлось решающим. Решающим при катастрофах такого масштаба мог быть (и был) только динамит внутренних, глубочайших и острейших противоречий.

В чем же они состояли? В том ли (как говорят одни), что мы не учли своей исторической особенности и предпочли парламентаризм соборности, право – правде, индивидуум – сословиям и корпорациям? Или же (как говорят другие) в том, что мы слишком долго топтались на пороге, не выполняя безальтернативных требований современности? А может быть, нам по новому следует прислушаться к голосу того, кто (крайне несправедливо) был назван «злым демоном России», протершим якобы над нею свои ужасные «совиные крыла»?

Убежден, что нет окончательной истинности (равно как и окончательной неистинности) ни в одном из этих трех на первый взгляд взаимоисключающих утверждений.

Нельзя игнорировать аксиомы демократического устройства власти без угрозы разрушить страну. Антидемократизм может быть лекарством от разрушения на очень и очень недолгое время. Он в этом смысле подобен жиру, который матросы в ужасный шторм льют на волны, добиваясь хотя бы недолгого штиля. Но шторм после этого недолгого штиля становится еще более сокрушительным.

Пытаюсь передать в этих образах свое ощущение человека советской эпохи, еще точнее, того времени, которое кто-то с ненавистью, а кто-то с восторгом называет «эпохой застоя». Исторический опыт показал, что застой – это всегда нечто поверхностное. Ценой определенных усилий можно купить такую поверхностную стабильность. Но нужно помнить, что это не погасит нестабильность, а лишь вытеснит ее с поверхности на глубину. И что когда-то, чаще всего почти мгновенно в историческом масштабе времени, «джинн» загнанной на глубину нестабильности вернется вновь на поверхность. Тонкая пленка вылитого на волны жира рассосется, и временно погашенный хаос с многократной силой обрушится на корабль нашей многострадальной державы.

Когда все тот же трагический персонаж, превращенный публицистами и поэтами в ретрограда, говорил, что Россию надо «подморозить», он провозглашал определенный курс, опираясь на очень тонкую, но недостаточно глубокую политическую интуицию. Он понимал, что если сейчас не подморозить, то нечто начнет гнить, и держава развалится. Но он гнал от себя мысль о том, что все подморозить невозможно. Что подморозка всегда частична. И что отсутствие гниения в отдельных частях государственной конструкции, где удалось подморозить, не может быть,

так сказать, бесплатным (кстати, и весьма сомнительным) удовольствием. Потому что за все придется платить полной мерой. И остановка гниения в отдельных блоках конструкций будет обязательно покупаться ускорением гниения в других ее блоках. И конструкция начнет рушиться. Это и произошло. Мы не можем полностью уповать на свой особый путь. XXI век, увы, беспощадно требует от каждой страны почти универсальных ответов на глобальную по сути повестку дня. Когда я говорю «почти», то говорю не случайно. Может быть, в этом «почти» – единственный шанс отстоять государственный суверенитет России в течение ближайших 20 лет. А 20 лет – это мгновение на часах истории.

И все же мы должны давать себе отчет, что речь идет о «почти». О малых, хотя, возможно, и решающих слагаемых своего своеобразия, своей исторической уникальности. Отбросить эти слагаемые преступно. Верить в них, как в «наше все», как в абсолют, в панацею, в нечто тотальное и всеобъемлющее, недопустимо романтично. Притом что для государственных деятелей романтичность ничуть не лучше, а, возможно, хуже, чем преступление.

И наконец, мы не можем превращать в панацею пресловутый тезис: «Диктатура ради стабильности». Исторический опыт свидетельствует о том, что подобный рецепт или, как сейчас говорят, подобный сценарий, такое сильнодействующее средство – и надо отдавать себе в этом отчет – может давать только очень кратковременные эффекты. Исторический опыт свидетельствует также и о том, что, начиная применять этот рецепт (если, упаси нас Бог, это оказывалось необходимым), «сценаристы», «режиссеры» и «актеры» должны были с математической точностью рассчитать все нюансы того маневра, который позволял бы ввести в гавань вверенный им корабль, используя очень недолговременный штиль.

Императивность права в том мире, который нам предписывает история, необходимость правды и справедливости как дополнительных, культурных, во многом решающих «малых ингредиентов» – и очень осторожное использование всего остального. Вот в сжатом виде тот урок, который мы как собственники российской истории должны извлечь из того трагического столетия, путь к которому открывали первые – прекрасные, но, увы, романтические – шаги российской политической демократии.

Реформы и правовая модернизация новой России

Хотелось бы еще раз подчеркнуть, что сегодня, когда страна вновь стоит перед острой необходимостью ускоренной модернизации, нам особенно важно понять причины провала освободительных реформ XIX

века, впечатляющие успехи которых очень скоро (по историческим меркам) были смыты волной террора и революций. Ведь незнание (или, что то же самое, непонимание) своей истории чревато повторением прежних ошибок.

В любом случае недопустимо искать в неудачах модернизационных усилий России роковую преопределенность. И утверждать, что на пути модернизации – непреодолимое препятствие в виде порочности, которая сродни первородному греху. И носит то ли фундаментально-исторический, то ли фундаментально-культурный, то ли иной, еще более фундаментальный, характер. Ведь именно этим сейчас, увы, балуются люди, называющие почему-то себя либералами. Хотелось бы напомнить им, сколь долгим и мучительным был западный путь к справедливой и эффективной правовой системе. Как долго там отлаживали правовые системы, приспособивая их к исторической специфике, традиции и культуре. И сколько неудач и поворотов вспять было на их пути.

Думается, что помимо таких – обязательных, но банальных – напоминаний, стоит поговорить и о более серьезных вещах. Вспомнить, например, что с раннего Средневековья основой и источником права являлся синтез глубоко укорененной в обществе системы религиозных моральных норм и всеобъемлющего обоснования этой системы в религиозной этике. Именно обеспечению этого синтеза были посвящены изыскания отцов Церкви, начиная с Иоанна Златоуста, Блаженного Августина, Фомы Аквинского и множества их последователей в католицизме, протестантизме, православии.

Произошедшая в XIX веке, начиная с Кодекса Наполеона, формальная секуляризация правовых систем в своем фундаменте, как блестяще показал, например, Макс Вебер¹, имела все ту же совокупность массовых моральных норм, включавшую как индивидуальные «санкции совести», так и социальные «санкции общества» за их нарушение. И лишь затем и на этой основе – законодательные санкции сильного и эффективного государства, которые и моральный индивид, и моральное общество признавали справедливыми.

Но для того чтобы эта система оснований права приобрела устойчивость и дееспособность, нужны были базовые условия, которые следовало и выявить, и обсудить.

Первое всенепременнейшее условие – наличие в обществе социального ядра из активных людей, обладающих устойчивой системой

¹ См.: Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма. М., 2003; Он же. Политические работы, 1895–1919. М., 2003.

моральных ценностей, заинтересованных в свободном развитии своего творческого потенциала и способных отстаивать свободу вопреки стремлениям элит, всегда поддающихся искушению выстраивать правовую систему «под себя».

Второе, столь же существенное, условие – наличие сильной (и именно сильной!) демократической государственной власти. Которая только лишь и может обеспечить важнейшие предпосылки справедливого правоприменения.

Итак, в системе оснований права – *двуединство устойчивого в своих нравственных ценностях и заинтересованного в свободном развитии активного ядра гражданского общества, с одной стороны, и сильного демократического государства – с другой.*

Выдающиеся российские политические и религиозные мыслители, анализируя опыт «великих реформ», уверенно шли к пониманию необходимости этого двуединства.

Именно в этом русле лежит, в частности, концепция «охранительного либерализма», выдвинутая Б. Н. Чичериным². Суть этой концепции, предложенной им в качестве идейной основы либеральных преобразований, он выразил формулой: **«Либеральные меры и сильная власть»**. И уточнил: *«либеральные меры, предоставляющие обществу самостоятельную деятельность, обеспечивающие права и личность граждан» и «сильная власть, блюстительница государственного единства, связующая и сдерживающая общество, охраняющая порядок, строго надзирающая за исполнением законов... разумная сила, которая сумеет отстоять общественные интересы против напора анархических стихий и против воплей реакционных партий»*.

Но нельзя забывать, что эту формулу Чичерина очень содержательно дополнили такие русские религиозные мыслители, как, например, А. С. Хомяков в своей «Этике соборного добра», доказывающий недостижимость личного совершенства вне «соборного спасения». А также В. С. Соловьев, разработавший учение о *«всеобщей организации нравственности»*³. Они подчеркивали, что необходимым и важнейшим условием реализации права как нравственного явления и создания свободного морального общества является организация процесса нравственного воспитания масс. Если под этим углом зрения оценивать реформы Александра II, то можно, видимо, сказать, что им не хватило не

² См.: Чичерин Б. Н. Несколько современных вопросов. М., 1862.

³ См.: Соловьев В. С. Право и нравственность // Власть и право. Из истории русской правовой мысли. Л., 1990; Он же. Оправдание добра. М., 1996.

только либерализма и властной силы, но и этого самого нравственного воспитания масс.

Опять-таки, историки и социологи спорят, в какой мере это шло от деформации массовой морали, связанной с долгой историей крепостного рабства, а в какой – от ослабления нравственно-водительской роли Церкви. И какие именно слагаемые российской социальной данности и ошибок власти привели в итоге к катастрофе Империи и победе большевиков.

Однако нельзя не заметить, что большевики после недолгих попыток ниспровержения «феодално-буржуазной морали», построив совсем не либеральное и вполне свирепое государство, очень активно занялись вопросом нравственного воспитания масс. Причем во многом обращаясь как раз к тем массовым моральным нормам, которые были укоренены в религиозном сознании народов СССР.

Не случайно во время Великой Отечественной войны некоторые фашистские офицеры с изумлением записывали в своих дневниках, что и невероятное упорство сопротивления советских войск, и поведение большинства населения на оккупированных территориях свидетельствуют вопреки утверждениям геббельсовской пропаганды о наличии у этих «непонятных русских» высоких и устойчивых моральных принципов. И не случайно обнародованный в 1961 году Моральный кодекс строителя коммунизма содержал ряд неявных адресаций к «Десяти Заповедям» христианства.

Процессы перестройки и последовавших рыночных реформ в новой постсоветской России более всего затронули отношения собственности и политических прав, а также связанные с ними правовые институты. Однако полученные обществом невиданные ранее политические и экономические свободы стали для подавляющей части общества не только глотком свежего воздуха.

Отказ вместе со всем наследием советской эпохи заодно и от всего комплекса якобы советских моральных норм оказался не менее глубоким, чем деятельность в этом направлении большевиков почти столетие назад. И самое тревожное то, что война с этими, якобы советскими, нормами обернулась почти тотальным навязыванием норм эгоистичного индивидуализма, не ограниченного никакими взаимными социальными обязательствами.

Отчуждение масс от элиты и власти, которое когда-то предопределило провал «великих реформ», дополнилось еще более глубоким и всеохватным отчуждением, разрывающим на куски все ранее устойчивые социальные общности. То, что более двух веков назад удивляло великого философа права И. Канта, – *«звездное небо над головой и моральный*

закон внутри нас», – перестало, как показывает беспристрастная социология, быть в постсоветской России сколько-нибудь значимым предметом всеобщего внимания. «Моральный закон внутри нас», хоть как-то ограничивавший индивидуальный эгоизм в советскую эпоху, почти прекратил действовать. А новая система нравственных норм, способная удерживать еще только становящуюся социальность Новой России, увы, пока не сложилась.

При этом все мы сознаем, что Россия должна взять барьер полноценной модернизации, понимаемой прежде всего как модернизация социально-нормативная, политическая и правовая, поскольку без нее оказываются невозможны и технологическая модернизация, и экономическая. А для этого, повторюсь, необходимо обеспечить двуединство действительно либерального, т. е. свободного и морального, гражданского общества и сильного демократического государства.

С позиций такого подхода я и хотел бы поговорить об основных условиях и направлениях правовой реформы как важнейшей составной части модернизационной стратегии страны на современном этапе ее развития.

Суть такой реформы я вижу в поиске оптимальной правовой модели сочетания либеральных мер и сильной власти, т. е. системы мер, которые будут направлены на расширение свободы в различных сферах общественной жизни и на реализацию власти, которая обеспечит общественный порядок, необходимый для осуществления либеральных преобразований. Еще раз отмечу, что сейчас, когда говорят о модернизации применительно к России, обычно имеют в виду прежде всего модернизацию технико-экономическую, направленную на преодоление нашего отставания от развитых стран, которая в перспективе позволит обеспечить достойный жизненный уровень наших граждан. Для страны, в которой значительная часть населения все еще находится за чертой бедности, такая стратегическая ориентация вполне понятна и обоснованна.

Однако я убежден, что без масштабной социально-нормативной трансформации общества, ориентированной на формирование социального ядра, состоящего из свободных индивидов как носителей устойчивых нравственных ценностей и соответствующих этой трансформации правовых реформ, любые наши модернизационные усилия окажутся тщетными. Более того, именно социально-нормативную трансформацию и правовую реформу следует рассматривать как необходимые стартовые условия эффективного модернизационного процесса.

Должен подчеркнуть, что правовая реформа в таком ее контексте и понимании еще никогда не провозглашалась в российской истории.

Все, что делалось у нас в разные исторические периоды, сводилось в основном к судебной реформе, которая хоть и является сердцевинной правовой реформы, но не охватывает всех ее сторон, связанных с регулированием социальной, политической и экономической жизни.

Вообще говоря, строгого и общепринятого научного понятия правовой реформы нет. Для меня правовая реформа, если говорить очень кратко, – это создание *системных предпосылок* для того, чтобы наша Россия наконец «взяла правовой барьер», т. е. полностью состоялась как правовое, демократическое, социальное государство.

Иными словами, речь должна идти не просто о правовой реформе, а о *правовой модернизации* общественных отношений. Реформа – это преобразование формы того, что уже существует. Модернизация же предполагает еще и появление качественно новых идей, институтов и практик. В Св. Евангелии сказано: «Не вливают вина молодого в мехи ветхие». Те из великих российских реформ XIX века, при проведении которых следовали этой истине (военная и судебная), увенчались успехом в гораздо большей степени, чем те, при проведении которых пытались влить «молодое вино» свободы в «ветхие мехи» разного рода сословных перегородок, «временных повинностей», административной опеки и т. д., как это было при проведении земской и крестьянской реформ. Именно с этого момента новизны, придающего правовой реформе характер правовой модернизации, я и хотел бы начать разговор о проблемах и задачах такой реформы.

В наши дни идея Б. Н. Чичерина о сочетании либеральных мер и сильной власти звучит очень актуально. Однако в современных условиях понятие «сильная власть» должно быть наполнено новым, отвечающим духу и специфике времени содержанием.

Для Б. Н. Чичерина сильная власть – это твердая и последовательная воля государя, опирающаяся на просвещенную бюрократию, эффективные силовые структуры и относительно небольшую активную часть общества, готовую к свободному труду для собственного благополучия и общественной пользы. В современных же условиях сильная власть не может не опираться на широкую общественную поддержку.

Очевидно, что для России с ее огромной территорией, сложным геополитическим положением, неразвитым гражданским обществом, несформированной партийной системой, отсутствием устойчивых демократических и правовых традиций и т. д., находящейся на крутом переломе своей истории, необходима сильная президентская власть. И не менее очевидно, что для такой президентской власти необходима эффективная система сдержек и противовесов, включающая самостоятельный парламент, независимый суд, эффективно функционирующие исполнительные

и правоохранительные органы. Только при этих условиях власть будет демократической, и только при этих условиях у нас есть шансы на успешную реализацию проектов модернизации.

Эти условия необходимые, но недостаточные. Повторю еще раз: сильная демократическая власть должна опираться на широкую общественную поддержку, которая, в свою очередь, требует наличия общества, способного сформировать демократическую власть, а также сформулировать и выразить осознанную, консолидированную волю к модернизации.

В связи с этим стоит вспомнить название Манифеста Александра II: «О всемилостивейшем даровании крепостным людям прав состояния свободных сельских обывателей». В словах о «всемилостивейшем даровании» прав выражена вся неправовая суть взаимоотношений между властью и российским народом. Народ здесь предстает не как субъект правотворчества, а как объект монаршей милости, полностью отчужденный от правотворческого процесса. Однако история учит, что модернизационные реформы могут быть успешными лишь тогда, когда люди сами являются творцами своей жизни, а значит – в той или иной форме – и участниками правотворчества.

Только в этом случае они осознают свои нужды и интересы как часть *bonum publicum* – «общего блага», блага, в достижении которого видели смысл существования государства древнегреческие философы, римские юристы, христианские учителя, мыслители Просвещения и создатели современных государств – отцы-основатели США, создатель объединенной Германии и ее первой реальной конституции «железный канцлер» Бисмарк, Наполеон Бонапарт, спаситель Франции и творец ее нынешней конституционной системы генерал де Голь и т. д.

Для проведения такого рода реформ, т. е. реформ модернизационной направленности, нам необходимо восстановление массовой социальной, в том числе и социально-политической, субъектности. Люди должны ощутить для себя реальную общность социальных и государственных целей и интересов. А это в полной мере возможно только там, где граждане становятся активными участниками борьбы за новое право, о которой еще в 1872 году писал выдающийся немецкий правовед Р. фон Иеринг: «Жизнь права есть борьба... Все великие приобретения... отмену рабства, крепостного состояния, свободу... собственности... вероисповедания и пр. – все это пришлось добывать... путем... борьбы». Борьбы с отжившими системами нормативного регулирования, социальными институтами и практиками, с отживающими свой срок интересами. Результатом этой борьбы стало становление конституционализма, конституционного строя, выкованное, выстраданное в борьбе за право.

В связи с этим нельзя не затронуть проблему достоинства человека. Ведь в основе той специфики российской ментальности, которая затрудняет ее правовое развитие, на мой взгляд, лежит именно отсутствие исторической традиции признания достоинства человека, на которой и вырастает правовая культура. Именно «признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи», как сказано в Преамбуле Всеобщей декларации прав человека, является основой свободы, а положение статьи 1 Декларации о том, что «люди рождаются равными в своем достоинстве и правах», составляет фундамент современной системы прирожденных и неотчуждаемых прав человека.

В стране, где всего лишь 150 лет назад значительная часть населения находилось в статусе крепостных (в некоторых губерниях численность крепостного населения подходила к 70% от общей численности), а остальные (формально свободные) пребывали в разных формах зависимости от властного произвола, путь к правовой свободе лежал через ту чрезвычайно сложную очистительную работу каждого отдельного человека, суть которой А. П. Чехов со свойственной ему честностью обозначил так: выдавливать из себя по каплям раба. И для второй половины XIX века всё еще были актуальны слова М. Ю. Лермонтова о России как «стране рабов, стране господ». Советский период развития России также не способствовал этой самоочистительной работе по воспитанию чувства собственного достоинства человека.

Поэтому проблема перешла к нам по наследству, и нам предстоит ее решать в новых условиях. Возможно, это дело не одного поколения россиян. Но мы ускорим этот процесс, если будем ясно и честно формулировать задачу.

Россия вступила на путь правового развития, вовлекающего граждан в демократические процессы формирования и осуществления правовой политики государства, намного позже Западной Европы. А это значит, что у нас есть возможность учиться праву и демократии не только на своих ошибках, но и на чужом опыте. И нам не надо этого стесняться.

Россия – великая страна, которая внесла большой вклад в мировую культуру, в том числе и в философию права (особенно в тех ее аспектах, где философия права соприкасается с нравственно-религиозной философией). Но практический опыт правовой жизни у нас невелик. Глобализация, властно стягивающая страну в орбиту своих процессов, ставит нас перед необходимостью быстро (очень быстро!) пройти тот путь правового развития, который у стран Запада занял столетия.

Для этого мы прежде всего должны понять, с какими трудностями на этом пути сталкивался и сталкивается Запад, не раз балансировавший

между «бюрократизацией» и «олигархизацией» демократии, с одной стороны, и стихией популизма – с другой, и какие уроки он вынес из своего опыта правовой модернизации.

Если мы обратимся к современной западной политической философии и, в частности, к работам наиболее известного, пожалуй, из ныне живущих политических мыслителей, Ю. Хабермаса⁴, то увидим, какое большое значение он придает, во-первых, привлечению к участию в политической жизни и в правотворческом процессе самых широких слоев гражданского общества и, во-вторых, необходимости защитить свободу рядовых граждан в осознании и выражении ими своих интересов от давления со стороны административной и экономической систем, использующих мощные властные, финансовые и информационные ресурсы.

Ю. Хабермас развивает классическую либерально-демократическую идею о том, что закон существует лишь для того человека, который либо участвовал в его создании, либо согласился с ним. При этом Хабермас подчеркивает, ссылаясь на Ж.-Ж. Руссо, что для любого другого человека это уже не закон, а заповедь или приказ.

В этой связи Ю. Хабермас говорит о необходимости такой организации законодательного процесса, когда решение большинства считается рационально мотивированным итогом дискуссии, в которой принимают участие *все*. Причем, под словом «все» он имеет в виду не только членов парламента, которые имеют возможность высказаться и (что не менее важно – быть услышанными, чтобы не оказаться в ситуации, которую он называет «*гласность без слышимости*»). Под словом «все» Хабермас имеет в виду всех граждан государства, каждый из которых, как носитель *свободной разумной воли*, в той или иной мере влияет (или имеет возможность влиять) на законодательный процесс, будучи участником широкого социально-политического дискурса.

Применительно к нашей ситуации это означает, что без формирования широкой сети структур гражданского общества невозможно ввести законодательный процесс в правовое русло. Никакое совершенствование избирательного и парламентского законодательства само по себе не станет достаточной гарантией правового качества принимаемых законов и последовательного законисполнения.

При этом необходимо такое участие граждан в социально-политическом процессе, которое носило бы массовый характер, было бы живым, неформальным, осознанным, не подверженным манипулированию.

⁴ См.: Хабермас Ю. Философский дискурс о модерне. М., 2003.

Только в этом случае консенсус, достигнутый в ходе широкого социального дискурса, будет выражать ту общую волю, которая должна лежать в основе правового закона.

В этом смысле можно сказать, что право как форма свободы возможно лишь там, где люди не только адресаты действующего права, но и творцы и защитники права, и в этом смысле – активные участники правовой политики. Там же, где люди лишь объекты правовой политики, там вместо права как формы свободы людей действуют навязываемые им приказы отчужденной от них насильственной власти⁵. С этих позиций становятся более понятны глубинные причины провала российской правовой реформы XIX века, основанной на «всемилодивейшем даровании» прав.

Но здесь неизбежен вопрос: а в каком случае и в каком качестве люди становятся полноценными социально-политическими субъектами, в том числе субъектами правотворчества?

Мировая история дает на этот вопрос однозначный (и очень болезненный для всей, в том числе западной, современности) ответ: в том случае, если эти люди составляют гражданское общество. О том, насколько болезненным является для западной современности этот ответ, говорят, например, исследования тенденций развития западного общества потребления, осуществленные такими крупными социологами, как П. Бурдьё и З. Бауман.

П. Бурдьё, в частности, пишет, что *«создание потребностей сегодня заменяет нормативное регулирование, реклама занимает место идеологической индоктринации, а соблазны заменяют надсмотр и принуждение»*⁶. З. Бауман, анализируя признаки нарастающего в западных обществах агрессивного индивидуалистического эгоизма, с горечью отмечает: *«Поскольку сутью всякой морали является ответственность, которую люди бе-*

⁵ «Действительная и полная правосубъектность индивидов, – писал В. С. Нерсесянц, – предполагает и их законотворческую правосубъектность, их соучастие (в той или иной форме) в законотворчестве, их право на участие в установлении правового закона. Свобода возможна лишь там, где люди не только ее адресаты, но и ее творцы и защитники. Там же, где люди – лишь адресаты действующего права, там вместо права как формы свободы людей действуют навязываемые им свыше принудительные установления и приказы отчужденной от них насильственной власти (деспотической, авторитарной, тоталитарной)» (Нерсесянц В. С. Философия права Гегеля. М., 1998. С. 164).

⁶ Социоанализ Пьера Бурдьё: Альманах. СПб., 2001.

рут на себя за человечность других, то именно она должна стать мерилom этических стандартов общества... Будем откровенны: у нас нет веских рациональных причин считать себя «сторожами своих братьев», заботиться о них, да и вообще быть моральными... Только сама нравственность и может поддержать себя»⁷.

Отсюда делается ясный вывод: социальная структура, состоящая из воинствующих индивидуалистов, лишенных общих нравственных оснований, не является полноценным гражданским обществом и не может быть ни субъектом политики, ни субъектом права. Ее «общий голос», даже будучи услышанным, представит собой не социальный консенсус, а какофонию противоречивых или даже взаимно-конфликтных эгоистических интересов.

Но в России в результате обрушения прежней социальной нормативности и мощных зарубежных влияний, связанных с информационно-культурным открытием страны в условиях глобализации, аномия в социальной системе, видимо, даже глубже, чем на описываемом Бурдье и Бауманом Западе.

И это одна из главных проблем, которые нам предстоит решать в ходе российской социально-нормативной и правовой модернизации.

Реализация принципов правового государства и верховенства права, юридического равенства и справедливости – наш стратегический путь, на котором мы в последние годы, конечно, очень серьезно продвинулись. Но в российской правовой жизни много прежних и новых искажающих влияний. И с этим мириться нельзя.

Решение накопившихся проблем – собственно внутригосударственных, а также вызванных последствиями глобального экономического кризиса – требует дальнейшего продвижения комплексного правового преобразования всей социальной жизни. Прежде всего, это означает создание системных предпосылок для того, чтобы Россия полностью состоялась как правовое и одновременно социально справедливое государство. При этом правовое государство невозможно без самостоятельного, активного гражданского общества, ориентированного на правовые формы реализации своей активности во всех сферах социальной жизни. Ведь, как известно, реальное государство таково, каково общество. Что же касается российского общества и государства, то движутся они к полноценному правовому состоянию слишком медленно.

Невозможно оспаривать впечатляющие результаты, которые достигнуты в правовой сфере за постсоветскую эпоху. Но одновременно

⁷ Бауман З. Индивидуализированное общество. М., 2002.

нельзя не видеть, насколько правовое регулирование России – с точки зрения его стабильности и эффективности – все еще отстает от других стран. Нельзя также не видеть, насколько это обстоятельство тормозит реальное развитие России и создает разнообразные риски и угрозы. Более того, если не форсировать дальнейшую правовую трансформацию, то и выполнение всех важнейших задач, прежде всего модернизация экономики на основе инновационного развития, с очень большой вероятностью начнет буксовать. И тогда в более или менее обозримой перспективе мы окажемся на обочине современного глобального мира.

Проведение реформ после принятия Конституции 1993 года говорит о том, что преодолеть отставание от ведущих стран мира можно, только используя право как серьезный и необходимый ресурс развития, воспринимая общемировые стандарты правомерного поведения и одновременно учитывая культурно-историческую специфику и особенности нашей страны. Правовую трансформацию, т. е. упрочение современного права модерна, основанного на юридическом равенстве, социальной справедливости, приоритете прав человека, можно с полным основанием назвать необходимой формой всей модернизации России, включая экономику.

Финансово-экономический кризис показал, что надежная рыночная экономика не может быть создана без прочных правовых гарантий собственности и предсказуемости предпринимательской активности, с одной стороны, и эффективного правового регулирования экономических процессов – с другой.

Но то же самое можно сказать применительно ко всем другим сферам жизни. Правовые преобразования должны рассматриваться как составная часть всего модернизационного процесса в нашей стране. Они имеют важное значение, с одной стороны, для стимулирования и легитимации всестороннего и устойчивого развития, а с другой – для поддержания стабильности и равновесия в государстве и обществе. Правовая модернизация является инструментом проведения необходимых экономических и технологических преобразований, нахождения баланса конкурирующих интересов, обновления и поддержания экономики и развития гражданского общества, продвижения инновационных программ. Недооценка правовых ценностей может завести в тупик и существенно замедлить самые прогрессивные реформаторские процессы. При этом правовую реформу нельзя сводить только к судебной реформе, которая хотя и является ее сердцевинной, но не охватывает всех ее сторон, связанных с правовым регулированием социальной, политической и экономической жизни. Правовая реформа в полном смысле этого слова означает такую

модернизацию судебной системы, системы законодательства, системы правовых институтов, структур и учреждений, которая предполагает наполнение их новым «идеальным веществом» – духом права как меры (нормы) свободы, выраженной в юридическом равенстве и справедливости. Без этой одухотворенности все названные структуры превращаются в мертвые каркасы или наполняются совсем другим содержанием – анти-правом и праворазрушительством.

Любая правовая система – это не только свод законодательных актов и инструментов их реализации. Это не только механизм, но одновременно и организм. Механизм – поскольку максимально рационален и обезличен, дистанцирован от случайных искажающих влияний любых частных интересов. Организм – поскольку создан для общества и направлен на членов этого общества, взаимодействует с ними по принципу прямых и обратных связей.

Исторически право никогда и нигде не возникало на пустом месте. Оно, в конечном счете, очень сложным, длительным и иногда мучительным путем, по-разному оформляло те или иные общественные представления о должном и справедливом. А представления эти совсем не универсальны в разные эпохи и в различных культурах.

Именно поэтому система англосаксонского права очень сильно отличается от континентальных европейских систем, к которым относится и правовая система России. Да и между британским и американским правом различия существенны. Именно поэтому в одной лишь Европе в рамках так называемой континентальной системы права сосуществуют десятки весьма разных правовых систем.

По сути, большинство крупнейших исторических трансформаций правовых систем везде проходили под знаменем приближения права к социальной этической норме, к массовым представлениям о справедливом и должном. И до тех пор, пока не обеспечена достаточно плотная взаимная «подгонка», сближение между правовой системой и массовыми представлениями о справедливом и должном, правовое общество и правовое государство остаются проблемой.

Таким образом, преобразование действующей правовой системы – в соответствии с принципом оптимально возможного в каждый данный исторический период – на основе универсального принципа юридического равенства и справедливости применительно к конкретизации неотчуждаемых прав человека в сложившихся исторических условиях, образует вектор правовой модернизации России.

В нынешних исторических условиях развития России правовые преобразования должны быть направлены на решение в первую очередь

таких вопросов, как преодоление последствий глобального финансово-экономического кризиса, обеспечение инновационного развития страны, упрочение гражданского общества, формирование социально ориентированной экономики, правового социального государства и верховенства права.

Стратегическая задача при этом – обеспечить современную и конкурентоспособную юридическую основу для модернизации экономики, а значит – для предотвращения негативного сценария развития в целом на ближайшую и последующую перспективу. Разумеется, это подразумевает смену сложившейся модели экономического роста, т. е. переход от экономики, основанной на сырьевой (нефтегазовой) составляющей, к современной инновационной экономике. В противном случае мы будем отброшены в третий или четвертый мир. Без современной, четко выверенной нормативно-правовой системы, предотвратить негативный сценарий на макроуровне, опираясь лишь на так называемое «ручное управление» экономическими процессами, невозможно.

Обычно дальнейшее продвижение по правовому пути связывают прежде всего с совершенствованием законодательной работы, а также судебной и правоохранительной деятельности. Разумеется, это необходимая, но всего лишь часть такого сложного процесса, как общеправовая трансформация России. К сожалению, принятие хороших законов, обеспечение материальной базы судов и упорядочение правоохранительных органов – это далеко не все. Проблема не только в этом, но и в том, как обстоит дело с укорененными в обществе представлениями о должном и справедливом. Это вопрос очень непростой для любого общества, а для нынешнего российского – в особенности.

Ведь как формируются подобные представления? Из достаточно древних (нередко архаических) локальных верований, на которых когда-то формировалось право обычая, из социальных нормативов и правовых установлений, ведущих свое происхождение из великих религиозных систем, из нормативных установок идеологий. В советской России это все сосуществовало вместе и была почти единая правовая система, которая очень разные представления о должном накрывала общим «колпаком» законодательства и правоприменения. Подчеркну, *почти* единая, потому что, например, советское законодательство о семье и браке в разных республиках имело свои отличия.

Конечно, разнородность указанных оснований справедливости и практическая невозможность их непротиворечивого соединения в писаном праве как раз и рождает такие народные выражения, как «судить по закону или по совести?», «жить не по закону, а по правде» и т. д. Но при

этом советская идеология неслучайным образом адресовалась, по сути, к религиозным по своим корням представлениям о справедливом и должном. Моральный кодекс строителя коммунизма с небольшими нюансами воспроизводил христианские заповеди, а правовая система, с точки зрения формулируемых целей и ценностей, постоянно обращалась к тем же представлениям о справедливом и должном.

Идеология была плоха? Да, безусловно, во многом плоха. Под видом непримиримой борьбы с буржуазной идеологией подавлялись неотчуждаемые права и свободы человека и гражданина, отвергалась сама идея права как нормы свободы. Человек не мог заниматься чем хотел, не мог ездить куда хотел, не мог стать кем хотел. Такая идеология отвергалась всем существом человека. Это привело к распаду правовой ткани. Такое общество и такое государство оказались неконкурентоспособны в мире и в конечном счете рухнули вместе с идеологией. Но ведь рухнули они вместе с немалой частью той массовой общей нормативности советского типа, которая удерживала социальную стабильность.

А ведь социальная стабильность является важным фактором правовой реформы! Как живется без социальной стабильности и правовой безопасности, надо спросить у тех, кто прошел через опыт кровавых социально-государственных потрясений. У нас в России, когда рухнул СССР, из-под советских глыб начали появляться те локальные старые нормы должного и справедливого, которые дремали в недрах советской системы, включая правовые нормы адатов (причем, адатов разных) на Кавказе и общинные нормы справедливости в некоторых русских регионах. И включая криминальные и субкриминальные нормы, для которых в советском обществе, признаем, существовали вовсе не маленькие социальные ниши.

Оговорю, что социальная революция (а то, что произошло в России в ходе слома советской системы, было именно социальной революцией, и далеко не бескровной) всегда и везде приводит к очень глубоким потрясениям в сфере массовых социальных норм. Но в странах с давней и прочной правовой традицией эти потрясения, как правило, в основном компенсируются внушаемым сызмальства уважением к писаному праву, к закону. А в России, которая никогда подобным уважением к закону не отличалась, мы в результате указанной революции получили, я бы сказал, лоскутно-дырявое и к тому же взаимно конфликтное этико-нормативное поле.

На этом поле есть все: от «безусловной ценности человеческой жизни» до «око за око», от «не укради, не прелюбодействуй, не лжесвидетельствуй» и т. д. – до «умри ты сегодня, а я – завтра», от «возлюби ближ-

него своего» – до воинствующего эгоизма и полной аномии. Но в любой социально-государственной системе корневую основу общественного порядка составляет в первую очередь не писанный закон, а именно это этико-нормативное поле, т. е. массовые представления о должном и справедливом. Противоречивость, разорванность, неполнота этого поля превращает правовую модернизацию российского общества в очень сложную проблему.

В этих условиях правовая модернизация неразрывно связана с широко понимаемой социально-нормативной модернизацией общества. Под социально-нормативной модернизацией российского общества как базовой составляющей всей российской модернизации я понимаю следующее.

Во-первых, нравственное воспитание масс, о котором говорили Владимир Соловьев и другие выдающиеся российские мыслители. Задача архисложная, требующая системного вовлечения в ее решение и государства, и школы, и семьи, и религиозных институтов, и всех (безусловно, существующих в стране) здоровых общественных сил, и – подчеркну особо – всей системы средств массовой информации. В первую очередь телевидения. Как это может быть организовано – отдельная непростая тема, которой я здесь касаться не буду. Подчеркну лишь, что такого рода нравственное воспитание невозможно без провозглашения и последовательного отстаивания системы духовно-моральных идеалов.

Не сомневаюсь, что этот мой тезис вызовет подозрения в намерении заняться созданием и утверждением очередной «государственной идеологии». Отвечу: я убежден, что в ходе борьбы с коммунистической идеологией у нас нечаянно вместе с водой выплеснули и ребенка. И сошлюсь, например, на американское глубоко идеологизированное общество, в котором центральный идеал Америки как высоконравственного и устремленного в будущее общества, созидającego «сияющий град на холме», активно, последовательно, настойчиво, иногда даже навязчиво внедряется в сознание людей с младых ногтей. И этот идеал, и эта идеология оказываются одной из главных скреп, удерживающих все более сложное американское общество в состоянии гражданственности и устойчивости. Что касается России, то речь должна идти о лежащей в основе Конституции *страны конституционно-правовой идеологии*, способной объединить все социальные, национальные, конфессиональные группы и слои российского общества.

А это требует от государства продуманной и планомерной, рассчитанной на длительную перспективу работы по правовому просвещению общества, направленной на формирование конституционного правосознания.

знания и мировоззрения. Конституция – это генеральное соглашение между всеми социальными группами, включая власть, бизнес, общество в целом, о фундаментальных правилах, по которым живет страна (ведь в буквальном переводе *конституция* означает *устроение*). Поэтому конституционное мировоззрение, ориентированное на социальное согласие, – это еще один важный компонент идеологии (еще раз подчеркну, что не боюсь этого слова), способной объединить наше уже и так расколотое общество.

Формирование конституционного мировоззрения необходимо всем слоям и группам российского общества. Однако следует особо отметить роль совершенствования юридического образования для повышения профессионального сознания юристов (и прежде всего – представителей судейского корпуса). При этом речь должна идти не только об овладении будущими юристами необходимыми знаниями, но и об освоении ими человекоцентричного правопонимания, положенного в основу российской Конституции.

Следующее направление работы – создание социально-нормативных и правовых условий для развития гражданского общества как системы независимых горизонтальных коммуникаций между людьми и их объединениями. Коммуникаций, формирующих такую общественную дискуссию по социально значимым проблемам, в рамках которой была бы обеспечена не только гласность, но и слышимость (если воспользоваться еще раз формулой Ю. Хабермаса).

При этом речь идет не только о том, что общество должно быть способно услышать (т. е. понять) позиции всех заинтересованных сторон, чтобы выработать разумный компромисс. Когда я говорю «слышимость», то имею в виду и то, что основные позиции общественного дискурса будут услышаны органами власти и учтены при принятии властных решений. Ведь только подобный учет и согласование на основе принципа справедливости всего спектра социальных позиций способны снять всегда в той или иной мере возникающее отчуждение между властью и обществом. А значит, придать решениям органов власти характер движения к общему благу, т. е. *подлинно правовой характер*.

Исходя из жесткой спрессованности исторического времени, отведенного России на формирование гражданского общества, надо признать, что нам не обойтись без активного участия государства в этом процессе. Однако очень важно, чтобы влияние государства не выходило за рамки создания правовых условий и стимулов для свободного развития гражданского общества, т. е. не стало бы использованием административного ресурса для манипулирования сознанием и поведением людей.

Решение задач модернизации требует *стратегического согласия* в обществе. Отсутствие такого согласия (что в той или иной мере неизбежно в условиях переходного периода и резко ослабленной социальной нормативности) порождает у государственной власти соблазн «продать» тем или иным способом свое представление о целях развития страны и путях их достижения. Однако при таком подходе власть может вновь оторваться от общества, создать между собой и социальными массами непреодолимый барьер отчуждения. А это в нынешних условиях чревато для власти огромным риском (в очередной раз в нашей истории!) *утратить контроль над социальной и политической ситуацией в стране.*

При всем значении указанных выше моментов следует тем не менее исходить из того, что правовая модернизация – это прежде всего *модернизация системы законодательства.* Она предполагает повышение правового качества принимаемых законов, в том числе за счет более широкого использования интеллектуального потенциала существующих структур гражданского общества. Решение этой задачи напрямую зависит от состояния общества и государства. На первый взгляд может сложиться впечатление, что мы имеем дело с замкнутым кругом, когда один элемент системы нельзя исправить, не совершенствуя другой. Думаю, что это не так. Главное – найти то звено, ухватившись за которое, можно постепенно выправить всю ситуацию. Таким звеном, по моему мнению, является создание правовых условий для повышения конструктивной социальной, политической, правотворческой активности широких слоев населения.

Первым (пусть небольшим, но заметным по своим результатам) шагом на пути повышения правового качества законов могло бы стать совершенствование научного обеспечения законотворчества, включая привлечение к работе над отдельными законопроектами и к выработке законодательной политики в целом широких слоев научной общественности, представляющих различные идейно-политические подходы, а также обеспечение максимальной открытости правотворческой деятельности. Думаю, что только в рамках сопровождающей этот процесс профессиональной научной дискуссии может быть выработан тот общий правовой дискурс, последовательное применение которого может дать существенное повышение качества правотворчества.

Правовая модернизация предполагает также *правовую модернизацию государства.* Она должна быть ориентирована на все более полное воплощение в жизнь конституционных положений о том, что Российская Федерация – это правовое, демократическое, социальное государство. В большом комплексе проблем, связанных с решением этой задачи, осо-

бую остроту приобрели проблемы более полной реализации конституционных положений о независимости суда, а также реализации системы эффективных мер по противодействию коррупции.

Прежде всего я исхожу из того, что судебная власть в России действительно состоялась. В противном случае все разговоры о модернизации лишаются смысла. Однако главная задача оптимизации судебной системы на современном этапе – обеспечение реальной независимости и самостоятельности судов как органов государственной власти, исключительно которым только и принадлежит конституционная прерогатива осуществлять правосудие, – все еще остается актуальной. Я не буду рассуждать о причинах такого положения дел – они хорошо известны. Их преодоление возможно лишь в рамках оптимизации судебной системы в целом.

Что касается проблемы коррупции, то в последнее время многие эксперты охотно рассуждают о ее системном характере, как бы освобождая себя таким образом от необходимости разработки конкретных мер по противодействию коррупционным проявлениям. Полагаю, что такой подход является неконструктивным. Надо начинать хотя бы с малого и, проявляя политическую волю, последовательно двигаться к цели. Я бы выделил здесь следующие направления работы: выполнение международно-правовых обязательств России в борьбе с коррупцией, последовательная реализация соответствующих международных конвенций и приведение российского законодательства в соответствие с их требованиями; разработка концепции эффективной антикоррупционной политики и в связи с этим принятие основ законодательства об антикоррупционной политике; уточнение концепции государственной службы и определение места антикоррупционных мер в реформе правоохранительных органов и спецслужб; совершенствование правовых мер борьбы с коррупцией в судебной системе.

Таким образом, с учетом сказанного о единстве «материи» и «духа» правовых институтов, будь то законодательство, суд или система правоохранительных органов и т. д., **основными задачами и, соответственно, направлениями правовой модернизации**, на мой взгляд, являются:

- оптимизация российского права на основе всеобщего принципа юридического равенства – равенства всех перед законом и судом и равноправия;

- формирование профессионального и массового общественного правосознания, основанного на утверждении достоинства личности, чувства уважения к праву и закону;

- стабилизация системы законодательства и в целом системы нормативных правовых актов, в том числе посредством современной кодификации;

- упрочение независимого и справедливого правосудия;

- создание современной нормативно-правовой основы устойчивого инновационного развития;

- утверждение конституционной законности как правового режима функционирования государства и общества, устойчивой системы правоприменения, гарантирующей признание, соблюдение и защиту прав и свобод человека и гражданина, в том числе в социальной сфере;

- преодоление криминальной тенденции развития общества и государства.

Это – системные задачи, для решения которых нигде и ни у кого в мире нет готовых безошибочных рецептов решения. К сожалению, в России по ряду объективных и субъективных причин многое из того, что можно было бы сделать, упущено. Проблема оказалась крайне сложной и в значительной степени запущенной. Решать ее придется не одно десятилетие. Но если мы не сумеем ее решить, то большого будущего в XXI веке у России просто нет.

3. Право в глобальном обществе риска

И в политическом, и в экономическом, и в юридическом сообществе уже стал «общим местом» тезис о том, что наш глобальный мир вступил в принципиально новую фазу своего развития. В ту фазу, которую немецкий социолог Ульрих Бек на пороге XXI века назвал «глобальным обществом риска». Думаю, что здесь уместно напомнить еще одно неслучайное определение этой новой эпохи, которое дала бывший госсекретарь США Кондолиза Райс. А она сказала, что «мир вступил в эпоху глобальной турбулентности».

Кто-то воспринимает это обстоятельство с восторгом и надеждой на позитивный характер нынешних и грядущих изменений. Имея в виду и новые масштабы и скорости человеческой коммуникации, и новые, все более изощренные и могущественные, технологии, и новые экономические возможности. То есть перспективы неуклонного расширения рамок человеческой свободы. Кто-то, напротив, охвачен ностальгией по устойчивости прежнего мира. И утверждает, что неустойчивость нынешнего нового мира не дарит, а отнимает у человека свободу. И вспоминает древнюю пессимистическую китайскую максиму «нет ничего хуже, чем жить в эпоху

перемен». Однако, в любом случае, всем нам предельно ясно, что глобальная турбулентность и связанные с ней перемены означают не только новые возможности, но и одновременно высокие риски неопределенного будущего, о которых писал Ульрих Бек.

Сегодняшняя наука пытается определять такого рода риски в разных терминах. Это, например, «бифуркации» в синергетике и родственное им «многовариантное вероятное будущее» в разного рода футурологических моделях. Но это и «катастрофы» в терминах теории катастроф.

Я не хочу избыточного алармизма, но понимаю, что в данном случае слово «катастрофа» имеет значение далеко не только академическое. Слишком многое в нынешнем мире дышит вполне осязаемым катастрофизмом не только для отдельных личностей, социальных групп, наций, государств, но и для мира в целом.

Все мы понимаем, что в нынешней глобализованной, информационно перенасыщенной и глубочайшим образом взаимосвязанной реальности все сказанное выше относится не только к кризисной глобальной экономике, кризисной глобальной политике, кризисной глобальной социальности. В той же мере это относится и к нашей профессиональной сфере права. Которая, увы, также находится в глубоком кризисе. Эта кризисность касается, прежде всего, сферы международного права.

Наступившая после распада мировой биполярности «эпоха перемен» поставила под вопрос и под сомнение не только ту Ялтинско-Потсдамскую мировую правовую систему, которая вызвала к жизни Организацию Объединенных Наций и в которой мы привыкли относительно благополучно, без мировых войн, жить последние почти 80 лет.

Эта «эпоха перемен» неуклонно, пласт за пластом, взламывает тот фундамент международного права, который строился многие столетия. Мы видим, с одной стороны, крайне опасное разрушение той международной правовой системы, единственным легитимным высшим органом которой является ООН и ее Совет Безопасности. И мы видим, с другой стороны, все более частые и активные попытки крупных держав, а также формальных и неформальных государственных коалиций, подменять функции ООН и ее Совбеза своими решениями. А также попытки навязывать суверенным государствам внутреннюю экономическую и социальную политику, прямо противоречащую Конституциям этих государств.

То есть, мы видим, что в мире возникает все больше держав и государственных коалиций, стремящихся де-факто присваивать себе прерогативы международного правотворчества и правоприменения и в итоге нарушающих договорный характер международного правотворческого процесса. По сути дела, это означает подмену правовых методов решения

проблем – силовыми. В связи с этим хочу обратить внимание на то обстоятельство, что укрепляющаяся на наших глазах «пост-ялтинская» глобальная политика имеет свои корни в тех вариантах философствования, которые предъявляет постмодерн. В философии постмодерна нет места таким базовым правовым понятиям, как истинность, объективность, справедливость. В этой философии все мнения имеют право на существование, все одинаково правильно и неправильно, все необязательно не только для других, но и для того, кто эти мнения высказывает.

Подобное размывание нормативности происходит не только на международном уровне. Ничем не ограниченный плюрализм культурных и моральных норм, которые все настойчивее укореняются в социальной практике большинства развитых стран мира, неуклонно хаотизируя общественную жизнь, – имеют то же «постмодернистское» происхождение. А хаос вовсе не ведет к свободе (ведь свобода возможна лишь в четко очерченных правовых рамках). Хаос, как учит история, всегда чреват произволом и насилием.

Особенно опасна хаотизация общественной жизни в таких странах, как Россия, которая в прошлом веке испытала несколько кардинальных сломов правовой традиции. В том числе очень болезненный недавний слом в период перехода из советской в постсоветскую эпоху.

При этом прошу не подозревать меня в ретроградном неприятии любой новизны и любых реформ. Я, как правовед, не могу не понимать, что социально-государственная или международная система, закосневшая в своей самодовольной неизменности, – обречена на загнивание, вырождение и гибель.

Но одновременно я не менее хорошо понимаю, что новизна бывает разная. Знаю, что если поток новизны не вводится в берега продуманными и своевременными правовыми мерами, то практически неизбежно наступает хаос. Хаос смуты, хаос войн, хаос революций. И что этот хаос вселяет в социальные массы такой ужас, что эти массы готовы принять любой – пусть даже тоталитарный – порядок, который будет способен прекратить хаос.

Если исторические уроки чему-то учат, то стоит вспомнить Веймарскую Германию. Где нарастающий разрыв между новой социальной реальностью и игнорирующими эту реальность правовыми нормами (подчеркну, на тот момент формально одними из лучших в мире) – вверг страну в государственный, политический, экономический, социальный хаос. Тот самый хаос, ужас которого привел к власти – причем вполне демократическим путем – Гитлера. Но та ж история учит, что даже если речь не идет о тоталитарной угрозе, то хаос, в конечном итоге, приходится

усмирять тем более жесткими и болезненными правовыми мерами, чем глубже и шире открывший этот хаос поток новизны.

Поэтому правовые реформы – один из важнейших аспектов институционального оформления любых сколько-нибудь серьезных социальных преобразований. Причем оформления очень осторожного, продуманного и, подчеркну, обязательно опережающего.

Этот мой вывод, возможно, кому-то покажется парадоксальным. Ведь чаще всего считается, что большинство правовых норм институционализирует, юридически оформляет «задним числом» те отношения, которые «естественным путем» складываются в обществе. Но это справедливо лишь в ситуациях относительно спокойной исторической динамики, когда прошлый опыт помогает планировать, прогнозировать, в какой-то мере регулировать будущее. А вот в кризисных, т. е. переходных, ситуациях опыт оказывается помощником далеко не всегда. И это касается не только опыта житейского, социального, политического, но и опыта правового. Здесь юрист рискует уподобиться тем генералам, которые готовятся к прошлым войнам и проигрывают следующие. Потому сейчас я буду говорить не об опыте, а о методологии реформирования, как – извините за смелую метафору – о методологии «управления будущим». Ведь методологически именно так проводились все исторически успешные реформы: они опирались на огромную подготовительную законотворческую работу и имели четкое правовое оформление.

Возьмем, например, Великую французскую революцию. Правовые основы Французской республики разрабатывались в течение нескольких десятилетий до ее начала, а затем опробовались и уточнялись в ходе революции. И были лишь окончательно закреплены в знаменитом Гражданском Кодексе Наполеона.

У нас в России реформы Петра I начинались с новых правовых установлений. Реформам Александра II предшествовала огромная подготовительная законотворческая работа. Подчеркну, что этот методологический принцип вовсе не принадлежит какой-то давней истории. «Сингапурское чудо» реформ Ли Куан Ю, за исторически ничтожные сроки выведших крохотную нищую страну в первые ряды успешных социально-экономических субъектов современного мира, также начиналось с крупного, продуманного, системного пакета правовых реформ.

Кроме такого свойства успешного реформирования, который я назвал бы эффективным «управлением будущим», у подобных реформ есть еще одно очень важное качество: они выстраиваются на прочной социальной опоре. Без такой опоры любое реформирование повисает в воздухе. А социальные слои, составляющие опору реформ, всегда и в обя-

зательном порядке сопоставляют то проективное правовое «управление будущим», которое предлагают реформаторы, со своими представлениями о должном, правильном, справедливом. Это означает, что реформаторы, стремящиеся направить процесс реформ в правовое русло, не могут игнорировать те представления о справедливости, которые коренятся в массовом сознании.

На мой взгляд, для России опасна та постмодернистская новизна «глобальной турбулентности», которая размывает устойчивую массовую мораль с ее представлениями о справедливом и должном, пытаюсь заменить ее **всеохватывающей толерантностью** ко всем – даже самым радикальным – индивидуальным нормам. Эта новизна опасна потому, что разрушает то – пока еще существующее в нашей стране – моральное большинство, которое способно стать социальной опорой реформирования.

Подчеркну, что юридические инструменты оформления реформ всегда вносят в общество существенные перемены правовых отношений как между гражданами, так и между гражданами и социальными, государственными, экономическими институтами. Эти перемены всегда осложняют для достаточно широких масс решение вопроса о различии правового и неправового. И потому на этапе реформ всегда требуется гибкая, но одновременно очень сильная и строгая правовая регулятивность.

История учит, что если действия реформаторов не идут вразрез с массовыми представлениями о справедливом и должном, то у них формируется та социальная опора, которая позволяет им осуществлять реформирование в русле того, что специалисты называют **авторитарной модернизацией**. Сейчас уже проведены широкие исследования успешных модернизаций как западных обществ – от Голландии и Англии до Франции и Германии, так и восточных обществ – от Японии и Кореи до Тайваня и Сингапура. И эти исследования убедительно показывают, что модернизация требует усиления регулятивных функций государства. И лишь по итогам успешной модернизации возможно ослабление этих функций и их частичная передача обществу.

Распространенные представления об ослаблении государственно-правовой регулятивности как о предпосылке реформ пришли от идеологов рыночной экономики. Причем пришли не как научный вывод, а как некорректно использованная аналогия со знаменитой «невидимой рукой рынка», которой, якобы, нужно просто не мешать. Но ведь в ходе нынешнего глобального экономического кризиса уже стало достаточно очевидно, что почва для кризиса создало именно неограниченное попустительство

«невидимой руке», то есть последовательное и глобальное дерегулирование базовых финансовых институтов.

Это дает мне определенные основания для проведения аналогии между финансовым и международно-правовым регулированием. Именно ослабление, размывание международно-правового регулирования в результате распада СССР, уничтожившего биполярность мира, на мой взгляд, имело решающее значение для наращивания той «глобальной турбулентности», которая привнесла хаос в сферу глобальных отношений. Именно этот процесс на наших глазах превращает человечество в **совокупность обществ глобального риска с неопределенным будущим**. Именно этот процесс мы должны осознать как один из наиболее опасных вызовов международному и национальному праву.

Что следует из того, что я сказал?

Нужно, о чем я уже говорил и писал ранее, начать осторожную, продуманную, но обязательно системную ревизию международного права, включая нормы Устава ООН и ее Конвенций. В этих нормах немало юридически размытых формулировок – «серых» правовых зон, впускающих в глобальный мир турбулентность, риски и хаос. И, соответственно, неизбежных коллизий между рядоположенными нормами вроде права на самоопределение – и принципами суверенитета и нерушимости государственных границ.

Возвращаясь к российскому праву, еще раз подчеркну, что, проектируя любые реформы, нужно продумывать и готовить для проведения и сопровождения этих реформ **опережающие** законодательные новации. Но при этом понимать, что требуются такие новации, которые не только иницируют и подталкивают желаемые реформы, но и способны их удержать в конструктивном русле. То есть исключить возможности провоцирования социального, политического, экономического хаоса.

Учитывая и заимствуя чужой правовой опыт, недопустимо некритически копировать и воспроизводить такие нормы, которые предназначены для регулирования правовых отношений в обществах с другой культурой, традицией, массовым менталитетом.

Нужно помнить, что главным социальным регулятором во все времена является не само по себе юридически оформленное право, а тот лежащий в его основе **нравственный закон внутри нас**, о котором писал Иммануил Кант. Нужно помнить, что разрыв между правом и этим нравственным законом делает неработоспособными любые, даже юридически безукоризненные, правовые нормы. Надо сознавать, что каждое общество и государство – это сверхсложная система со своей специфической культурой, традицией и моралью, со своими нюансами нравственно-

го закона внутри. Безусловно, во всех таких системах очень много общего. Однако при правовом регулировании никогда нельзя упускать из виду то уникальное и особенное, которое присуще именно данной системе. И нужно помнить, что государство и общество – это открытая система. Такая система всегда, а в нынешнюю эпоху глобализации в особенности, подвержена всем – и позитивным, и негативным, – влияниям внешнего мира и других социально-государственных систем.

Далее, нужно понимать, что любые реформы – это системные социально-государственные трансформации, которые неизбежно ставят под вопрос устойчивость системы к разрушению. Право – это всегда баланс гибкости и мощности регулятивных функций. Но именно в периоды реформ категорически недопустимо отпускать правовые вожжи, то есть жертвовать мощностью правового регулирования в пользу его так или иначе понимаемой гибкости. Мы на этом уже очень сильно обожглись в эпоху перестройки и постперестройки, потеряв единую страну и принеся неисчислимые беды ее гражданам. Этот урок ни в коем случае забывать нельзя.

И последнее. Как в массовом сознании общества, так и, тем более, в правовой системе категорически недопустимы противопоставление человека – и государства, человека – и гражданского общества, гражданского общества – и государства. Целью и результатом нашего правового регулирования должна быть такая социальная ситуация, в которой гражданин, гражданское общество и государство сосуществуют в неразрывном, конструктивном, синергичном единстве.

4. Правовое освоение будущего

Россия и мир переживают чрезвычайно сложный период своей истории – период глобальных трансформаций и перемен.

Лично меня и как юриста, и как гражданина больше всего волнует судьба права как такового в условиях подобных перемен. Мне кажется, что это ключевой концептуальный и стратегический вопрос современности. Любое право – исторично. Мир после трансформации безусловно будет руководствоваться несколько другими нормами права. Но какими именно?

И что будет происходить в промежуточный период, который одни называют *периодом турбулентности* (Кондолиза Райс), другие – *глобальным обществом риска* (Ульрих Бек). Период, который несет новые возможности, но и высокие риски неопределенного будущего. И чтобы не утомлять читателей другими столь же авторитетными ссылками, скажу

от себя, что очень и очень многие считают: не только грядущие годы, но и предстоящее двадцатилетие в целом будет временем турбулентности, глобальных рисков и непредсказуемого будущего. А раз так, то надо вести себя соответственно. Как именно?

Древние китайские мудрецы скорбели по поводу того, что «выпало жить в эпоху перемен». Наш великий поэт Тютчев скорбно ликовал по этому поводу: «Блажен, кто посетил сей мир в его минуты роковые». Конечно, можно и должно скорбеть (а в чем-то и скорбно ликовать). Но главное – использовать эпоху перемен для активного освоения будущего. Призыв к такому освоению важен вообще и вдвойне важен для России. Ибо страсти по светлому будущему, долго кипевшие в ней вплоть до 80-х годов прошлого века, затем как-то быстро «обнулились», исчезли, сменившись периодом безразличия к нему. И главным лозунгом дня стало: «Живи настоящим!».

Ответственно относясь к трагическому прошлому, не превращая это прошлое в предмет каких-либо кампаний – как шельмующих, так и апологетических, – мы не должны «выплескивать с водой и ребенка». Да, тогдашнее увлечение будущим обернулось великой трагедией. Но значит ли это, что теперь можно жить настоящим, не думая о том, что мы оставим нашим детям и внукам?

При всем трагизме прошлого кипевшие тогда страсти по будущему создали великую страну. Что оставим после себя мы? И как мы можем сейчас не заниматься активным освоением будущего, коль скоро и впрямь начинается эпоха турбулентности? Категорически нельзя, чтобы судно нашей государственности входило в эту эпоху без руля и без ветрил. А также без компаса.

Итак, уснувший интерес к будущему необходимо всеми возможными средствами разбудить. Нельзя, чтобы русский витязь слишком долго спал на печи. Нельзя уповать на то, что общество, как этот русский витязь, в нужный момент само собой проснется и засучит рукава. Кстати, общество само уже просыпается. Его безразличие к будущему и желание жить настоящим осталось в прошлом. Инерция этого прошлого еще в каком-то смысле довлеет над обществом. Но, во-первых, только в каком-то смысле. А во-вторых, это реликт, остаток, наследство безразличных к будущему 90-х годов XX века. И не потому ли наше общество проявляет снова все больший интерес к будущему, что оно каким-то своим способом предугадывает эту самую турбулентность? Исторический опыт показывает, что особо острый интерес к будущему возникает именно в периоды, предшествующие турбулентности, т. е. в периоды, когда это самое будущее труднее всего предвидеть, предугадать.

Никоим образом не замахиваясь здесь на всю проблему будущего, я бы хотел поговорить о будущем права в условиях турбулентности, т. е. в условиях беспорядочного, хаотического развития, принимающего нередко характер своего рода социальных завихрений. Как вообще функционирует право в этих условиях, какие черты оно приобретает? Оставляет ли турбулентность какой-то шанс праву? Или оно оказывается неизбежно подмененным и замещенным революционной целесообразностью?

Образ подобной неопределенности в отношении будущего хорошо передан в известной картине Виктора Васнецова «Витязь на распутье» («направо пойдешь... налево пойдешь...» и т. д.). Так в какой же степени характер права определит, куда именно пойдет «витязь» современного мира? Что будет, если этот «витязь» должен будет самоопределяться в условиях полного демонтажа права? Что знаменует собой частичный демонтаж права? О каком частичном демонтаже должна идти речь? Чем мы можем пожертвовать, а чем не можем? И можем ли мы пожертвовать хоть чем-то?

Какие новые правовые регуляторы должны мы выстраивать, коль скоро речь и впрямь идет о том, что названо турбулентностью? Как эти новые регуляторы должны сочетаться со старыми? Что нужно сделать, чтобы речь шла о гармоническом сочетании, а не о конфликте старых и новых норм?

На такие вопросы должна отвечать футурология, наука о будущем. Но может ли на эти острейшие вопросы ответить нынешняя футурология? Да, она уже давно приобрела вполне научный характер. Но готова ли она к специализированной – правовой – футурологии?

Мы не стесняясь должны признать, что дорогу в будущее прокладывали и прокладывают научные фантасты. И что далеко не всегда эти пионеры футурологии безответственны или выполняют лишь популяризаторскую роль. Ярчайшее тому подтверждение – Станислав Лем, чьи работы безусловно являются выдающейся попыткой сочетания научного и художественного предвидения. У нас в эпоху моей молодости сходную роль играли братья Стругацкие. Их герои, уже тогда обсуждая свойства турбулентности, подчеркивали, что в периоды турбулентности опыт перестает быть условием адаптации.

С этим можно согласиться, коль скоро речь идет о конкретных приспособительных механизмах. Прямое заимствование этих механизмов из опыта и впрямь не будет способствовать адаптации к турбулентности, которая всегда беременна стратегической новизной. Однако осмысливать предшествующий опыт – это важнейшее требование культуры. Мне кажется, что попытка извлечения из мирового и российского опыта мо-

дернизации неких универсалий весьма важна в условиях приближения очередной турбулентности. В связи с этим я считал бы необходимым подчеркнуть, что в рамках предуготовления к предыдущей масштабнейшей турбулентности, той, которая знаменовала собой наступление эпохи Модерна, прорабатывались не только радикальные экономические и политические перемены. Прорабатывались ничуть не менее радикальные перемены во всем, что касается права. При этом справедливо полагалось, что в обществе, которому надлежит пройти через радикальную трансформацию очень многого, и права в первую очередь, контуры новой системы должны быть не просто заданы! Они должны быть, как в подробнейших чертежах, воплощены в слаженной системе разнообразных, в том числе и правовых, предписаний. Причем правовых в первую очередь.

Будущее всегда носит телеологический, а в чем-то даже утопический характер. Карл Маннгейм не зря говорил о сочетании утопии и технологии. В стратегическом смысле этого слова право, как это ни покажется странным, технологично. Утопия задает цель. Право прокладывает дорогу к этой цели. Устанавливает рамки, за пределы которых нельзя выходить. В чем-то определяет и алгоритмы достижения целей.

При этом цель задается обществом, которое осознает и формулирует ее. Чем более развернутый и конструктивный характер носит доведенная до чертежей будущего утопия и чем более гибкими и мощными являются применяемые для ее достижения правовые технологии, тем больше шансов на то, что турбулентность не обернется катастрофой.

У древних это олицетворял образ корабля, проходящего между Сциллой и Харибдой. Кораблю страшно в этот момент оказаться без цели или обладать недостаточно ясной целью. Но еще страшнее потерять технологический, т. е. правовой, контроль за происходящим. Впрочем, вряд ли стоит обсуждать, что страшнее – смутность утопии или отказ от правовых регуляторов. Гораздо важнее понять, что чем страшнее предстоящая турбулентность, тем важнее иметь одновременно и адекватные регуляторы, и внятные чертежи будущего.

В связи с этим далеко не лишним было бы присмотреться к опыту Петра I, этого великого шкипера, проводившего корабль российской государственности сквозь бури предыдущей (или предпредыдущей) предмодернизационной всемирно-исторической турбулентности. Говоря о Петре, надо подчеркнуть, что авантюрные моменты в его реформах резко преувеличены. Современное состояние исторической науки позволяет утверждать, что все позитивные реформы Петра Великого вызрели в недрах русского общества еще в XVII веке. Это касается и армии («полки нового строя»), и флота (который еще отец Петра пытался создать на Каспии

для защиты российских интересов), и мануфактур (впервые возникших в России еще при деде великого преобразователя), и даже газет (первая русская газета была создана вовсе не в 1703-м, а еще в 1621 году). Далее следует подчеркнуть, что Петр, конечно, революционизировал все наработки, доставшиеся ему от предшественников. Но он именно революционизировал эти наработки, а не отбросил прошлое за ненадобностью. И наконец, крайне важно оговорить, что, революционизировав эти наработки, Петр не отменил за ненадобностью право. Что он был именно правовым реформатором. Что его нововведения сопровождались принятием множества правовых актов. Причем не индивидуального, а нормативного характера.

Но разве Петр был одинок? Любой реформатор – от Древнего Рима до современного Сингапура – проводит свои преобразования именно через правовые инструменты.

И тут я вновь должен обратить внимание на необходимость правильного сочетания политической телеологии и правовых технологий.

Политическая цель оформляется мыслителями – теми же великими просветителями, например. Она доводится ими до системных чертежей, т. е. до большого проекта. Но цель проекта, его внутреннюю накаленную энергетику задают элиты и массы. При равнодушии масс и апатичной гедонистичности элит любая политическая телеология окажется мертворожденной. Никакие преобразования невозможны в условиях подобного равнодушия. А если мир втягивается в турбулентность, то такое равнодушие буквально смерти подобно.

Воля элит и масс – вот что предшествует и проекту, и встраиванию в него обязательных правовых регуляторов. Да, абсолютизация этой воли чревата чудовищными последствиями. Недаром Гитлер говорил: «Все, что нам необходимо, – это инстинкт и воля».

Да, без правовых регуляторов, без проектных чертежей, принятых обществом, трансформация превращается в чудовищную конвульсию. Но признание этого не имеет никакого отношения к пренебрежению волей как таковой. Безволие элит, игнорирование ими воли народа – путь к конвульсиям. Равнодушие народа, его безволие – гарантия исторического конца.

Понимая степень ответственности своего утверждения, настаиваю на том, что воля рождает право. Подчеркиваю, рождает, но не подменяет его. Как бы мы ни относились к турбулентности как возможности, свершившимся фактом является «глобальное общество риска». Оно-то уже построено. Налицо все его черты – неопределенность, кризисность, нестабильность. Дефицит умной воли в этих условиях губителен. И все мы

это осознаем. Воля зачастую тесно сопряжена с четким осознанием исторической необходимости. Таковой, конечно же, является для нас построение инновационного общества. Никакого разногласия в этом вопросе между почвенниками и западниками, патриотами и либералами просто не может быть. Нет инновационной экономики без инновационного общества. Нет сильной державы без инновационной экономики. Вот и всё.

И, конечно же, инновационное общество обладает гораздо большей гибкостью, нежели его исторический предшественник. Но... бросить поводья – не значит лучше управлять лошадью, на которой сидишь. Между тем зачастую звучит наивная мысль: «Раз новая инновационная модель немислима в условиях избытка управления, то надо создать дефицит управления – и тогда получим искомое».

Катастрофу мы породим в этом случае – и только. Сие, как мне кажется, вообще непреложно. Но вдвойне – в условиях приближения турбулентности. Но может быть, турбулентности удастся избежать? А те, кто нам ее сулит, алармисты? Может быть, переход в новую всемирно-историческую эпоху впервые будет иметь относительно спокойный, гладкий, нетурбулентный характер?

Даже если это так (а пока ничто не предвещает, что это так), новая всемирно-историческая эпоха не за горами. И то, что мы называем инновационным обществом, – лишь один из знаков всемирно-исторических изменений. Для того чтобы вписаться во всё это нужным образом, крайне важно осознавать различие между новой регулятивностью и регулятивностью ослабленной.

Часто говорят, что Россия исчерпала лимиты на революцию. Однако, к примеру, Украина – вчерашняя часть России – уж точно не сочла, как мы видим по недавнему оранжевому периоду, лимиты на революцию исчерпанными. Но то, что Россия исчерпала лимиты на катастрофу, очевидно всем. Войдя через катастрофу в XX век и выйдя из него тоже через катастрофу, Россия должна научиться отличать новые гибкие методы регуляции общества от примитивного ослабления регуляции, ведущего к катастрофе.

Одним из условий формирования новой – гибкой и эффективной – регулятивности является социальная приемлемость будущего, его созвучие стремлениям, чаяниям, настроениям общества. Другое условие – просчитанность будущего. Превращение будущего в проект. Его научная обоснованность вообще и правовая обоснованность в частности. И здесь возникает весьма важный вопрос о том, какой научно-правовой методологии требует осмысление глобальных правовых проблем в современном мире.

Проведем аналогию с экономикой. До кризиса многие экономические модели традиционно рассчитывались исходя из так называемой теории рационального экономического поведения. Кризис показал, что в условиях информационного общества при характерном для него резком увеличении потока самых различных (и далеко не всегда достоверных) сведений экономическое поведение зачастую перестает быть рациональным. Но ведь то же самое касается и поведения правового, в том числе политико-правового, которое в обществе Модерна традиционно априорно основано на рациональности.

Однако если опоры на рациональное поведение субъектов недостаточно, то на что еще мы должны опираться? На традиции? На резкое усиление роли сугубо санкционных нормативных правовых регуляторов (как с негативной, так и с позитивной санкцией)? На рост значимости правовой апробации (в том числе правовых экспериментов)? На что-то иное? Поиск ответов на эти вопросы – наша задача. Однако поиск ответов невозможен без понимания основных трендов развития правовых систем.

В современном глобальном мире можно выделить три основных направления конкуренции как национальных, так и региональных (и во внутригосударственном, и в международном значении) правовых систем. Причем речь идет не только об экономических аспектах правовых систем.

Первое направление – конкуренция за потоки инвестиций. Это то, в силу чего Восток перехватил у Запада именованное «всемирной фабрикой», и то, благодаря чему Запад не уступает Востоку еще более значимый титул «общемировой фабрики технологий».

Второе направление – конкуренция за технологические потоки. Имеются в виду не только технологии в узком смысле, собственно производственные, но и технологии социальные. Тот же Китай не в последнюю очередь обязан своим взлетом и достижением статуса «мастерской всего мира» именно социальным технологиям. И не только о Китае идет речь. Япония и Сингапур, Малайзия и Республика Корея, Турция и Бразилия, Индия и... Перечислять можно бесконечно. Как мы видим, на этом направлении оказались вполне конкурентными страны из так называемой незападной правовой семьи.

Третье направление – конкуренция за потоки всего того, что может в совокупности именоваться гражданской, политической, экономической, социальной лояльностью на основе правовой легитимности. Имеется в виду конкуренция различных правовых систем за активную лояльность граждан к своим странам и их правовым системам. В этом русле – проблема миграции, но и не только. Ведь и применительно к коренным гражданам (не мигрантам) тех или иных государств речь идет помимо набора

прав и благ также и о правовых ценностях, на которые эти граждане ориентируются.

Я обозначил три *основных* направления конкуренции между правовыми системами, к которым примыкает множество направлений конкуренции «второго порядка», находящихся на стыке трех основных.

Так, например, мы говорим о конкуренции за инвестиционные потоки. Возьмем известное государство-офшора – Кипр. По некоторым данным, значительная часть крупных компаний как в России, так и в других развитых странах Европы контролируется кипрскими офшорами. И на то есть вполне определенные правовые причины. Дело в том, что законодательство Кипра устанавливает весьма льготный режим налогообложения для прибыли, что в условиях свободы движения капиталов очень важно. Сегодняшняя новая волна глобального экономического кризиса самым болезненным образом обрушилась и на Кипр. Однако сам по себе спрос на офшоры остается.

Это влечет за собой «антиофшорные» меры (меры по борьбе с «отмыванием» денег, но к ним все не сводится) со стороны других государств. И включает другие аспекты конкуренции – конкуренции социальных (в том числе правовых) технологий, одним из лидеров которой является такой «борец с офшорами», как США.

Юристам хорошо известен и такой феномен, как конкуренция судебных систем, наиболее заметный в сфере экономического права. И это тоже часть конкуренции национальных правовых систем.

Итак, конкуренция между различными правовыми системами в глобальном мире существует. Однако наряду с «конкурентными трендами» в развитии правового многообразия глобального мира должны развиваться и тренды всеобъемлющего сотрудничества правовых систем. Без такого сотрудничества невозможно формирование инфраструктуры единого глобального правового мнения.

В правовой сфере необходимо «единство в многообразии», или, на языке русской социальной философии, «многоединство», объединение множества подходов и средств гармонизации глобального мира.

Значит, нужен баланс между конкуренцией и сотрудничеством национальных правовых систем. Как он может достигаться?

Думается, что пути его достижения – взаимовлияние и взаимообогащение правовой реальности путем перекрестной рецепции наилучших правовых подходов, институтов и практик.

Каковы критерии и возможные результаты такой рецепции? Об этом должны думать и это должны обсуждать представители юридического сообщества.

Всякая успешная модернизация в истории человечества, будь то переход к *Ordo Novus* – порядку христианского мира (середина первого тысячелетия), будь то переход от аграрного общества к индустриальному, будь то современная модернизация эпохи перехода к постиндустриализму, есть прежде всего *правовая модернизация*.

«Протомодернизация» середины первого тысячелетия неразрывно связана с окончательным формированием системы римского права в том виде, в каком оно дошло до нас в *Corpus Juris Civilis* императора Юстиниана – т. е. в виде стройной, рациональной, всеохватывающей системы норм, институтов и универсальных правовых моделей, в форме системы, лишенной пережитков, «наростов», «перегородок» и ориентированной на свободу, благо и справедливость.

Модернизация периода становления классического модерна, периода перехода от аграрного общества к индустриальному – это также борьба за новое право.

Наконец, современная модернизация, модернизация постиндустриальной эпохи – это тоже по сути своей правовая модернизация, борьба за право. И даже более того – *борьба за сохранение права и как идеи, и как реально действующей нормативной системы*. Борьба не только за те или иные правовые новеллы, и даже не только за новую глобальную систему права, но и борьба с теми, кто захочет ниспровергнуть право как таковое, заменить его – так называемым «правом» сильного. С теми, кто желает ввергнуть мир в хаос и анархию. Борьба с организованной преступностью, политическим и религиозным экстремизмом, терроризмом. Борьба с хищническим эгоистическим глобальным псевдопредпринимательством, раздувшим «мыльный пузырь» необеспеченных финансовых инструментов и ввергнувшим в кризис мировую экономику. Борьба с иными вызовами и угрозами, которыми чревато наше непростое время.

Современная правовая модернизация должна быть неразрывно связана не только с целями развития нашей страны и тенденциями глобальных трансформаций мироустройства, но и с массовыми идеалами и смыслами бытия.

Определить и структурировать правильные ориентиры модернизационного реформирования общества и государства – в этом центральная задача социально-нормативной и правовой реформы России в XXI веке.

Напоследок еще раз вернусь к тезису, который я считаю не только одним из центральных, но и, так сказать, стержневым. Не дело правоведам погружаться в моральную проповедь. Однако придется осознать, что

никакая – даже самая глубоко и изощренно разработанная и формально совершенная – правовая система не будет полноценно действовать, если она лишена фундамента в виде нравственного общества.

Нам предстоит одолеть трудный путь воссоздания в России массовой здоровой моральной нормативности. Только на такой основе может быть реализован либерально-демократический принцип полноценного сотворчества масс в создании системы права. Права не дарованного, а выстраданного и завоеванного в борьбе за отчетливо понимаемое *общее благо*. И только тогда путь нашей столь необходимой модернизации не будет прерван контрреформами, как ими был прерван путь реформ Александра II.

Мы переживаем особый момент в нашей истории. Момент, когда прерывание необходимой модернизации может превратиться не в очередной эксцесс (что само по себе немало), а в окончательную катастрофу народа и государства. Осознавая остроту момента, я убежден, мы сумеем ответить достойно на столь масштабный вызов.

Текст © Valery D. Zorkin, 2013

Франсуа Вентер
*профессор юридического факультета
Северо-Западного Университета,
Южно-Африканская Республика*

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК ГЛОБАЛЬНАЯ МЕРА КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА

Юристы, и, пожалуй, в наибольшей степени юристы-конституционалисты, пользуются крайне расплывчатой терминологией. Эта терминологическая подвижность привела к многовековой характеристике юридической профессии (иногда шутливой) через вопрос: сказал ли юрист то, что он имел в виду, и имел ли он в виду то, что он сказал? К сожалению, многие юристы действительно манипулировали и будут продолжать манипулировать нечеткостью терминологии для обоснования конкретных правовых позиций. Хочется надеяться, что такой недостаток отсутствует в юридической науке. Ученые «дисциплинируют» друг друга и всегда раскритикуют работу одного из них, если он будет манипулировать терминологией для продвижения каких-то интересов, научных или иных.

Но даже юридическая наука связана терминологией, наполненной предельно расплывчатыми, хотя и почитаемыми концептуальными понятиями: демократии, прав человека, конституционализма, достоинства, справедливости, верховенства права и т. д. Увы, юридическая наука не является точной. Мы используем те или иные понятия, иногда определяя или переопределяя их для применения к конкретному случаю, а иногда и просто предполагая (или надеясь), что те, кто нас слышат или читают, придадут словам такое же значение, как и мы. Эта ситуация негативна, но вряд ли мы можем ее изменить.

Что это означает применительно к верховенству права? Для того чтобы правильно определить это понятие, необходимо учитывать его историю и использование (применение), а затем рассмотреть его в более широком контексте конституционализма. Тогда мы сможем определить его ценность для целей сравнительного конституционного анализа и сделать некоторые выводы относительно его достоинств и недостатков. Дальнейшее исследование производится именно в этой последовательности.

1. Применение понятия

Не вызывает сомнений, что другие участники данного проекта приведут достоверную философскую и концептуальную историю верховенства права¹. Также не вызывает сомнений, что существует несколько эквивалентных или достаточно похожих понятий, в том числе германские *Rechtsstaat* или *Verfassungstaat*, французские *l'Etat de droit* или *l'Etat légal*, итальянское *stato di diritto*, испанские *estado constitucional* или *estado de derecho* и т. д.

Использование термина «верховенство права» (и его эквивалентов) в конституциях и международных документах широко распространено. Вот некоторые примеры.

Третий параграф Всеобщей декларации прав человека устанавливает:

«Принимая во внимание, что необходимо, чтобы права человека обеспечивались верховенством права² в целях обеспечения того, чтобы человек не был вынужден прибегать в качестве последнего средства к восстанию против тирании и угнетения».

Значение этого параграфа в рамках ООН было определено в 2004 году Генеральным секретарем ООН³:

«Верховенство права является стержневой концепцией для миссии ООН. Оно подразумевает такую организацию управления, при которой все люди, институты, организации, публичные и частные, включая само государство, подчиняются законам, которые, в свою очередь, подлежат официальному обнародованию, применяются равно по отношению ко всем и реализуются независимым судом, а также соответствуют международным стандартам и нормам в области прав человека. Оно также требует обеспечения реализации принципов приоритета права, равенства перед законом, ответственности перед законом, беспристрастности в правоприменении, разделения властей, участия людей в принятии решений, правовой определенности, недопущения произвола, а также процедурной и правовой прозрачности».

¹ Скромные попытки в этом направлении можно найти в: *Francois Venter*, “South Africa: A Diceyan Rechtsstaat?”, 57; *McGill Law Journal* (2012), 721–747.

² Прим. ред.: важно отметить, что в официальном переводе – «охранялись властью закона». См.: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml.

³ *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies UN Security Council S/2004/616, 23 August 2004, par III 6.*

В последнем параграфе Преамбулы Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года указывается:

«Преисполненные решимости как правительства европейских государств, движимые единым стремлением и имеющие общее наследие политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права, сделать первые шаги на пути обеспечения коллективного осуществления некоторых из прав, изложенных во Всеобщей декларации».

Издавна существующий разрыв между наукой европейского континентального права и английского общего права отделил учение о верховенстве права от континентальной системы мышления, базирующейся на концепции *Rechtsstaat*. Эти два понятия развились из фундаментально противоположных основ, но в широком смысле они затрагивают одни и те же проблемы, из-за чего многие европейские авторы используют термин «rule of law» для описания *Rechtsstaatlichkeit*⁴. В германском тексте Европейской Конвенции о правах человека «rule of law» переводится как «*Rechtsstaatlichkeit*». Причиной этой дихотомии является принципиальная непереводаемость указанных понятий с английского и на английский язык, и в особенности с германских и на германские языки. Некоторые английские авторы нередко просто игнорируют наличие понятия *Rechtsstaat*. В одном из лучших за последнее время исследований по верховенству права Тревор Аллан (Trevor Allan)⁵ в его «либеральной» теории верховенства права (по всей видимости, не берущей в расчет континентальные модели) извлек из сравнения системы общего права некоторые характеристики, которые близки к характеристикам *Rechtsstaat*, хотя и описанным с применением другой терминологии. Так, он пишет о «внутренней морали» права, находящей свое отражение в верховенстве права, что очень близко к тому, что ученые континентального права относят к «объективной нормативной системе ценностей», характеристике *Rechtsstaat*⁶.

⁴ В качестве одного из многих примеров можно привести официальный перевод решения германского *Bundesverfassungsgericht* BVerfG, 2 BvR 2661/06 of 6 July 2010, par 81: Фраза «Zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips zählt die Rechtssicherheit» была переведена как «The major elements of the principle of the rule of law include legal certainty» (курсив авторский).

⁵ *Trevor Allan, Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law* (2001).

⁶ *Locus classicus* в данном случае – dictum германского *Bundesverfassungsgericht* BVerf GE 39, 1 (принятое по вопросу аборт в 1975 году), в котором Суд указал (параграф 71): *Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthalten die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern sie verkörpern zugleich eine ob-*

Если бы Аллан провел сравнительный анализ систем общего права с богатой континентальной правовой теорией *Rechtsstaat*, его исследование, безусловно, стало бы еще более впечатляющим.

Документы Конференции по безопасности и сотрудничеству в Европе (КБСЕ) и впоследствии созданной Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) изобилуют ссылками на верховенство права, чаще всего используемыми в виде сочетания «права человека, верховенство права и демократия». Некоторые направления, способствующие укреплению верховенства права, а значит, и отражающие, по мнению ОБСЕ⁷, существо этого явления, включают в себя: независимость суда; эффективное отправление правосудия; право на справедливый суд; доступ к правосудию; подотчетность государственных институтов и должностных лиц; осуществление публичного управления в соответствии с принципами верховенства права; право на юридическую помощь и обеспечение прав заключенных; соблюдение обязательств в соответствии с международным правом; способствование мирному урегулированию споров; предупреждение пыток и иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания; эффективное законодательство и работа исполнительной и судебной власти, направленные на стимулирование экономической деятельности, торговли и инвестиций; защита окружающей среды; обеспечение средств эффективной правовой защиты; контроль за соблюдением принципов верховенства права и практикой их применения в уголовном судопроизводстве, а также борьба с коррупцией.

Термин «верховенство права» обнаруживается во множестве действующих национальных конституций. Поиск по базе *Oceana's Constitutions of the Countries of the World Online*⁸ показывает, что 95 из 125 содержащихся в базе конституций используют понятие «верховенство права», что иногда весьма неожиданно с учетом конституционной действительности некоторых стран. В качестве примеров можно привести:

– Конституцию Исламской Республики Афганистан 2004 года, в Преамбуле которой указывается на «стремление граждан Афганистана создать гражданское общество, свободное от угнетения, жестокости, дис-

jektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt.

⁷ Параграф 4 Решения Совета Министров ОБСЕ № 7.08 «Дальнейшее укрепление верховенства права на территории стран ОБСЕ», МС.DEC/7/08 от 5 декабря 2008 года.

⁸ Доступна по подписке по адресу: <http://www.oceanalaw.com/default.asp>.

криминации и насилия и основанное на верховенстве права, социальной справедливости, защите принципа добросовестности и прав человека, обретении людьми свобод и фундаментальных прав»;

– Конституцию Республики Ангола 2010 года, содержащую многочисленные ссылки на верховенство права, в том числе ее статью 2, которая называет верховенство права фундаментальным принципом, и статью 6.2, которая устанавливает, что «государство должно подчиняться Конституции и должно основываться на принципе верховенства права, подчиняясь праву и обеспечивая такое подчинение»;

– Конституцию Боснии и Герцеговины 1995 года, в статье 1.2 которой закрепляется, что «Босния и Герцеговина является демократическим государством, функционирующим на основе верховенства права и имеющим свободные и демократические выборы»;

– Конституцию Китайской Народной Республики 1982 года, статья 5 которой предусматривает: «Китайская Народная Республика осуществляет власть в соответствии с правом и устанавливает социалистическую страну, основанную на верховенстве права»;

– Конституцию Федеративной Демократической Республики Эфиопия 1995 года, содержащую в Преамбуле указание на то, что нации, национальности и жители Эфиопии «обязуются, с учетом всестороннего и свободного осуществления права на самоопределение, строить политическое сообщество, основанное на верховенстве права...»;

– Конституцию Республики Зимбабве (введенную в действие в 2009 году), статья 18 (1а) которой предусматривает, что «любое должностное лицо обязано перед каждым человеком в Зимбабве исполнять свои служебные обязанности в соответствии с правом и соблюдать и обеспечивать верховенство права».

Исходя из предположения, что идея верховенства права может пониматься как сводимая к принципу законности, ее появление в исламских конституциях не должно удивлять. Ведь законы шариата как раз и являются тем, что делает конституцию исламской⁹.

Если исламская цивилизация, культура или страна когда-либо создавали какой-либо режим, он всегда был основанным на законе. Сложно найти более законно ориентированную культуру в человеческом обществе, чем ислам... Мы пришли к убеждению – более чем когда-либо, – что исламское право не было просто правовой системой, позволяющей разрешать конфликты и регулировать социальные и экономические от-

⁹ *Wael B. Hallaq*, «Muslim Rage» and Islamic Law», 2003 54 *Hastings Law Journal*, 1705–1719, at 1707–1708.

ношения (что является обычной ролью права на Западе), а являлось дополнением богословской системы, прикладным религиозным ритуалом, мыслительным вопросом основного порядка, культурной основой существенного масштаба, короче говоря – мировоззрением, которое определяется как мусульманская идентичность, а возможно – и сам ислам.

Таманаха¹⁰ определял три направления, обычно прослеживаемых, в традиции верховенства права, а именно: ограниченность государства правом; формальная законность и верховенство права, а не человека. Вместе с тем он не разделял идею о том, что верховенство права является безусловным всеобщим благом¹¹:

«Указание на ограниченность государства правом само по себе не дает представления, каковы эти границы; требование формальной законности определяет форму, но не содержание законов; «верховенство права, а не человека» предполагает, что должностные лица должны сверять свои позиции с применимыми законами, но не определяет, каковы должны быть эти законы».

С учетом широты применения термина может создаться представление о невозможности определения некоего внятного и четкого значения понятия «верховенство права». Но должна быть причина его популярности. Это понятие фактически приобрело статус некоего «шифра», алгоритма желательного поведения государства. Оно отражает, по широкому и разностороннему мнению, нечто, что является конституционным, юридическим и политическим благом. Однако ключевой вопрос в данном случае: как можно наполнить его содержанием при отсутствии новых или оспариваемых определений? Это все равно что наполнять сосуд жидкостью, которая не течет.

Один из способов начала анализа содержания верховенства права заключается в часто повторяемом упоминании его истоков, находящихся в работах знаменитого английского ученого в области конституционного права Альберта Венна Дайси, в надежде на то, что они автоматически превратятся в сформированную британскую доктрину¹². Можно

¹⁰ *Brian Z. Tamanaha, On the Rule of Law – History, Politics, Theory (2004) Chapter 9.*

¹¹ Там же, с. 140.

¹² Надо отметить, что в материалах *The Queen on the Application of Corner House Research and Campaign Against Arms Trade v The Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems PLC [2008] EWHC 714 (Admin)* советник правительства обратил внимание на продолжающуюся дискуссию относительно значения и сферы применения верховенства права (параграф 61).

было ожидать некоего прояснения, основанного на положениях первой статьи Закона Великобритании о конституционной реформе 2005 года, устанавливающих, что Закон не повлияет негативным образом на «существующий конституционный принцип верховенства права». Ссылаясь на эту норму, лорд Бингхэм (Bingham) в 2006 году отмечал, что суды регулярно ссылаются на верховенство права, но не указывают, что они под этим понимают, и что многие серьезные авторы сомневаются в значении и ценности указанного термина (при этом он ссылался на таких авторов, как Раз (Raz), Финнис (Finnis), Шкляр (Sklar), Валдрон (Waldron) и Таманаха (Tamanaha)¹³. После этого он изложил его понимание принципа верховенства права, которое, по его мнению, должно было служить каноном, по крайней мере в британском конституционном праве.

По словам недавнего Председателя Верховного Суда, существование верховенства права заключается в том, что «все лица и публичные органы в стране, вне зависимости от того, являются ли они частными или публичными, должны быть подчинены гласно принимаемым, не имеющим обратной силы и гласно применяемым судами законам, а также иметь возможность пользоваться благами этих законов». Затем он со ссылкой на других авторов и другие источники определил некоторые детальные правила, формирующие более глубокое содержание, хотя и с некоторыми оговорками. Эти правила следующие:

«– право должно быть доступным и, насколько это возможно, понятным, ясным и предсказуемым;

– вопросы юридического права и юридической ответственности обычно должны разрешаться путем правоприменения, а не на основе свободного усмотрения;

– законодательство страны должно применяться ко всем одинаково, условием для дифференциации могут быть лишь различные правовые условия;

– право должно обеспечивать надлежащую защиту основных прав человека;

– должны создаваться условия для разрешения без излишних затрат и неоправданных задержек споров добросовестных субъектов, которые они не могут разрешить самостоятельно;

– министры и публичные служащие всех уровней должны осуществлять возложенные на них полномочия разумно, добросовестно, исключительно для тех целей, для которых они наделялись соответствующими полномочиями, без превышения пределов указанных полномочий,

¹³ Lord Bingham, “The Rule of Law”, 66 The Cambridge Law Journal (2007), 67–85.

а невыполнение этих условий является «устоявшимся и давно известным» основанием для судебного контроля;

– государственные судебные процедуры должны быть справедливыми;

– существующий принцип верховенства права обязывает государство исполнять принятые на себя обязательства по международному праву».

С осторожностью Лорд Бингхэм в дополнение к изложенному отмечал, что, несмотря на наличие противоположных мнений, он считает демократию обязательной для верховенства права:

«Мне представляется, что верховенство права действительно в значительной мере зависит от негласной, но фундаментальной договоренности между индивидом и государством, объектом и субъектом управления, в соответствии с которой каждая из сторон жертвует определенной частью свободы и полномочий, которыми они могли бы обладать».

2. От верховенства права к конституционализму

Когда речь заходит о верховенстве права, идея конституционализма сразу оказывается рядом. В своем детальном обзоре значений конституционализма Ката Бэйкер¹⁴ отмечает, что в основе универсального подхода к конституционализму лежит поиск общих ценностей, в то время как верховенство права иногда служит целям преумножения этих ценностей и даже интересам каких-то систем государственной власти. Ценности, о которых он говорит, включают в себя как закрепление прав в тех случаях, когда требуется подтвердить власть государства легитимно установленным правом (законность), так и существенную защиту и правоприменение, использующие право как «набор основополагающих повсеместно применяемых важнейших норм», требующие наличия государства. Системы государственной власти, которые он ассоциирует с верховенством права, включают в себя демократию, гражданство, права человека, основанные на изначальном понимании того, что человеческое достоинство является основополагающей ценностью, защищаемой конституционализмом.

Признавая сложность нахождения четкого определения верховенства права, я констатирую, что, возможно, даже более сложным является

¹⁴ *Larry Catá Backer, “Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Legal Ordering”, 16 Indiana Journal of Global Legal Studies (2009), 85–172, at 99–101.*

определение понятия «конституционализм». В своей работе, направленной на повышение ясности понятия конституционализма, Ворландер¹⁵ отметил следующие подходы к конституционализму или версии его интерпретации: общественный конституционализм, текучий конституционализм, компенсирующий конституционализм, плюралистический конституционализм, многоуровневый конституционализм (содержащий понятия конституционного компромисса или соглашения), космополитический конституционализм и глобальный конституционализм (с разновидностями формы международного конституционализма, где упоминается о конституции человечества и мировых писаных конституциях). Среди тех, кто пропагандировал государственный (в противовес международному) конституционализм, он определил сторонников суверенитета и национального государства, теоретиков идентичности и однородности, а также подход, предполагающий возможность поддержания принципов современной демократии только в рамках отдельно взятого государства. Однако Ворландер предложил иной взгляд, который, с одной стороны, основываясь на статистике, настаивает на нормативности конституции, но с другой, принимает и распространяющийся надгосударственный конституционализм как усиливающий процесс конституционализации¹⁶.

Конституционализм в «национальном» контексте имеет более длительную историю¹⁷, чем современная идея глобального конституционализма. Брюггер и Сарлет¹⁸ свели (со ссылкой на конституции США, Германии и Бразилии) национальный конституционализм к трем элементам: демократия, Rechtsstaat и общепризнанные цели общего благополучия (*konsensfdhige Gemeinwohlziele*). Бэйкер¹⁹ отмечает:

«Конституционализм – система классификации, принципиальной целью которой является определение характеристик конституций,

¹⁵ Hans Vorländer, “Die Verfassung vor, nach, über und unter dem Staat. Die Konstitutionalismusdebatte in der Suche nach einem anderen Verfassungsbegriff”, in Erzählungen vom Konstitutionalismus, Helena Lindemann et al eds. (2012) at 23–42.

¹⁶ Там же, с. 31.

¹⁷ См., напр.: Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947).

¹⁸ Winfried Brugger and Ingo Wolfgang Sarlet, “Moderner Konstitutionalismus am Beispiel der US-Verfassung, des Grundgesetzes und der brasilianischen Verfassung: eine rechtsvergleichende Perspektive” in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (2008), 613–638.

¹⁹ Backer, *supra* note 14. At 93.

которая используется для определения легитимности конституционного строя, задуманного или действующего, основанного на фундаментальном постулате верховенства права, а также опирающаяся на ценности, полученные из источника, не зависящего от вмешательства любого индивида».

По мнению Кристины Швобель²⁰, «глобальный конституционализм» стал одной из наиболее обсуждаемых тем международного права, хотя научные споры отражают различные видения самой идеи. Она считает общепризнанным, что конституции могут существовать за пределами конкретных государств, что в мире существует определенное согласие, что глобальный конституционализм стал всемирной идеей. Вместе с тем она обращает внимание, что глобальный конституционализм не имеет содержания и что predetermined ценности или общие принципы, характеризующие его, отсутствуют. Поэтому она предлагает «органический глобальный конституционализм», который является более гибким понятием, но в то же время не всемирным, не существующим, зато содержащим в себе обещание на будущее.

Клабберс²¹ также отмечает распространение проповеди за глобальный конституционализм, описывая его как ответ фрагментации международного права, сконцентрированного на установлении ограничений деятельности международных организаций путем подчинения их «стандартам надлежащего поведения». Споры о конституционализме шли в 2004 году в ООН, ЕС, ВТО, МВФ и Всемирном банке, Европейском суде по правам человека и Международном уголовном суде. Для целей настоящего исследования примечательно включение Клабберсом в его концепцию конституционализма²²:

«...Таких явлений, как демократия и прозрачность... свобода самовыражения, надлежащее разбирательство споров, участие в них на основе принципа равенства, и это все будет осуществлением власти в соответствии с некоторыми представлениями о верховенстве права, и будет устанавливать ограничения внутри международной организации (основанные на ее собственных документах) или извне (подчиняя их международному праву и стандартам прав человека)».

²⁰ Christine E. J. Schwöbel, "Organic Global Constitutionalism" 23 Leiden Journal of International Law (2010), 529–553. Joseph Weiler (процитированный г-жой Vorländer, supra note 15. At 24, note 13) упоминает его в "academic pandemic".

²¹ Jan Klabbers, "Constitutionalism Lite", International Organizations Law Review (2004), 31–58.

²² Там же, с. 33.

Таким образом, нет сомнений, что верховенство права является неотъемлемой частью международной трактовки конституционализма, который рассматривается с точки зрения как внутригосударственных, так и надгосударственных перспектив.

3. Существо верховенства права в контексте конституционализма

Верховенство права и конституционализм идут рука об руку, но являются различными понятиями. Как мы отметили, ни у одного из них нет четкой характеристики, хотя оба они активно используются в международных документах, национальных конституциях, научной литературе и юриспруденции. Тем не менее сделать вывод о том, что в данном случае мы имеем дело с концепциями настолько эфемерными, что их невозможно определить, или что их значение настолько широко, что можно придать им любой смысл, – значит, потерпеть концептуальное поражение. Вполне возможно извлечь достаточно смысла из обоих терминов для того, чтобы иметь дело с понятиями, которые удовлетворят большинство (хотя и не всех) пользователей. Эта «выпрессовка» значения, тем не менее, должна будет осуществляться минималистски, с тем чтобы максимально расширить количество участников дискуссии.

Очевидным условием для верховенства права является наличие права, но мы немедленно обнаруживаем камень преткновения на пути консенсуса: вопрос о легитимности законодателя и качестве самого права.

Можно ли закон, вводящий высшую меру наказания за прелюбодеяние, принятый диктатором или абсолютным правителем, пришедшим к власти с помощью государственного переворота или отцеубийства, назвать соответствующим верховенству права? Утвердительно ответить на данный вопрос было бы очевидно нелогичным, как минимум по трем причинам: нелегитимность законодателя, непропорциональность наказания и отсутствие справедливой судебной процедуры. Была бы ситуация другой, если бы такой закон был принят свободно избранным парламентом и вынесен на всенародный референдум перед тем, как вступить в силу? Даже применительно к этому случаю – многие считают смертную казнь за прелюбодеяние недопустимо жестокой, но лишение суда права приговаривать к наказанию на основании объективной оценки противоречит верховенству права.

Эти примеры показывают три бесспорных элемента верховенства права: легитимность власти, основанная на праве, не должна ставиться

под угрозу, законы должны быть справедливыми, а судебная власть должна быть независимой. Однако такое утверждение вводит в заблуждение, поскольку каждый из элементов, кажущийся простым, подразумевает целый ряд сопутствующих гарантий, многие из которых связаны с ценностными соображениями. Некоторые из этих соображений следующие: демократия (в форме конкурентных, справедливых и прозрачных выборов) является наиболее очевидной гарантией легитимного авторитета законодателя; определение справедливости правовой нормы должно быть основано на справедливости, которая, в свою очередь, является неоднозначной нормативной концепцией; независимость суда представляет собой многогранное явление, связанное в том числе с избранием и назначением судей, их пребыванием в должности и пределами их полномочий. Ценностные вопросы, связанные с верховенством права, таким образом, неизбежно вызывают субъективные представления, которые могут резко перекрыть «каналы связи» участников дискуссии, вызвав неопределенные последствия.

Возвращаясь к конституционализму, следует отметить, что данный термин подразумевает высокую роль конституции. Вместе с тем что следует понимать под конституцией – обязательно единый письменный документ, тот документ, который устанавливает высшие по юридической силе правовые нормы? Может ли конституционализм превалировать в государстве, которое не имеет конституции, выполненной по образцу, например, Конституции Германии (*Grundgesetz*) или Конституции США?

Можно ли говорить о конституционализме в стране, в которой системные нормы (установление, наделение полномочиями и ограничение государственных органов) содержатся в законодательстве, не защищенном от изменений, но где политическая и правовая культура такова, что мнение общества оказывает существенное влияние на исполнительную власть и законодателя, где судебная власть независима от исполнительной и законодательной и считается осуществляющей справедливое правосудие и где граждане воспринимают себя как свободных и равных? Должен ли ответ на эти вопросы быть утвердительным, или этот ответ незамедлительно порождает новые второстепенные вопросы: как (с учетом мировой тенденции к плюрализму граждан) обычный, не защищенный дополнительными мерами закон или некое количество других официальных документов могут обеспечить надлежащую защиту от тенденции человека злоупотреблять властью в личных целях? является ли выборная демократия достаточно эффективным способом влияния общественного мнения на действия государственных управленцев, а если да, то какой тип демократии из диапазона от прямой до пропорциональной оптималь-

ней? как судьи могут быть принуждены к обеспечению справедливости в состязательном судебном разбирательстве, особенно когда речь идет о сложных делах, связанных с балансом полномочий внутри государства и осуществлением полномочий в отношении граждан, по мнению власти, в публичных интересах? какое понимание свободы и равенства из возможного спектра должно поддерживаться государством и его органами?

Эти и многие другие факторы, препятствующие упрощенному пониманию верховенства права и конституционализма, угрожают широким дискуссиям, в которых эти понятия свободно используются как важные и неопровержимые, при том что их известность не ослабевает. Что могло бы быть сделано для обеспечения большей ясности в данном вопросе?

Изложенное помогает понять, что нигде не существует верховенство права в первоначальном виде. Исходящие из политики, мотивы законодателей практически никогда не бывают безупречными; право как продукт человечества также несовершенно; разрешение спора о вопросе права обычно противоречиво, особенно с точки зрения проигравшей стороны. Поэтому «чистота» верховенства права в любом правовом режиме является относительной и может варьироваться с течением времени и политическими изменениями.

Это также помогает осознать нормальность изменчивости каждого из ключевых элементов верховенства права, что влечет различия в их применении и, соответственно, и самого понятия верховенства права. Можно привести следующий пример: избрание парламента по одномандатным округам или пропорциональным методом само по себе не влияет на степень его легитимности; закон о налоге с продаж может быть справедливым в одной экономике, но не в другой; судьи, назначаемые по представлению судебной коллегии в одной правовой культуре, могут быть более независимыми, чем судьи, назначаемые по представлению конституционной комиссии в другой правовой культуре.

Принятие идеалистической природы и дифференцированности верховенства права делает нас на шаг ближе к наполнению содержанием этого неуловимого юридического явления, но для достижения этой цели необходимы дополнительные усилия. Для того чтобы обсуждать это явление всерьез, участники должны иметь общие представления о нормативной оценке условий, необходимых для определения верховенства права. Некоторые общие представления могут быть в определенной степени найдены в вопросах структуры, таких как надлежащее осуществление выборных процедур, свободное и публичное обсуждение вопросов в парламенте и пожизненные полномочия судей. Согласия относительно необходимости подобных структурных элементов, тем не менее, может быть

недостаточно: общее согласие в вопросе желательности определенных ценностных установок будет в значительной мере способствовать расширению универсальности верховенства права²³.

Глобальный конституционализм в обоих его видах, конституционном и надгосударственном, может обеспечить нас ценностями, принятие которых растет вне зависимости от того, основаны ли они на общественной поддержке или на давлении международного сообщества на государства и их государственные аппараты, направленном на соответствие глобально принятым ценностям. То, с чем мы имеем дело, когда говорим о различии установленных норм, принципов и ценностей, уже само по себе является обширной темой, связанной с терминологической и концептуальной путаницей²⁴. Так, концепции «ценностей»²⁵ и «принципов» часто используются как синонимы²⁶. Применительно к термину «конститу-

²³ Сложности внедрения ценностных представлений о верховенстве права и конституционализме в правовые порядки, в которых эти представления вводятся впервые в условиях отсутствия соответствующих ценностей до этого, хорошо показаны в работе: *Wojciech Sadurski, Adam Czarnota and Martin Krygiereds, Spreading Democracy and the Rule of Law? – The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders* (2006).

²⁴ См., напр.: *Ralf Poscher, “The Principles Theory – How many theories and what is their merit?”*, опубликованную в Интернете в 2009 году, по ссылке: <http://ssrn.com/abstract=1411181>, и *Raul Narits, “Principles of Law and Legal Dogmatics as Methods Used by Constitutional Courts”*, *Juridica International* (2007) 15–22 и работы ученых, на которые он ссылается. Схожая тема появляется в германской литературе, например *Uwe Volkmann, “Leitbildorientierte Verfassungsanwendung”*, *Archiv des öffentlichen Rechts* (2009) at 157–196, может быть названа определяющей терминологию при применении конституций.

²⁵ *Иэн Бенсон* указывает (*Iain T. Benson, “Do ‘values’ mean anything at all? Implications for law, education and society”*, *Journal for Juridical Science* (2008) at 1–22), что этот термин лишь создает путаницу, и лучше использовать понятие преимущества (*virtue*), чем ценности.

²⁶ Например, в описании *Армином фон Богданди (Armin von Bogdandy)* предложенной *Томусчатом (Tomuschat)* международной системы в труде *Armin von Bogdandy, “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany”*, *Harvard International Law Journal* (2006) at 231 (курсив мой): Конституционный характер международной системы понимается как защитный и обеспечивающий безопасность (хотя не всегда успешно) *фундаментальных правовых ценностей*. Принципы статьи 2 устава ООН и основа международно признанных прав человека защищают эти *ценности*. (The

ционная ценность» я ранее предлагал использовать следующее рабочее определение²⁷:

«Будучи абстрактным понятием, она отражает стандарт или меру блага. Конституционная ценность, таким образом, может признаваться создающей условия для надлежащей или желаемой трактовки, применения и введения в действие конституции и всего с этим связанного. Если что-либо не соответствует стандартам конкретной конституционной ценности, это означает, что были применены более низкие, отличающиеся, противоречивые или внеконституционные стандарты, что может в итоге привести к неконституционному результату.

...Конституционные ценности отличаются от принципов, но связаны с ними в том смысле, что принципы конституции основываются на конституционных ценностях и выражают их. Например, принцип справедливого и равного применения права основывается на ценности справедливости и равенства и дает ему выражение. Понимаемые таким образом, конституционные ценности обеспечивают этическую основу конституционных норм, в то время как конституционный принцип вооружает нас большей конкретикой (хотя и является достаточно широко сформулированным), является руководством по надлежащему конституционно санкционированному поведению».

Составление некоего строгого списка ценностно-обоснованных явлений применительно к верховенству права невозможно, но выявление наиболее важных из них не представляет особой сложности. Следует ожидать всеобщего согласия в том, что с верховенством права ассоциируются следующие характеризующие элементы:

- человеческое достоинство, то есть принятие того факта, что каждая личность обладает ее личным достоинством;
- запрет произвола, то есть принятие того, что справедливость действий, осуществляемых публичной властью, должна соответствовать ясному и рациональному объяснению²⁸.

constitutional character of the international system is understood as enshrining and securing (though not always successfully) *fundamental legal values*. The *principles* of Article 2 of the U.N. Charter and the core of international human rights enshrine those values).

²⁷ *Francois Venter*, *Global Features of Constitutional Law* (2010), с. 56.

²⁸ *Mathilde Cohen*, “The Rule of Law as the Rule of Reasons” *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (2010), 1–16. Эта работа, например, демонстрирует тезис о том, что материальное (в противовес процессуальному) определение верховенства права должно требовать от лиц, применяющих право, надлежащего основания их действий, что является главным для всей идеи.

Несмотря на наличие широкого спектра подтверждений, которые могут быть приведены в обоснование всемирной ценности этих элементов, их действие может быть обнаружено в сущности принципа взаимности, то есть обращения с другими таким образом, которым мы хотели бы, чтобы обращались с нами. Правильность принципа взаимности, обычно называемого «золотым правилом», по сути, признается во всем мире, хотя мотивируется по-разному, начиная с основных философских направлений (начиная с конфуцианства) и религий (в том числе иудаизм, христианство и индуизм). Хотя некоторые философы, например, Джон Локк, не соглашались с ним (равно как и циничные постмодернисты), «золотое правило» является интуитивно-очевидной универсальной истиной²⁹. Вряд ли нуждается в обосновании то, что из «золотого правила» следует принятие как неотъемлемого достоинства личности, так и необходимости справедливого государства, не допускающего произвола.

4. Верховенство права как *tertium comparationis*

Ни один существующий конституционный строй, даже обособленно сформированный, не появился без более чем одного «конституционного родителя», движимого активными местными и нередко иностранными экспертами, и не развивался без пристального внимания сообщества критически настроенных международных наблюдателей, чье влияние хотя и редко может быть точно оценено, но является повсеместным. Вместе с тем достаточные причины для сравнительного конституционного анализа исторически обусловлены.

Несмотря на отсутствие узнаваемого или идентифицируемого проекта некоей глобальной власти, вряд ли можно отрицать, что юристы-конституционалисты всего мира обмениваются терминологией, догматическими основами и стилем вербализации конституционных вопросов³⁰. Это, безусловно, не означает, что между всеми нами есть некое генераль-

²⁹ См., напр.: *Jeffrey Wattles, The golden rule (1996)*, and *Imer B. Flores, "Law, Liberty and the Rule of Law (in a Constitutional Democracy)" in Imer B. Flores & Kenneth E. Himma, Law, Liberty, and the Rule of Law (2013) Chapter 6.*

³⁰ В качестве примера, который вряд ли нуждается в дополнительном исследовании, см., напр.: *W.U. Fan, "Legal Reasoning in Chinese and Swiss Appellate Judgments – Exploring China's Path Toward Rule of Law", Tsinghua China Law Review (2009) 19–78.* Фан находит и описывает значительные расхождения и несовпадения, но он в состоянии описать состояние обеих систем в приблизительно одинаковых концептуальных терминах.

ное соглашение о наиболее важных основных точках, но мы понимаем язык друг друга: так, например, социалисты, африканские коммунитаристы и западные индивидуалисты имеют противоположные суждения о государстве, но мы в целом соглашаемся в том, о чем говорим, когда мы ссылаемся на государство, государственный аппарат, вынесение судебного решения, децентрализацию и право.

Ранее я объяснял, что при осуществлении сравнительного конституционного анализа важно четко определить цель сравнения и тщательно отбирать конституционные системы для сравнения³¹. Из этого следует решение вопроса о том, с чем необходимо сравнить отобранный материал. Здесь мы сталкиваемся с понятием полезного понятия *tertium comparationis*, которое предполагает определение или выбор абстрактного стандарта, с которым сравниваются материалы, полученные в результате исследования двух или более конституционных систем. Это эффективный механизм, особенно при широкомасштабных многообъектных исследованиях, который часто используется для повышения объективности и который исследователи сравнительного права часто используют без ссылок на него.

Конституционное сравнение самого глубокого уровня обычно будет связано с наиболее глубоким парадигматическим *tertium comparationis*. При исследовании основ конституционных систем (или элементов внутри системы) сложно избежать сравнения нормативных принципов и ценностей. И в настоящее время наблюдается все большее признание этого³². Здесь мы видим как раз пример использования человеческого достоин-

³¹ Venter, указ. соч., note 27. At 51–61.

³² См., напр., Mayo Moran в ее главе в *The Migration of Constitutional Ideas* Sujit Choudhry ed.(2006) at 233–255, где она на странице 255, помимо прочего, указывает:

Все чаще конституционные режимы предполагают, что конституционные ценности обладают особым видом влияния как на континентальное, так и на общее право. Однако сами условия этого влияния, в рамках которого необходимо различать действенность и эффективность, одновременно утверждая, что эффективность, а не просто само по себе содержание правовых предписаний, должна быть обязательной, - являются серьезным вызовом традиционным правовым представлениям.

Increasingly, constitutional regimes are suggesting that constitutional values exert a distinctive kind of influential authority over private law and common law. But the very terms of this relationship which of necessity disaggregates force and effect and simultaneously posits that effects and not simply rules may be mandatory poses a serious challenge to the traditional account of legal authority.

ства и запрета произвола как средства применения верховенства права в качестве сравнительной меры конституционного блага³³.

Использование верховенства права как меры сравнения правовых режимов, означающее инкорпорацию верховенства права со всеми свойственными ему ценностями, быстро обнаруживает свои недостатки. В качестве примера можно привести вывод Саквы по итогам его анализа российского конституционализма³⁴:

«То, что Макс Вебер называл фиктивным конституционализмом, дает путь настоящему конституционализму, при котором политические институты подчиняются верховенству права».

5. Выводы и предложения

Верховенство права с очевидностью может быть источником путаницы в тех случаях, когда конкретный смысл при использовании этого термина не дается. Критики поведения, процессов и систем, существующих у других, могут также использовать верховенство права в качестве инструмента «наказания» или «принижения», основываясь на том, что их концепция верховенства права является доминирующей или высшей. Поиск общепринятого значения этого понятия для целей более широкого его использования требует исключения многих из его потенциальных элементов, поскольку таковые могут нарушить консенсус. Учитывая огромное количество ссылок, как конституционных, так и надгосударственных, на верховенство права, важно выделить максимально возможное количество элементов, по которым возможно общее согласие при определенных условиях. Иными словами, для обеспечения всемирного восприятия верховенства права необходим метод упрощения, по крайней мере, как базовый. Выделение только структурных компонентов, таких как обязательная сила закона, универсальность права или *nullum crimen sine lege*, какими бы важными они не были, и включение их в «контрольный список» может лишить верховенство права его более глубокого нормативного значения. Вместе с тем это вызывает серьезные трудности в нахождении ценностей, применимых ко всему человечеству.

³³ Если бы существовала возможность установления специальных договоренностей по иным ценностно-сформированным элементам верховенства права, их также было бы полезным сюда добавить.

³⁴ *Richard Sakwa*, "Constitutionalism and Accountability in Contemporary Russia: The Problem of Displaced Sovereignty" in *Russia and its constitution*, *Gordon B. Smith and Robert Sharleteds.* (2008) at 21. См. также note 24, *supra*.

Возможный путь к консенсусу основывается на упрощении видения верховенства права как одной из (также, по мнению многих, спорной) концепций конституционализма. Ценность конституционализма в этом смысле заключается в его увеличивающейся популярности как стандарта легитимности. Эта логика лаконично может быть сформулирована таким образом: как верховенство права, так и конституционализм (несмотря на отсутствие точного и общепризнанного определения содержания обоих) получили статус условий, признаваемых желательными во всем мире; конституционализм является более широкой концепцией, дающей «под единой крышей» определения целому ряду достаточно гибких элементов, таких как демократия, надлежащие процедуры и права человека, сложных для упрощения в связи с различным пониманием; верховенство права является частью конституционализма как одного из его элементов, который может быть упрощен до обобщенного ценностно-обусловленного содержания.

Недостатки верховенства права обуславливают значительный потенциал пользователей этого понятия по приданию ему слишком значительной или, напротив, слишком незначительной роли, его привлекательность для использования в тех или иных догматических целях. Важная роль верховенства права содержится в выражении его упрощенной сущности (выступающей и как стандарт измерения, и как основа для конституционного структурирования и процедур): достоинство личности и запрет произвола.

Перевод Д.В. Кравченко
Текст © Francois Venter, 2013

Хабриева Талия Ярулловна
*Директор Института законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
Вице-президент Российской академии наук,
член-корреспондент Международной
академии сравнительного права*

НА ПУТЯХ СОЗДАНИЯ РОССИЙСКОЙ МОДЕЛИ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА

О некоторых методологических вопросах доктринальной модели российского правового государства

Идея правового государства вызревала постепенно. Ее элементы появились в трудах мыслителей Средневековья и начала Нового времени (требования прав человека, разделения властей, парламентаризма, кантовский «категорический императив» и др.). Шаг за шагом эти положения включались в формулировки конституций, но только в XX в. формула «правовое государство» вошла в основные законы¹. Теперь она содержится во многих конституциях стран Европы (например, Испании), Азии (в частности, Китая), Латинской Америки (Эквадора и др.). В ст. 1 Конституции РФ 1993 г. наряду с характеристиками российского государства как демократического и федеративного с республиканской формой правления упоминается о «правовом государстве», в ст. 7 говорится также о социальном, а в ст. 14 – о светском государстве.

Обычно в конституциях, в том числе российской, используется только само словосочетание «правовое государство». Его различные

¹ Впервые она появилась в португальской Конституции 1976 г. В этой связи часто вспоминают Основной закон ФРГ 1949 г., где в ст. 20 содержалась важнейшая предпосылка рассматриваемой формулы – о связанности правом. В Основной закон ФРГ понятие «правовое государство» было включено в 1992 г. (ст. 23) в свете конституционных положений об отношениях с Европейским Союзом.

стороны, как правило, регулируются в разных конституционных статьях². В редких случаях (например, в Конституции Швейцарии 1999 г.) в статье, содержащей понятие правового государства, обозначены его отдельные элементы. Но такие характеристики не всегда совпадают, а попытки дать полный перечень наиболее общих признаков для правового государства при принятии конституций, насколько известно, не предпринимались.

В доктрине существуют свои особенности в определении понятия правового государства. Подходы, обоснованные в английской, французской, немецкой литературе совсем не одинаковы. Более того, хотя формула «правовое государство» получила широкое признание и утвердилась в доктрине и законодательстве, порой продолжают высказываться осторожные сомнения по поводу точности самого термина.

Так, видимо, принимая его в целом, французские конституционалисты Ф. Амон и М. Тропе уточняют, что государство имеет свою волю, оно создает право и потому не может быть подчинено ему³. Кстати, в ст. 1 Конституции Франции 1958 г. среди характеристик государства не зафиксирован принцип правового государства.

Относительно России В.Д. Зорькин справедливо констатировал: «К настоящему времени еще ни по одному принципиальному вопросу этой темы (правового государства – Т.Х.) не сложилось того единства, которое позволило бы говорить о наличии в российской юридической науке общепризнанной доктрины правового государства. Нет единства даже в вопросе о том, какие именно признаки правового государства в своей совокупности отражают его сущность»⁴.

На наш взгляд, правовое государство как общее явление имеет одинаковую сущность. Однако условия различных стран, их социально-экономическая, политическая, правовая действительность, традиции, менталитет народов неодинаковы. Поэтому сущность по-разному прояв-

² Иногда в таких статьях содержится положение о связанности государства правом, которое для современной конституции представляется недостаточным и требует развития. Необходимо закрепить принцип связанности правом действий всех публичных властей разного рода, их органов и должностных лиц.

³ *Hamon F., Troper M. Droit constitutionnel. 30 éd. P. 2007. P. 79.* Впрочем, большинство других французских авторов учебников «Конституционное право и политические институты» этот принцип признают и рассматривают. См., например: *Gicquel J., Gicquel J.É. Droit constitutionnel et institutions politiques. 25-e éd. P. 2011. P. 11, 433.*

⁴ *Зорькин В.Д. Конституционное развитие России. М., 2011. С. 52–53.*

ляется в содержании и формах правового государства. В результате их обобщения выстраиваются модели правового государства. Своя модель может быть и в одной стране, если ее условия уникальны⁵.

Вместе с тем, существуют общие черты, которые в спаянном виде соединяют теорию и практику, присущи любому правовому государству. Научные задачи были бы выполнены, если бы удалось, хотя бы в первом приближении, выделить некоторые наиболее общие признаки, элементы, стороны феномена «правовое государство».

Одной из причин недостаточного доктринального и нормативного обновления кантовских и неокантианских идей доктрины правового государства стало то, что свою основную задачу – противодействие тоталитарным формам правления – в демократических странах она исполнила. А парадигма правового государства, отражающая вызовы нового времени, еще не сложилась.

На наш взгляд, современная общая концепция правового государства должна исходить не только из имеющихся достижений и наработок, но и выйти за пределы ранних представлений о правовом государстве как «вещи в себе». Она должна учитывать положительные и отрицательные стороны процесса глобализации, отражать результаты технологического прогресса («электронное правительство», «открытое правительство»⁶ и др.), опираться на новые интеллектуальные ресурсы. Необходимо признать, что правовое государство существует не само по себе и не для себя. Это, прежде всего, «вещь для нас», оно является инструментом социальной политики и демократизации общества в интересах народа.

⁵ Особая модель существует, например, в Монако. На июньском (2013г.) заседании Венецианской комиссии после длительных пленарных дискуссий был одобрен доклад о законодательстве страны, где констатировалось несоответствие принципам правового государства. Представители Монако доказывали, что в течение столетий в стране сложилась особая модель правового государства при сохранении монархии.

⁶ См, в частности.: Постановление Правительства РФ от 8 сентября 2010 г. N 697 «О единой системе межведомственного электронного взаимодействия»; Постановление Правительства РФ от 28 ноября 2011 г. N 977 «О федеральной государственной информационной системе «Единая система идентификации и аутентификации в инфраструктуре, обеспечивающей информационно-технологическое взаимодействие информационных систем, используемых для предоставления государственных и муниципальных услуг в электронной форме»; Указ Президента РФ от 7 мая 2012 г. № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления» и т.д.

Вызовы времени требуют включения в концепцию правового государства, кроме права, иных сфер, исследования экономических, социальных, политических структур, широкого использования междисциплинарных подходов, что должно позволить преодолеть кантовскую и неокантианскую традицию исследования правового государства как явления, взятого само по себе.

И еще одно предварительное замечание. Научные и обыденные оценки государства как правового, становления его «правовых качеств» могут не совпадать, зависеть от сравнений с предыдущими этапами развития и с другими государствами. Ликвидация тоталитаризма может вызывать восприятие населением новых институтов как уже созданного правового государства, хотя объективно оно только формируется. Государство, которое представляется правовым одним исследователям и даже народам, с позиций других наблюдателей, им еще не является. Оценка государства как правового или неправового, той или иной степени его становления должна иметь очень взвешенный характер. Выявление коллективной мыслью ученых различных стран и научных школ наиболее общих признаков правового государства могло бы быть полезным и для этой цели.

Наконец, заключительное соображение общеметодологического характера. Если рассматривать понятие «правовое государство» в утилитарном смысле, только с позиций практики, то, видимо, следует согласиться, что идеального правового государства нет ни в одной стране. Не существует государств, где не было бы правонарушений, в том числе со стороны самого государства, его органов, что хорошо иллюстрирует деятельность органов конституционного контроля. Поэтому правовое государство следует оценивать одновременно и как цель, и как фактическое состояние (при соблюдении необходимых общих критериев), и как идеал, к которому нужно стремиться и к которому мы приближаемся шаг за шагом.

Российское государство между Западом и Востоком

В течение многих веков российское общество и государство находились в орбите притяжения многих цивилизаций и культур – Скандинавии и Византии, Золотой Орды, германских народов, других стран Европы и Азии, будучи своеобразным мостом между Западом и Востоком. Такое положение в новых условиях занимает Россия и в настоящее время. Это оказывало и продолжает оказывать свое влияние на некоторые стороны и институты российской государственности.

Влияние Запада сказывалось в реформах Петра I и Екатерины II в XVIII веке, позже в реформах Александра II во второй половине XIX в. (ликвидация крепостного права, земская, судебная и другие реформы), в царском манифесте 1905 г. и Основных законах 1906 г. (разрешение деятельности политических партий, признание политических прав граждан, создание законосовещательного органа и т.д.).

С другой стороны, по мере расширения границ Российского государства, включения в его состав новых народов усиливается их влияние на развитие отечественного права. В нем появляется сплав разных правовых решений, отражающих особенности культуры народов, входивших в состав России⁷.

Так, в связи с продвижением России на Восток все более укореняются такие тоталитарные и восточные элементы государственной жизни, как «верховное право правителя» (*imperium*). Усиливаются авторитарные формы организации власти, а достаточно развитые формы самоуправления – вечевые собрания, земские соборы и т.д. – предаются забвению. Этот перелом произошел в правление Ивана Грозного, в момент стремительного расширения России на Восток. В это время создается новая концепция самодержавной, ничем не ограниченной царской власти⁸.

Отпечаток восточных традиций можно обнаружить и в более поздней российской истории⁹. В то время, когда в Европе шел активный распад традиционных институтов и формировался новый облик общества и государства (развивались рыночные отношения, расширялись права человека, укреплялись устои парламентаризма), в России проводилась политика консервации прежних устоев (общинное ведение крестьянского хозяйства, социальная закрепощенность, бесправие, авторитарные методы управления), создавались новые формы тоталитаризма.

Географические факторы постоянно расширяющегося государства, включение в состав страны других народов (с сохранением за ними их земель, а не резерваций, заключением соглашений об управлении на основе местных обычаев и традиционных структур); военное противостояние и борьба против иноземных попыток порабощения народов или иностранные интервенции (в XIV–XIX вв. на два года войны в среднем приходился один год мира), длительно сохранявшаяся крепостная зависимость

⁷ См.: Трубецкой Н.С. История. Культура. Язык. М., 1996. С. 212–213.

⁸ См.: Лурье Я.С. Переписка Ивана Грозного с Курбским в общественной мысли Древней Руси // Переписка Ивана Грозного с Андреем Курбским. Л., 1979. С. 214–249.

⁹ См.: Библер В.С. На гранях логики культур. М., 1997.

крестьян, бесправие других «непривилегированных» слоев населения, социальные и этнические факторы, внутренние смуты, бунты, восстания, перераставшие, как это было в 1773 – 1775 гг., в настоящие крестьянские войны, придавали мощные импульсы установлению и сохранению централизованной авторитарной системы управления.

Указанная тенденция, хотя и по другим причинам (в том числе из-за тоталитарных элементов марксистско-ленинского учения, которое воплощала в жизнь единственная правящая партия коммунистов, сохранялась на протяжении большей части российской истории, в том числе после свержения царизма. В ленинизме-большевизме тоталитаризм принял лишь иное содержание и формы. Так, в резолюции VII съезда Российской партии большевиков утверждалось, что она посредством диктатуры «уничтожает отрицательные стороны парламентаризма, особенно разделение законодательной и исполнительной властей»¹⁰. В дальнейшем точно также уничтожались «отрицательные стороны» законности, что позволило в правление Сталина провести массовые репрессии, унесшие жизни многих миллионов людей¹¹.

Таким образом, первые истоки российской модели правового государства формировались под воздействием разнонаправленных факторов. Как следствие, возникали постоянные противоречия и конфликты по линии разлома, разделявшей государство и гражданское общество, власть и личность, рыночные вызовы и огосударствление управления экономикой, право и бесправие, попытки власти «осчастливить» народ «сверху» и утвердить тоталитаризм. На первый план выдвигалось не право, а власть. Такое наследие, хотя и с измененным содержанием и формой, сохранялось, как отмечалось, и в советское время.

Однако несмотря на заметное влияние на развитие российской государственности восточных и западных традиций, не они определяли пути формирования правового государства в России. Эти пути вызревали в массовых народных движениях. В результате революции 1905 г. были введены некоторые подобию отдельных элементов правового государства. Антитоталитарная демократическая революция конца 80-х – начала 90-х гг. XX века привела к изменению общественного и государственного строя, к принятию Конституции 1993 г., где впервые в российской истории закреплен принцип правового государства.

¹⁰ См.: КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций, пленумов ЦК. Ч. 1. М., 1962. С. 415.

¹¹ См.: *Пихоя Р.* СССР. История Великой Империи. Под знаком Сталина. СПб., 2009. С. 256.

Разные стороны этого понятия разрабатывались также в доктрине. После реформ конца XIX - начала XX века российские ученые (В.М. Гессен, С.А. Котляревский, П.И. Новгородцев и др.) создали работы, посвященные конституционному государству, политическим партиям, анализу некоторых социально-экономических прав человека, где они оперировали термином «правовое государство», правда, не применительно к России.

В советский период, хотя научная мысль была скована официальной идеологией, российские государствоведы исследовали явления, которые могли быть использованы при создании современной концепции правового государства. В частности, в российской науке впервые обосновывались концепции основных социально-экономических прав, статуса общественных объединений, организации советов, как универсальной формы представительства народа; коллегиальной главы государства, коллективных прав этнических сообществ.

Об общих закономерностях и особенностях формирования российского правового государства

Процесс создания правового государства в России отражает общие закономерности развития в мире. По отношению к правовому государству они проявляются в становлении таких качеств, которые выражают его сущность. Полный перечень таких главных качеств (признаков) еще предстоит установить, но, видимо, суть правового государства выражается в связанности правом с его развитыми социально-демократическими, экономическими и политическими институтами всех участников общественных отношений и прежде всего органов и должностных лиц публичной власти на территории данного государства, а граждан государства и за его пределами. В определении государства правовым важен также характер самого права.

Хотя и в российской, и в зарубежной науке используется многофакторный подход к анализу признаков правового государства (нем. *Rechtsstaat*, англ. *rule of law*, фр. *l'état de droit*), на первый план нередко выдвигаются его разные качества.

В немецкой доктрине традиционно особое внимание уделяется полноте законодательства, урегулированию законом, а не иными правовыми актами всех общественных отношений, которые нуждаются в таком урегулировании, а также принципу законности, особенно в деятельности органов публичной власти и должностных лиц. Об огра-

ничениях государства и власти в немецкой литературе говорится меньше¹².

В англосаксонских изданиях давно утвердилось положение о «господстве (правлении) права» (rule of law)¹³. Акцент ставится на деятельность субъектов отношений на основе права, причем не только закона, но и судебных прецедентов, правовых обычаев, об управлении правом их поведения, при этом внимание в первую очередь обращено на властвующие органы и должностные лица.

Во франкоязычной литературе более отчетливо выражен качественный элемент содержания правового государства: требование хорошего (bonne) управления. Французские конституционалисты Ж. Жиккель и Ж-Э. Жиккель считают, что из общей воли и уважения конституции проистекает «хорошее управление или правовое государство», под его сенью граждане получают защиту от произвола. При этом они отмечают, что некоторые французские административисты считают, что в специфических условиях Франции, где в Конституции нет положения о правовом государстве, «Конституционный совет Франции есть воплощение правового государства»¹⁴.

В России базовый принцип правового государства, закрепленный в Конституции наряду с другими принципами, в том числе демократического, социального, светского государства, стал той основой, на которой формировалось и формируется новое законодательство и постепенно складывается практика правового государства. Реализованы многие правовые задачи, которые предусматриваются Конституцией,

¹² См.: *Eberhard Schmidt-Aßmann*: Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Muller: Heidelberg, 1. Und unveränd. 2. Aufl.: 1987 und 1995: Band I: Grundlagen, 987-1043 (= § 24 mit 97 Rn); 3. Aufl., 2004: Band II: Verfassungsstaat, S. 541-612 (= § 26 mit 111 Rn); *Gabriele Wilde*, *Das Geschlecht des Rechtsstaats. Herrschaftsstrukturen und Grundrechtspolitik in der deutschen Verfassungstradition (Politik der Geschlechterverhältnisse Bd. 17, hrsg. Von Cornelia Klinger/Eva Kreisky/Andrea Maihofer/Birgit Sauer)*, Campus: Frankfurt/New York, 2001, Teil 1.2.: Zur Bedeutung und historischen Entwicklung des Rechtsstaats; *Karl Albrecht Schachtschneider*: *Prinzipien des Rechtsstaates*, Duncker & Humblot: Berlin, 2006, 1. Kap. Einleitung; 2. Kap.: Grundlegung des Rechtsstaats; 3. Kap.: Würde, Freiheit, Gleichheit, Rechte, Republik; Kap. 4.: Staat und Staatlichkeit.

¹³ См.: *Bradley A. W., Ewing K.D.* *Constitutional and Administrative Law*. 15th ed. L. 2011. P. 233, 246.

¹⁴ См.: *Gicquel J., Gicquel J.E.* *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 25-e éd. P. 2011. P. 11, 433.

хотя еще действуют некоторые акты советского времени¹⁵. Создана новая система законодательства, развивающая основные конституционные положения. Базовые отрасли оснащены кодексами, отражающими современный уровень социального запроса и его юридического решения. На основе новых ценностей и принципов сложилась структура правового регулирования, которая обеспечивает потребности решения долгосрочных задач в экономической, социальной, технологической и других сферах.

Продолжаются качественные изменения отечественного законодательства, связанные с использованием различных методов регулирования. В систему государственного регулирования и администрирования привносятся элементы саморегулирования, в том числе в связи с процессами развития рыночных экономических отношений¹⁶.

В соответствии с Конституцией создана и другая составляющая материальной основы правового государства – новая система органов государства и местного самоуправления. Сформированы различные виды государственной и муниципальной службы. Создание не только системы законодательства и механизма его эффективного применения, но и целостной структуры органов, действующих на демократических началах и в социальных целях, – это необходимое условие, предъявляемое в наше время к правовому государству.

В российском законодательстве существуют проблемы, препятствующие становлению правового государства. Оно до сих пор характеризуется неполнотой правового регулирования, не все положения Конституции освоены текущим законодательством¹⁷, в отдельных сферах сохраняются устаревшие подходы, не соответствующие современному пониманию общечеловеческих ценностей. К сожалению, законодательству

¹⁵ До сих пор официально не признаны не действующими на территории Российской Федерации около двухсот законов СССР.

¹⁶ Подробнее см.: *Les procédures administratives et le contrôle à la lumière de l'expérience européenne en France et en Russie*. Dirigé par Talia Khabrieva et Gérard Marcou. Paris, 2012.

¹⁷ Неисполнение требования Конституции о принятии федерального конституционного закона об административном судопроизводстве становится препятствием на пути формирования правового государства, особенно очевидным в условиях активизации гражданских инициатив.

свойственна разбалансированность, одной из причин которой является ускоренный рост законодательства¹⁸.

Количественное увеличение законодательного массива ведет к размыванию роли права как важнейшего регулятора общественных отношений и подрывает основы правового государства, постоянно «сдвигает» границы государственного вмешательства в общественную жизнь. Все чаще становится допустимым говорить не о недостаточности законодательства, а о его избыточности.

Практика правового государства не может полноценно формироваться, когда не обеспечивается гармоничное развитие законодательства. До настоящего времени отсутствует синхронность в наращивании отраслей российского законодательства. В последние десятилетия доминирующее значение придается отраслям, опосредующим экономические отношения, а институты, связанные с человеческим потенциалом, заметно отстают.

В значительной мере сохраняются недостатки законодательства, связанные с качеством текстов актов¹⁹.

Тем не менее, первый признак правового государства – создание его материальной основы (законодательства и системы органов) – налицо; в этой части Конституция РФ в основном реализована.

В российском государстве утверждается верховенство права, системность и иерархия правового регулирования. Верховенство права, как отмечалось, означает, прежде всего, связанность правом государства, его органов, должностных лиц, а также других органов и должностных лиц иной публичной власти, подчинение их праву. Отсюда вытекает принцип законности. Чаще всего он рассматривается применительно

¹⁸ По состоянию на август 2013 г. в Российской Федерации действуют около тысячи только «полнотекстовых» - не вносящих изменений, а целиком воздействующих на объект регулирования федеральных законов, и более двадцати тысяч таких же законов – в субъектах Российской Федерации. Если учитывать весь массив законодательства, который действуют в настоящее время, эти цифры возрастают в несколько раз. Только на федеральном уровне действует свыше четырех с половиной тысяч федеральных законов, а в субъектах Российской Федерации – их число превышает сто тысяч. Число законов постоянно и значительно увеличивается. В 2012 г. было принято 334, в 2011 г.- 431 закон, что в полтора раза больше, чем десять лет назад (в 2002 г.- 205 законов).

¹⁹ См.: Концепции развития российского законодательства. Под ред. Т.Я. Хабриевой и Ю.А. Тихомирова. М., 2010; Юридическая техника. Под ред. Н.А. Власенко и Т.Я. Хабриевой. М., 2009.;

к органам власти и должностным лицам, но он имеет более общий характер. Понятие законности отсутствует в действующей Конституции РФ, что безусловно не является ее достоинством, а могло бы усилить арсенал ее воспитательного значения. В ст. 15 Конституции РФ говорится о высшей юридической силе Конституции, об обязательном соответствии всех иных правовых актов (например, указов Президента РФ – ч. 3 ст. 90) законам. Согласно Российской модели федерации, соответствующие федеральные акты имеют иерархическое преимущество перед актами субъектов РФ, а акты последних – перед актами муниципальных образований (кроме сферы исключительных полномочий субъектов РФ и муниципальных образований, но и в этой сфере такие акты не могут противоречить федеральной Конституции и федеральным законам). Для предотвращения этого существуют специальные институты, в том числе особая система органов – Конституционный Суд РФ, конституционные и уставные суды субъектов РФ. Однако на практике элементы персонализма и авторитаризма публичной власти на всех ее уровнях иногда нарушают названный выше принцип.

Важнейшим индикатором правового государства является системное решение вопроса о правах и обязанностях человека и гражданина, включая равноправие. В действующей Конституции РФ права и обязанности закреплены на уровне современных международных стандартов, а некоторые конституционные положения его превосходят и представляют собой новеллы в мировом конституционном праве. Например, к ним относится норма о человеке как высшей ценности. Создана и действует сложная система специализированных правоохранительных органов и должностных лиц. Продолжает укрепляться судебная власть.²⁰ Однако вопрос о взаимных правах и обязанностях на всех уровнях – индивидов, коллективов, объединений, общества, государства – требует дальнейшего и полноценного конституционного решения.

Современные вызовы требуют регулирования новых явлений (терроризма, наркомании и других), тесно связанных с правами и обязанностями людей. Некоторые основы их регулирования должны быть заложены в Конституции, что позволит принять действенные законодательные решения. Правовое государство в России развивается в единстве и борьбе разных начал.

²⁰ См.: Правосудие в современном мире: монография / Под ред.: Лебедева В.М., Хабриевой Т.Я. – М.: Норма, Инфра-М, 2012; Justice in the Modern World. Edited by V.M. Lebedev and T.Y. Khabrieva. M.: Statut, 2013

Заметной чертой российского правового государства остается акцент на коллективные интересы, проявляемые на разных уровнях (общенациональном, региональном и местном) и в разных общественных отношениях (в том числе, в отношениях собственности). Вместе с тем, стремительно усиливается значение частных интересов, все более явно проявляющих себя в разных сферах государственной и общественной жизни.

Для российской модели утверждающегося правового государства долгое время был присущ в основном «силовой» перевес в отношении государства и личности. В правовом развитии преобладало стремление к ограничению свободы, к закреплению максимально унифицированного порядка пользования гражданами своими политическими, социальными и даже гражданскими правами. С принятием Конституции 1993 г. этот вектор правового развития был изменен. Его целью стала защита прав и свобод человека и гражданина, определяющей смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваемой правосудием (ст. 18).

Своеобразие формирующейся российской модели правового государства во многом определяется и «патерналистской» идеологией государственного управления. Эти элементы российского менталитета складывались на протяжении многих веков. Советская власть придала им лишь иную оболочку (непогрешимость коммунистической партии и персонально ее руководителей). Следствием реализации такой идеологии стало то, что основная масса российского населения не была приучена в необходимой мере соизмерять свои действия и значимость вызываемых ими социальных последствий и до сих пор сохраняет пассивность, в том числе в предпринимательстве, уповая в основном на государство.

Сохранению такого наследия способствует то, что демократические преобразования иницируются преимущественно «сверху», государственной властью, стимулирующей развитие правового государства в России через создание общественных палат, реформы партийной системы и избирательного законодательства и т.д. Но постепенно такая идеология государственного управления и соответствующий ей менталитет населения меняются под воздействием других ценностей, в том числе защиты прав и свобод личности, развития институтов прямой демократии, внедрения современных технологий управления, развития частной собственности и признания ее социальных функций, конкуренции политических партий.

В представлениях населения о российской модели правового государства свои особенности имеет и правосознание. Право воспринима-

ется в ряду таких явлений, как власть, государство, правительство²¹. История страны, традиции не способствовали укреплению гражданских начал жизни общества. Она строилась, главным образом, по законам «силовой иерархии», а не на правовых процедурах, обеспечивающих гарантии прав сторон. И только в последние годы, в результате проведения различных реформ, этот дисбаланс становится все менее заметным.

Так постепенно, в преодолении существующих проблем, в борьбе и единстве разных начал, в России выстраивается новый каркас правового государства, в котором власть и право должны соединиться.

Без такого синтеза идея правового государства обречена оставаться абстрактной теорией либо мечтой. Вместе с тем, очевидно, что его построение не может быть осуществлено без решения множества других задач, в том числе в экономической, социальной и духовной сферах, определяющих общий уровень развития права и государства.

Текст © Talia Y. Khabrieva, 2013

²¹ См. интервью Т.Я. Хабриевой «Российской газете» (Юридическая неделя) от 3 июня 2010 г. № 120(5199); Самарин Ю.Ф. Избранные произведения. М., 1996. С. 507.

Надя Е. Недзел
профессор Правового Центра Южного Университета
(США)

**ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА
ИЛИ ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО:
ОТКУДА МЫ ПРИШЛИ И КУДА МЫ ИДЕМ?**

Аннотация

Статья посвящена концепции правового государства, возникшей в рамках идеологии позитивного (континентального) права, и концепции верховенства права, зародившейся в сфере общего (англосаксонского) права. При сравнении двух концепций оценивалось влияние, которое каждая из них способна оказывать на экономическое развитие и свободу личности. В статье сделан особый акцент на различиях как самих концепций, так и культур, их породивших, с целью определить, что же в английском верховенстве права традиционно обеспечивает стабильность, более надежную защиту свобод и лучшие стимулы для экономического развития.

Введение

Хотя термины «верховенство права» и «правовое государство» используются весьма часто, точность их применения нередко оставляет желать лучшего. Путаница в отношении исторически сложившихся различий между этими терминами привела к тому, что для ученых и политиков, принадлежащих к различным правовым культурам¹, дискуссия на эту тему

¹ См., например, Резолюцию Европейского совета 1594Kw2007.docx (3). Несмотря на общую приверженность этому принципу [верховенству права], расхождение в терминологии и в понимании этого термина как в самом Совете Европы, так и в государствах-членах вызвало недоумение. В частности, французское выражение *état de droit* (будучи, возможно, переводом термина *Rechtsstaat*, известного не только в германской правовой традиции и во многих других) использовалось довольно часто, но оно не столь адекватно передает смысл английского понятия *the rule of law*, как выражение *prééminence du droit*, что отражено во французском варианте Устава Совета

стала весьма затруднительным, если не вообще невозможным делом. Некоторые ученые и многонациональные институты пытались синтезировать такое определение верховенства права, которое бы включало в себя как элементы традиционной концепции «верховенства права», характерной для сферы общего (англосаксонского) права, так и положения концепции «правового государства»², относящейся к идеологии позитивного (континентального) права; в то время как другие утверждали, что со времен Второй мировой войны оба эти понятия идут курсом на конвергенцию³.

Однако хотя оба юридических термина и имеют ряд сходных по смыслу значений, они все же возникли в двух отличных друг от друга правовых культурах. Эти два понятия различны, в связи с чем при дальнейшем обсуждении надлежащей деятельности органов государственной власти нам понадобится более четкое понимание этой разницы. В то время как оба термина подчеркивают, что закон равен для всех, термин «*правовое государство*», он же *état de droit*, он же *Rechtsstaat*, относится к государству, которое использует для целей управления законодательные акты, принятые демократическим парламентом. Отсюда следует, что такое государство управляется *посредством закона и по закону*. Это отличается от государства, которое само подчиняется доктрине верховенства права, от-

Европы, преамбуле Европейской конвенции о правах человека (ETS № 5) и прецедентном праве Страсбургского суда.

² *Gosalbo-Bono R. The Significance of the Rule of Law and its Implications for the European Union and the United States (Госальбо-Боно Р. Значение верховенства права и его последствия для Евросоюза и США) 72 U. Pitt. L. Rev. 229, 360 (2010).*

³ Сравните определение и описание верховенства права (подготовлено организацией World Justice Project, доступно по адресу: <http://worldjusticeproject.org/factors/limited-government-powers>), где присутствуют элементы обоих принципов (включая равное правоприменение, ограничение полномочий правительства, защиту основных прав, а также использование системы сдержек и противовесов), с резолюцией Совета Международной ассоциации адвокатов от 8 октября 2009 года относительно Комментария на резолюцию о верховенстве права (2005) на www.ibanet.org (подчеркивание независимости судебной власти, презумпции невиновности, права на безотлагательное рассмотрение дела судом, равного правоприменения). Но обратитесь также к определению, приведенному в (S/2004/616) Докладе Генерального секретаря ООН о верховенстве права и переходной юстиции в конфликтных и постконфликтных обществах: <http://www.un.org/en/ruleoflaw/index.shtml>. Определение Генерального секретаря ООН гораздо ближе к идее правового государства, так как оно подчеркивает равное правоприменение, а вовсе не ограничение власти правительства.

носящейся как к обычным, так и к институциональным средствам защиты индивидуальных свобод и ограничения полномочий правительства⁴.

Известные «восемь принципов Лона Фуллера»⁵ часто приводятся как своего рода критерии качества действующих норм права, а следовательно, необходимы и верховенству права, и правовому государству⁶. Клаус Штерн представил схожий и, возможно, даже более полный перечень характеристик для описания правового государства⁷. При этом ни тот ни другой перечень не признает в явной форме понятий, характерных лишь для англо-американской концепции: преимущественное предпочтение практики, а вовсе не теории права; понимание того, что главной целью государственного правления является защита прав граждан неинструментальными (инструментализм – направление в философии и методологии науки, рассматривающее научные понятия, теории и гипотезы как инструменты, необходимые для ориентации человека в его взаимодействии с природой и обществом. Википедия. – *Прим. ред.*) методами; акцент на соблюдении прав и свобод личности, самоуправлении, а также обеспечении эффективных правовых, культурных и прочих

⁴ См.: *Dyzenhaus D. Book Review. The End of the Road to Serfdom (Дизенхаус Д. Рецензия на книгу «Конец дороги к рабству»)*. 63 *U. Toronto L. Rev.* 317-318 (2013).

⁵ *Fuller L.L. The Morality of Law (Фуллер Л.Л. Нравственность права)*. Revised Ed., Yale University Press, New Haven, 1969. С. 33-38.

⁶ Фуллер изложил свои принципы, следуя от противного, в притче, где некий царь по имени Государь (в оригинале: King Rex) пытается создать правовую систему. Будучи переведены в позитивную форму, эти восемь принципов выглядят так: 1. Всеобщность (Generality). 2. Общеизвестность (Notice or publicity). 3. Перспективность (Prospectivity). 4. Ясность (Clarity). 5. Непротиворечивость (Consistency). 6. Соответствие (Conformability). 7. Постоянство (Stability). 8. Сравнимость (Congruency). Цит. по книге *Margaret Jane Radin. Reconsidering the Rule of Law (Рейдин М.Д. Переосмысливая верховенство права)*. *U 69. Boston L. Rev.* 781, 785 (1989).

⁷ *Stern K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland [Государственное право Германии]* 781 (2nd ed. Munich: CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1984) (цит. и пер. в *Venter F. South Africa: A Diceyan Rechtsstaat?*) (*Ванте Ф. Южная Африка: Rechtsstaat по Дайси*), 57:4 *MdGill L. J.* 721, 726 (2012): Конституционное государство: конституция – основа правопорядка и высшая правовая норма государства. 1. Человеческое достоинство, свобода и равенство. 2. Контроль за государственной властью. 3. Законность. 4. Юридическая защита. 5. Возмещение вреда. 6. Защита от злоупотребления властью.

средств защиты от правительства, неизбежно стремящегося посягнуть на эти свободы⁸.

Ученые давно заметили, что в странах англосаксонского права обеспечивается, как правило, лучшая защита индивидуальных свобод; там налицо большая свобода экономических, деловых и трудовых отношений; большая стабильность правительства и более высокие темпы экономического роста, чем в странах континентального права, что можно видеть на сравнении материалов *Мировой карты экономических свобод*, подготовленной Heritage Fund, *Индекса коррупции*, составленного Transparency International, и, наконец, *Индекса верховенства права*⁹, регулярно публикуемого World Justice Project. Страны, занимающие первые места в *Индексе верховенства права* (Канада, Австралия, Дания, Норвегия, США), относятся одновременно к наиболее процветающим и к наиболее свободным государствам мира¹⁰.

В настоящем эссе мы будем обсуждать историю развития двух правовых систем и сравнивать некоторые результаты воздействия каждой из них на экономические и гражданские свободы, а также осветим культурные причины различий, существующих между ними. Завершится наше эссе обсуждением тех их особенностей, как юридических, так и культурных, которые делают государственное управление эффективным.

Задача данной работы – показать, что именно в исторических концеп-

⁸ В целом см.: *Hayek F.A. The Road to Serfdom: Texts and Documents, The Definitive Edition (Хайек Ф.Э. Дорога к рабству: тексты и документы. Полное издание)* (ed. Bruce Caldwell, U. Chicago Press, 2007) (впервые издано в 1944 г.): обсуждение неизбежного роста и разрушительных действий бюрократического государства.

⁹ 2013 Economic Freedom of the World Heat Map (Тепловая карта мира: Экономические свободы) составлена Heritage Fund, доступна по адресу: <http://www.heritage.org/index/heatmap>, дата 1 июля 2013, а также 2011 Corruption Perceptions Index (Индекс восприятия коррупции), составлен Transparency International, доступен по адресу: <http://www.transparency.org/cpi2011/results>. См. также: *Nedzel N.E. The Rule of Law: Its History and Meaning in Common Law, Civil Law, and Latin American Judicial Systems (Недзел Н.Е. Верховенство права: История и значение в системах общего и гражданского права, а также в правовых системах Латинской Америки)*. 10 *Richmond J. Global L. & Bus.* 57, 60 (2010), со сводными картами с данными на 2010 г. и цитируемыми источниками.

¹⁰ World Justice Project Rule of Law Index 2012–2013 Report (Отчет по индексу верховенства права) составлен World Justice Project, доступен по адресу: <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index-data>.

туальных и культурных различиях, лежащих в основе английской правовой системы, традиционно обеспечивает большую политическую стабильность, более надежную защиту гражданских свобод и лучшие стимулы для экономического развития.

1. История доктрины верховенства права

Англо-американская концепция верховенства права состоит из двух взаимозависимых компонентов: 1) обязательство каждого гражданина подчиняться закону (т. н. *компонент правопорядка*), и 2) обязательство правительства действовать в правовых рамках (т. н. *компонент ограничения власти правительства*). Второй компонент означает большее, чем просто недопущение коррупции в правительстве и осознание того, что законы равны для всех. Он означает, что именно *право*, а не *правительство*, является конечной – верховной – инстанцией и что правительство отвечает перед народом за любые посягательства на гражданские свободы: «Правительство законов, а не людей»¹¹. Концепция, по отношению к которой многие чувствуют себя неловко, включает в себя теорию общественного согласия, выдвинутую Джоном Локком, который считал, что власть правительству дается с согласия народа, а также что единственной целью правительства является защита гражданских свобод тех, кем оно управляет, и если оно этого не делает, то граждане имеют право призвать такое правительство к ответу¹². В соответствии с англо-американской концепцией права личности ограничивают государственную власть (иногда ученые именуют такие права *негативными*), тогда как в соответствии с континентальной правовой концепцией правительство должно ограничивать себя само, предоставляя физическим лицам права (иногда их называют *позитивными*) на труд, охрану здоровья и т. д.

Оксфордский правовед А. В. Дайси использовал термин «*верховенство права*» в 1885 году для описания ограничений, налагаемых на британское правительство:

«Верховенство права <...> по сей день остается отличительной особенностью английской конституции. В Англии никто не может нести наказание или возмещать убытки за любые свои деяния, если те не запрещены законом в явной форме. Законные права и ответственность каждого гражданина неизменно определяются обычными судами королевства, а права каждого человека в гораздо меньшей степени представляют со-

¹¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 163 (1803).

¹² U.S. Declaration of Independence.

бой результат действия нашей Конституции, чем той основы, на которой конституция базируется»¹³.

Дайси утверждал, что движение правового позитивизма, разработанное Джереми Бентамом, Джоном Остином и другими, согласно которому право определяется государством, является по сути своей инструменталистским и никак не согласуется с концепцией верховенства права¹⁴.

Опираясь на описание Дайси, живший в XX веке британский политический философ Майкл Оукшотт различал два типа государства и два типа культур, заявляя следующее: «Государства могут выступать либо как гражданские, либо как предпринимательские объединения¹⁵, а культуры могут способствовать либо независимым гражданам, либо антииндивидуалистам – т. е. их противоположности»¹⁶.

Объединения граждан являются не-инструменталистскими и, следовательно (за исключением военного времени), поощряют индивидуальный экономический рост. В отличие от этого, государство, представляющее собой как бы объединение предприятий, сосредоточивается на некой коллективной цели (т. н. единая воля). В противоположность этому объединение же граждан никакой общей цели не имеет и существует лишь для того, чтобы максимально расширить возможности независимых граждан для достижения своих, лично ими выбранных целей¹⁷. Независимые граждане – это те, кто хочет самостоятельно выбирать цели и принимать ответственность за последствия своего выбора, поэтому их в первую очередь интересует *равенство возможностей*, а не *равенство результатов*. Антииндивидуалисты – это те, кто психологически не желает брать на себя ответственность за собственные решения или устанавливать себе собственные цели, поэтому им нужно такое правительство, которое сосредоточится на равенстве результатов, что они определяют как *общее благо*.

Сегодня зачастую предполагается, что право следует использовать инструментально, то есть как средство достижения цели, и часто такой целью оказывается некое равенство – например, программы социального

¹³ Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution IV (Дайси А.В. Введение в изучение конституционного права), 1915 (Liberty Classics, 1982).

¹⁴ См. там же, с достижением тех же выводов.

¹⁵ См.: Oakshott M. On Human Conduct (Оукшотт М. О человеческом поведении). Oxford U. Press, 1975. С. 118-119, 149.

¹⁶ Oakshott M. Masses in Representative Democracy (Оукшотт М. Массы в репрезентативной демократии), 1962.

¹⁷ См.: Oakshott M. Human Conduct

обеспечения, обязательное участие в работе различных образовательных организаций или организаций социального обеспечения. Хотя такие программы могут быть приняты в соответствии с демократическим процессом, они тем не менее внутренне противоречат принципу верховенства права, потому что государство должно наделить кого-то властью определять достоинства других – в плане того, заслуживают они награды или нет. Поступая так, государство сужает свободы личности, формируя законодательство, которое дает некоторым гражданам привилегии, которых лишены другие, и, следовательно, создает законы, не равные для всех¹⁸. Кроме того, такие системы гораздо более подвержены коррупции (ибо дают тем, кто сидит в правительстве, право распределять политические блага), они также могут привести к усилению политического раскола, когда одна или несколько политических фракций возражает либо против тех средств, с помощью которых правительство пытается достичь цели, либо против самой этой цели. Недавний пример такого подхода вызвал политические разногласия, возникшие в США по поводу Закона о защите здоровья и доступности медицинских услуг (Obamacare). Понимание права как верховной инстанции необходимо, чтобы гарантировать, что судьи делают все от них зависящее в стремлении основывать свои решения на праве, а не на политических соображениях¹⁹, и чтобы удержать как чиновников, так и законодателей от превышения своих полномочий. Рост бюрократического государства неизбежно приводит к росту полномочий правительства, что, в свою очередь, подрывает верховенство права²⁰.

¹⁸ См.: *Hayek F.A. Lecture IV: The Decline of the Rule of Law. The Political Idea of the Rule of Law* (National Bank of Egypt, Cairo 1955). С. 46-48.

¹⁹ *Tamanaha B.Z. How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law* (Таманага Б.З. Как инструменталистский взгляд на право разъедает принцип верховенства права). 56 DEPAUL L. REV. 469, 504 (2007).

²⁰ *Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution, lv* (1885) (Дайси А.В. Введение в изучение конституционного права, LV), 1885 («Изначальное почитание верховенства права в Англии в течение последних тридцати лет испытало заметное угасание»); *Hayek F.A. Lecture 1: Freedom and the Rule of Law. A Historical Survey in The Political Ideal of the Rule of Law* (Хайек Ф. Лекция 1: Свобода личности и верховенство права: Историческое обозрение политического идеала верховенства права). Univ. of Chicago, 1955. С. 3. («Главная причина, почему я решил обратиться к моему предмету исторически, – объяснить вам, насколько сильно изменилась вся структура государственной власти... Эта революция постепенно свела на нет большую часть гарантий свободы личности».)

2. Правовое государство: вместо отцов-основателей – генералы

Как язвительно заметил чилийский экономист Хосе Пиньера (один из соучредителей частной системы пенсионного страхования в Чили), если у США были *отцы-основатели* (Founding Fathers)²¹, то странам в Латинской Америке чаще «везло» на *генералов-основателей* (Founding Generals). Такое заявление оказалось даже точнее, чем мог представить его автор: ведь сама традиция гражданского права основана на Дигесте римского императора Юстиниана. Одним из преобладающих понятий в Corpus Juris Civilis, кодифицированном императором Юстинианом в 427 году н.э., было утверждение, что правительство (читай: император) само и является законом²²: «*Sed quod principi placuit legis habet vigorem*» – «То, что нравится правителю, имеет силу закона» и «*Princeps legibus solutus est*» – «Правитель не связывает себя законом»²³.

Традиции гражданского права, взятые в неизменном виде из греческих и римских образцов юридической мысли, основаны на их логическом выведении из первичных принципов. Таким образом, концепция государства законов традиционно рассматривается в них как оксюморон: ибо законы не могут сами себя создавать или сами обеспечивать свое соблюдение, а посему должно существовать создающее их государство, и, следовательно, именно оно стоит на первом месте. Различие между общим (англосаксонским) и гражданским (романо-германским) правом можно уподобить спору о курице и яйце – что из двоих первично: общее право говорит, что по всем признакам целесообразности первично право как яйцо – зародыш жизни в общественном сосуществовании, который возник первым, а вовсе не некое суверенное государство²⁴. Согласно же евклидовой дедуктивной логике, представители континентальной школы утверждают, что сначала надо было иметь курицу (государство), которая затем смогла бы снести яйцо (право).

²¹ К отцам-основателям США обычно причисляют Томаса Джефферсона, Джорджа Вашингтона, Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона, Джона Адамса и Бенджамина Франклина.

²² *Gosalbo-Vono*, см. сноску 3, с. 229, 235 (2010).

²³ Дигест 1.4.1 и Дигест 1.3.1. Цит. по *Stein. Roman Law in European History (Штейн. Римское право в истории Европы)*. Cambridge Univ. Press, 1999. С. 59.

²⁴ См., например: *Ellickson R. Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes (Элликсон Р. Порядок без права: Как соседи улаживают раздоры)*, 1995; *Zane J.M. The Story of Law (Зейн Д.М. Повесть о праве)*. Liberty Fund, 1998. С. 343.

2.1. Французская революция и l'état de droit

État de droit (правовое государство) как французская версия концепции неспешно развилось из философии эпохи Просвещения и отрицания Великой французской революцией всей прежней окаменелой социальной структуры с ее напыщенной правовой системой, что воплотилось в знаменитом лозунге «Свобода, Равенство, Братство». Эммануэль-Жозеф Сиейес, брошюра которого «Что есть третье сословие?» стала революционным манифестом, считал, что новая французская нация будет целиком состоять из третьего сословия (простолюдинов). Основываясь на этом, его теория полагала, что нация, состоящая лишь из одной социальной группы, будет объединена единой (и единственной) демократической волей и посему сможет рассматривать и принимать законы целенаправленно и эффективно²⁵. После революции, акцент был сделан на единстве Правового государства как воплощении описанной Ж.-Ж. Руссо *единой воли (volonté générale)*. Взгляд революционеров на правительство был сугубо инструменталистским – правительство выступало как предпринимательская ассоциация, чьей главной задачей было полностью преобразовать Францию, сделав это политически, юридически и социально, – с тем чтобы свергнуть прежние государственные учреждения и полностью порвать с тысячелетней национальной историей²⁶.

Французская Декларация прав человека и гражданина (1789) – как основополагающий документ Великой французской революции – провозглашала такие гражданские права, которыми французы никогда ранее не обладали. Это делает ее поразительно непохожей на североамериканский Билль о правах, целью которого было защитить отдельных граждан и представителей меньшинства от тирании: будь то со стороны воинствующего большинства или со стороны правительства. Французская Декларация зиждилась на опасении, что некоторые корыстолюбивые индивидуумы и меньшинства (фракции), представляющие частные интересы, могут нарушить целостность единой воли, тем самым разрушив гармонию и коллективное благополучие нации²⁷, – таким образом, целью Декларации о правах было защитить большинство от происков меньшинства или отдельных индивидуумов. Французские революционеры боялись вовсе не концентрации власти – они боялись застоя в принятии решений.

²⁵ *Dunn S. Sister Revolutions: French Lightning, American Light (Данн С. Революции-сестры: Французское Просвещение и Американский Свет), 1999. С. 60.*

²⁶ *Id. С. 11-12.*

²⁷ *Id. С. 153.*

Они считали, что разделение властей, а также система сдержек и противовесов неуместны, поскольку способны помешать проведению радикальных мер, необходимых для переустройства общества. В 1790 году Национальное собрание Франции запретило судебным органам вмешиваться в осуществление законодательной власти, а также пытаться приостановить исполнение законов.

Такой инструменталистский взгляд правительства неизбежно проложил путь Эпохе якобинского террора (1793–1794), в ходе которой 41 594 человека были казнены как «враги революции». То, что проглядели французские революционеры, на деле было принципом, знакомым еще Платону и Аристотелю. Всякой демократической форме правления внутренне присуща нестабильность, к тому же правление большинства неизбежно приводит к злоупотреблениям и репрессиям в отношении меньшинства²⁸. Задача системы сдержек и противовесов – защитить отдельных граждан, а также меньшинства и фракции от преследований со стороны демократически избранных тиранов.

Когда Наполеон пришел к власти, он обнародовал уже третью конституцию Франции, известную как Конституция VIII года, которая вместе с гражданским кодексом отразила главные достижения Революции: народный суверенитет, суд присяжных (по уголовным делам), равенство всех перед законом, неприкосновенность частной собственности, гражданское ополчение во время войны, свобода вероисповедания, отмена феодальных привилегий и свобода печати. Наполеоновский *Code Civil des Français*, включавший в себя целый ряд традиционных принципов, заимствованных из Кодекса Юстиниана (*Corpus Juris Civilis*), был построен как логическая, последовательная и прозрачная система частного права. Право, основанное на законодательстве и обычаях, было призвано стать предсказуемым, прозрачным и равным для всех граждан. Таким образом, данная правовая система вобрала в себя некоторые из концепций правового государства. Термин *état de droit* был разработан в конце XIX века, спустя долгое время после падения Наполеона, и был однозначно введен

²⁸ «Демократия вот-вот вырождается в анархию; такую анархию, что каждый будет делать лишь то, что правильно в его собственных глазах, и ни жизнь, ни имущество, ни репутации, ни свобода других не будет в безопасности, и каждое из вышеперечисленного вскоре войдет в систему полной субординации моральных добродетелей и интеллектуальных способностей, всех сил богатства, красоты, ума и науки, служа бессмысленному удовольствию, капризной воле и отвратительной жестокости одного или немногих». Адамс Д. Эссе о человеческой жажде власти (1763).

французскими юристами как нормативный принцип, предназначенный для компенсирования очевидных недостатков системы государственного управления²⁹. Французское публичное право продолжало вращаться вокруг концепции *единой воли*³⁰, а юристов и преподавателей права занимал вопрос о том, как следует контролировать законодательную власть³¹.

Под влиянием немецкой концепции правового государства (*Rechtsstaat*) Карре де Мальберг утверждал, что государство – это структура, которая может действовать только посредством права, будучи способно путем самоограничения связывать себя своими же правовыми нормами³². Его теория гласила, что право существует для защиты прав личности и что эти права защищены законодательно принятыми нормами лишь частично³³. Французские юристы особо обратили внимание на статус Декларации прав человека и гражданина (1789) в конституционных рамках Третьей республики. В конечном счете Карре де Мальберг, будучи сам позитивистом, утверждал, что без конкретных дополнений к Конституции Декларация может вовсе не иметь юридической силы. По контрасту, североамериканская Декларация независимости 1776 года с ее аналогичным пред-конституционным заявлением о правах, отсутствующих в Конституции США 1787 года, цитировалась Верховным судом США 212 раз (последний раз в 2011 году), а в федеральных и государственных судах в общей сложности 2641 раз³⁴.

²⁹ *Loughlin M.* The Rule of Law in European Jurisprudence. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission,) Study 512/2009, CDL-JD (2009) 004 (Strasbourg, 29 May 2009)

³⁰ См.: *Redor M.-J.* De l'état légal à état de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879–1914 (Paris: Economica, 1992). С. 52-59; *Bacot G.* Carré de Malberg et L'Origine de la Distinction entre Souveraineté du Peuple et Souveraineté Nationale (Paris: CNRS Éditions, 1985) (цит. в Loughlin,).

³¹ Шарль де Голль обратился к этому вопросу в Конституции Пятой республики, расширив власть президента: ибо во время Четвертой республики требовался закон Национального собрания даже для того, чтобы передвинуть на парижских улицах лошадиные ясли с одного места на другое. См.: *Chantebout B.* The French Constitution: Its Origin and Development in the Fifth Republic. Translation by David Gruning (Louisiana State U. Press, 1998).

³² *Raymond Carré de Malberg.* Contribution à la Théorie générale de l'Etat [1920] (Paris: Dalloz, 2004). Vol. 1, 228-243 (цит. в Loughlin).

³³ *Raymond Carré de Malberg.* Contribution à la Théorie générale de l'Etat (1920-1922). С. 493-500.

³⁴ См.: *Stern v. Marshall.* S. 131. Ct. 2594 (2011); ном. цит. на 13 июня 2013.

Являясь чисто теоретической концепцией, *état de droit* определяется как «ситуация, которая 1) в результате подчинения правовому порядку исключает появление в обществе анархии и частного правосудия, или которая 2) в более точном смысле, относится к уважению прав, гарантированных тем, кто соблюдает законы государства – в том, что в их отношении не будет допущено никакого произвола». Первое положение из вышеприведенных относится к компоненту «правопорядок», характерному для доктрины верховенства права. Второе относится к гарантии гражданских прав – в том, что законы будут применяться одинаково ко всем, однако это вовсе не означает, что основная власть принадлежит народу, а не закону, и что правительство подчиняется и тому и другому.

2.2. Rechtsstaat

В дополнение к своему появлению на свет более чем сотней лет раньше французской концепции правового государства (*état de droit*) немецкая доктрина *Rechtsstaat* представляется более сложной, чем ее французский эквивалент³⁵. Немецкие юристы пытались примирить современные им требования свободы с традиционностью правящих авторитарных структур. Духовным отцом концепции *Rechtsstaat* обычно называют Иммануила Канта³⁶, который определял государство как объединение множества людей по законам справедливости в любом «законном государстве», обязательно управляемом по законам разумности, основанным на защите свобод, равенства и личной независимости каждого члена общества³⁷. Концепция Канта, таким образом, основывается на понятии негативной свободы – когда правительство обязано не затрагивать свободы частного лица, а также обязано защищать частных лиц от посягательств на них со стороны других индивидуумов³⁸. Таким образом, эта концепция основана на посылке, что свобода первична, а роль правительства надлежащим образом ограничена. В таком виде концепция Канта вполне согласуется с классической англо-американской идеей *верховенства права*. В 1798 году Иоганн-Вильгельм Плацидус отчеканил термин *Rechtsstaat*,

³⁵ *Gosalbo-Bono*, см. сноску 3, с. 247-249 (объяснение задержки в развитии французского термина *l'état de droit*).

³⁶ См.: *History of Political Philosophy*, edited by Leo Strauss and Joseph Cropsey. The University of Chicago Press, 1987. С. 581-582, 603.

³⁷ *Gosalbo-Bono*.

³⁸ *Loughlin M. Foundations of Public Law* (Oxford U. Press, 2012). С. 319.

который был популяризирован Робертом фон Модем в 1844 году³⁹. Концепция фон Моля отличалась от кантовской: вместо негативной свободы Канта фон Моля продвигал идею свободы *посредством* государства. Правовое государство должно было поощрять действия правительства общей целью содействия полному развитию личности⁴⁰. Таким образом, концепция фон Моля основывается на «позитивных правах» и этим контрастирует с концепциями Канта и англосаксонского права в том, что правительству надлежит предотвращать посягательства на свободу личности, и в том, что люди сами несут ответственность за собственное развитие.

После провала революции 1848 года концепция фон Моля сама была переопределена политическим компромиссом между монархическим авторитаризмом и либеральным конституционализмом⁴¹. После переопределения концепция стала основываться на трех элементах – теориях «государственного самоограничения», «субъективного права» и «примата права»⁴². В силу влияния правового позитивизма государство понималось как юридическое лицо, а права создавались только с помощью законодательства⁴³. Иеринг определил косвенные трудности в отношении связи между государством и правом, которые, согласно этой концепции, состояли в том, что раз нет никакой власти над государством, то государство должно ограничивать себя само⁴⁴.

Понятие самоограничения имеет смысл только в рамках предпринимательской ассоциации, т. е. там, где существует коллективный субъект, имеющий коллективную цель. Напротив, в гражданской ассоциации самоограничение отсутствует, поскольку существует право, ограничивающее законодателей, исполнителей и судей. Кроме того, в соответствии с англо-американским принципом *верховенства права*, согласно которому люди «наделены своим Творцом определенными неотчуждаемыми правами» (право на жизнь, свободу и стремление к счастью), права, предоставляемые гражданам согласно доктрине *Rechtsstaat*, оказываются полученными от государства. Хотя государство и считалось «обязанным» следовать

³⁹ *Placidus J. W. Litteratur der Staatslehre, Ein Versuch* (1798); *Robert von Mohl. Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen der Rechtsstaates* 8 (Tübingen, Laupp, 1844) (Political Science according to the Principles of the Rechtsstaat) (цит. в Gosalbo-Bono).

⁴⁰ *Loughlin. Foundations* см. сноску 38, с. 319.

⁴¹ *Id.* С. 319.

⁴² *Gosalbo-Bono*, см. сноску 3, с. 242.

⁴³ *Loughlin. Foundations* см. сноску 38, с. 320.

⁴⁴ *Id.*

закону, но если этого не произошло, граждане вовсе не имеют того права на сопротивление, которое предоставлено им североамериканской Декларацией независимости. В XIX веке термин *Rechtsstaat* означал государство как выразителя *единой воли*, так и наделенного собственной волей, основанной на субъективном праве государства править в соответствии с законодательными актами. Таким образом, это было способом установления легитимности власти, а вовсе не способом наделения граждан правами.

К концу XIX века и в начале века XX термин *Rechtsstaat* сделался настолько эластичным, что временами рассматривался как «волшебный ящик», откуда умелый юрист, словно цирковой фокусник, мог извлечь любой необходимый государству правовой принцип или требование. Некоторые юристы, не стесняясь, квалифицировали гитлеровский Третий рейх как образцовое *Rechtsstaat*⁴⁵. Если *Rechtsstaat* определять просто как государство, основанное на правопорядке, то – поскольку последний в Третьем рейхе присутствовал в полной мере – гитлеровская Германия являлась таким *Rechtsstaat*.

Австриец Ганс Кельзен попытался реабилитировать термин *Rechtsstaat*, используя его в своей работе «Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция» как термин правоведческий, а не политологический. Кельзен утверждал, что государство зиждется вовсе не на власти, а на праве, и что правовая система должна быть иерархической, где на самом верху стоит основополагающая норма (*Grundnorm*): например, конституция⁴⁶. Влияние Кельзена проявляется в таких правовых системах, какими после Второй мировой войны обладали Германия и Франция, где конституция играла роль основополагающего документа и имелись отдельные конституционные суды, бравшие на себя ответственность за разрешение конституционных споров.

С тех времен концепция *Rechtsstaat* утвердилась в качестве основополагающего принципа Основного закона Германии (1949), где говорится, «что конституционный строй в землях Федерации должен отвечать принципам республиканского, демократического и социального государ-

⁴⁵ *Schmitt C. Nationalsozialismus und Rechtsstaat. Juristische Wochenschrift* 716 (1934). С. 716 (цит. в Gosalbo-Bono).

⁴⁶ *Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1984); *Kelsen H. Staat und Recht. Soziologische Hefte* (1922) at 18-27; *Kelsen H. Rechtsstaat und Staatsrecht* (1913). С. 36 (цит. в Gosalbo-Bono).

ства в условиях верховенства права (sic!)»⁴⁷. Таким образом, концепция *Rechtsstaat* превратилась в конституционный принцип управления деятельностью государства, что включает в себя такие фундаментальные организационные принципы, как принцип разделения властей, возможность пересмотра судебных решений Конституционным Судом Германии (*Bundesverfassungsgericht*), а также принципы соблюдения законности, справедливой процедуры, правовой определенности и пропорциональности⁴⁸. Однако сохраняется некое противоречие между формальной либеральной защитой *Rechtsstaat* и социальными/инструменталистскими ценностями, подразумеваемыми концепцией «социального государства» (*Sozialstaat*). В результате одни современные юристы интерпретируют концепцию *Rechtsstaat* в крайне политизированной манере, в то время как другие ее полностью отвергают⁴⁹.

Концепции *Rechtsstaat* и *верховенства права* отличаются по двум пунктам: 1) англо-американская традиция не считает, что право может быть сведено к логической системе, контролируемой только лишь конституционным судом; 2) она не считает, что права гражданину предоставляются государством. Кроме того, эти две концепции указывают на скрытое различие в том, как следует думать о праве. Рассматривая право как рациональную науку со скрытой структурой, которая может быть раскрыта, европейские цивилисты одно время считали (почитая это «почти что как символ веры»), что существование единственной, полной, последовательной и логической системы прав, регулирующей все правоотношения, является возможным и что человеческий разум способен таковую придумать⁵⁰. По контрасту: разум, действующий в рамках общего права, рассматривает право как в эмпирическом и прагматическом, так и в рациональном аспекте, таким образом, общее право оказывается в той же степени индуктивным, сколь и дедуктивным. Кельзеновская концепция

⁴⁷ В официальном английском переводе дается термин *rule of law*. По данным на 19 июня 2013, доступно по адресу: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html. Однако в немецкой версии использован термин *Rechtsstaat*: «(1) Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen». – *Курсив наш.*

⁴⁸ *Gosalbo-Bono*, см. сноску 3, с. 244-245.

⁴⁹ *Loughlin*, *Foundations* см. сноску 38, с. 321.

⁵⁰ *Butte W.L.* *Doctrine and Jurisprudence in Mexico. The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions* (Joseph Dainow ed., LSU Press, 1974). С. 311, 315.

конституции как *grundnorm* согласуется с англо-американской концепцией конституции как высшего закона государства, но концепция общего права, разработанная в США, основана на унаследованных индуктивных привычках и правах, возникших до появления государства, и предполагаемом скептицизме в отношении к правительству, нежели на зависимости от дедуктивного мышления или же способности правительства к самоограничению.

Согласно континентальной традиции, права людям дарованы государством. В традиции англосаксонского права полномочия государства ограничены, и оно должно оправдать свои действия тем, что таковые ничем не ущемляют неотъемлемые права человека.

3. Англо-американцы и отцы-основатели

В отличие от континентального сосредоточения на теории, равенстве всех перед законом и логической организации, британская концепция направлена на поддержание существующей судебной практики и ограничение власти государства. Пределы ограничения верховной власти в Англии изменялись постепенно. Традиционная британская правовая концепция зиждилась на судебском праве, в то время как к законодательству всегда относились настороженно, толкуя его лишь в узком смысле, отмечал в своих работах Дайси⁵¹. Североамериканская традиция содержит аналогичное узкое толкование – ту же смесь структурных и институциональных сдержек и противовесов, плюс аналогичный акцент на поддержке принципа *верховенства права* судебной властью⁵².

В отличие от насильственной по своему характеру французской революции, революция в США (1776–1783) была консервативной. Она началась с горячего желания колонистов иметь те же права и свободы личности, что и у прочих подданных британской короны. Представители двенадцати (из тринадцати) колоний летом 1787 года разработали Конституцию США. Эти отцы-основатели не были ни учеными, ни генералами. Они были хорошо образованными и начитанными предпринимателями: бизнесменами, страховыми агентами, перевозчиками грузов, фермерами, адвокатами, банкирами и т. д. Несмотря на имевшийся у них мандат

⁵¹ *Loughlin M.* The Rule of Law in European Jurisprudence, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), CDL-AD (2011) 003rev.

⁵² Дайси заметил, что «США показали непревзойденное умение обеспечить средства юридической защиты прав, декларированных американскими конституциями». Принцип *the rule of law* присущ США в той же мере, что и Англии. *Dacey*.

на предложение поправок к существующим статьям конфедерации штатов, что позволило бы молодой стране защищаться и оплачивать свою армию, они вместо этого разработали совершенно новый документ – конституцию, на основании уже имевшегося у них опыта по составлению конституций отдельных штатов и опыта ошибок, допущенных в этих конституциях. Хотя учредители и пошли на компромисс по вопросу о допущении рабства (параграф «3/5»), что в итоге привело страну к Гражданской войне 1860–1865 гг., Конституция США тем не менее до сих пор остается в силе, с момента своей ратификации в 1789 году. В отличие от США, во Франции, где революция произошла вскоре после революции в США, за первые пятнадцать послереволюционных лет сменилось аж пять конституций. Конституционную монархию сменила радикалистская республика, ту – умеренная реакция, ту – консульство, и, наконец, к власти пришел диктатор⁵³. Сейчас во Франции уже Пятая республика. При этом США до настоящего времени остается самой долгоживущей конституционной республикой в мире.

Основатели США пытались создать правительство, которое функционировало бы не путем преодоления человеческих слабостей, а использовало бы эти самые человеческие слабости для создания политической стабильности и обеспечения максимальной свободы личности. Отцы-основатели опасались, что федеральное правительство может стать тираническим⁵⁴. Испытав на себе последствия неадекватно разработанных законодательств отдельных штатов и действий их некомпетентных, коррумпированных правительств, делегаты Конвенции постарались всячески затруднить Конгрессу США принятие новых законов. Они также захотели ограничить и исполнительную власть, дабы избежать той тирании, которая, как они считали, была ими испытана во времена британского колониального правления. То есть они хотели создать такую структуру, которая бы потребовала от каждой из трех ветвей власти следить не только за собой, но и друг за другом. Как говорил Джеймс Мэдисон:

«Наилучшая защита от постепенной концентрации нескольких властей в одном ведомстве состоит в предоставлении тем, кто этим ведомством управляет, необходимых конституционных средств и личных моти-

⁵³ Constitution of 3 September 1791; Constitution of 24 June 1793; Constitution of 26 August 1795; Constitution of 13 December 1799; and Constitution of 18 May 1804.

⁵⁴ См. в Anti-Federalist Papers.

вов для противостояния посягательствам других... То есть нужно сделать так, чтобы амбиции одних противостояли амбициям других»⁵⁵.

Таким образом, отцы-основатели разработали государственную структуру, основанную не менее на их опыте понимания человеческого поведения, чем на теории.

В соответствии с Декларацией независимости они полагали, что власть государства зиждется на согласии ею управляемых и что права личности первичны и неотъемлемы – и, уж конечно, не дарованы государством. И задача государственной власти состоит именно в том, чтобы защитить неотъемлемые права человека на жизнь, свободу и частную собственность от посягательств на них со стороны как самого государства, так и большинства населения или какой-либо группы граждан.

Судебные гарантии, унаследованные от британцев, составляли значительную часть концепции американского верховенства права и надлежащего государственного управления.

Понимая, что демократия сама по себе нестабильна, и, в отличие от убеждения французов, считавших, что фракционность будет сдерживать любое сильное государство, составители Конституции США полагали, что федеративная республика с двухпалатным парламентом окажется стабильнее именно потому, что большое число фракций будет предотвращать уклон в ту или иную сторону, при этом замедляя или вовсе предотвращая принятие любых несправедливых, неэффективных или же плохо подготовленных законов⁵⁶. Соответственно, американский вариант поощряет как фракционность, так и тупиковые ситуации в Конгрессе, используя для формирования его состава вместо прямых выборов Коллегию выборщиков, что является способом сбалансировать влияние штатов с преобладанием сельского населения по отношению к штатам с урбанизированным электоратом. Эта концепция напоминает детскую забаву «батут», в которой группа играющих растягивает в разные стороны круглое брезентовое полотнище, а водящий старается как можно дольше совершать с него высокие прыжки, находясь в самом его центре.

3.1. Система взаимных сдержек и противовесов: доктрина *stare decisis* и суд присяжных

Основное различие между общим правом и континентальными правовыми системами состояло в том, что в последних обычно ограничивают полномочия судебных органов. Континенталисты (порой не без

⁵⁵ *Madison J. The Federalist Papers № 51.*

⁵⁶ *Madison J. The Federalist Papers № 10t.*

основания) считают, что доктрина *stare decisis* (букв. «стоять на решенном» – лат.), т. е. доктрина судебного прецедента, изрядно запутала право, и полагают при этом, что общее англосаксонское право непрозрачно и потому несовместимо с самой идеей правового государства⁵⁷. Сторонники же общего права считают доктрину *stare decisis* более гибкой и лучше приспособленной к разного вида реальным ситуациям, а также гораздо легче адаптируемой к изменениям в обществе⁵⁸. Доктрина судебного прецедента добавляет предсказуемости: ведь судья должен следовать канве ранее принятых решений, если только он не сумеет убедительно объяснить и достаточно обосновать то, почему имеющийся прецедент неприменим в данном случае. Причем такое его объяснение и обоснование должно быть утверждено кассационной инстанцией⁵⁹.

Состязательный процесс и суд присяжных в системе общего права предоставляют другой способ защиты от вторжения правительства в правосудие. По правилам состязательного процесса, принятым в США, судья выступает в качестве арбитра, пока либо он сам, либо коллегия присяжных не примут окончательного решения. Единственная задача присяжных состоит в том, чтобы установить факты, используя простое человеческое понимание обстоятельств, и применить эти найденные ими факты к закону, сообщенному им судьей. Поскольку тяжущиеся стороны (излагая обстоятельства дела каждая по-своему) стоят по весу и влиянию на ступень ниже судьи и коллегии присяжных, то ни защита, ни обвинение, ни истец не оказываются наделены каким-либо особым предпочтением. Таким образом, судебная процедура в системе общего права полностью соотносится с ценностями, лежащими в основе как доктрины *верховенства права*, так и идеи *правового государства*: обе стороны, участвующие в процессе, равноправны перед законом. В США состязательный про-

⁵⁷ См.: *Tubbs J.W. The Common Law Mind: Medieval & Early Modern Conceptions* (Johns Hopkins U. Press 2002). С. 173.

⁵⁸ См.: *Hayek. 1 Law, Legislation & Liberty* 115-122 (U. Chicago Press 1983).

⁵⁹ Ценность обеспечения непротиворечивости в юриспруденции признана международным правом, см., например, в U.S. Convention on the International Sale of Goods, Art. 7(1), где сказано (1) «При толковании настоящей Конвенции следует уделять внимание ее международному характеру и необходимости обеспечения единообразия в ее применении при соблюдении добросовестности ведения международной торговли», что дало жизнь архиву международных решений, доступному в интернете по адресу: www.cisg.law.pace.edu. См. также базу апелляционных мнений ВТО.

цесс обеспечивает и другие сдержки от вмешательства го-сударственной власти: право на отказ от дачи показаний против самого себя, право на дачу свидетельских показаний от своего имени, право презумпции невиновности в отсутствие прямых доказательств вины, право на адвокатскую защиту, а также право не быть дважды осужденным за одно и то же преступление⁶⁰.

Роль присяжных на общественных началах (имеется в виду коллегия, состоящая из обычных граждан) в качестве одной из мер против вмешательства правительства более всего заметна в уголовном судопроизводстве. Кстати, в США суд присяжных может использоваться и в гражданских процессах. В любом случае присяжные сидят в зале суда отдельно от судьи. После того как обе стороны представят свои материалы по делу, присяжные направляются в отдельную комнату для обсуждения. Содержание этого обсуждения является секретным и защищенным от посторонних, причем даже судья не может не только в нем участвовать, но даже и просто присутствовать на нем. Такая секретность означает, что присяжные полностью изолированы от мнения судьи. Они также изолированы и от любой попытки коррупции (как от лица судьи, так и от лица представителя какой-либо из тяжущихся сторон). Таким образом, присяжные могут совершенно свободно и независимо обсуждать все доказательства, представленные сторонами в суде. Даже если коллегия подозревает, что обвиняемый на самом деле виноват, то в случае, когда она считает действия государства неправовыми, присяжные вполне могут подсудимого оправдать. И такое решение по делу уже не будет подлежать обжалованию.

Концепция, известная как *jury nullification* (отказ присяжных принять доказательства в пользу обвинения), обычно иллюстрируется на примере суда над известным футболистом и киноактером, афроамериканцем О. Джей Симпсоном, который был оправдан в убийстве своей бывшей жены и ее приятеля. Коллегия присяжных была настолько оскорблена очевидными проявлениями расизма при задержании в одном из отделений полиции Лос-Анджелеса, что отказалась признать Симпсона виновным, даже при наличии неопровержимых доказательств (следы ДНК) вины последнего. Упомянутая выше секретность также означает, что на принятие решения присяжными не могут влиять ни средства массовой информации, ни инструменты политического давления, как в случае с решением по делу Циммермана, где на основании тщательнейшего изучения закона присяжные пришли к выводу, что убийство белым общественным

⁶⁰ U.S. Constitution Amendment V

патрульным Джорджем Циммерманом чернокожего подростка Трейвона Мартина было признано оправданным как мера самообороны. Это вовсе не означает, что все американцы согласятся с подобными решениями, или с тем, что они были приняты «правильно», однако в каждом из вышеупомянутых случаев решение принималось не правительственным чиновником, а рядовыми гражданами, старавшимися сделать это на основе тщательного рассмотрения всех доказательств, представленных обеими сторонами в ходе судебного разбирательства. Граждане, выступающие в качестве присяжных заседателей, получают эмпирическое понимание того, как работает эта система⁶¹, и, следовательно, часто находят полученный опыт весьма полезным.

3.2. Судебный контроль

Судебный контроль является лишь одним из целого ряда институциональных механизмов, принуждающих правительство США сдерживать самое себя⁶². Система судебного контроля, широко принятая сегодня в качестве необходимого элемента как доктрины *верховенства права*, так и идеи *правового государства*,⁶³ является еще одной из сдержек в отношении законодательной власти. Как хорошо известно, председатель Верховного Суда США Джон Маршалл принял данную концепцию в деле Марбери против Мэдисона⁶⁴. Но далеко не так хорошо понятно, что это дело гораздо больше демонстрирует, что межфракционные политические споры могут больше стабилизировать республику (что утверждалось Мэдисоном в 10-й статье «Федералиста»), чем даже использование судебного контроля для целей сдерживания двух остальных ветвей власти.

Данное дело касалось ожесточенной политической баталии между уходящим президентом Джоном Адамсом и его Федералистской партией и идущим ему на смену президентом Томасом Джефферсоном и его Демократическо-республиканской партией⁶⁵. За несколько часов до ухода

⁶¹ *Ferguson A.G. Jury Instructions as Constitutional Education*, 84 U. Col. L. Rev. 233 (2013); *Marder N.S. Introduction to the Jury at a Crossroad: The American Experience*, 78 Chi.-Kent L. Rev. 909, 909, сн. 2 (2003).

⁶² При федеративно-республиканском устройстве США каждый штат имеет свое правительство, полностью отделенное от федерального правительства США (и неподотчетное ему).

⁶³ См. *Gosalbo-Bono*

⁶⁴ 5 U.S. 137 (1803).

⁶⁵ См.: *Viator J.É. Marbury & History: What Do We Really Know About What Really Happened?* 37 *Revue Juridique Themis* 329, 335-43 (2003). См. также: *Trennor W.M. Judicial Review before Marbury*. 58 *Stanford L. Rev.* 455 (2005).

с поста президента Адамс назначил 42 мировых судей на новые посты, что разрешалось Судебным актом 1789 года, принятым, когда партия Адамса имела в Конгрессе парламентское большинство⁶⁶. Назначения судей прошли так поздно в ночь накануне ухода Адамса с президентского поста, что их стали называть «полуночными судьями»⁶⁷. Маршалл, формально бывший при Адамсе госсекретарем, был только что назначен председателем Верховного Суда США и рисковал подвергнуться импичменту со стороны администрации нового президента Джефферсона, если бы решил вышеуказанное дело не в ее пользу⁶⁸. Марбери, один из «полуночных судей» и политический противник Джефферсона, попросил суд дать судебный приказ нижестоящему суду (*writ of mandamus*), требуя, чтобы Мэдисона (нового госсекретаря, назначенного Джефферсоном) заставили санкционировать свое назначение.

В своем блестящем – и весьма причудливом – образце судебной аргументации Маршалл объяснял, что, поскольку вопрос поднят в деле, рассматриваемом Верховным Судом, последний имеет право проверить соответствие законодательных актов, принятых Конгрессом, Конституции США, и что Акт 1789 года, расширяющий полномочия Верховного Суда США путем дарования ему юрисдикции над приказами нижестоящему суду (*writs of mandamus*), является неконституционным, а посему, хотя назначение Марбери и состоялось, Верховный Суд не вправе дать такой приказ нижестоящему суду⁶⁹. Маршалл избежал импичмента и прошел на цыпочках по политической трясине, принимая решение, угодное его политическим врагам, но сделал это, дав правильную трактовку действующей Конституции. Формулировки, использованные Маршаллом, с тех пор интерпретируются как широкие полномочия, предоставляемые любому американскому суду в отношении определения конституционности любого законодательного акта⁷⁰. Для нас же важнее, что история этого одного из самых известных решений Верховного Суда США показывает, что Мэдисон был прав в вышеупомянутой статье «Федералиста», когда считал,

⁶⁶ *Viator*, см. сноску 71, с. 338.

⁶⁷ *Id.* С. 338-339.

⁶⁸ *Preis J.F. Constitutional Enforcement by Proxy.* 995 *Virginia L. Rev.* 1663, 1693 (2009).

⁶⁹ *Marbury*, 5 U.S. (Cranch 1) 137.

⁷⁰ См.: *Marion D.E. Judicial Faithfulness or Wandering Indulgence? Original Intentions and the History of Marbury v. Madison.* 57 *Ala. L. Rev.* 1041 (2006) (обсуждение толкования *Marbury*).

что именно фракционность, которую французы так опасались как дестабилизирующего фактора, скорее способствует стабилизации республиканской формы правления.

4. Реформа верховенства права и судебная независимость

Наиболее недавняя серия международных инициатив стала попыткой усилить защиту прав человека и *верховенства права* путем поощрения развития, помимо прочего, независимой судебной системы. Это движение за реформу использовало термин «*верховенство права*» в смысле *Rechtsstaat* (правовое государство) для обозначения эффективного правительства. В этом качестве оно обратилось как к чиновникам правительств, так и к служащим международных организаций. Как и предыдущие подобные попытки, этот третий раунд направленных *сверху вниз* инициатив по реформированию подвергся критике как не принесший желаемых результатов⁷¹. Тем не менее произошла определенная конвергенция двух типов судебных систем, а также возросла судебная независимость в развивающихся странах в результате их собственных усилий.

Системы континентального и общего права хоть и произошли от двух различных правовых философий, все же достигли сходного понимания важности надлежащего управления, а их концепции верховенства права и правового государства претерпели некоторое сближение, особенно в отношении концепции независимости судебной системы. Оказалось, что некоторые из возможностей традиции состязательного судопроизводства могут быть адаптированы и к другим правовым традициям.

В Чили была успешно внедрена новая система уголовного правосудия, которая сочетает в себе элементы как общего права, так и континентальной судебной процедуры. Причем сделано это было по собственной инициативе. До 1997 года в инквизиционной системе Чили, унаследованной от колониальной Испании, уголовное судопроизводство было скорее писанным, чем непосредственным устным, судья единолично был ответственен за весь уголовный процесс от следствия до приговора, а роль адвокатов практически сводилась к нулю⁷². Полномочия по расследованию,

⁷¹ Prillaman W.C. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law* (Praeger Publishers, 2000).

⁷² Carlos Rodrigo de la Barra Cousino. *Adversarial vs. Inquisitorial Systems: The Rule of Law and Prospects for Criminal Procedure Reform in Chile*. 5 Sw. J. L. & Trade Am. 323, 325 (1998).

обвинению и вынесению приговора были сосредоточены в одних и тех же руках – в руках судьи⁷³. Проблемы этой системы включали предвзятость судей, неэффективность расследования, существенные задержки, отсутствие прозрачности, отсутствие защиты обвиняемых, отсутствие распределения следственных функций между полицией и сотрудниками суда, отсутствие контроля над полицией, что приводило к системной коррупции⁷⁴. В 1990-е годы все чилийские политические партии пришли к согласию в том, что уголовно-правовая система в Чили неэффективна как в сдерживании преступности, так и в защите прав человека. В 1997 году чилийский парламент принял поправки к конституции и начал существенно изменять систему уголовного правосудия⁷⁵.

Новая судебная система в Чили была разработана чилийцами с использованием рекомендаций иностранных экспертов. В ней изменилась роль судьи, который теперь стал выступать исключительно в роли арбитра. Была создана прокуратура, наделенная задачами расследования преступлений и обвинения, а также возникла система государственных защитников, имеющих право самостоятельно собирать доказательства⁷⁶. Судебные процессы теперь ведутся с заслушиванием всех сторон при поощрении открытого обсуждения и логически завершенных выступлений адвокатов⁷⁷. Все стороны, участвующие в процессе, имеют доступ к материалам, а сами процессы являются открытыми с видеоаудиорегистрацией на компакт-диски всего их хода⁷⁸. Таким образом, внесенные в судебную систему изменения включали комплекс сдержек и противовесов, гарантировали прозрачность усилий по противодействию коррупции, повышению эффективности, обеспечению справедливости и равенства в применении закона, а также реализовали меры по укреплению независимости суда.

Кроме того, изменения были осуществлены таким образом, чтобы добиться их максимальной эффективности. Хотя реформа проходила при помощи внешних консультантов, чилийцы самостоятельно разрабатыва-

⁷³ E-mail, присланный автору (январь 2010) Алехандро Сильвой, заместителем декана и доцентом факультета права, Universidad de los Andes (электронный файл).

⁷⁴ *De la Barra Cousino*, см. сноску 77, с. 325.

⁷⁵ См. там же. С. 327.

⁷⁶ *Cousino*, см. сноску 77, с. 328, 356; *Blanco R. et al. Reform to the Criminal Justice System in Chile: Evaluation and Challenges*. 2 *Loy. U. Chi. Int'l L. Rev.* 253, 255-259 (2005).

⁷⁷ *Blanco*, см. сноску 81, с. 256.

⁷⁸ *Blanco*, см. сноску 81, с. 262.

ли, оплачивали и воплощали в жизнь новые судебные институты. Выбирая наиболее способных студентов-юристов в деловых играх, имитирующих реальные судебные процессы, чилийцы готовили кадры будущих адвокатов, прокуроров, судей, секретарей судебного заседания для работы в новой системе⁷⁹. Для отладки и тестирования новой системы были подготовлены пилотные проекты ее реализации в двух регионах Чили⁸⁰. Затем новая система была введена по всей стране, но только в отношении впервые открываемых дел⁸¹, а общественность была разными путями проинформирована о своих новых правах⁸².

Изменения в системе чилийского уголовного правосудия значительно улучшили ее прозрачность, оперативность, законность, беспристрастность и профессионализм⁸³. Средняя продолжительность всего процесса прошла путь от трех с половиной лет при прежней системе до максимум одиннадцати месяцев при новой⁸⁴. В новой системе не осталось места коррумпированным судебным секретарям и судебным приставам, преобладавшим в старой системе⁸⁵. Участие судей, никак не вовлеченных в процесс досудебного расследования, а также введение скорого и устного ведения процесса в суде позволило новой системе лучше защищать права подсудимых, в том числе и презумпцию невиновности, обеспечивая также право на безотлагательное судебное разбирательство, право на качественную адвокатскую защиту, право на очную ставку со свидетелями и сопоставление доказательств, а также право на рассмотрение дела беспристрастным и честным судьей⁸⁶. Новая система обеспечивает более высокий уровень защиты прав обвиняемых и является более эффективной: при этом и количество обвинительных приговоров значительно увеличились, что позволило усилить борьбу с преступностью и укрепить правопорядок в рамках верховенства права.

⁷⁹ *Cooper J.M. Acceso Proyecto: Using Popular Culture to Build the Rule of Law in Latin America. 5 Rutgers J.L. & Pub. Pol'y 378, 383 (2008); Bianco, см. сноску 127, с. 259.*

⁸⁰ *Blanco, см. сноску 81, с. 259.*

⁸¹ *Id at 260.*

⁸² *Cooper, см. сноску 130, с. 383-384.*

⁸³ *Blanco, см. сноску 81, с. 263.*

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id. C. 263-64.*

⁸⁶ *Id.*

5. Экономическая свобода и верховенство права

Общеизвестно, что коррумпированный или неэффективный сектор уголовного правосудия замедляет экономическое развитие, подрывая силы демократических институтов и общественное доверие к ним, а также размывая всем этим социальный капитал, столь необходимый для развития страны. По оценкам Всемирного банка, если бы в странах Латинской Америки средний доход на душу населения был на 25% выше, то уровень преступности в них опустился бы до среднего уровня преступности в остальной части мира⁸⁷. Экономические свободы всегда служили хорошим стимулом для торговли, здоровая торговля обеспечивает сильную экономику, которая, в свою очередь, предоставляет средства для существования нормально работающей системы уголовного правосудия. Сильная экономика обеспечивает поддержку верховенства права, давая для этого необходимые средства, собираемые в виде налогов⁸⁸. Свободная экономика стимулирует экономический рост.

Американские колонисты унаследовали свой меркантилизм от британской модели капитализма, которой не был присущ принцип неограниченной свободы предпринимательства (*т. н. laissez-faire capitalism*). С XVI по XVIII век считалось, что количество накопленного государственным казначейством золота и серебра является мерилom национального богатства и власти. При этом тогда также полагали, что мировой капитал статичен по своей природе и какая-либо страна может увеличить свою власть лишь за счет других стран – ее соперников в борьбе за мировое господство. Монополии и субсидии, предоставляемые британской короной некоторым торговцам, давали тем возможность выхода на рынок, в то время как другие коммерсанты были этой возможности лишены⁸⁹.

Колонии использовались как закрытые (неконкурентные) рынки для экспорта и поставки сырья в метрополию, что раздувало в Северной Америке недовольство Великобританией, способствуя будущей Американской революции. К 1770-м годам Ост-Индская компания, учрежденная по указу королевы Елизаветы I, накопила на своих складах значительные излишки нереализованного чая и испытывала в этой связи финансовые затруднения. В 1773 году британский парламент разрешил продавать эти

⁸⁷ USAID Promotes the Rule of Law in Latin America and Caribbean Democracies I, доступно по адресу: www.usaid.gov/locations/latin_america_caribbean/pdf/dg_ruleoflaw/pdf.

⁸⁸ См.: *Hamilton A.* The Federalist Paper № 12 (1787).

⁸⁹ См.: *Sir Clark G.* The Seventeenth Century (New York: Oxford University Press, 1961). С. 24.

излишки чая непосредственно североамериканским колониям по низкой цене (при этом такой чай оказался дешевле того, что контрабандно ввозился на американский континент самими колонистами). Однако хотя английский чай и был крайне дешев, он облагался дополнительным налогом. Причем этот налог был исключительно для колонистов. Жители Бостона пришли в ярость, узнав, что британский парламент будет требовать от них уплату чайного налога, которым не облагались прочие британские подданные. В результате три корабля с грузом чая, стоявшие в бостонской гавани, были захвачены колонистами, а сам груз был выброшен за борт. Эта реакция на неравенство в применении закона – типичное нарушение принципа *верховенства права* или идеи *правового государства* – вошло в историю как «Бостонское чаепитие» и стало одним из событий, вызвавших Американскую революцию⁹⁰.

В дополнение к меркантилизму в США была сильна аграрная традиция – система взглядов, широко распространенная в XVIII веке и поддерживаемая Томасом Джефферсоном, – согласно которой сельское хозяйство было лучшим родом занятий для граждан новой американской республики: «Те, кто трудится на земле, являются избранным народом Божиим»; «толпы больших городов столько же значат для поддержки честного правительства, сколько язвы для поддержания сил в теле человеческого»⁹¹. Эта система взглядов включала в себя ряд предрассудков, выраженных в законах, которые действовали против капиталистических интересов и интересов городского населения. Среди таких законов можно назвать введение земельно-имущественного ценза для участия в выборах и занятия правительственных должностей, что обеспечивало доминирование в правительстве сельскохозяйственных интересов в ущерб интересам коммерческим, производственным и финансовым⁹².

Адам Смит в своей известной работе «Исследование о природе и причинах богатства народов» (1776) бросил открытый вызов меркантилизму. Он утверждал, что материальное достояние нации основано вовсе

⁹⁰ Лозунг протестующих во время «Бостонского чаепития» был: «Нет представительства – нет налогов» – т. е. они возражали не против налога как такового, а против того, что он был принят британским парламентом, где их интересы не были никем представлены. Нынешнее одноименное консервативно-либертарианское движение в США было основано в 2009 году общественной группой, возражавшей против трат из федерального бюджета и увеличения федеральных налогов.

⁹¹ См.: *MacDonald F. The Founding Fathers and the Economic Order*. Выступление на заседании Экономического клуба Индианаполиса (19 апреля 2006).

⁹² *Id.*

не на накопленном богатстве, а на производимых ею товарах и услугах, и, следовательно, имеет не статический, а динамический характер: с началом революции в промышленности народы и нации перестали преумножать свое богатство путем иностранных завоеваний. Вместо этого богатство нации зиждется на валовом национальном продукте и увеличивается по мере производства все большего количества товаров, пользующихся спросом у населения. Таким образом, если оставить рынки в покое, без государственного вмешательства, они будут распределять ресурсы оптимально, а труд, движимый стремлением к максимизации собственной прибыли и эффективной специализации, будет также реагировать соответствующим образом. Тогда рыночное пространство будет расширяться, способствуя повышению конкуренции и снижению цен. Поток товаров и поток денег в уплату за товары должен определять цены и обменные курсы, таким образом, свободная торговля выгодна всем участникам рынка⁹³. Смит полагал, что при наличии свободного рынка стремление к получению прибыли должно стать важнейшей мотивирующей силой экономического развития.

Британцы считали идеи Адама Смита чрезвычайно радикальными. В то же время американские отцы-основатели были хорошо знакомы с его работами⁹⁴. Идеи Смита сильно повлияли на Александра Гамильтона, министра финансов США (1789–1795 гг.), который столкнулся с необходимостью ликвидации послереволюционной задолженности правительства США. Новое государство стояло на грани банкротства: не было ни валюты, ни источников национального дохода, ни денежно-финансовой системы, ни источников кредита⁹⁵. Гамильтон убедил Конгресс выплатить послереволюционный долг в полном объеме с целью упрочения международного авторитета США⁹⁶. Он также убедил Конгресс создать новую валюту, разработать систему сбора налогов и учредить центральный банк, который уже к 1795 году стабилизировал и укрепил американскую финансовую систему. Он создал систему протекционистских тарифов для ограничения импорта товаров и стимулирования собственной промышленности. В эпоху наполеоновских завоеваний многие богатые европейцы, искавшие безопасные места для размещения капиталов, оста-

⁹³ См.: *Smith R.C. Adam Smith and the Origins of American Enterprise: How the Founding Fathers Turned to A great Economist's Writings and Created the American Economy* (St. Martin's Press 2002). С. 21.

⁹⁴ *Smith*, см. сноску 96, Introduction.

⁹⁵ Id. С. 118-124.

⁹⁶ Id. С. 147

новили свои взгляды на США, которые демонстрировали быстрый рост финансовой стабильности⁹⁷.

Гамильтон воспринял капитализм по Адаму Смиту не только как путь увеличения богатства новых Соединенных Штатов. Он полагал, что содействие частному предпринимательству одновременно является и эффективным способом поощрения человеческих свобод и утверждения нравственных ценностей:

«Усилия лучших умов сильнейших и активнейших держав, – писал он, – пропадут втуне, так и не принеся результатов, если будут применены к занятиям, для коих они не приспособлены... Дух предпринимательства, полезный и плодотворный сам по себе, должен обязательно сужаться или расширяться пропорционально простоте или многосторонности профессий и производств, которые имеются в обществе».

Итак, мы возвращаемся к исходному вопросу. Осознавало ли поколение отцов-основателей США перспективы создания капиталистической, рыночной экономики? Нет, у большинства из них такого осознания не было. Если бы взяла верх воля большинства, воля сторонников Джефферсона... то Соединенные Штаты Америки так и остались бы аграрной, колониальной экономикой – чем-то вроде конфедерации банановых республик⁹⁸. Томас Джефферсон в своем первом президентском послании к Конгрессу заявил: «Сельское хозяйство, мануфактуры, торговля и мореплавание – вот четыре столпа нашего процветания, которые более всего благоденствуют именно в условиях полной свободы предпринимательства»⁹⁹. На фоне невмешательства государства в хозяйственную деятельность в начале XIX века начали процветать американские бизнесмены, начал формироваться новый класс деловых людей – предпринимателей, таких как Роберт Моррис (первый американский банкир), Стивен Жирар (судовладелец) и Джон Джейкоб Астор (торговец пушниной). Ближе к концу века, после Гражданской войны, титаны промышленности, такие как Дж. П. Морган (финансы), Корнелиус Вандербильт (железные дороги), Джон Д. Рокфеллер (нефть), Джордж Вестингауз (электричество) и Эндрю Карнеги (сталь), превратили США в локомотив мирового промышленного производства¹⁰⁰. США стали страной великих возможностей именно по-

⁹⁷ Id. С. 124.

⁹⁸ *MacDonald F.* The Founding Fathers and the Economic Order. Выступление на заседании Экономического клуба Индианаполиса (19 апреля 2006).

⁹⁹ *Smith*, см. сноску 96, с. 149.

¹⁰⁰ См., например: ТВ-серия *The Men who Built America*, The History Channel, доступно на <http://www.history.com>.

тому, что там ни у кого не было ни особых привилегий, ни «рычагов влияния», чтобы заранее обеспечить себе успех. Вместо этого до необычайности новая система равных возможностей позволила предприимчивым людям разбогатеть и ни от кого не зависеть¹⁰¹.

Как объяснял Хайек¹⁰², там, где экономическая свобода ограничена, государственный контроль за торговлей и промышленностью может лишить их экономической функциональности. Без мотивации потенциальной прибылью они обе теряют свою эффективность, погружаясь в стагнацию и отмирая. Та же политика госконтроля начинает стимулировать развитие черного рынка или теневую экономику, где предприниматели получают (и накапливают) не облагаемые налогом незаконные доходы, что способствует росту подпольных предприятий, таких как «цеховики» в бывшем Советском Союзе, алкогольный бизнес в США во время Сухого закона в 1920-е годы или современная торговля наркотиками. Последняя влияет как на США, так и на страны Латинской Америки¹⁰³: сегодня США печально знамениты самым высоким в мире процентом заключенных от общего числа населения, а Латинская Америка стала ареной непрекращающихся кровавых войн, ведущихся наркокартелями.

В дополнение к подавлению экономического роста государственный контроль за экономикой ведет и к нарушению государством прав личности. Как отмечал Хайек, говоря о Центральной Европе в 1944 году: «Почти безграничные возможности для проведения политики дискриминации и угнетения предоставляются такими, казалось бы, безобидными принципами, как *государственное регулирование развития промышленности*, чему все мы не раз становились свидетелями...»¹⁰⁴

Тот факт, что государственное регулирование торговли является неэффективным и опасным, вовсе не означает, что государство не должно

¹⁰¹ *Forrest MacDonald*, The Founding Fathers and the Economic Order, Speech before the Economic Club of Indianapolis (April 19, 2006).

¹⁰² *Hayek F.A.* The Use of Knowledge. Society in XXXV № 4 American Economic Review (1945). С. 519-30, доступно по адресу: <http://www.econlib.org/library/Essays/hykKnw1.html>; Hayek on Socialism, доступно по адресу: <http://www.youtube.com/watch?v=CNbYdbf3EEc>; *Hayek F.A.* The Fatal Conceit: The Errors of Socialism. 1 The Collected Works of Friedrich August Hayek. С. 84-88 (1988), доступно по адресу: <http://www.libertarianismo.org/livros/fahtfc.pdf>.

¹⁰³ See e.g. The Men who Built America series, The History Channel, available at <http://www.history.com>

¹⁰⁴ *Hayek F.A.* The Road to Serfdom: Text and Documents, the Definitive Edition. U. Chicago Press 2007 (1-е изд. – 1944). С. 122-123.

играть никакой роли в экономике. Такая роль заключается в предоставлении недорогой, простой и эффективной системы регистрации субъектов хозяйствования и собственности, облегчающей им занятие предпринимательством. Известный перуанский экономист Эрнандо де Сото в своей эмпирической работе «Загадка капитала: почему капитализм торжествует на Западе и терпит крах в остальном мире»¹⁰⁵ показывает, как бюрократическая волокита мешает выживать начинающим предпринимателям, загоняя их в область теневой экономики и не позволяя им процветать открыто. В рамках своего исследования перуанский экономист пытался зарегистрироваться как самозанятый предприниматель, желающий открыть в столице Перу Лиме мастерскую по починке одежды. Так вот, в результате на регистрацию этого мелкого бизнеса ему потребовалось 289 дней по 6 часов каждый, что обошлось в сумму, эквивалентную 1231 доллару США (т. е. 31 МРОТ в Перу). Получение официального разрешения на постройку частного дома заняло у него же почти 7 лет, потребовав вынесения 207 административных решений в 52 государственных учреждениях Перу. Однако на Филиппинах, в Египте или на Гаити дела обстоят еще хуже.

Как в случае с *Сухим законом*, так и в случае с *Войной против наркотиков* чрезмерное регулирование собственности и бизнеса вынуждает предприимчивых людей искать (и находить) способы обойти закон. Перуанцы незаконно поделили государственные земли на более мелкие, частные наделы, и, как следствие, практически невозможно найти настоящего арендатора. Не имеющее правового статуса жилье становится мертвым капиталом, а его мнимые собственники оказываются полностью незащищенными от любого произвола. («Мертвый капитал» – термин, придуманный Эрнандо де Сото, относится к собственности, не имеющей правового статуса. Правовая неопределенность такой собственности снижает как ее ценность, так и ее способность быть использованной в качестве залога и объекта аренды.) Непомерная бюрократическая волокита означает, что официальные реестры становятся безнадежно неточными, а потому финансовые ресурсы большинства людей становятся и коммерчески, и финансово как бы несуществующими: никто не знает того, кто, где и чем владеет; кто несет ответственность за исполнение обязательств; кто – за убытки или мошенничество; или какие существуют механизмы, гарантирующие оплату за предоставленные услуги и товары¹⁰⁶. Страхование ста-

¹⁰⁵ *Hernando de Soto. The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else (Perseus Books Group, 2000).*

¹⁰⁶ *Id. С. 32.*

новится невозможным. Арендаторы не могут привлечь капитал (путем получения кредитов) для последующих ремонтов или инвестиций, при этом никто не знает, насколько надежно были и будут построены здания (вспомним печальные результаты землетрясения на Гаити в 2010 году). В результате, хотя закон и предусматривает существование частной собственности, эффективная правовая защита этой собственности отсутствует – как, соответственно, отсутствует и верховенство права.

Как и в случае с неэффективной регистрацией собственности, чрезмерное регулирование бизнеса также приводит к образованию мертвого капитала. Мелкие предприниматели, не имеющие законных прав собственности, не могут ни получить кредит, ни продать или расширить свой бизнес. Они не могут прибегнуть к средствам правовой защиты, а правительство лишено возможности взимать налоги с их доходов. Чрезмерное регулирование собственности и регистрации бизнеса также способствует коррупции государственных чиновников, которые наживаются на каждой попытке потенциальных предпринимателей пробиться через бюрократические заслоны, конечно, при условии, что сами владельцы бизнеса идут на это. Следовательно, главный тезис де Сото состоит в том, что ни одна страна не может иметь сильную и свободную рыночную экономику без наличия простой и эффективной системы регистрации прав собственности и доступной экономической информации: «Существование таких массивных исключений порождает две параллельных экономики: правовую и внеправовую. Элитарное меньшинство пользуется экономическими выгодами законности и глобализации, в то время как большинство предпринимателей застряли в нищете, где их активы – на общую сумму более 10 триллионов долларов по всему миру – прозябают, как мертвый капитал, находящийся вне пределов права»¹⁰⁷.

Экономическая свобода является фундаментальным правом каждого управлять своим собственным трудом и собственностью, она наделяет человека правами, что, в свою очередь, приводит к отсутствию дискриминации и способствует открытой конкуренции, а также обеспечивает свободное движение капитала и товаров¹⁰⁸. Отсутствие экономической свободы приводит к поражению принципа *верховенства права*. Две главнейших области, подлежащих правовому регулированию, – это

¹⁰⁷ «The Destruction of Economic Facts» by *Hernando de Soto*. April 28, 2011. Bloomberg BusinessWeek, доступно по адресу: http://www.businessweek.com/magazine/content/11_19/b4227060634112.html.

¹⁰⁸ FAQ: «What is Economic Freedom», доступно по адресу: <http://www.heritage.org/index/about> (на 2 июля 2013).

имущественные и договорные отношения: если даже общество не регулирует более ничего, оно все равно будет пользоваться законами в этих двух областях¹⁰⁹. Чем более зарегулировано будет лицензирование бизнеса и права собственности, тем больше будет вероятность того, что люди разочаруются в таких законах и вряд ли станут их соблюдать¹¹⁰, и тем больше стимулов выпрашивать взятки будет у бюрократов.

6. Культура и свобода

«Главной истиной консерваторов является то, что не политика, а культура определяет в конечном счете успех общества. Главной истиной либералов является то, что политика может изменить культуру и спасти ее от себя же самой»¹¹¹.

Любые правовые трансплантации, проводимые «извне-внутри» и «сверху-вниз», заранее обречены на провал. Однако некоторые правовые системы зачастую успешно адаптируют идеи, почерпнутые из других источников, о чем, между прочим, свидетельствуют успехи новой системы уголовного правосудия в Чили. Тем не менее никто не может намеренно изменить всю правовую систему целиком, если при этом также не будут изменены национальная правовая культура и национальный менталитет. Подолгу сидящие на своих местах судьи и правительственные чиновники не хотят отказываться от тех полномочий, которыми они пользовались на протяжении десятилетий. Они не хотят ни терять нажитый ранее политический капитал, ни изучать совершенно новую правовую систему. Вряд ли что-либо заставит их поверить, что эта новая система способна заработать по-настоящему. Профессорам, привыкшим учить студентов-юристов по-старому, вряд ли понравится готовить молодежь по новой системе. При этом даже если в правовую систему вносятся изменения, то общественность может о них и не знать. Возможно, для того, чтобы изменения в правовой системе вступили в должную силу, придется даже изменить менталитет целой нации.

Политические аналитики и специалисты по международному праву избегают обсуждать проблемы национальных культур, опасаясь обвинений в империализме или патернализме, а также из-за существующего

¹⁰⁹ *Barden G., Murphy T. Law and Justice. Community (2010 Oxford U. Press). С. 253-264.*

¹¹⁰ См. в целом: *Hernando de Soto. The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Every-where Else (2000).*

¹¹¹ *Moynihan D.P. Цит. в Huntington S.P. Foreword, Cultures Count. Culture Matters. С. xiv.*

ныне мнения, что право не должно налагать на общество неких нравственных ценностей, – такой взгляд унаследован от позитивистских воззрений, разработанных Джереми Бентамом, воспринятых Оливером Уэнделом Холмсом и с тех пор распространяемых в юридических вузах как в США, так и за их пределами. Однако любое историческое исследование покажет, до какой степени культура одной нации развивается в результате ее контактов и взаимодействия с другими культурами или благодаря своей самокритичности и прочим факторов. «Ни одна культура не предписывает себе свое будущее. Люди всегда вольны принимать, отвергать или переопределять свое наследие»¹¹².

При внедрении новой системы уголовного судопроизводства были использованы различные меры и средства, чтобы лучше познакомить чилийских граждан с появившимися у них новыми правами, что стало постепенно приводить к культурологическим изменениям в их правовых ожиданиях. Кроме того, в эпоху борьбы за гражданские права (1960-е годы) сегрегация в США была побеждена именно благодаря яростным протестам широких масс общества, в результате чего появилось соответствующее законодательство, которое затем исполнительная власть реализовала, исполняя судебные решения. Хотя расизм все еще существует в США, сейчас он, как правило, вызывает или насмешки, или же влечет за собой юридические последствия – либо и то и другое: ведь изменилась сама культура, и то, что когда-то считалось нормальным, теперь стало абсолютно неприемлемым.

6.1. Англо-американская протестантская культура и американские ценности

«Вера в то, что какая-либо форма правления сможет обеспечить народу свободу или счастье без существования добродетели в самом народе, – абсолютная химера»¹¹³.

Как полагал Мэдисон (в поддержку предыдущего тезиса), добродетельность граждан критически важна именно для такого политического порядка, где действует самоуправление¹¹⁴. Самоуправление относится

¹¹² Capaldi N. *Philosophical Amnesia. Conceptions of Philosophy* (Cambridge University Press 2009). С. 93, 102-03 и сн. 32.

¹¹³ *Madison J.*, Convention V.R. (June 20, 1788) Papers 11:163, доступно по адресу: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s36.html>.

¹¹⁴ См.: *The Federalist Papers* № 55. С. 346 (James Madison) (Clinton Rossiter ed., 1961); *Wood G.S. The Creation of the American Republic, 1776–1787* (1969). С. 426-429.

к двум различным идеям: 1) способности людей управлять собой (а не быть руководимыми монархом) и 2) способности человека самому регулировать свое поведение, амбиции и страсти – и именно в этом смысле Мэдисон говорил о добродетели. В англо-протестантской культуре традиционно ценятся индивидуальность и личная ответственность – то, что присуще автономной личности по Оукшотту. Протестантские церкви требуют от своих прихожан самостоятельного штудирования Библии и активного разбора собственных грехов вместо регулярной исповеди священнику, как это принято у католиков. Это, собственно, и положило начало концепции автономной личности. Как определял ее Кант, человек свободен лишь в той степени, в какой он ограничивает себя определенными правилами. Вебер описал ту же концепцию термином «внутренне-направляемая личность». Де Токвиль описал то же самое как «правильно понимаемый (т. н. «разумный») эгоизм»¹¹⁵, под которым он понимал способность каждого человека быть добродетельным, идти на жертвы ради ближних, не просто потому, что так поступать благородно, а потому, что принеся такую жертву получит в конечном счете лично для себя столько же или даже больше, чем тот, ради которого он чем-то пожертвовал. Поступая так, «разумный эгоист» определяет свою личность и сохраняет внутреннюю свободу.

Протестантская этика, говорит Макс Вебер, приводит к светскому кодексу поведения, где ценятся трудолюбие, честность, серьезность, экономное расходование денег и времени, – т. е. все те ценности, которые способствуют успешному ведению бизнеса и накоплению капитала¹¹⁶. Александр Гамильтон обнаружил, что далеко не все его соотечественники разделяют эти ценности, да и общество в Соединенных Штатах вовсе не было таким бесклассовым, каким нашел его де Токвиль всего 50 лет спустя. Гамильтон считал, что развитие США прежде всего сдерживали провинциализм и апатия¹¹⁷. В то время как богатство было распределено там равномерней, а общество демонстрировало большую текучесть, чем в Старом Свете, в рамках аграрной системы, высокое положение в обществе и значительные капиталы принадлежали лишь узкому кругу породнившихся друг с другом землевладельческих кланов. Для всех прочих вход туда был наглухо закрыт. Недавние иммигранты, если они не принадлежали к землевладельцам и членам их семей, были материально зависимы от них.

¹¹⁵ *Alexis de Tocqueville. Democracy in America.*

¹¹⁶ *Weber M. The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism.* См. обсуждение в *Landes D. Culture Makes Almost All the Difference. Culture Matters.* С. 11.

¹¹⁷ *MacDonald,* см. сноску 104.

Будучи и сам таким иммигрантом, Гамильтон яростно ненавидел зависимость, угодничество, узкий провинциализм и исключительность. Кроме того, он считал, что статус, получаемый благодаря семейным связям и личным отношениям с сильными мира сего, принижал ценность таких личных качеств, как трудолюбие, самостоятельность и святое отношение к труду, поощряя взамен лень, равнодушие, пьянство и мотовство¹¹⁸. Гамильтон считал, что монетизация экономики будет стимулировать усердие в труде и рост производства. В то время как большинство землевладельцев презирало деньги и полагалось на личные взаимобязательства, бартер и кредит (так же как и в теневой экономике), Гамильтон полагал, что становление индустриального производства будет одновременно полезным и необходимым, чтобы сделать социальную структуру более подвижной: ведь деньгам нет никакого дела ни до классовой принадлежности, ни до цвета кожи, ни до унаследованного положения в обществе. Деньги в конечном счете – это нейтральный и беспристрастный арбитр. При этом они могут использоваться для стимулирования роста и реструктуризации национальной экономики, а также для укрепления и усиления страны.

Резкое различие между капитализмом Гамильтона и аграрианством Джефферсона в конечном итоге ярко проявилось в расколе между Севером и Югом во время Гражданской войны в США. Промышленный Север быстро рос и усиливался за счет притока иммигрантов, в то время как аграрный, рабовладельческий Юг с его землевладельческими кланами и мелкими фермерами-арендаторами становился свидетелем своего политического и экономического угасания. Кроме того, многие жители Севера США считали невозможным долее примирять с рабством свою интерпретацию христианства и возвышенные чувства, вытекавшие из Декларации независимости. Юг, возможно, имел наиболее подготовленных солдат, зато Север владел всеми заводами по производству пушек. В результате разразилась ужасающая братоубийственная война, в которой погибло больше американцев, чем в Первой и Второй мировых войнах вместе взятых¹¹⁹. Север победил в Гражданской войне в конечном счете по причине своей экономической мощи, сформированной благодаря предшествовавшей политике Гамильтона, всячески поощрявшей частную инициативу.

Развитие доктрины верховенства права в США приписывают существованию там бесклассового общества, основанного прежде всего

¹¹⁸ *MacDonald*, см. сноску 94.

¹¹⁹ Гражданская война в США: пригл. 625 тыс. (убитыми). Первая мировая: пригл. 116 тыс. Вторая мировая: пригл. 470 тыс.

на правах личности и протестантской этике, что способствовало развитию коммерции. Как отмечал Макс Вебер, добродетели, поддержанные предпринимателем Бенджамином Франклином в его книгах «Автобиография» и «Альманах бедняги Ричарда», явно соотносились с капитализмом: честность (полезна, поскольку обеспечивает получение кредитов), а также пунктуальность, трудолюбие, бережливость и скромность в поведении¹²⁰. Таким образом, каждый предприниматель должен был соответствовать этим капиталистическим правилам игры, или в конечном счете быть вынужденным сойти с экономических подмостков¹²¹.

Протестантская трудовая этика продвигала концепцию самоуправляемой, автономной личности. Она возвеличивала труд, равенство всех перед законом и дифференциацию, основанную на реальных достижениях каждого. Капитализмом не движет желание каждого разбогатеть, вместо этого он требует от каждого самодисциплины и реинвестирования прибыли для обеспечения экономического роста и улучшения окружающего мира. Капитализм отнюдь не зиждется на стремлении каждого разбогатеть за счет остальных. Жажда наживы, как и коррупция, не может быть побеждена полностью, но она вовсе не является составной частью капитализма в его классическом определении. Капиталист-предприниматель чурается показной роскоши и ненужных трат, ему претит любовование своей властью, его смущают внешние признаки общественного признания, им получаемые¹²². Капитализм предполагает производство, маркетинг и продажу нужных товаров всем, кто в них нуждается.

Вы можете любить или не любить универмаги сети Walmart, но остается непреложным фактом то, что их низкие цены и широкий ассортимент продукции неизменно привлекают клиентов. По данным статистики, у корпорации Walmart 245 миллионов клиентов, 10 800 магазинов в 27 странах и сайты электронной коммерции в 10 странах. За 2013-й финансовый год объемы продаж Walmart составили около 466 миллиардов долларов США, у корпорации 2,2 миллиона сотрудников по всему миру¹²³.

¹²⁰ Weber M. *The Protestant Ethic & the Spirit of Capitalism*. С. 19-20 (Routledge Classics, 2005) (1930).

¹²¹ Id.

¹²² Id. С. 33.

¹²³ Walmart Launches New Advertising Campaign «The Real Walmart», доступно по адресу: <http://news.walmart.com/news-archive/2013/05/04/walmart-launches-national-advertising-campaign-to-show-the-real-walmart>; New Ad Campaign Promotes «The Real Walmart». *Forbes* (5/06/2013), доступно по адресу: <http://www.forbes.com/sites/lauraheller/2013/05/06/new-ad-campaign-promotes-the-real-walmart/>

В соответствии с образом автономной личности Сэм Уолтон (основатель Walmart), начав с зарплаты в 85 долларов США в месяц, стал в итоге обладателем 6-миллиардного состояния. В своих «заповедях» успешного бизнесмена он перечисляет такие качества, как трудолюбие, доброе отношение к покупателям и сотрудникам, а также внешнюю скромность¹²⁴. Его личная умеренность в быту описана следующим образом:

«[Он] живет в небольшом городке штата Арканзас, в скромном доме, расположенном в нескольких кварталах от одного из складов Walmart. Около дома, прямо на улице, стоит его пыльный полугрузовой пикап, а в гараже такой же пыльный седан «Шевроле». По двору слоняется пара охотничьих собак. Каждый будний день, после завтрака в ресторане местной гостиницы Days Inn, он садится в пикап, на колесных дисках которого не хватает двух колпаков, и едет в офис, в свой кабинет площадью 9 кв.м. Там, рядом с секретарским отделом, среди кип документов, он садится за рабочий стол в стиле «раннего Holiday Inn» (по остроумному замечанию одного из посетителей)»¹²⁵.

В дополнение к акценту на бережливости, трудолюбии и честности протестантская этика фокусируется на договоренностях и контрактах, включая теорию управления по согласию и общее понимание того, что человек должен держать слово и выполнять то, что обещал сделать. Вера в незыблемость договоренности уравнивается практическим пониманием слабости человеческой природы, и природы правительственных чиновников в особенности¹²⁶. Многие американцы до сих пор рассматривают правительство как неизбежное зло¹²⁷. Кроме того, американцы любят судиться и быстро дают отпор тем, кто посягает на их свободы, будь то другие граждане или правительственные чиновники. Американская судебная система эффективна отчасти и потому, что все привыкли часто

¹²⁴ Bergdahl M. The 10 Rules of Sam Walton Success Secrets for Remarkable Success (2006).

¹²⁵ Anderson J. The Frugal Lifestyle of the King of Thrift. Chicago Tribune (Dec. 17, 1990) – рецензия на книгу Trimble V.H. Sam Walton: The Inside Story of America's Richest Man.

¹²⁶ См., например, афоризм: «Власть обычно развращает, а абсолютная власть развращает абсолютно». Sir Dalberg-Acton J.E.E. ESSAYS ON FREEDOM & POWER 364 (Beacon Press, 1949) (источник цитаты – видный британский католический деятель XIX века, сказавший так в отношении власти римских пап и европейских монархов).

¹²⁷ См. в целом: Wills G. A Necessary Evil: A History of American Distrust of Government. Introduction (Simon & Schuster 2008) (обсуждение исторически повсеместно распространённого в США недоверия к правительству).

к ней прибегать и тут же громко протестовать, когда чувствуют, что с ними обошлись несправедливо, будь то несправедливость со стороны сограждан или со стороны правительства.

Две дополнительных ценности могут помочь объяснить видное положение протестантской культуры в странах, имеющих высокий рейтинг в отношении *верховенства права*: это важность всеобщей грамотности и значение, придаваемое времени¹²⁸. Упор на обучение и грамотность, побочный продукт ежедневного чтения Библии, привел к распространению грамотности из поколения в поколение. Важность производства стационарных и карманных и наручных часов, а также владения ими для измерения времени особенно подчеркивалась в Великобритании и Голландии, а следовательно, эффективность траты времени сама по себе сделалась ценностью. Родители старались передать детям такие качества, как индивидуализм, самостоятельность, уверенность в себе и стремление к самовыражению. В результате статистика показывает, что страны с высоким процентом протестантов среди населения, а также страны с британской колониальной историей характеризуются гораздо более низким уровнем коррупции в сочетании с высоким ВВП¹²⁹.

7. Русская культура и правовое государство

По аналогии с тем, что французское *l'état de droit* отличается от немецкого *Rechtsstaat*, Россия также разрабатывает свое собственное определение термина «*правовое государство*». Российская Федерация, чья правовая система частично коренится в германской правовой традиции, использовала термин «*правовое государство*» в своей Конституции 1993 года: «*Российская Федерация – Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления*»¹³⁰. Несмотря на то, что российские законы как-то перекликаются с германской правовой традицией, так же как США, Англия, Франция и Германия, где самостоятельно дают трактовку правовых понятий, Российская Федерация находится в процессе своего собственного определения термина «*правовое государство*». Допуская изучение конституционной экономики на юридических факультетах, российские лидеры показали хорошее понимание того, что, изолировав право от экономики,

¹²⁸ Id. С. 12.

¹²⁹ *Lipset & Menz*, Corruption, Culture, and Markets 116. Culture Matters. See also *Jeffrey Sachs*. A Cultural Typology of Economic Development. С. 47-53. Culture Matters.

¹³⁰ В оригинале – перевод на англ. язык автора.

никто не может рассчитывать при этом на создание функционального и эффективного государства. Фактически первая из характеристик русской модели конституционной экономики определяет ее в качестве моста, соединяющего правовое государство и экономику¹³¹. Продвижение по пути к *верховенству права* или *правовому государству*, как свидетельствует опыт Франции, США и Чили, зачастую оказывается весьма болезненным и трудным. Среди проблем, стоящих перед Российской Федерацией и определенных Московским симпозиумом 2007 года, можно назвать управление государственным бюджетом с целью создания независимой, но подотчетной судебной власти, обеспечения защиты прав личности, а также повышения качества здравоохранения и образования¹³². Более того, Валерий Зорькин, Председатель Конституционного Суда Российской Федерации, признает, что *правовое государство* не может существовать без поддержки со стороны общества и что России необходимо развивать социальное правосознание¹³³. К сожалению, для русских в историческом плане понятия «закон» и «справедливость» ранее не совпадали, а потому они и не требовали многого от своей правовой системы, как видно из цитаты, приведенной в книге Оукшотта: «*Законы для нас [русских] вовсе не так важны. Принимать и соблюдать законы – все это для других культур*»¹³⁴.

Заключение

Верховенство права – это идеал. Оно не печет караваи, не насыщает тысячи голодных хлебами или рыбами (их у него нет). *Верховенство права* не может защитить себя от внешнего нападения, но оно остается самой цивилизованной и наименее обременительной концепцией государства, которую еще только предстоит разработать¹³⁵.

¹³¹ *Barenboim P., Merkulova N.* The 25th Anniversary of Constitutional Economics: The Russian Model and Legal Reform in Russia. The World Rule of Law Movement and Russian Legal Reform (Francis Neate and Holly Nielsen; Justitsinform, Moscow (2007). С. 174.

¹³² *Id.* С. 181.

¹³³ *Zakatnova A.* Fronde In Judges Robes and Without. *Rossiskaya Gazeta* (July 9, 2007). Цит. по The World Rule of Law Movement and Russian Legal Reform. С. 243-244.

¹³⁴ *Carnaghan E.* Thinking About Democracy: Interviews With Russian Citizens. *Studies in Pub. Pol'y* 322 (1999); цит. по *Hendley K.* Assessing The Rule of Law. *Russia*, 14 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 347, 377 (2006).

¹³⁵ *Oakeshott M.* The Rule of Law. On History and Other Essays. С. 178 (Liberty Fund, 1999) (1978).

В соответствии с определением доктрины *верховенства права* в рамках системы общего права право стоит выше власти государства, которое обязано своим существованием людям. Это – в сочетании с общими культурными ценностями и экономической свободой, а также как историческая случайность – привело к продолжающейся стабильности и экономическому процветанию т. н. «английских» стран. *Верховенство права* отлично от *правового государства* в двух основных аспектах: 1) оно ставит неотъемлемые права граждан выше полномочий государства и 2) оно активно ограничивает полномочия государства, не полагаясь на то, что то само себя ограничит. *Верховенство права* предвидит, что должностные лица государства склонны к коррупции. Преимущества *верховенства права* состоят в том, что выгоды от них могут быть получены скорее посредством реализации процессуальных, структурных, политических и культурных характеристик, нежели путем простого внесения существенных изменений в действующее законодательство. Как юристы мы в нашей работе по совершенствованию *верховенства права* должны знать, что изменения в законодательстве могут стать эффективными, только если они сопровождаются соответствующими изменениями в национальной экономике и национальной культуре. В противном случае мы уподобимся человеку, у которого есть только молоток, поэтому все остальное представляется ему лишь в виде гвоздя.

Перевод Б. И. Мещерякова
Текст © Nadia E. Nedzel, LL.M., J.D., 2013

Лафитский Владимир Ильич
*Заместитель Директора Института
законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
член-корреспондент Международной академии
сравнительного права*

**ПРАВО КАК ВЫСШАЯ ЦЕННОСТЬ
КОНСТИТУЦИОННОГО РАЗВИТИЯ
(ОЧЕРК ИСТОРИЧЕСКОГО И СРАВНИТЕЛЬНО-
ПРАВОВОГО ИССЛЕДОВАНИЯ)**

В последние три десятилетия одним из самых заметных правовых явлений стало признание права высшей ценностью конституционного развития. Оно охватывает все большее число государств, воплощаясь в трех разных формах, рожденных в недрах общего права, континентальной и религиозных традиций права.

Конституции стран общего права выдвигают доктрину Верховенства права, которая сложилась в результате многовекового развития судебной практики. В основных законах континентальной традиции права¹ воспринята кантианская идея правового государства.

Конституции государств религиозных (прежде всего исламской) традиций права высшей ценностью провозглашают священные писания. Долгое время эти модели противопоставлялись друг другу. И лишь к концу XX века они начинают постепенно сближаться друг с другом. Не ясно, каким станет исход такого сближения. Ясно только одно: мирным оно не будет, о чем свидетельствует практически полное исчезновение когда-то мощной конституционной модели «социалистической законности»². Поэто-

¹ Континентальное сообщество права охватывает правовые системы государств Европы трех основных семей: романо-германского, славянского и скандинавского права.

² Модель «социалистической законности» сохранена в очень небольшом числе конституций современного мира — во Вьетнаме, Северной Корее, Кубе и некоторых других.

му так важно понять истоки и, по возможности, исследовать потенциал развития противоборствующих в наше время правовых стихий.

I. Доктрины правления права (rule of law) в конституционном развитии государств общего права

1. Генезис конституционной модели правления права

В первых конституциях, а это были конституции американских штатов, освободившихся от колониальной зависимости, британская концепция правления права не признавалась. Объяснялось это рядом причин, прежде всего тем, что конституции были актами революционного времени, уничтожившими действовавший в них колониальный правопорядок.

В противовес доктрине Верховенства права конституции революционного времени выдвинули идею «естественных и неотчуждаемых» прав человека и привилегий народа как источника всей государственной власти. Развивая этот принцип, статья 1 Декларации прав Конституции Северной Каролины 1776 г. указывала, что «вся политическая власть принадлежит народу и исходит только от него»³.

Аналогичные формулы были закреплены практически во всех конституциях. В соответствии с доктриной народного суверенитета практически вся полнота власти передавалась легислатурам (законодательным собраниям) штатов. Но такая модель политической организации оказалась нежизнеспособной. И вскоре на смену ей пришла доктрина разделения властей.

Первой конституцией, отразившей новую тенденцию, стала Конституция Нью-Йорка 1777 г. Она не только расширила полномочия губернатора по руководству исполнительной властью, но и предоставила ему право вето, которым он мог воспользоваться совместно с канцлером (верховным судьей по праву справедливости) и судьями Верховного суда, образовавшими совет по ревизии. Согласно Конституции совет мог наложить вето на те законы, которые были приняты «поспешно и необдуманно» либо «противоречили духу Конституции или общественному благу»⁴. Эти идеи три года спустя были развиты в Конституции Массачусетса

³ The Federal and State Constitutions: Colonial Charters and Other Organic Laws of the States, Territories and Colonies Now or Herebefore Forming the United States of America / Compiled and ed. by F.N. Thorpe. Washington, 1909. Vol. 7 (далее — The Federal and State Constitutions). Vol. 3. P. 1686.

⁴The Federal and State Constitutions. Vol. 5. P. 2628.

1780 г. Так, закрепляя принципы политической организации, ее преамбула утверждала:

«Политическая организация утверждается как свободное объединение граждан; это — общественный договор, по которому весь народ штата несет ответственность перед каждым гражданином и каждый гражданин перед всем народом за то, чтобы над всеми господствовали законы во имя общего блага...»⁵.

Раскрывая эту общую формулу, Конституция устанавливала право каждого «использовать в соответствии с законами существующие меры защиты нарушенного права на личную неприкосновенность, собственность и добрую репутацию» и возможность свободно восстанавливать на основе законов «нарушенное право и справедливость, не прибегая к подкупу, в полной мере, не встречая отказа, быстро и без отсрочек» (статья 12).

Конституция Массачусетса впоследствии послужила образцом для конституционного развития не только других штатов, но и федерации. Многие ее правовые решения нашли отражение в Конституции США 1787 г. Вместе с тем Конституция США существенно развила их, закрепив не только широкие полномочия федеральных судов, а также право каждого на надлежащую правовую процедуру, но и принцип верховенства федерального права:

«Конституция и законы Соединенных Штатов, принимаемые во исполнение ее, и все договоры, которые заключены или будут заключены властью Соединенных Штатов, становятся верховным правом страны; и судьи в каждом из штатов обязаны следовать этому праву, какими бы ни были положения Конституции или законов любого из штатов» (статья VI).

Краеугольным камнем формируемой концепции верховенства права стал институт конституционного надзора, который осуществлялся судами. К началу 20-х годов XIX столетия на основе соответствующих прецедентов верховных судов он был признан во всех штатах, кроме Род-Айленда. Так, утверждая это право в решении по делу «Виттингтон против Полка» (1802 г.), Верховный суд Мэриленда утверждал: «Право в последней инстанции определять законность актов законодательных органов не может принадлежать им самим, поскольку это право сведет на нет и превратит в недействующие все те запреты и ограничения, которые установлены Биллем о правах и Формой правления». Отказ же в признании конституционного надзора со стороны судов вел, как полагал Верховный суд,

⁵ Цит. по: США: Конституция и законодательные акты / сост. В.И. Лафитский. М., 1993. С. 50.

к «установлению деспотизма» и «извращению великого принципа разделения властей»⁶.

Год спустя такую же позицию займет Верховный суд США, установивший право Суда признавать неконституционность актов Конгресса (решение по делу «Мэрбери против Мэдисона»).

По мере укрепления конституционного строя постепенно возрождалось и общее право. Во многом это стало возможным благодаря силе традиции, а также страху перед коренным сломом достаточно прочного механизма правовой защиты частной собственности. Немалое значение имело и то обстоятельство, что первые конституции и законы развивались в основном в рамках юридической техники общего права, унаследованной от колониальных времен. Вместе с общим правом в конституционную систему США входили и доктрины Верховенства права, формулировавшиеся английскими судами общего права еще с XIII века. Так, Г. Брактон во время правления Генриха II утверждал, что король «должен подчиняться Богу и праву, потому что Право создает короля»⁷. Провозглашенная примерно в 1260 г., эта идея впоследствии была развита не только в доктринальных работах, но и во многих решениях английских судов общего права.

Так, в решении по делу Бонхама (1610 г.) судья Э. Коук утверждал, что акты британского парламента могут быть признаны судами недействующими, если они противоречат общим правам и здравому смыслу либо являются отвратительными и неисполнимыми⁸. Наиболее полно британская доктрина Верховенства права была сформулирована профессором А. Дэйси в его классическом труде «Основы государственного права Англии:

«Никто не может быть наказан и поплатиться лично или своим состоянием иначе, как за определенное нарушение закона, доказанное обычным законным способом перед обыкновенными судами страны...

Жители... ограждены от произвола власти... (и) подчиняются законам, а не капризам...

У нас нет никого, кто был бы выше закона... всякий человек, каково бы ни было его звание или положение, подчиняется обыкновенным

⁶ Haines C.G. The American Doctrine of Judicial Supremacy. Berkeley, 1932. Vol. 1. P. 150-165.

⁷ Подробнее см.: Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010. С. 340-342.

⁸ См.: Berger R. Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory? // University of Pennsylvania Law Review. — 1969. — № 117.

законам государства и подлежит юрисдикции обыкновенных судов... Конституция основана на верховенстве права, потому что общие принципы конституции... являются у нас результатом судебных решений, определяющих права частных лиц в отдельных случаях, представляемых на решение судов...

В английской конституции существует неразрывная связь между средствами заставить признать какое-либо право и самим этим правом...

Тот факт, что английская исполнительная власть может пользоваться самым крайним произволом только в силу парламентского акта, ставит правительство под контроль судов, даже когда оно вооружено самыми широкими полномочиями. Самые чрезвычайные полномочия, которые даются или санкционируются статутами, не могут быть действительно неограниченны, так как они зависят от выражений самого акта, и главное — от того толкования, какое дадут статуту суды...»⁹.

Доктрины английского общего права вплетались в ткань конституционной материи США через правоприменительную практику. Дело в том, что судебным решениям, вынесенным на основе конституционных и законодательных норм, придается та же прецедентная форма, что и нормам общего права, сформулированным судами. Их нормативная сила выражена в принципе *stare decisis*, требующем следовать ранее вынесенным решениям при разрешении сходных судебных дел.

Гармонизации текста Конституции США и общего права способствовало «конструктивное» толкование, в котором «буква» конституции служила лишь отправной точкой дальнейших логических построений. В возможности такого широкого толкования Конституции в начале XIX века убеждал председатель Верховного суда США Дж. Маршалл: «Конституция призвана жить в веках, и в силу этого она должна приспосабливаться к различным проблемам общества»¹⁰.

Говоря об особенностях «конструктивного» толкования Конституции США, американский исследователь Д. Броуди отметил: «Идея о том, что даже Конституция и Верховный суд не могут оправдать нарушения «высшего права», проходит через всю американскую историю»¹¹.

⁹ С небольшой редакторской правкой цит. по: Дайси А. Основы государственного права Англии. М., 1905. С. 209–210, 212, 216 223, 400. В более узкой трактовке обоснование основных элементов верховенства см. правку на стр. 227 указанного издания книги А. Дайси.

¹⁰ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

¹¹ *Brody D.E. The American Legal System: Concepts and Principles*. Lexington, 1978. P. 6.

В этом замечании заретуширована суть «высшего права», скрыты его истинные черты.

Но в анализе крупнейшего правоведа середины XX века Роско Паунда оно предстает в обнаженном виде: «Статуты отступают перед устоявшимися навыками правового мышления, которое мы называем общим правом. Судьи и юристы, не колеблясь, утверждают, что существуют надконституционные ограничения законодательной власти, которые ставят догмы общего права за пределы досягаемости статутов»¹².

Конечно, речь не идет о каком-то окаменевшем высшем праве. Как писал судья Верховного суда США Оливер Вендел Холмс, «положения Конституции — это не математические формулы, которые обретают свою суть через присущую им форму». Вопросы Конституции должны рассматриваться «в свете нашего опыта, а не только в контексте того, что было сказано сто лет назад»¹³.

Идеи О.В. Холмса, выраженные в формуле: «Жизнью права является не логика, а опыт»¹⁴, оказали большое влияние на конституционное развитие в XX столетии и, несомненно, сохраняют определяющее влияние на судебную практику США. При этом суды стремятся обеспечить баланс различных интересов и целей. Так, обращаясь к этой теме, судья Верховного суда США Р. Джексон писал: «В обществе, в котором быстрые изменения тяготят к разрушению равновесия, Суд, не превышая своих ограниченных прав, должен стремиться к поддержке той великой системы балансов интересов, которые лежат в основе нашей свободной формы правления... К числу основных можно отнести балансы интересов, во-первых, между исполнительной властью и Конгрессом; во-вторых, между центральным правительством и штатами; в-третьих, между отдельными штатами; в-четвертых, между властью, как федеральной, так и отдельных штатов, и свободой граждан либо между правлением большинства и правами каждой личности»¹⁵.

В этой оценке обращает внимание сама постановка вопроса об обеспечении баланса интересов, который не может быть решен при догматическом восприятии текста Конституции либо абсолютизации велений некоего «высшего права». Средством достижения разумного и сбалансированного сочетания различных интересов служит такое толкование

¹² Цит. по: *Carr R.R. The Supreme Court and Judicial Review. N.Y., 1940. P. 17.*

¹³ *Gompers v. U.S., 233 U.S. 604, 610 (1913).*

¹⁴ *Holmes O.V. Jr. The Common Law. Cambridge, 1963. P. 5.*

¹⁵ *Jackson R. The Supreme Court in the American System of Government. Cambridge, 1955. P. 31.*

конституционных положений, такое применение законодательных норм и норм общего права, которое обеспечивает их эластичность и гибкость.

Такой подход позволяет устранять либо смягчать противоречия и конфликты, угрожающие существованию государства и общества. А в этом, собственно, и заключено высшее предназначение права как такового.

2. Современные конституционные трактовки правления права

В странах общего права конституции, как правило, не раскрывают понятия правления права, ограничиваясь в редких случаях общей констатацией его существования. Например, Конституционный акт Канады 1982 г. и конституции Гренады 1973 г., Доминики 1978 г., Гайаны 1980 г. провозглашают принцип правления права в своих преамбулах. Вместе с тем все конституции стран общего права самым тщательным образом регламентируют его ключевые элементы: независимость судебной власти, процедурные правила судопроизводства, гарантии прав и свобод, конституционный надзор, разветвленную систему судебных приказов и актов.

Нередко конституции подчеркивают, что основные гарантии прав и свобод обеспечиваются механизмами общего права. Так, статья 7 Канадской хартии прав и свобод указывает, что каждый имеет право на жизнь, свободу и безопасность своей личности и что «этих прав нельзя лишить иначе как в соответствии с принципами отправления правосудия».

Канадская хартия прав и свобод закрепляет широкие возможности обращения в суд за защитой прав и свобод: «Любое лицо, чьи гарантированные настоящей Хартией права и свободы нарушены или эти права или свободы нарушаются, может обратиться в компетентный суд за получением средств защиты, которые суд устанавливает в надлежащей и справедливой мере в соответствии с обстоятельствами»¹⁶. Речь идет об очень разветвленной системе судебных приказов (*writs*), которые суды могут использовать, обязывая органы управления, граждан, корпорации совершить определенные действия либо воздерживаться от их совершения.

Перечень судебных приказов, используемых судами общего права, достаточно обширен, поэтому ограничимся лишь краткой их характеристикой, обратившись к судебной практике США, связанной с оспари-

¹⁶ Современные конституции государств Америки цит. по: Конституции государств Америки. В 3-х т. М., 2006.

ванием решений, действий или бездействия административных и иных, в том числе нижестоящих судебных, органов.

В числе судебных приказов особое место принадлежит приказам сертиорари (*certiorari*) и мандамус (*mandamus*).

Суть приказа сертиорари состоит в требовании о передаче дела в суд из органов исполнительной власти для его рассмотрения в судебном порядке. Обычно эта форма применяется для истребования дел, рассматриваемых в квазисудебном порядке административными агентствами. Но не исключается использование приказа сертиорари в иных случаях, не связанных с разрешением споров. Так толкует его предназначение судебная практика, например, в штатах Нью-Джерси и Айова. В основном данный приказ используется, при всех его вариациях, для надзора за соблюдением процедуры делопроизводства, которое ведется в письменной форме.

Следующая основная форма судебных приказов — приказ мандамус, обязывающий должностное лицо выполнить то или иное действие. В сферу действия этого приказа, в частности, попадает отказ органов исполнительной власти провести слушания и вынести решение по делу, выдать лицензию, принять на работу или восстановить в должности, издать иные необходимые распоряжения. В отличие от сертиорари, рассмотрение дела, истребованного по приказу мандамус, не основывается на тех протоколах, которые поступают в суд из органов исполнительной власти. Суд вправе провести собственное расследование и принять к производству иные свидетельские показания и документы. Предметом рассмотрения в этом случае становится правомерность отказа от выполнения обязанностей, установленных конституцией или законом. В арсенале судов имеются также иные виды судебных приказов, которые мы рассмотрим более кратко ввиду их меньшего значения.

Запретительный приказ (*writ of prohibition*) обязывает административные агентства, осуществляющие квазисудебные функции, прекратить дальнейшее рассмотрение того или иного дела. Как правило, основанием к его изданию является отсутствие полномочия органа управления решать тот или иной вопрос.

Приказ кво варранто (*quo warranto*) используется для надзора за правомерностью занятия должности в органах исполнительной власти.

Приказ хабеас корпус (*habeas corpus*) применяется для освобождения из-под стражи лиц, задержанных или арестованных в нарушение требований закона. Этот приказ используется и в ряде иных случаев, в частности, для надзора за депортацией иностранцев либо недопущением их въезда на территорию Соединенных Штатов, за принудительным ле-

чением лиц с отклонением психики либо за соблюдением порядка условно-досрочного освобождения лиц, приговоренных к лишению свободы.

Приказ инджанкшн (*injunction*) издается судами, если отсутствуют иные средства для предотвращения угрозы причинения неустранимого ущерба правам и интересам истца.

Приказ процедурно (*procedendo*) обязывает административные агентства или нижестоящие суды безотлагательно разобрать дело, которое находится на их рассмотрении.

И, наконец, деклараторные приказы (*declaratory*), которые, в отличие от вышеперечисленных, не были заимствованы из общего права Англии, а стали продуктом законодательных новелл Соединенных Штатов и ряда других государств, развивающихся в традициях общего права. В форме деклараторных приказов признается правовой статус лица, отвергаемый органами исполнительной власти. В США указанные выше средства общего права в той или иной мере применяются судами и федерации, и штатов. Например, в федеральных судах в основном используются приказы сертиорари, хабеас корпус, инджанкшн и мандамус¹⁷.

Завершая описание механизма надзора за деятельностью исполнительных органов власти, следует заметить, что он не ограничивается только исправлением той несправедливости, которая допущена в отношении законных прав и интересов того или иного лица. Помимо вопросов факта, суды сверяют и вопросы права, отказывая в применении тем ведомственным нормативным актам, которые противоречат конституционным и законодательным нормам. Так судебный надзор охватывает различные стороны деятельности исполнительных органов, обеспечивая большую эффективность всего механизма правовой защиты.

В отличие от многих конституций американских штатов, конституции государств общего права, как правило, не регламентируют порядок применения судебных приказов, что объясняется одним: эти правовые средства стали продуктом судебной практики, а не законодательства.

Следует заметить, что правовые механизмы обеспечения верховенства права были заимствованы многими странами, развивающимися вне рамок традиций общего права.

Так, Конституция Гватемалы 1985 г. не только провозглашает общий принцип верховенства права (статья 152), но и подчеркивает, что он распространяется на всех лиц, находящихся на территории республики. Верховенство права «в качестве системы власти» провозглашает преам-

¹⁷ В настоящее время сфера применения судебных приказов сертиорари ограничена.

була Конституции Македонии 1991 г.¹⁸ Это общее положение развивается в ряде других норм Конституции, в том числе в статье 8, в которой указано, что верховенство права является одной из основополагающих ценностей конституционного устройства республики. Верховенство права как принцип государственной политики закреплен в Конституции Бутана 2008 г. (часть 3 статьи 9). К его соблюдению призывает Конституция Непала 2007 г. (пункт «с» статьи 33). Индонезия провозглашает себя как государство, основанное на верховенстве права (часть 3 статьи 1 Конституции 1945 г.¹⁹).

Принцип верховенства права можно обнаружить в основных законах Африки — конституциях Намибии 1990 г. (статья 1), Анголы 1992 г. (статья 2), Южной Африки 1996 г. (статья 1), Бурунди 2005 г. (статья 18), Зимбабве 2013 г. (статья 2), других государств континента.

В целом влияние доктрины Верховенства права усиливается, привлекая все большее число государств, в том числе континентальной традиции права — второго источника идеи права как высшей ценности конституционного развития.

II. Доктрины Правового государства (*rechtsstaat*) в конституционном развитии государств континентальной традиции права

1. Генезис конституционных моделей правового государства

Конституционное оформление идей правового государства складывалось на протяжении более полутора столетий. Первые их проблески отражены в Декларации прав человека и гражданина 1789 г. и в первой Конституции Франции 1791 г. В Декларации прав человека и гражданина они отражены в следующих ключевых формулах права:

«Цель любого политического союза заключается в сохранении естественных и неотъемлемых прав человека. Это права на свободу, собственность, безопасность и сопротивление угнетению... Ни одно учреждение, ни одно лицо не могут осуществлять власть, на которую они в ясно выраженной форме не уполномочены...

Свобода состоит в возможности делать то, что не причиняет вре-

¹⁸ Современные конституции государств Европы цит. по: Конституции государств Европы. В 3-х т. М., 2001.

¹⁹ Там же.

да другому. И естественное осуществление прав каждого человека должно быть ограничено лишь теми пределами, которые гарантируют другим членам общества пользование теми же правами. Указанные пределы не могут устанавливаться иначе, как законом...

Закон не может запрещать действия, которые не причиняют вреда обществу. Все, что не запрещено законом, то дозволено, и никто не может быть принужден делать то, что не предписано законом...

Закон есть выражение общей воли; все граждане имеют право участвовать непосредственно либо через своих представителей в его создании. Он должен быть единым для всех, как в тех случаях, когда он охраняет, так и в тех случаях, когда он карает. Все граждане, поскольку они равны перед законом, имеют равные основания быть допущенными к любым общественным постам, должностям и профессиям...

Закон должен устанавливать наказания лишь строго и бесспорно необходимые...

Свободное выражение мыслей и мнений есть одно из драгоценнейших прав человека; каждый гражданин может свободно высказываться, писать, печатать, отвечая только за злоупотребления этой свободой в случаях, предусмотренных законом...

Права человека и гражданина гарантируются при необходимости самой государственной властью; она создается в интересах всех, а не для личной пользы тех, кому она вверена...

Общество имеет право требовать от любого должностного лица отчета о его управлении...

Общество, где не гарантируются права и нет разделения властей, не имеет Конституции...»²⁰.

Правовые принципы Декларации прав человека и гражданина в той или иной мере нашли отражение во всех 16 конституциях Франции, начиная с ее первого конституционного акта 1791 г. Приверженность этим принципам признает и ныне действующая Конституция Франции 1958 г., подчеркивая это в своей преамбуле.

Но само понятие правового государства ни в одной из них сформулировано не было. И лишь в Декларации прав и обязанностей человека и гражданина Конституции Франции 1795 г. появляется его первый эскиз: «Обязанности каждого по отношению к обществу состоят... в подчинении законам, в уважении тех, кто является орудием закона»²¹.

²⁰ Цит. по: *Лафитский В.И.* Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней. М., 2003. С. 285-288.

Аналогичная формулировка была отражена и в Конституции Испании 1812 г.: «Каждый испанец должен быть предан Конституции, он должен соблюдать законы и уважать установленные власти» (статья 142)²². Попытки закрепить понятие правового государства предпринимались и впоследствии.

Очень яркие образы грядущего правового государства создавала Конституция Боливии 1826 г. Она требовала от каждого жителя новой Республики: «Жить в соответствии с Конституцией и законами... Уважать установленные власти и подчиняться им... Вносить свой вклад на общие расходы государства... Стоять на страже гражданских свобод» (статья XII)²³.

Менее эмоционально, но настойчиво к соблюдению тех же ценностей призывала и Конституция Саксонии 1831 г.: «Пребывание в пределах государства обязывает к исполнению его законов и обеспечивает взамен законную защиту» (параграф 24)²⁴. В это же время кристаллизуется и такое качество правового государства, как строгая иерархичность источников права, которую были призваны обеспечивать суды. Эти идеи в Конституции Бельгии 1831 отражены в следующей норме:

«Суды и трибуналы применяют постановления, национальные, провинциальные и местные лишь в той мере, в какой они соответствуют законам» (статья 107).

Вклад в развитие конституционной модели правового государства внесло и российское законодательство. Еще в первой редакции Свода законов Российской Империи появилась отдельная глава, посвященная законам. Впоследствии ее нормы были инкорпорированы в Тырновскую Конституцию Болгарии 1879 г. и в Основные государственные законы Российской Империи 1906 г. Последние, в частности, устанавливали следующие положения:

«Империя Российская управляется на твердых основаниях законов, изданных в установленном порядке... Сила законов равно обязательна для всех без изъятия... Закон не может быть отменен иначе, как только силою закона...»²⁵.

²¹ Цит. по: Конституция и законодательные акты буржуазных государств. XVII-XIX вв. / под ред. П.Н. Галанзы; сост. Н.Н. Блохин. М., 1957. С. 382.

²² Constitutions That Made History. Ed. by A.P. Blaustein and A.P. Sigler. N.Y., 1988. P. 118.

²³ Constitutions That Made History. Op. cit. P. 162.

²⁴ Цит. по: Конституция и законодательные акты буржуазных государств. XVII-XIX вв. Указ. соч. С. 500.

²⁵ Анализ этих норм см.: *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010.

Новый шаг в формировании конституционной модели правового государства был сделан Веймарской Конституцией Германии 1919 г. Провозгласив единство правового пространства государства (статья 14), она включила в «имперское» (общее) право Германии общепризнанные положения международного права как его «обязательных составных частей» (статья 4)²⁶.

Были определены также новые цели и границы правового регулирования. Веймарская Конституция утверждала, что строй хозяйственной жизни должен соответствовать справедливости и цели обеспечения для всех достойного человека существования, что законное принуждение допустимо только для осуществления прав, которым грозит опасность, или ради высших требований общего блага (статья 151), что сделки, противоречащие добрым нравам, недействительны (статья 152), что собственность «обязывает» и что пользование ею должно быть в то же время служением общему благу (статья 153)²⁷.

В Португалии в начале 1930-х годов была предпринята попытка построения модели правового корпоративного государства, равно отдаленного от демократических, фашистских и диктаторских режимов того времени. Конституцией Португалии 1933 г. были установлены, в частности, следующие нормы:

«Португальская нация составляет независимое государство, суверенитет которого не знает внутри иных пределов, кроме морали и права, а в международном порядке, кроме тех, которые проистекают из свободно заключенных соглашений и договоров или свободно принятого обычного права...

Государство обязано содействовать моральному единству нации и устанавливать национальный правопорядок, определяя и заставляя соблюдать права и гарантии, вытекающие из естественного права или закона... согласовывать, поощрять и направлять все виды социальной деятельности, устанавливая определенную гармонию интересов в законном подчинении частных интересов общим интересам...» (статьи 4, 6)²⁸. Реализация этих принципов обеспечивалась многими нормами, не имевшими аналогов в истории конституционного развития. Конституция Португалии 1933 г. и сейчас вызывает множество споров. Но в ее пользу, по крайней мере, свидетельствует одно: Португалия была едва ли не единственной страной того жестокого времени, где смертная казнь не применялась.

²⁶ Конституции буржуазных стран. Т. 1. М., 1935. С. 83, 85.

²⁷ Там же. С. 110-111.

²⁸ Конституции буржуазных стран. Т. 2. М., 1935. С. 385.

В кристаллизации идеи правового государства заметное место принадлежит Конституции Польши 1935 г. Провозгласив Польшу «общим достоянием» ее граждан, Конституция детальным образом регламентировала механизмы укрепления ее правовых начал. Ключевое значение придавалось судам. На них была возложена миссия осуществлять при отправлении правосудия задачи охраны правового порядка и воспитания правового сознания общества» (часть 2 статьи 64)²⁹. Вместе с тем Конституция Польши отвергала возможность судебного контроля за конституционностью законодательных актов, отдавая приоритет законодательной власти (часть 5 статьи 64).

2. Правовое государство в современном конституционном развитии Западной Европы

В середине XX века наиболее близко к оформлению идеи правового государства подошел Основной Закон Германии 1949 г., который закрепил ставшую классической формулу: «Законодательство связано конституционным строем, исполнительная власть и правосудие — законом и правом» (часть 3 статьи 20).

Но непосредственно само понятие правового государства в нем не было отражено. Оно появилось позже, в 1992 г., когда в Основной Закон были внесены поправки, определившие обязанности соблюдения принципов правового государства (статья 23).

А впервые на конституционном уровне понятие правового государства было сформулировано в Конституции Португалии 1976 г. Провозгласив в преамбуле «верховенство демократического правового государства», Конституция закрепила достаточно подробную регламентацию его основ:

«Португальская Республика — демократическое правовое государство, основывающееся на народном суверенитете, на многообразии демократических мнений и демократическом политическом плюрализме, на уважении и гарантиях осуществления основных прав и свобод, на разделении власти и взаимозависимости ветвей власти и имеющее целью претворение демократических принципов в экономической, социальной и культурной жизни и углубления демократии участия...

Государство подчиняется конституции и опирается на демократическую законность» (статьи 2 и 3). В целях его построения Конституция включила в число основных задач гарантии основных прав

²⁹ Конституции буржуазных стран. Т. 1. Указ. соч. С. 238.

и свобод и уважение принципа демократического правового государства (статья 9).

Идея правового государства два года спустя была подхвачена Конституцией Испании 1978 г., в преамбуле которой была поставлена цель: «установить правовое государство, обеспечивающее верховенство закона как выражение воли народа». Эта общая формула нашла выражение во многих конституционных положениях. Так, часть 1 статьи 1 закрепляет, что «Испания конституируется как правовое демократическое социальное государство, которое провозглашает высшими ценностями своего правопорядка справедливость, равенство и политический плюрализм».

Развивая эти ценности и в точном соответствии с традициями континентального права, Конституция Испании подчеркивает, что она «гарантирует принцип законности, иерархию нормативных актов, их обязательное опубликование, отсутствие обратной силы норм, предусматривающих наказание граждан или ограничение их индивидуальных прав, право на юридическую защиту, судебную ответственность за произвол органов и представителей власти» (раздел 3 статьи 9).

Доктрина Правового государства нашла отражение и в Конституции Швейцарии 1999 г., установившей четыре принципа действия правового государства:

«1. Основой и пределом государственных действий является право.

2. Государственные действия должны совершаться в публичных интересах и быть соразмерными.

3. Государственные органы и частные лица действуют добросовестно.

4. Союз и кантоны соблюдают международное право» (статья 5).

Отметим в этой связи, что Конституция Швейцарии стала первой, в которой понятие правового государства было отделено от иных характеристик государства.

3. Развитие идей правового государства в Латинской Америке

Идея конституционного закрепления понятия правового государства наиболее полно воплотилась в основных законах Латинской Америки.

Одной из первых стала Конституция Сальвадора 1983 г., которая провозгласила государство социальным и правовым. При этом Конституция дополнила его характеристики, указав, что оно является суверенным, унитарным, независимым, демократическим, поликультурным и полиэтничным (статья 1).

Эту инициативу подхватила Конституция Никарагуа 1987 г., установившая, что «никарагуанская нация организуется в форме социального правового государства» (статья 130).

Иной акцент в определении характеристик государства был сделан в Конституции Бразилии 1988 г. В ней указано, что Бразилия является демократическим правовым государством, основами которого являются суверенитет, гражданство, достоинство человеческой личности, социальная ценность труда и свободного предпринимательства, политический плюрализм (статья 1).

Наиболее широкий спектр характеристик государства закреплен в Конституции Колумбии 1991 г.: «социальное правовое государство с республиканской формой правления, унитарное, децентрализованное, с автономией административно-территориальных образований, демократическое, общенародное и плюралистическое, основанное на уважении человеческого достоинства, социальной ценности труда и сплоченности образующих его граждан и верховенстве общего интереса» (статья 1).

Отчасти ее воспроизводит и статья 1 Конституции Парагвая 1992 г., определяя Парагвай как «социальное правовое государство, унитарное, неделимое и децентрализованное согласно положениям... Конституции и законов». Эта характеристика дополняется рядом норм, подчеркивающих принадлежность Парагвая к континентальной традиции права:

«Конституция является высшим законом Республики. Настоящая конституция, одобренные и ратифицированные международные договоры, пакты и соглашения, законы, принятые Конгрессом, и иные правовые акты, принятые на основании вышеуказанных и обладающие меньшей юридической силой, составляют национальное позитивное право в установленной иерархии. Каждый, кто намерен изменить указанную иерархию иными способами, чем те, что предусмотрены настоящей Конституцией, несет ответственность за совершение преступлений, определенных и наказуемых законом» (статья 137). Эту тенденцию продолжила Конституция Венесуэлы 1999 г., провозгласившая Республику правовым, федеральным и децентрализованным государством (преамбула). Раскрывая содержание этих понятий, статья 2 указывает, что государство основано на принципах права и справедливости и утверждает «в качестве наивысших ценностей жизнь, свободу, справедливость, равенство, общность интересов, демократию, социальную ответственность, и в общем плане главенствующее значение прав человека, нравственные принципы и политический плюрализм». Основой правопорядка провозглашена Конституция Венесуэлы, обладающая высшей юридической силой (статья 7).

Идеи правового государства отражены и в Конституции Боливии 2004 г., установившей, что Боливия является социальным и демократическим правовым государством, высшими ценностями которого являются законность, свобода, равенство и справедливость (статья 1). При этом Конституция включила ряд норм, которые были направлены на противодействие влиянию общего права. Так, статья 29 устанавливает, что законодатель имеет право изменять материальные и процессуальные нормы, регулирующие деятельность судебной власти, а статья 31 особо подчеркивает недействительность актов, не основанных на законе.

Стремление защитить наследие континентальной традиции права заметно и в тех конституциях Латинской Америки, в которых понятие правового государства не используется. Так, например, Конституция Чили 1980 г. указывает, что никакая судебная власть не может присвоить себе дополнительные полномочия или права, «кроме тех, которые им прямо принадлежат в силу Конституции или законов» (статья 7).

Гарантии сохранения традиций континентального права закреплены и Конституцией Перу 1993 г., которая провозглашает верховенство Конституции над законами и законов над всеми иными правовыми актами, при этом подчеркивая, что юридическую силу имеют только опубликованные правовые нормы (статья 51).

В том же русле формулировались и многие конструкции Конституции Мексики, достаточно последовательно закрепившей основные опоры континентальной традиции права. Так, статья 14 устанавливает характерные для нее принципы рассмотрения судебных дел:

«В делах, носящих уголовный характер, запрещено выносить наказание по простой аналогии или в силу очевидной справедливости, которые не предусмотрены законом, непосредственно относящимся к рассматриваемому преступлению. В делах, носящих гражданский характер, окончательное решение должно соответствовать букве или юридическому толкованию закона, а при отсутствии закона решение должно быть основано на общих принципах права».

Нормы, защищающие наследие континентальной традиции права, есть и в других конституциях Латинской Америки — Аргентины 1994 г., Панамы 1972 г., Сальвадора 1983 г., Доминиканской Республики 2002 г. Так, например, Конституция Сальвадора подчеркивает, что толкование законов производится в тех же процедурах, что и принятие законов (статья 142).

4. Закрепление принципов правового государства в постсоциалистических государствах Восточной Европы

Новая волна конституционного признания идей правового государства поднимается с распадом социалистического лагеря и демократическим преобразованием входивших в его состав государств. Во многом сама постановка задачи строительства правового государства была вызвана стремлением противопоставить ее порокам правовой системы социализма. Отражая эти настроения, преамбула Конституции Словении 1991 г. прямо указывает, что несоблюдение принципов правового государства стало одной из главных причин распада социалистической Югославии.

В основном тексте Конституции Словении понятие правового и социального государства упоминается в статье 2, а развернутая ее характеристика содержится в главе VII. В ней, в частности, закреплены иерархия нормативных правовых актов (статья 153), требования к опубликованию актов (статья 154), принцип недопустимости обратной силы законов (статья 155), процедура оценки конституционности актов (статья 156), порядок оспаривания административных решений (статья 157), признание установленных в законном порядке правовых отношений (статья 158) и т.д.

Идеи правового государства нашли отражение во многих конституциях Восточной Европы, освободившихся от оков социализма.

Так, Конституция Румынии 1990 г. провозглашает ее правовым демократическим и социальным государством, основными ценностями которого являются достоинство человека, права и свободы граждан, свободное развитие человеческой личности, справедливость и политический плюрализм (часть 3 статьи 1). Суверенным демократическим и правовым государством признается Словакия по Конституции 1992 г. (часть 1 статьи 1).

Достаточно краткую характеристику использует и Конституция Польши 1997 г., устанавливая, что Польша является демократическим правовым государством, осуществляющим принципы социальной справедливости (статья 2). Каркас правового государства составляют источники права, к которым Конституция относит законы, ратифицированные международные договоры, а также распоряжения, издаваемые на основании установленных законом правомочий (часть 1 статьи 87 и часть 1 статьи 92).

5. Концепция правового государства в конституциях постсоветских государств

Следующий этап конституционного закрепления доктрины Правового государства наступил на постсоветском пространстве.

В Конституции Российской Федерации 1993 г. она отражена в положении части 1 статьи 1, согласно которому Российская Федерация провозглашается демократическим федеративным правовым государством с республиканской формой правления. Черты правового государства отражены во многих формулах Конституции РФ, в ряду которых ключевое значение имеют нормы статьи 15:

«1. Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации.

2. Органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы.

3. Законы подлежат официальному опубликованию. Неопубликованные законы не применяются. Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения.

4. Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Для восприятия российской модели правового государства не менее важны положения ряда других статей Конституции, прежде всего статьи 18:

«Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием».

Правовые формулы Конституции России были восприняты многими государствами, образовавшимися на руинах Советского Союза. Так, статья 1 Конституции Казахстана 1995 г. указывает, что «Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, право-

вым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы».

Раскрывая понятие правового государства, Конституция определяет, помимо общих для всех постсоветских конституций и норм, круг источников ее правовой системы:

«Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики» (часть 1 статьи 4).

Демократическим и правовым государством провозглашена Молдова (преамбула и часть 3 статьи 1 Конституции 1994 г.); демократическим социальным правовым государством — Армения (статья 1 Конституции 1995 г.); демократической, правовой, светской, унитарной республикой — Азербайджан (статья 7 Конституции 1995 г.); социальным и правовым государством — Грузия (преамбула Конституции 1995 г.); демократическим, правовым, светским, социальным государством — Таджикистан (статья 1 Конституции 1994 г.) и Кыргызстан (часть 1 статьи 1 Конституции 2001 г.); демократическим, правовым и светским государством — Туркменистан (преамбула и статья 1 Конституции 2008 г.); гуманным демократическим правовым государством — Узбекистан (преамбула Конституции 1992 г.).

Своеобразная конструкция, совмещающая конституционные ценности правового государства и верховенства права, закреплена в Конституции Украины. Провозглашая в преамбуле и статье 1 цель построения правового государства, Конституция вместе с тем устанавливает принцип верховенства права (статья 8). Раскрывая содержание этих двух начал, Конституция, в частности, указывает, что правовой порядок основывается на требованиях, в соответствии с которыми никто не может быть принужден делать то, что не предусмотрено законодательством (статья 19)³⁰. Аналогичное сочетание ценностей правового государства и правления права закреплено в Конституции Беларуси 1994 г. (статьи 1 и 7).

6. Конституционное закрепление идеи правового государства в других регионах мира

Идеалы правового государства внедряются в конституционные тексты государств других регионов мира — Африки, Восточной Азии, Оке-

³⁰ Аналогичная норма сформулирована в ч. 4 ст. 2 Конституции Чехии 1992 г.

ании. Так, Конституция Египта 1971 г. закрепляла принцип подчинения государства праву (статья 64).

Задачу построения социалистического правового государства ставит Конституция Китая (часть 1 статья 5). Средствами ее решения должны стать управление страной в соответствии с законом; обеспечение единства и соблюдения социалистической законности; соответствие Конституции всех законов, административно-правовых актов и актов местных органов; соблюдение Конституции и законов всеми государственными органами, вооруженными силами, всеми политическими партиями и общественными организациями, всеми предприятиями и учреждениями; недопущение использования организациями и отдельными лицами каких-либо привилегий, не предусмотренных Конституцией и законами (части 2-5 статьи 5). Цель построения правового государства закреплена Конституцией Габона 1991 г. (*l'Etat de droit* — статья 5) и основным законом Мозамбика 2004 г. (*Estrado de Direito* — статья 5).

Но в целом, оценивая динамику распространения идеи закрепления правового государства как высшей ценности конституционного развития, следует отметить ее замедление. Более того, можно утверждать, что она находится в состоянии глубокого кризиса, что объясняется одним: идея правового государства так и не получила необходимого доктринального и нормативного обоснования и оформления. Поэтому она теряется в других характеристиках государства. Поэтому она не стала движущей силой давно ожидаемых реформ и не оправдывает тех надежд, которые на нее возлагались.

Кризис конституционных моделей правового государства отчетливо виден на фоне не только экспансии доктрины правления права, но и ренессанса исламских конституционных ценностей и идей.

III. Доктрины главенства исламского права

1. Генезис конституционных моделей главенства исламских ценностей права

Впервые главенство шариата, как конституционной ценности и источника права, было провозглашено в Конституции Ирана 1906—1907 гг. Это требование было облечено в следующую поэтическую форму: «Законы священного Меджлиса, основанного с соизволения и с помощью Его Святейшества Имама, сокрытого во времени, — да ускорит Господь его радостный прием!

И по милости Его Величества Шахиншаха Ислама — да продлит Господь его правление навеки!

И попечением столпов Ислама — да увеличит Господь их число и число всей иранской нации!

Никогда не должны противоречить правилами Ислама и законам, данным Его Святейшеством...

И устанавливается, что ученые богословы — да продлит Господь их благословенную жизнь! — должны определять, соответствуют ли те законы, которые могут быть предложены основам Ислама...»³¹.

Главенство исламских ценностей права провозглашали конституции Ирака 1924 г., Саудовской Аравии (Хиджаса) 1926 г., Афганистана 1931 г., некоторых других государств. Но в целом широкого распространения эта доктрина не получила до начала 1970-х годов. Ее сдерживали сначала колониальные власти, потом пришедшие им на смену национальные правительства государств, которые освободились от колониальной зависимости и ориентировались в основном на западные или социалистические ценности. Исламское право сдержало этот натиск. И вскоре наступил его ренессанс.

Первой путь возрождения исламских ценностей избрала Ливия. В 1971 г. в этой стране было принято решение об исламизации национальной правовой системы. Были восстановлены традиционные для исламского права меры уголовного наказания за такие преступления, как кража и разбой, прелюбодеяние, потребление спиртных напитков³². Были приняты законы о закяте, запрете ростовщичества. А в 1977 г. Коран был объявлен «законом общества», заменяющим светскую конституцию³³.

Вскоре на тот же путь вступили Йемен, Пакистан и Судан, а вслед за ними многие другие мусульманские государства. Но наиболее полным возрождение исламского права было в Саудовской Аравии и Иране.

В большей части исламских государств было провозглашено, что Коран обладает высшей юридической силой. По этой причине Основной Низам о власти Саудовской Аравии 1992 г. указывает, что Конституцией Королевства является «Книга Всевышнего Аллаха и сунна Его Пророка» (статья 1).

³¹ Цит. по: *Лафитский В.И.* Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней. М., 2003. С. 171.

³² *Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник.* М., 2001.

³³ *Сюкияйнен Л.Р.* Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 103–104.

В других мусульманских странах конституции приняты. Но их роль как основных законов ограничивается. Как правило, главным источником законодательства признается шариат, что непосредственно закреплено в текстах самих конституций (статьи 2 и 3 Конституции Афганистана; статья 2 Конституции Бахрейна; статья 2 Конституции Египта; статья 3 Конституции Ирака; статьи 2 и 12 Конституции Ирана; статья 3 Конституции Йемена; статья 1 Конституции Катара; статья 7 Конституции Объединенных Арабских Эмиратов; статья 2 Основного Закона (Белой Книги) Султаната Оман; статья 3 Конституции Сирии; статья 227 Конституции Пакистана; статья 18 Конституции Судана).

Заметную роль исламское право играет также в тех государствах, где конституции признают ислам государственной религией, не упоминая при этом о роли шариата (Алжир, Бангладеш, Бруней, Индонезия, Коморские острова, Ливия, Малайзия, Мальдивские острова, Мавритания, Марокко, Сомали, Тунис).

Чтобы убедиться в близости правовых систем государств этих двух групп, достаточно сравнить действующее в них законодательство. Так, Гражданский кодекс Египта устанавливает следующие нормы: «Положения законов регулируют все вопросы, к которым такие положения применяются в силу их буквы или духа. В отсутствие применимого положения законов, судья должен решать дело в соответствии с обычаем, а в отсутствие обычая — в соответствии с принципами исламского права. В отсутствие таких принципов судья должен применить принципы естественного права и правила справедливости» (статья 1)³⁴.

Точно такие же положения содержит статья 1 Гражданского кодекса Алжира 1975 г.³⁵ — той страны, Конституция которой не упоминает шариат в качестве источников права.

К этой же группе стран относится и Марокко, чей Семейный кодекс 2004 г. закрепляет следующие положения: «По всем вопросам, которые непосредственно не урегулированы настоящим Кодексом, необходимо обращаться к предписаниям маликитского мазхаба и (или) к выводам юридической науки, в которых четко раскрываются ценности справедливости, равенства и гармоничной жизни в обществе, как их проповедует ислам» (статья 400)³⁶.

И лишь отдельные конституции исламского мира последовательно проводят принцип отделения религии от государства: Албании (статья 10),

³⁴ http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=483&std_id=82

³⁵ <http://www.droit.mjustice.dz/code%civil.pdf>

³⁶ <http://www.justice.gov.ma/MOUDAWANA/codefamille.pdf>

Гамбии (статьи 1 и 5), Гвинеи (статья 1), Мали (статья 25), Нигера (статья 4), Нигерии (статья 10), Сенегала (статья 2), Таджикистана (статья 1), Турции (статья 2), Туркменистана (статья 1), Узбекистана (статья 12), Казахстана (статья 1).

Официально в этих странах шариат источником права не признается. Однако он, несомненно, проявляется на уровне правоприменительной практики и правосознания. Более того, при определенных обстоятельствах он начинает оказывать существенное воздействие и на законодательство. Так, например, происходит в Турции, где в последние годы у власти стоит исламистская Партия справедливости и развития.

2. Об особенностях и перспективах развития исламских ценностей права

Конечно, в современном мире влияние шариата падает даже в тех странах, которые провозглашают его верховенство. Многие общественные отношения остаются за его рамками. Прежде всего это касается таких сфер, как торговое и горное, финансовое и административное, энергетическое и природоохранное, уголовное и процессуальное законодательства. Так, например, Кодекс обязательств и контрактов Туниса исключает из сферы регулируемых им отношений исламское право. Об этом, в частности, свидетельствует следующая норма: «Если какой-либо вопрос не может быть разрешен в соответствии с точными указаниями закона, необходимо решать вопрос по аналогии с другими похожими делами или обстоятельствами; если решение остается спорным, необходимо руководствоваться общими правовыми нормами» (статья 535)³⁷.

Определенное отступление исламского права обусловлено рядом причин. Все более возрастает роль международного права, чьи акты не только непосредственно инкорпорируются в правовые системы мусульманских стран, но и оказывают заметное влияние на их развитие.

В правовые системы мусульманских государств проникают правовые модели других государств, прежде всего в те сферы, к которым оно не приспособлено (международный торговый оборот, техническое регулирование, информационные технологии и т.д.).

Происходят определенные перемены и в самом исламском праве. Шариат воспринимается главным образом как основа исламского

³⁷ <http://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/coc/Coc1085.htm>

права, его источник³⁸. Раскрывая это явление, Л.Р. Сюкияйнен писал: «С точки зрения мусульманского права в широком смысле шариат правильнее представлять не как систему, заключающую все конкретные правила поведения различных типов, а как общий ориентир, направление, цель, к достижению которой должен стремиться мусульманин»³⁹.

Весь же массив современного исламского права должен формироваться светским законодательством. Как отмечалось выше, современное законодательство в разной мере отражает традиционное исламское право. Наиболее сильные позиции оно сохраняет в сфере «личного статуса», в которую входят семейные и наследственные отношения. В других сферах права наблюдается постепенное усиление светских начал. Впрочем, эта закономерность типична далеко не для всех мусульманских государств. В некоторых из них в последние годы предпринимаются усилия к возрождению исконных начал исламского права.

Чтобы показать масштаб проводимой в Саудовской Аравии исламизации, разберем положения Основного Низама Королевства о власти. Статья 7 этого Акта провозглашает, что «власть в Королевстве Саудовская Аравия основана на Книге Всевышнего Аллаха и сунне Его Пророка». Раскрывая содержание этой нормы, Основной Низам указывает, что основами правления в соответствии с исламским шариатом являются «справедливость, принцип консультации и равенство» (статья 8), что «государство защищает исламскую веру, реализует ее установления, следит за отсутствием греховности, препятствует пороку, выполняет долг распространения ислама» (статья 23).

Эти принципы должны определять деятельность всех органов власти. Так, Основной Низам о власти устанавливает, что суды должны руководствоваться исключительно исламским шариатом (статья 46). При этом вводится своеобразная конструкция «конституционного» надзора: суды могут применять статуты, изданные правителем, но только в том случае, если они не противоречат Корану и сунне (статья 48).

Соответствующие требования предъявляются и к королю. Он должен проводить национальную политику в соответствии с нормами ислама и контролировать применение исламского шариата (статья 55). Столь же четко определена ответственность Совета министров. Он несет коллективную ответственность перед Королем за исполнение исламского шариата (статья 57). В том же ключе закрепляются полномочия законодательной

³⁸ Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 56.

³⁹ Там же. С. 55-56.

власти. В ее обязанности входит разработка правовых норм и правил, отвечающих общим интересам, препятствующим проникновению зла в дела государства и соответствующих исламскому шариату (статья 67).

В отдельных случаях Основной Низам уточняет, как должны реализовываться положения исламского права. В частности, статья 10, указывает, что «государство стремится к упрочению семейных уз, сохранению арабских и исламских семейных ценностей, проявляет заботу обо всех ее членах, создает необходимые условия для повышения их благосостояния и развития способностей».

В нем отмечается, что собственность, капитал и труд выполняют в соответствии с шариатом общественную функцию (статья 17) и что все природные богатства, «ниспосланные Аллахом», остаются собственностью государства (статья 14).

Требования соблюдать исламские ценности обращены не только к государственным органам, но и к обществу в целом. В частности, Основной Низам провозглашает, что «саудовское общество базируется на исламской вере, благочестивом и бережном отношении его членов друг к другу при взаимном сотрудничестве без каких-либо противоречий» (статья 11) и что «основой саудовского общества является семья, члены которой должны воспитываться на исламской вере, преданности и повиновении Всевышнему Аллаху, Его Пророку и представителям власти» (статья 9). В такую правовую модель акты светского законодательства вписываются с трудом. Их немного, и в целом они рассматриваются как вспомогательный источник права. Например, в области коммерческого и корпоративного права долгое время действовали только два основных королевских низама (указа) «О регулировании деятельности компаний» 1965 г. и «О регулировании деятельности коммерческих агентств» 1962 г.

Положение меняется на рубеже двух тысячелетий. Так, после принятия общего акта «О судебной власти» 1975 г. издаются акты «О тюремном заключении и аресте» 1978 г., «Об основных положениях об аресте, временном лишении свободы и предупредительном задержании» 1983 г., «О процедуре в судах шариата» 2001 г., «О судопроизводстве» 2002 г., «Об уголовном процессе» 2002 г. и т.д.

Новый этап в реформировании законодательства наступил после опубликования 3 октября 2007 г. королевских планов по проведению полномасштабной правовой реформы⁴⁰. Ее основные контуры пока еще не ясны. Но очевидно, что какого-либо значительного отхода от исламских принципов они не предусматривают.

⁴⁰ http://www.carnegieendowment.org/files/Saudi_Arabia_APS.doc

Вторым примером наиболее мощного развития исламского права может служить правовая система Ирана. В Конституции этой страны провозглашено, что официальной религией Ирана является ислам джафаритского толка, признающий существование 12 имамов (статья 12). Ислам положен в основу системы государственного правления и определяет содержание законодательства. На вершине политической системы стоит аятолла — Духовный лидер страны. Он осуществляет верховное руководство мусульманской общиной (статья 5), определяет общую политику государства, контролирует правильное исполнение общей политической линии государства, принимает решения о проведении плебисцитов, осуществляет верховное командование Вооруженными силами, решает споры и упорядочивает отношения между тремя ветвями власти — законодательной, исполнительной и судебной, назначает на должности и отправляет в отставку большое число должностных лиц (статья 110).

Президент, возглавляющий исполнительную власть, занимает только вторую ступень в политической системе страны. Согласно Конституции, он может избираться только из числа «религиозно-политических деятелей», отвечающих помимо общих требований таким критериям, как «набожность, религиозность, вера в основы Исламской Республики и принадлежность к официальной религии страны» (статья 115).

Законодательство Ирана должно полностью соответствовать исламу. Этот принцип отражен в статье 4 Конституции: «Все гражданские, уголовные, финансовые, экономические, административные, культурные, военные, политические и другие законы и уставы должны быть основаны на исламских нормах». При этом Конституция подчеркивает, что эта статья имеет верховенство над другими статьями Конституции, иными законами и нормативными актами.

Подкрепляя эту норму, Конституция не допускает принятие законов, противоречащих принципам и установлениям официальной религии (статья 72). Такое же требование установлено в отношении решений местных советов (статья 105).

В обеспечении верховенства исламского права особую роль играет Совет по охране Конституции, который формируется в составе 12 членов: 6 богословов, назначаемых Духовным лидером страны, и 6 мусульманских правоведов-специалистов в различных областях права, назначаемых Меджлисом Исламского Совета (национальным парламентом) по представлению главы судебной власти.

Конституция требует, чтобы все акты Меджлиса Исламского Совета направлялись в Совет по охране Конституции, который должен их

рассмотреть в течение 10 дней (при необходимости этот срок может быть продлен еще на 10 дней). Если Совет сочтет их противоречащими нормам ислама и Конституции, законопроекты возвращаются для повторного рассмотрения. Кроме того, Совет по охране Конституции дает официальное толкование Конституции. Такие решения принимаются большинством в три четверти членов Совета (статья 98).

В правовой системе Ирана акты светского законодательства традиционно играют значительно большую роль, чем в Саудовской Аравии. Во многом это связано с давними традициями парламентаризма, сложившимися в этой стране в начале XX века с принятием первой Конституции 1906–1907 гг.

В настоящее время в Иране действует большое число актов светской власти. Многие из них были приняты задолго до исламской революции и продолжают действовать с изменениями, обусловленными требованиями не только шариата, но и времени. В их числе такие кодексы, как Гражданский (1929–1935 гг.), Торговый 1932 г., Трудовой 1990 г., Уголовный 1991 г., Уголовно-процессуальный 1988 г., а также большое число законов и ведомственных актов, охватывающих значительный спектр общественных отношений. Формально они остаются за рамками традиционного исламского права, но, несомненно, испытывают значительное влияние с его стороны.

Заключая этот раздел, необходимо отметить, что потенциал исламского права в полной мере еще не исчерпан, о чем свидетельствует правовое развитие не только Саудовской Аравии и Ирана, но и многих других мусульманских государств⁴¹. При этом отметим, что оно выходит далеко за рамки традиционного исламского мира, находя поддержку в многочисленных мусульманских общинах, разбросанных по всему миру. Там создаются новые ростки исламского права, которые по мере их роста оказывают все большее влияние на правовые и политические системы принявших их государств. Так, в частности, дело обстоит в Германии и Франции, Нидерландах и России.

И везде оно проявляет устойчивость и приспособляемость к меняющимся условиям современного мира.

⁴¹ Подробнее о развитии исламского права см.: *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 2. М., 2011.

Такими предстают в наши дни конституционные плоды трех великих правовых традиций. Каждая из них предлагает свое видение будущего права, свои инструменты и технологии правового развития. Победит та из них, которая сможет доказать свое право на жизнь.

В этой конкурентной борьбе континентальное право пока уступает...

Текст © Vladimir I. Lafitsky, 2013

Анисето Масферрер
*Президент Европейского Общества сравнительной
истории права, Профессор юридического факультета
Университета Валенсии
(Испания)*

Анна Тайцлин
*Австралийский Национальный Университет,
Университет Канберры*

**ОБРЕЧЕННЫЙ СОЮЗ:
КОНСТИТУЦИОННОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПРАВ
И ВОЛЕВАЯ ТЕОРИЯ ОТ РУССО ДО УОЛДРОНА**

Вступление

Эта статья посвящена теории верховенства законодательной власти и идее конституционного признания и защиты основных прав как неотъемлемой составляющей современного правового государства. Обе эти доктрины являются частью западных правовых традиций: «континентальной» и «общего права». В этом смысле показательно сходство доктрин суверенитета Гоббса, Остина (и Дайси) с одной стороны и Руссо с другой.

За основу обсуждения мы взяли ключевые тезисы работы Георга Еллинека «Декларация прав человека и гражданина: Вклад в современную конституционную историю» (1895). Еллинек (1851–1911), знаменитый немецкий позитивист, отрицал идею конституционного закрепления «естественных» прав. Его основной мишенью была французская Декларация прав человека и гражданина (1789), которую он противопоставлял английскому Биллю о правах (и американским биллям о правах, поскольку они подтвердили в своих текстах то, что было унаследовано ими от Англии). По его мнению, явное различие (между этими двумя подходами к правам) заключалось в том, что «в одном случае необходимые для их

осуществления учреждения предшествовали провозглашению прав отдельных лиц, в другом – их нужно было создать вслед за провозглашением прав». Другой «французской» мишенью Еллинека было представление Руссо о государстве как о выражении общей воли (*volonté générale*), которое, на его взгляд, не содержало никаких ограничений власти государства и, следовательно, было несовместимо с идеей о неотъемлемых естественных правах.

Еллинек, однако, сознательно или нет, упустил из виду зависимость идеи конституционного закрепления прав от предложенной Руссо концепции *общественного договора*, материализуемого посредством воли законодателя. Идея превосходства законодательной власти была распространена не только во Франции. В Англии она была связана с предложенной Дайси доктриной парламентского верховенства. Позиция Дайси, однако, усложнялась его, основанной на английском общем праве, интерпретацией понятия верховенства права. Еллинек использовал предложенное Дайси понятие верховенства права (как противоположность произволу) для обоснования своей собственной концепции правового государства *Rechtsstaat* как «самоограничения». Дайси, как и Еллинек, не был почитателем конституционно закрепленных прав и полагал, что права лучше защищены при помощи инструментов общего права и системы сдержек и противовесов, устанавливаемых в отношении исполнительной власти. В заключение нашей дискуссии мы обращаемся к Уолдрону, современному приверженцу идеи парламентского верховенства и «нормативного» позитивизма, который предлагает «волевою» критику *признания и защиты* конституционных прав в судебном порядке.

Цель нашей статьи состоит в том, чтобы, образно говоря, перерезать «пуповину», которая связывает понятие «конституционных» прав и волевою теорию, с одной стороны, и показать внутреннюю несовместимость понятия «неотъемлемые права» с волевой теорией (выражающуюся в неослабевающем конфликте доктрин парламентского верховенства и конституционных прав), с другой стороны. Наш более конкретный тезис состоит в том, что «необентамистские» (последователи Бентама) позитивисты, такие как Уолдрон, подвергая критике *признание и защиту* конституционных прав в судебном порядке за их «недемократичность», по существу, возвращаются к позиции Руссо со всеми ее недостатками.

Доктрина правового государства (*Rechtsstaat*) как самоограничение государства¹

Понятие «правовое государство» [*der Rechtsstaat*] было, по-видимому, введено в научный оборот Робертом фон Молем². Его ранние взгляды сформировались на основе взглядов Гумбольдта о спонтанном человеческого развития. По его мнению, правовое государство [*der Rechtsstaat*] могло иметь только одну цель: упорядочить совместную жизнь людей таким образом, чтобы способствовать и поощрять свободное и наиболее всестороннее использование каждым членом общества своих способностей³. Позже это многообещающее видение несколько потускнело⁴. Однако даже для более позднего Моля истинный характер *правового государства (Rechtsstaat)* не состоит только лишь в обеспечении благополучия общества как целого [а не его отдельных членов]⁵.

Для сравнения: Юлиус Шталь – современник Моля – рассматривал правовое государство как государство, действующее в определенных правовых рамках (устанавливающее пределы своей деятельности) и предоставляющее своим гражданам свободную сферу деятельности в соответствии с правом⁶. Поколение спустя Карл Фридрих Гербер и его ученик Пауль Лабанд стремились отделить правовой анализ от политического или социологического содержания. Гербер был учеником Георга Пухты, знаменитого члена романской фракции немецкой исторической школы.

¹См. также Murray Raff and Anna Taitlin, “Private Law in the Shadow of Public Law. A Legacy of 20th Century Marxism and the Soviet Legal Model”, *Archive fur Rechts- und Sozialphilosophie, Beihefte* 131-2 (2012) at 157, 171–173.

²*Gottfried Dietze, Two Concepts of the Rule of Law* (1973) at 20. Дитце отметил смещение взглядов Моля с возрастом в сторону менее либеральной позиции (там же, 23).

³ *Robert Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, [Police Science according to the Principle of the Rule of Law State], 1st ed. (1832) at I.7 (cited in Dietze, id., 23 note 35).

⁴ Во втором издании 1844 года, at I.7, по мнению Моля, цель государства состоит «в реализации общего интереса [*Gesamt-Lebensansicht*] людей» (Dietze, там же). В третьем издании 1866 года, at I, 12-3, Моля полагал, что государство создает общие «учреждения и институты, которые приносят пользу всем тем, кто хочет двигаться в определенном направлении» (Dietze, там же).

⁵ *Dietze, там же*.

⁶ *Friedrich Julius Stahl, Philosophie des Rechts II, Part 2*; Dietze, там же, 26.

По мнению Пухты, право само по себе являлось системой⁷. Этот подход также можно связать и с основателем исторической школы права Савиньи, который рассматривал римское право как идеальную систему частного права. Гербер перенес концептуальный правовой метод романского направления на развивающуюся дисциплину публичного права с тем, чтобы и публичное и частное право могли характеризоваться через систематически согласующиеся концепции⁸. По мнению Гербера, права личности уже определялись публичным правом⁹. Аналогично Лабанд полагал, что права в рамках частного права предопределялись публичным правом: «основные права» были защищены лишь потому, что их нарушения зафиксированы четкими законодательными положениями, и они являлись предметом судебной защиты¹⁰.

Для ученика Лабанда, Георга Еллинека, подобным же образом «общие права подданных мыслились, в сущности, в виде обязанностей государства, но не как отчетливо осознаваемые юридические притязания отдельных лиц»¹¹. Сделанный Еллинеком акцент на обязанность государства

⁷ *Armin Bogdandy*, ‘The Past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe’ 7 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2009), 372–373.

⁸ Гербер развил свое видение наиболее полностью в работе *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865).

⁹ *Pietro Costa*, ‘The Rule of Law – Historical Introduction’, in *The Rule of Law. History, Theory and Criticism* (Pietro Costa and Danilo Zolo, eds.) (2007) at 95, доступно по адресу: www.springerlink.com/content/u5j51tx50u285248/full-text.pdf.

¹⁰ Концепция публичного права Пауля Лабанда была разработана в его произведении *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1876–1882).

¹¹ *Georg Jellinek*, *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History* [1895] (1901), доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1176>.

Влияние Еллинека на континентальную Европу может быть проиллюстрировано на примере России, где два издания его работы «Общая теория государства» (*General Theory of State*) появились до революции, одно из которых было переиздано в 2004 году. Наиболее признанный юридический позитивист следующего поколения, Ганс Кельзен, был слушателем семинара Еллинека в Гейдельберге. Однако, как заметил Коста, в случае Кельзена «из-за основания верховенства закона на иерархических отношениях между Конституцией и законодательством связь с любым предшествующим определением индивидуальных прав (свойственная предшествующему развитию “верховенства права”) была разорвана, и верховенство

ограничивать свои собственные полномочия имел решающее значение для его взглядов на правовое государство. У государства, таким образом, есть способность к *самоограничению* (*Selbstbeschränkung*) посредством принятия законов для себя и ограничения правами, которые оно признает в других. Государство, следовательно, отделяет свою собственную сферу деятельности от сферы частной жизни. Таким образом, некоторые личные права (такие как свобода совести, печати, собраний и т. д.) создают сферу, свободную от государственного вмешательства¹².

В своей работе «Декларация прав человека и гражданина» (1895) Еллинек проводит различие между Биллем о правах (1689) (вместе с Habeas corpus акт (1679), Петицией о правах (1628) и Великой хартией вольностей (1215)) как воплощением «древних, бесспорных вольностей английского народа» и биллями о правах американских колоний, устанавливающих набор предписаний, стоявших «над обычным законодателем», а также судом, которому был поручен надзор за «соблюдением границ, установленных обычной законодательной властью». Но главным образом, Еллинек противопоставлял английский Билль о правах и американские билли о правах французской Декларации прав человека и гражданина (1789). Он использовал исторический (Билль о правах) взгляд на свободы англичан (связываемые им с древнегерманской концепцией самоограничения государства)¹³, чтобы подтвердить свое понятие самоограниче-

права приобрело чисто формальное измерение. Но надо признать, что, по мнению Кельзена, конституционное правовое государство (*Rechtsstaat*) (где конституция может быть изменена только «квалифицированным большинством») является весьма подходящим способом защиты прав меньшинства и благоприятно сказывается на развитии демократии...» (Costa, см. сноску 9, at 115).

¹² *Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre [General Theory of State], (3rd ed., 1922), 419–420.*

¹³ Это обращение к английским свободам, как имеющим «древнегерманские корни», может рассматриваться (как это ни парадоксально) как попытка «унифицировать» якобы чисто немецкое определение права (которое отстаивал Отто Гирке). Подобная мысль, кажется, (в неявной форме) была высказана Дунканом Келли в его работе “Revisiting the Rights of Man: Georg Jellinek on Rights and the State”, 22 (3) *Law and History Review* (2004) 66). Тем не менее постоянное обращение Еллинека к древнегерманскому наследию в области свобод, хотя и весьма типичное для убеждений ассимилированных немецких евреев того времени, воспринимается скорее противоречиво и даже трагически в свете истории XX века, когда двое собственных детей Еллинека (Дора и Отто) погибли в руках нацистов четыре десятилетия спустя.

ния государства, которое лежало в основе его концепции правового государства (*Rechtsstaat*):

«Вот почему в английских законах XVII века говорится только о древних “правах и свободах” и Парламент неизменно требует лишь подтверждения “законов и статутів нашего государства”... поэтому мы и не встречаем в них указаний на самые существенные из основных прав: на свободу вероисповедания, свободу собраний, свободу печати, свободу передвижений. Поныне английская юриспруденция не знает подобных прав, по ее взглядам, индивидуальная свобода обеспечена в своих проявлениях тем общим положением права, что всякое ограничение личности может последовать только на основании юридической нормы...¹⁴ Высказанная в Германии Гербером и отстаиваемая Лабандом и другими теория, что обеспечение права на свободу является обязанностью правительства, возникла в Англии, вне связи с немецкой теорией, на почве существующих там отношений, после того как утратила свое господство естественно-правовая конструкция субъективных публичных прав, основанная на учениях Локка и Блэкстоуна¹⁵.

«...На почве старого английского права и нового права, сложившегося в колониях, возникло представление о сфере субъективных прав, независимой от государства и подлежащей безусловному признанию с его стороны. На деле декларации прав лишь выразили в определенных общих положениях фактически установившиеся раньше юридические отношения. То, чем они уже пользовались, американцы пожелали торжественно провозгласить своим и любого свободного народа неотъемлемым наследием. В отличие от них французы хотели создать то, чего у них еще не было, а именно учреждения, которые соответствовали бы их универсальным принципам. К этому сводится наиболее значимое отличие между американскими и французской декларацией прав: там необходимые для их осуществления учреждения предшествовали провозглашению прав отдельных лиц; тут их нужно было создавать вслед за провозглашением прав. Для американцев было безопасно предпосылать декларацию прав постановлениями о государственном строе пото-

¹⁴ Здесь Еллинек (!) прямо ссылается на работу *Дайси*, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (3rd ed., 1889).

¹⁵ *Georg Jellinek*, Declaration of the Rights of Man and of Citizens [1895], Chapter VI: THE CONTRAST BETWEEN THE AMERICAN AND ENGLISH DECLARATIONS OF RIGHTS, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1176/104826/1940437>.

му именно, что правительство и соответствующие основные законы уже давно действовали¹⁶.

В Великой хартии сказано, что подтверждаемые ею права и свободы предоставляются навсегда *"in perpetuum"*. Билль о правах постановляет, что все сказанное в нем *"должно навсегда остаться законом страны"*. Несмотря на формальное всемогущество государства, в самых важных и основных законах признается и устанавливается граница, которой оно не должно нарушать. В этих положениях, правда, лишенных юридического значения, проявляется древнегерманское воззрение на государство, за которым признается только ограниченная власть. ...Реформационное движение также нашло себе поддержку в идее об ограниченности государственной власти. Новые попытки ограничить духовную сферу и оградить ее от государства были, следовательно, лишь последовательным развитием зародившегося уже раньше исторического процесса. Таким образом, представление о верховенстве личности в сравнении с государством находило себе поддержку в общих исторических условиях Англии XVII века. Доктрина естественного права примкнула к старым, но еще живым в народе юридическим воззрениям и придала им новое направление¹⁷.

Эта свобода, следовательно, не создается, а признается; она утверждается в силу самоограничения государства: последнее обеспечивает сохранение как бы пробелов, остающихся в сети тех норм, которыми государство окружает отдельное лицо. То, что вследствие этого сохраняется за индивидуумом, есть не столько право, сколько состояние. Ошибка естественного права сводилась к тому, что оно считало фактическое состояние свободы за право и признавало за этим правом высшую власть, создающую и ограничивающую государство»¹⁸.

Элинек пронизательно заметил, что взгляд Руссо на государство, как выражение общей воли (*volonté générale*), не подразумевает никаких встроенных ограничений власти государства, делает государство (через

¹⁶ Там же, Chapter VIII: THE CREATION OF A SYSTEM OF RIGHTS OF MAN AND OF CITIZENS DURING THE AMERICAN REVOLUTION, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1176/104832/1940484>.

¹⁷ Id., Chapter IX: THE RIGHTS OF MAN AND THE TEUTONIC CONCEPTION OF RIGHT, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1176/104835/1940496>.

¹⁸ Id., Chapter IX: THE RIGHTS OF MAN AND THE TEUTONIC CONCEPTION OF RIGHT, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1176/104835/1940505>.

общественный договор) владельцем даже имущества его членов¹⁹. Еллинек был также прав, указывая на фактическое отрицание со стороны Руссо естественных прав²⁰. Критика Еллинека конституционных естественных прав, как имеющих свойство становиться ничем не подкрепленными декларациями, как, например, утверждение в рабовладельческих штатах США, что все люди по своей природе являются свободными и равными²¹, справедливо подчеркивает важную роль реально существующих условий обеспечения этих прав.

Естественно-правовая теория не имела ничего общего с реализацией естественных прав при помощи публичного права. Естественные права (которые, как заметил Еллинек²², по мнению Локка, были привязаны к собственности, через которую понималась и личная свобода)²³ являлись «неотъемлемыми», поскольку они проистекают из естественных способностей человека (действовать [рационально] и приспосабливаться к внешним условиям). По мнению Локка, «все люди равны и независимы, ни один из них не должен наносить ущерб жизни, здоровью, свободе или собственности другого»²⁴. Естественное право по определению (как

¹⁹ См. сноску 15, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1176/104826/1940437>. Даже кодификации «естественного права» конца XVIII – начала XIX века, заменившие собой научную доктрину *ius commune* средневековой Европы, предусматривали, что частное право учреждается государством (публичным правом).

²⁰ Там же, Chapter II: ROUSSEAU'S CONTRAT SOCIAL WAS NOT THE SOURCE OF THIS DECLARATION, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1176/104814/1940368>.

²¹ Там же, Chapter VIII: THE CREATION OF A SYSTEM OF RIGHTS OF MAN AND OF CITIZENS DURING THE AMERICAN REVOLUTION, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1176/104832/1940482>.

²² Там же, Chapter VI: THE CONTRAST BETWEEN THE AMERICAN AND ENGLISH DECLARATIONS OF RIGHTS, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1176/104826/1940437>.

²³ *John Locke*, Two Treatises of Government [1690], ed. Thomas Hollis (London: A. Millar et al., 1764), Chapter V: Property, § 27: 'у каждого человека есть право собственности на свою личность', доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/222/16245>.

²⁴ Там же, Chapter II: Of the State of Nature, § 6; available at: <http://oll.libertyfund.org/title/222/16245/704312>.

результат естественного состояния) ограничилось сферой частного права, остающейся за пределами государственного вмешательства²⁵.

Вклад Еллинека состоял в придании особого значения концепции верховенства права как «невмешательства» государства в *остаточную* сферу частной жизни, свободной от государственного вмешательства (включая, к слову сказать, прямое закрепление индивидуальных прав), как лучшей защиты индивидуальных прав по сравнению с декларациями о правах.

Понятие «верховенство права» Дайси

Концепция правового государства (Rechtsstaat) Еллинека имеет видимое сходство с концепцией верховенства права, предложенной Дайси, который перечисляет три значения понятия верховенство права в соответствии с Конституцией Англии. Первое: «Никто не может быть наказан... иначе как за определенное нарушение закона, доказанное обычным законным способом перед обыкновенными судами страны. В этом смысле верховенство права представляет контраст со всякой правительственной системой, основанной на применении официальными лицами широкой и произвольной принудительной власти»²⁶. Второе: не только «нет никого, кто бы был выше закона», но также (что не является тем же самым) «любой человек, каково бы ни было его звание и положение, подчиняется обыкновенным законам государства и подлежит юрисдикции обыкновенных судов»²⁷. Третье: общие принципы неписаной английской конституции (такие, например, как право на личную свободу, право на публичные собрания) являются «результатом судебных решений, определяющих права частных лиц в отдельных случаях, представляемых на решение судов»²⁸.

²⁵ Относительно существовавшего в Америке в XIX веке спора о сферах публичного права *On the* («писаное право») и частного права («неписаное право»), существующего вне пределов государственного вмешательства, см. *Aniceto Masferrer* “The Passionate Discussion among Common Lawyers about postbellum American Codification: An approach to its Legal Argumentation” *Arizona State Law Journal* 40, 1 (2008), 173–256; *Aniceto Masferrer*, “Defense of the Common Law against postbellum American Codification: Reasonable and Fallacious Argumentation”, *American Journal for Legal History* 50.4 (2008–2010), 355–430.

²⁶ *Albert Venn Dicey*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1885], 8th ed. (1931) at 183-4.

²⁷ Там же, 189.

²⁸ Там же, 191.

Понятие «верховенство права», предложенное Дайси, как и у Еллинека, базируется на отрицании деспотизма и произвола власти, стоящей выше права. Неудивительно, что Еллинек прямо ссылался на Дайси, чтобы обосновать свою точку зрения²⁹. И Еллинек, и Дайси противопоставляли английское понятие прав декларациям прав писанных конституций. Оба были убеждены, что английская [неписаная] Конституция в неменьшей степени гарантировала индивидуальные права личности, чем [писанные] конституции с декларациями о правах. Оба признавали важность уже существующих институтов (условий) для защиты прав. Для обоих успех американских биллей о правах был неразрывно связан с английским наследием колоний (как подчеркивает Еллинек, за исключением права на свободу вероисповедания, все основные права были уже принесены колонистами из метрополии).

Таким образом, по мнению Дайси, «в английской конституции нет тех провозглашений и определений прав, которые так любят иностранные конституционалисты»³⁰.

«[Французская] Конституция 1791 года провозгласила свободу совести, свободу печати, право публичных собраний и ответственность правительственных чиновников. Между тем во всей человеческой истории не существует периода, когда бы все и каждое из этих прав были так мало гарантированы... как в самый разгар Французской революции³¹. ...Англичане... обращали гораздо больше внимания на приискание средств, которыми можно заставить признавать права частных лиц или, говоря иначе, устранить определенные формы зла, чем на провозглашение прав человека или англичан. Акты Хабеас корпус не провозглашают никакого принципа и не определяют никаких прав, но для практических целей они стоят сотни конституционных статей, гарантирующих свободу личности³². Там, где... право личной свободы составляет часть конституции потому, что оно присуще обыкновенному праву страны, это право едва ли может быть уничтожено иначе, как при полной революции в учреждениях и обычаях нации»³³.

²⁹ См. сноску 15.

³⁰ Dicey, см. сноску 26, at 192.

³¹ Там же, 194.

³² Там же, 195. Хабеас корпус предоставлял защиту от произвольного ареста.

³³ Там же, 197. «Персональная свобода... обеспечивается в Англии строгим соблюдением принципа, что никто не может быть арестован или посажен в тюрьму иначе как в установленном законом порядке, то есть... по законному приказу власти, и... она обеспечивается существованием соответ-

Следовательно, как и Еллинек, Дайси придерживался мнения о том, что Петиция о правах (1628) и Билль о правах (1689) были «судебными осуждениями различных притязаний и действий короны», которые тем самым объявлялись незаконными; аналогично американские декларации прав имели «ясно определенную цель – законным путем, посредством статей конституции, контролировать действия законодательного органа», в отличие от Декларации прав человека и гражданина (*Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*)³⁴.

Взгляды Дайси на понятие «верховенство права», однако, отличались от точки зрения Еллинека по данному вопросу тем, что он делал акцент на присущее традиции общего права судебное разбирательство. По мнению Дайси, общее право сдерживает произвольную власть государства посредством авторитета судей, которые «имеют средства останавливать и пересматривать всякое административное действие правительства и немедленно налагать вето на всякое действие, идущее вразрез с буквой закона»³⁵.

Выдвинутое Дайси определение верховенства права, однако, сводит «самоограничение» государственной власти лишь к ограничению исполнительной власти. Таким образом, сформулированное Дайси определение государства «верховенства права» не содержит никакого формального ограничения для законодательной власти парламента. Этот довольно спорный аспект предложенного Дайси определения верховенства права, возможно, является результатом юридического позитивизма Остина³⁶, а также доктрины XVII века о парламентском верховенстве.

ствующих законных средств для защиты этого принципа... преследование за незаконный арест посредством судебного преследования или иска и освобождение от незаконного заключения посредством указа *habeas corpus*» (там же, 204).

³⁴ Там же, 195, примечание 1.

³⁵ Там же, 218.

³⁶ Дайси, тем не менее, в отличие от Остина (*Jurisprudence*, I (4th ed) at 253), не рассматривал Парламент как «доверенное лицо» избирателей (*Dicey*, см. сноску 26, at 72-3). Несмотря на то что Дайси разделял идеи политического и правового суверенитета, он рассматривал избирателей как часть, и преобладающую часть, политической верховной власти (там же, 73). Недавно Элефриадис и Дизенхаус обратили внимание на влияние Остина на взгляды Дайси (*Pavlos Eleftheriadis*, "Parliamentary Sovereignty and the Constitution", *Oxford Legal Research Paper Series*, Paper № 45/2009 (October 2009), 22; *David Dyzenhaus*, "Austin, Hobbes, and Dicey", 24 *Can. J. L. & Jurisprudence* (2011) 411, 418-419.). Как указал Элефриадис, «анализ Дайси парламентского суверенитета использует ту же идею суверена как источника добровольных

Существует несколько альтернативных толкований презумпции Дайси относительно законодательного верховенства парламента. Одно из них состоит в том, чтобы видоизменить данную презумпцию, возлагая неявное ограничение на законодательный орган посредством процедуры судебного толкования законодательных актов³⁷. Дайси сам отводил судам центральное место в своей концепции верховенства права. Так, по его мнению, английская конституция являлась «конституцией, созданной судебными решениями», будучи «результатом тех тяжб, которые велись в судах из-за прав отдельных лиц»³⁸. Однако трудно проигнорировать недвусмысленные заявления Дайси относительно парламентского верховенства³⁹. Другая интерпретация презумпции Дайси указывает на политические, а не правовые ограничения законодательной власти, которые заложены в принципе демократического представительства⁴⁰. Кроме того, предположение Дайси о верховенстве парламента придает особое значение его сравнению (английской) «гибкой» (неписаной) конституции с «жесткими»

распоряжений, которые в силу невозможности их несоблюдения своей властью утверждают правовой порядок как одно целое» (там же, 23).

³⁷ Санторо приуменьшает степень противоречия между этими двумя предположениями Дайси, утверждая, что «Парламент, действуя в качестве законодательного органа, ограничил себя упорядочиванием и инкорпорированием судебной практики. Когда он исполнял творческую роль в процессе инкорпорирования права в конституцию, он действовал в этом процессе в качестве Высокого Суда, а не в качестве законодательного органа» (*Emilio Santoro*, “The rule of law and the ‘liberties of the English’: the interpretation of Albert Venn Dicey”, in *The Rule of Law*, ссылка выше 9, at 166). Cf. Dicey (но (!) в контексте сравнения «писаной» и «неписаной» конституций): «такие [английские конституционные] принципы... представляют собой... обобщения, сделанные на основании решений и мнений судей или на основании статутов, которые, будучи изданными для специальных целей, имеют большое сходство с судебными решениями и действительно представляют собой не что иное, как приговоры Верховного Суда Парламента» (*Dicey*, см. сноску 26, at 192).

³⁸ *Dicey*, см. сноску 26, at 192.

³⁹ См. сноски 43 и 45.

⁴⁰ Внешнее ограничение верховной власти, по мнению Дайси, состоит в том, что подданные могут оказать сопротивление ее законам (там же, 74). Внутреннее ограничение вырабатывается окружающими обстоятельствами, включая «нравственные ограничения его времени и общества» (там же, 77). По мнению Дайси, «основную черту представительного правления, состоящую в стремлении приводить желания правителя к соглашению с желаниями подданных – иными словами, способствовать полному совпадению внутреннего и внешнего ограничений верховной власти» (там же, 81).

(писаными) конституциями⁴¹. Он выступал против жестких конституций, поскольку они препятствуют постепенным нововведениям (и, таким образом, по существу являются недемократическими)⁴². Он, тем не менее, выгодно отличал американскую конституцию от французской, отмечая, что первая обеспечивала единственно адекватную гарантию против принятия неконституционных законов посредством наделения судей полномочиями по защите конституции⁴³, в то время как вторая переоценила действие, оказываемое общей декларацией прав, выступая против какого-либо вмешательства судей в политическую сферу⁴⁴. Наблюдения Дайси только подчеркивают внутренний конфликт между презумпцией парламентского верховенства и прецедентным правом⁴⁵. Несмотря на выдвинутое им определение понятия «верховенство права», его доктрина парламентского верховенства решила судьбу в прошлом влиятельной доктрины Кока о конституционной системе правления, основанной на общем праве (“*common law constitutionalism*”).

Зарождение волевой теории

Понятие суверена

Современное происхождение: Жан Боден

Понятие суверенитета – продукт западной правовой традиции и результат долгого развития, особенно в период от Средних веков до

⁴¹ «Мягкой будет та конституция, по которой все законы будут изменяемы одинаково легко, одним способом и одним и тем же учреждением... Жесткой конституцией будет та, по которой некоторые законы, известные под названием конституционных, или основных, не могут быть изменяемы тем же способом, как другие законы» (там же, 122-3).

⁴² Там же, 126.

⁴³ Дайси замечал, что, в отличие от Англии, где функции «судебной власти» могут быть изменены парламентским актом, в Соединенных Штатах какое-либо право федеральных судов не может быть отнято у них Конгрессом (*Dicey*, там же, 152). Более того, Верховный суд как суд последней инстанции имел полномочие решать вопрос о конституционности законов, принятых Конгрессом или законодательным органом штата (там же, 156).

⁴⁴ Там же, 132-3.

⁴⁵ Критика со стороны Бингхема предложенного Дайси отделения правового от исторического анализа *analyses* (*Lord Bingham*, “Dicey revisited” *Public Law* [2002] 39 at 42). См. также *J.W.F. Allison*, *English Historical Constitution* (2007) at 162–165; *P.P. Craig*, “Dicey: unitary self-correcting democracy and public law” 106 *LQR* (1990) 105 at 106 ff.

XVI века⁴⁶, впоследствии разрабатываемое многими авторами. Как заметил однажды Еллинек, сложно найти какое-либо другое понятие, которое вызывало бы столько споров⁴⁷. Поэтому неудивительно, что это понятие довольно часто страдало от неточностей и видоизменялось с течением времени.

Первое современное определение суверенитета было предложено Жаном Боденом (1530–1596): “*Maiestas est summa in cives ac súbditos legibus solute potestas*” (Шесть книг о государстве (1576), Книга I, гл. VIII)⁴⁸. Суверенитет, по его мнению, исходная, независимая и неотделимая власть государства. Суверенитет является частью или сущностью единства и власти государства. По мнению Бодена, «суверенитет есть абсолютная и непрерывная власть государства». Однако в действительности это приводит к «справедливому правлению различных семей». Тем не менее «без суверенной власти, которая объединяет в одно целое как всех членов общества, так и его отдельных частей, а также все семьи и корпорации в единое целое, государство не может состояться»⁴⁹.

Определение *souveraineté* или *summa potestas*, предложенное Боденом, как власти над гражданами и подданными, которая сама по себе не ограничена законом, легло в основу теории, согласно которой суверенитет есть высшая власть, которая является постоянной, неделимой и, по крайней мере теоретически, свободной от юридической ответственности⁵⁰. Однако Жан Боден не выдвигал понятие неограниченного суверенитета, поскольку он полагал, что суверен не должен преступать границы, установленные божественным законом, естественным законом и *ius gentium*⁵¹. Кроме того, Боден, как представляется, разделял частную и публичную сферу, и поэтому власть суверена могла быть ограничена частной собственностью подданных. Вслед за Сенекой он повторял: “*ad reges*

⁴⁶ См. также *Aniceto Masferrer and Juan A. Obarrio*, “The State Power and the Limits of the Principle of Sovereignty: An Historical Approach”, *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency: Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Aniceto Masferrer ed. (2012) at 15–51.

⁴⁷ *G. Jellinek*, *Teoría General del Estado* (1954) at 447.

⁴⁸ О важности работ Бодена для развития доктрины суверенитета см. *J.A. Maravall*, *Teoría del Estado en España en el siglo XVI* (1997) at 15.

⁴⁹ *Jean Bodin*, *Los Seis Libros de la República*, I. 2 (1986).

⁵⁰ *Six livres*, 1:223 (I:VIII).

⁵¹ См. *Masferrer and Obarrio*, “The State Power and the Limits of the Principle of Sovereignty: An Historical Approach”, см. сноску 46.

potestas omnium pertinet, ad singulos proprietat” (царю принадлежит власть над всем, но индивидуумам принадлежит собственность) и *“omnia rex imperio possidet, singuli dominio”* (царь обладает всем в пределах своей власти; человек властвует над своей собственностью)⁵².

Гоббс, Руссо, Бентам и Остин: Источники

Томас Гоббс

Левиафан (1651)

Глава XVII

Такая общая власть, которая была бы способна защищать людей от вторжения чужеземцев и от несправедливостей, причиняемых друг другу... может быть воздвигнута только одним путем, а именно путем сосредоточения всей власти и силы в одном человеке или в собрании людей, которое большинством голосов могло бы свести все воли граждан в единую волю: для установления общей власти необходимо, чтобы люди назначили одного человека или собрание людей, которые явились бы их представителями... чтобы каждый подчинил свое суждение суждению носителя общего лица... Это реальное единство, воплощенное в одном лице посредством соглашения, заключенного каждым человеком с каждым другим таким образом, как если бы каждый человек сказал другому: я уполномочиваю этого человека или это собрание лиц и передаю ему мое право управлять собой при том условии, что ты таким же образом передашь ему свое право и санкционируешь все его действия⁵³. Если это совершилось, то множество людей, объединенное таким образом в одном лице, называется ГОСУДАРСТВОМ, по-латыни – CIVITAS. Таково рождение того великого ЛЕВИАФАНА. ...В этом человеке или собрании лиц состоит сущность государства, которая нуждается в следующем определении: государство есть единое лицо, ответственным за действия которого

⁵² *Bodin*, *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* (1565), 205; *Bodin*, *Six livres*, 1:223 (I:viii); *Edward Andrew*, “Jean Bodin on Sovereignty” 2 (2) *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts* (June, 2011), доступно по адресу: <http://rofl.stanford.edu/node/90>. Сравнение Бодена и Гоббса, см. *Charles McIlwain*, “Sovereignty in the World Today”, 2 *Measure* (1950) 110-7, доступно по адресу: <http://www.potowmack.org/mcIlwain.html>; *W. A. Dunning*, “Jean Bodin on Sovereignty”, 11 (1) *Political Science Quarterly* (1896), 82–104.

⁵³ В заключение Левиафана Гоббс замечает, что «это обещание может быть выражено явно или молчаливо: явно путем самого обещания: молчаливо путем других знаков... если он живет открыто под их защитой, он воспринимается как подчиняющийся правительству».

сделало себя путем взаимного договора между собой огромное множество людей, с тем чтобы это лицо могло использовать силу и средства всех их так, как сочтет необходимым для их мира и общей защиты. Тот, кто является носителем этого лица, называется сувереном, и о нем говорят, что он обладает верховной властью, а всякий другой является подданным.

Глава XVIII

Что тот, кто стал сувереном, не заключает предварительного соглашения со своими подданными – очевидно, ибо он должен был бы заключить соглашение или со всеми как одной стороной соглашения, или же несколько соглашений с каждым человеком в отдельности. Однако заключить соглашение со всеми людьми как единым целым невозможно, так как до установления государства они не являются единым лицом, а если он заключил много отдельных соглашений соответственно числу людей, то эти соглашения по приобретении им верховной власти становятся недействительными, ибо любое действие, на которое кто-нибудь из них может указать как на нарушение договора, является действием суверена и всех остальных. ...Кроме того, если кто-либо один или несколько человек утверждают, что суверен нарушил договор... то в этом случае не имеется судьи для решения этого спора... и каждый человек снова получает право защищать себя собственной физической силой, что противоречит цели, поставленной людьми при установлении государства.

Жан-Жак Руссо

Общественный договор (1762)

I.VII: О суверене

...Акт ассоциации содержит взаимные обязательства всего народа и частных лиц и что каждый индивидуум, вступая, так сказать, в договор с самим собой, оказывается принявшим двоякое обязательство, именно: как член суверена в отношении частных лиц и как член государства по отношению к суверену... если бы суверен предписал сам себе такой закон, от которого он не мог бы себя освободить, – это противоречило бы самой природе политического организма... раз так, нет и не может быть никакого основного закона, обязательного для народа в целом, для него не обязателен даже общественный договор.

...Общественное соглашение... молчаливо включает в себя такое обязательство, которое одно только может дать силу другим обязательствам: если кто-либо откажется подчиниться общей воле, то он будет к этому принужден целым обществом, а это означает не что иное, как то, что его силою принудят быть свободным.

II.I: О том, что суверенитет неотчуждаем

Суверенитет, который есть только осуществление общей воли, не может никогда отчуждаться и что суверен, который есть не что иное, как коллективное существо, может быть представляем только самим собою. Передаваться может власть, но никак не воля...

II.II: О том, что суверенитет неделим

...Суверенитет неделим, ибо воля либо является общею, либо ею не является; она являет собою волю народа как целого, либо только одной его части. В первом случае это провозглашенная воля есть акт суверенитета и создает закон. Во втором случае это лишь частная воля или акт магистратуры; это, самое большее, – декрет.

II.IV: О границах верховной власти суверена

Если государство или городская (гражданская) община – это не что иное, как условная личность, жизнь которой заключается в союзе ее членов, и если самой важной из забот ее является забота о самосохранении, то ей нужна сила всеобщая и побудительная, дабы двигать и управлять каждой частью наиболее удобным для целого способом. Подобно тому как природа наделяет каждого человека неограниченной властью над всеми членами его тела, общественное соглашение дает политическому организму неограниченную власть над всеми его членами, и вот эта власть, направляемая общею волей, носит имя суверенитета. Но кроме общества как публичного лица мы должны принимать в соображение и составляющих его частных лиц, чья жизнь и свобода от него естественно независимы. Итак, речь идет о том, чтобы четко различать соответственно права граждан и суверена, а также обязанности, которые первые должны нести в качестве подданных, и естественные права, которыми они должны пользоваться как люди.

Все согласны с тем, что все то, что каждый человек отчуждает по общественному соглашению только часть своей власти (силы), только то имущество и свободу, которые имеют существенное значение для общества. С этим все согласны; но надо также согласиться с тем, что один только суверен может судить о том, насколько это значение велико. Все то, чем гражданин может служить государству, он должен сделать тотчас же, как только суверен этого потребует, но суверен со своей стороны не может налагать на подданных узы, бесполезные для общества; он не может даже желать этого, ибо как в силу закона разума, так и в силу закона естественного ничто не совершается без причины.

Иеремия Бентам
О законах вообще (1789)

Суверен это лицо или собрание лиц, чьей воле подчиняется все политическое общество и которое стоит выше воли любого другого лица. ...Конечной причиной наличия власти у всех подчиненных нижестоящих носителей власти является распоряжение или разрешение Суверена: власть Суверена сама по себе является основополагающей причиной повиновения и подчинения людей⁵⁴.

Конституционный кодекс (1822–1832)⁵⁵

I.XV.II

Высшей властью в государстве является то, от чьей воли зависит осуществление всех остальных властных полномочий⁵⁶.

I.XV.III

Под суверенитетом понимается высшая учредительная власть, в силу которой, непосредственно или опосредованно, народ осуществляет свои полномочия по назначению или удалению⁵⁷ в отношении носителей остальной власти в государстве.

Джон Остин

Определение области юриспруденции (1832)

Лекция V

Существование закона – одно; его достоинство и недостаток – другое. Существует ли он или нет – один вопрос, является ли он соответствующим принятому стандарту или нет – другой. Закон, который фактически существует, есть закон, хотя случается так, что он нам не нравится или отклоняется от текста, с помощью которого мы регулируем наше одобрение и осуждение⁵⁸.

⁵⁴ Приводится по: *Hart, Essays on Bentham* (1982) at 220-1; *J. Bentham, Of Laws in General*, H.L.A. Hart, ed., (1970) at 18.

⁵⁵ Работа осталась незавершенной. *J. Bentham, Constitutional*, Code F. Rosen, J.H. Burns, eds. (1983) Vol 1.

⁵⁶ Бентам в начале раздела «Власти в государстве» указал, что «французское выражение *autorités constituées*... на английском означает “учрежденные власти”».

⁵⁷ Назначать и снимать. См. также *J. H. Burns, “Bentham on Sovereignty: An Exploration”* 24 (3), *Northen Ireland Legal Quarterly* (1973), 133–416.

⁵⁸ *John Austin, The Province of Jurisprudence Determined* [1832], Wilfrid E. Rumble ed., (1995) at 157.

Лекция VI

Если определенное высшее лицо без привычки к повиновению иному подобному высшему лицу получает привычное повиновение от большей части данного общества, это определенное высшее лицо является сувереном в том обществе, и то общество (включая само высшее лицо) является обществом, политическим и независимым⁵⁹.

Независимое политическое общество делится на две части, а именно: на одну часть его членов, которая является верховной или высшей, и на вторую часть его членов, которая является лишь подчиненной... Независимое политическое общество, управляемое самим собой или верховным органом, состоящим из всего сообщества, не является невозможным; но существование таких обществ крайне маловероятно...⁶⁰

Но во многих обществах, высшие правительства которых популярны, верховный или высший орган (или любой многочисленный орган, формирующий его составную часть) осуществляет свои полномочия через представителей, которых он выбирает или назначает. Там, где верховный орган осуществляет через представителей все свои суверенные полномочия, он может делегировать этим представителям эти полномочия... 1. Он может делегировать этим представителям эти полномочия в доверительное управление. 2. Он может делегировать этим представителям эти полномочия, абсолютно или безусловно⁶¹.

Можно почти сразу заметить явное сходство между определениями суверенитета, предложенными Гоббсом и Руссо: оба, как и Боден, полагали, что вся власть народа принадлежит суверену. Также недалеко от этого представление Остина о том, что суверенный орган делегирует все свои полномочия своим представителям без каких-либо условий. Существует также явное противоречие в позициях Руссо и Гоббса: в то время как Гоббс представляет суверена как отдельное (и неподотчетное) от всего народа лицо⁶², Руссо относит суверенитет к целому обществу (как бы

⁵⁹ Там же, 166–167.

⁶⁰ Там же, at 183.

⁶¹ Там же, at 192.

⁶² О понятии этого 'искусственного' лица см. *Quentin Skinner*, "Hobbes and purely Artificial Person of the State" 7 (1) *Journal of Political Economy* (1999) 1–29; cf. *Runciman*, "Debate: What kind of person is Hobbes' State. A reply to Skinner", 8 (2) *Journal of Political Philosophy* (2000) 268–78. По поводу Гоббса см. *Quentin Skinner*, *Hobbes and Republican Liberty* (2008); *Perez Zagorin*, *Hobbes and the law of nature* (2009).

представляя себе нечто вроде «совещательной демократии»⁶³. Остин, как было отмечено Дайси, отделяет (несколько нелогично) суверенное общество от представителей, которым оно передает собственные полномочия. Существует и явное отличие между Гоббсом и Руссо, с одной стороны, и Остином – с другой. Остин не пытался объяснить суверенитет или закон в более широком смысле, путем обращения к некому (гипотетическому) первоначальному договору общества. Уже у Бентама суверен определяется независимо от воображаемой нормы общественного договора в качестве реального факта («повиновения людей»). В этом заключается решающее различие между юридическим позитивизмом и естественно-правовой теорией.

Тем не менее представления Гоббса и Руссо об общественном договоре и постдоговорном обществе разделяют общую с доктриной правового позитивизма презумпцию о том, что вся власть общества сосредотачивается в лице суверена. В результате любые естественные (или предполитические) права не имеют никакого значения в политическом (постдоговорном) обществе. Следовательно, любые постдоговорные права могут возникнуть только как (новый) дар суверена. В каком-то смысле любые декларации о естественных или отчуждаемых правах в рамках теории суверенитета Гоббса–Руссо являются, по сути, противоречием.

Неудивительно, что Гоббс и Руссо не сформулировали какого-либо значимого понятия частного права (в отличие от публичного права). Только естественно-правовые теории, которые предполагали сохранение естественных прав в постдоговорном обществе, могли объяснить существование автономного частного права. Таким образом, враждебность Гоббса по отношению к общему праву была «довольно естественной»⁶⁴. «Остаточный» подход Гоббса к свободе⁶⁵, и понимание права как выражения суверенитета, и, следовательно, как команды

⁶³ Относительно предложенного Руссо понятия 'неотъемлемая' общая воля см. *Robin Douglass*, "Rousseau's Critique of Representative Sovereignty: Principled or Pragmatic?" 57 (3) *American Journal of Political Science* (2013), 735–747.

⁶⁴ Интерес Остина к римскому праву (как источнику основных юридических понятий) может объяснить его более либеральное отношение к общему праву. Похожую точку зрения можно увидеть в немецком позитивизме (как это было показано в отношении Еллинека).

⁶⁵ См. *CA Gearty*, его работу 'Escaping Hobbes: liberty and security for our democratic (not anti-terrorist) age' LSE Legal Studies Working Paper №. 3/2010 (доступно по адресу: <http://ssrn.com/abstract=1543121>) at 8.

суверена привел к идее, что права устанавливаются только в законодательном порядке⁶⁶.

Резюмируя сказанное, можно отметить, что доктрина суверенитета является наследием раннего современного понятия о суверене, содержащегося в теориях естественного права и общественного договора Гоббса и Руссо. При участии Гоббса это общественно-договорное понятие суверена вошло в позитивистскую концепцию права, рассматривающую последнее как производное от воли суверена, а суверена – как источник всех правовых норм в государстве.

Суверенитет и волевая теория: «Французская» доктрина

Руссо, в сущности, разработал учение о верховенстве законодательной власти⁶⁷, чьи законы рассматривались в качестве выражения общей воли⁶⁸. Руссо представил понятия суверенитета и законодательства

⁶⁶ По мнению Лафлина, для Гоббса “индивидуальные носители прав не обладают правами, потому что они предписаны по своей природе или потому что они могут рассматриваться как выражения человеческого разума, но только потому, что они были предоставлены законодательством суверена” (*M. Loughlin, The Idea of Public Law (2003) at 86*). Противоположную точку зрения о том, что гражданское право Гоббса, служащее общественной безопасности и свободе, осталось прочно связанным с предполитической реальностью, см. *M. Rhonheimer, “Auctoritas non veritas facit legem: Thomas Hobbes, Carl Schmitt und die Idee des Verfassungsstaates”, 86 Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (2000) 484*; *M. Rhonheimer, La filosofia politica di Thomas Hobbes: coerenza e contraddizioni di un paradigma (1997)*; *N. Bobbio, “Hobbes e il giusnaturalismo”, 17 Rivista Critica di Storia della Filosofia (1962) 470*.

⁶⁷ *Raymond Carré De Malberg, La loi expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875 (1931)*; в отношении Руссо см. *Richard Fralin, Rousseau and Representation: A Study of the Development of His Concept of Political Institutions (1978)*; *Joshua Cohen, Rousseau: A Free Community of Equals (2010)*.

⁶⁸ Руссо, таким образом, отрицал принцип римского права, согласно которому воля монарха имеет силу закона (*quod principi placuit legis habet vigorem: Institutiones Justiniani 1.2.3.6*) и его действия не ограничиваются законом (*princeps legibus solutus est: Digesta Justiniani 1.3.31*). См. также *D. Wyduckel, Princeps legibus solutes. Eine Untersuchung zur Frühmoderne Rechts- und Staatslehre (1979)*.

как связанные между собой категории⁶⁹, но, однако, он отстаивал верховенство законодательства как выражения общей воли, которая придает ему силу демократической легитимности. Руссо отстаивал «форму правления, которая ставит закон выше человека» и обращал внимание на то, что «так же как никогда не будет свободы в таком государстве, где орган, на который возложено исполнение законов, будет обладать правом заставлять их говорить по своей прихоти, ибо он сможет заставлять исполнять, как законы, свою самую тираническую волю». По мнению Руссо, «свободный народ “не подчиняется ничему, кроме законов, но только законам, и именно в силу законов он не подчиняется личностям”. Народ “является свободным, какую бы форму ни принимало правление, когда он видит в том, кто управляет, не человека, а орган права. Другими словами, свобода всегда следует за судьбой законов, она господствует или умирает вместе с ними, я не знаю ничего более определенного»⁷⁰.

Предположение Руссо о подотчетности всей публичной власти воле народа или принцип парламентского верховенства базируется на предложенном Боденом принципе суверенитета. Более того, это же предположение подчеркивало идею охраны основополагающих прав (в контексте Французской революции – индивидуальных прав)⁷¹. В соответствии с данным принципом высшая власть принадлежит не монарху (или институту монархии), а народу (народный суверенитет)⁷². Эволюция принципа суверенитета прошла несколько стадий своего развития, с постепенным

⁶⁹ *Jean-Jacques Rousseau*, *El contrato social o Principios de Derecho Político* (1762) at 29.

⁷⁰ *Jean-Jacques Rousseau*, *Letters écrites de la Montagne, Lettre VIII, Ouvres complètes de la Bibliothèque de La Pléiade*, v. III (1964) at 842.

⁷¹ Относительно понятия естественного права в конституциях Соединенных Штатов и Франции, см. *Eduardo García de Enterría*, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa* (1994) at 145–152. Относительно деклараций прав во французских конституционных текстах см. *Leon Duguit*, *Manual de Derecho constitucional* (1937) at 203 ff. Краткий обзор развития понятия индивидуальных прав до начала Французской революции содержится у *García de Enterría*, там же, 47–96. О взаимосвязи между законом и правами во Французской революции см. *García de Enterría*, там же, 114–124, and *J Varela Suanzes*, “Derechos y libertades en la historia constitucional, con especial referencia a España” in *Política y Constitución en España (1808–1978)* (2007) at 109–119.

⁷² О замене суверенитета монарха государственным суверенитетом во Французской революции см. *García de Enterría*, там же, 102–114.

признанием народа в качестве единственного носителя суверенитета государства⁷³.

По мнению Руссо, суверенитет был неделим (возможно, было только разграничение функций управления). Эта идея имела огромное влияние на последующую французскую научную мысль. С политической точки зрения Руссо проводил различие между «волей» и «силой» (властью) народа. В то время как понятие воли корреспондировало с функциями законодательной власти (чьей задачей являлось выявление воли народа и принятие законов в соответствии с этой волей), «сила» являлась компетенцией исполнительной власти (которая реализовывала предписания закона или принудительно исполняла их). Было отмечено, что «следствием верховенства законодательной власти явилось отсутствие иерархического подчинения между конституцией и обычным законом, последний был выражением общей воли, а конституция выступала в качестве еще одного закона, который был призван кодифицировать определенные принципы, касающиеся политических отношений»⁷⁴.

Другим важным автором, внесшим значительный вклад в развитие французской теории суверенитета, был аббат Сийе (1748–1836), который проводил различие между понятием «учредительная власть» и понятием «учрежденная власть»⁷⁵. По мнению Сийе, учредительная власть являлась источником конституции (обладала правом разрабатывать конституцию). Конституция была первой и обладающей высшей юридической силой правовой нормой, правилом распознавания для всей правовой и политической системы. Таким образом, учредительная власть заключалась не просто в разработке и принятии текста конституции, а в установлении основ политической организации общества путем создания и институци-

⁷³ A. Papell, *La monarquía española y el Derecho constitucional europeo* (1980) at 15-16.

⁷⁴ Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional* (2003) at 71.

⁷⁵ Emmanuel Joseph Sieyès, *What is the Third Estate?* (1789); см. также Marco Goldoni, “At the Origins of Constitutional Review: Sieyès’ Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power” (September 14, 2011), доступно по адресу: <http://ssrn.com/abstract=1927162>; L. Corrias, *The Passivity of Law. Competence and Constitution in the European Court of Justice* (2011) at 25–55; Ramón Maíz, “Nation and Representation: E.J. Siéyès and the Theory of the State of the French Revolution”, Working Paper n. 18 (1990); Joel Colón-Ríos, “The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform” 48 *Osgoode Hall Law Journal* (2010) 200.

лизации его участников (гражданство), отношений между ними (основные права) и политической власти, связанной требованиями конституционного строя («учрежденная власть»).

Говоря проще, поскольку ассамблея обладает полномочием по разработке и принятию текста конституции, то она выступает в качестве учредительной власти. Все остальные ветви власти, предусмотренные в тексте конституции, включая законодательную, исполнительную и судебную, являются учрежденной властью. Однако факт того, что национальный суверенитет был больше присущ власти учредительной, нежели учрежденной, не препятствовал возникновению превосходства законодательной власти над исполнительной и судебной, как теоретически, так и практически. Даже учитывая то, что вся государственная власть исходила от национального суверенитета, если законодательная власть в силу ее представительного характера олицетворяла собой суверенитет в большей степени, чем любая другая ветвь государственной власти, то из этого следует, что, как только конституция была принята и учреждены органы, обладающие государственной властью, законодательная власть и принимаемые ей законы стали обладать несравнимо большим влиянием.

Кроме того, французская конституция не имела статуса закона: ее предписания не носили юридически обязательного характера, если они не становились объектом законодательства⁷⁶. Французский конституционализм, таким образом, характеризовался явным превосходством законодательной власти над исполнительной, и прежде всего над судебной. Законодательный орган власти, наделенный в качестве учрежденного органа государственной власти национальным (а не народным, как предлагал Руссо) суверенитетом, играл здесь главную роль. В результате судьи даже не могли рассматривать возможность признания закона недействительным в случае его противоречия конституционным предписаниям. Во-первых, поскольку Конституция не обладала силой верховного закона, она не могла являться предметом толкования и применения су-

⁷⁶ О нормативном значении конституций и судебного надзора в континентальной юридической традиции см. *Juan Manuel López Ulla, Orígenes constitucionales de control judicial de las leyes* (1999) at 27 ff., 39–53; пример Испании, см. стр. 54 и последующие страницы; пример Франции, см. *Javier Pardo Falcón, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, Revista de Estudios Políticos* 72 (1991) 243–258; краткий обзор понятия конституции как юридической нормы, см. *Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981) at 49–61.

дами в конкретных делах. Следовательно, суды не могли рассматривать законы как нормативные правовые акты, обладающие меньшей юридической силой в сравнении с конституцией, что приводило к невозможности поднять вопрос об их соответствии конституционным предписаниям. Во-вторых, благодаря принципу законодательного верховенства закон понимался как выражение общей воли, и суды не могли опровергнуть общую волю путем признания закона, который был принят представителями народа, недействительным (хотя, строго говоря, это не так, учитывая, что законодательный орган являлся «учрежденной», а не «учредительной» властью). Наконец, в конце старого режима (*Ancien Régime*) существовала общая антипатия по отношению к традиционным парламентам, которые выполняли функцию высших судебных органов, и к судьям, которые часто осуществляли свои полномочия произвольно (во имя Короля)⁷⁷. Неудивительно, что «члены [Национальной] Ассамблеи действовали в убеждении... что законодательство было полным выражением права, и что только законодательство могло отразить цели права, и что, как следствие, только законодательство могло создать право. Роль судьи нивелировалась, таким образом, до простого применения законодательства к каждому конкретному делу, поступающему к нему на рассмотрение»⁷⁸.

В результате предложенного Сийе разделения понятий «учредительная власть» и «учрежденная власть» доктрина народного суверенитета Руссо трансформировалась в понятие парламентского суверенитета (то есть национальный законодательный орган в качестве учредительной власти, по существу, стал отождествляться с учрежденной законодательной ветвью власти)⁷⁹. Следовательно, соотношение между национальным

⁷⁷ Относительно парламентов и их функций во французской юридической традиции, см. *Cristina García Pascual, Legitimidad democrática y poder judicial* (1997) at 56 ff.

⁷⁸ *R. Carré de Malberg, Teoría general del Estado* (2nd ed., 1998) at 663. О мнении французских революционеров относительно судебной системы, Кодекса Наполеона и так называемой школы толкования (*Exegesis*), см. там же, at 104–113. 18 ноября 1790 года на сессии Национального собрания Робеспьер объявил: «Мы должны исключить термин “закон прецедента” из нашего языка. В государстве, которое обладает конституцией и законодательством, закон судов – не что иное как само законодательство, и поэтому юридический прецедент должен всегда быть идентичным законодательству».

⁷⁹ Ричард Прайс раскритиковал идею «парламентского верховенства (и фактически предложенное Сийе различие между понятиями “учредитель-

суверенитетом, принципом разделения властей и принципом верховенства законодательной власти во французской конституционной системе можно охарактеризовать следующим образом⁸⁰:

ная власть” и “учрежденная власть”), исходя американской концепции. Он утверждал, что правительство осуществляет доверительное управление (Trust), поэтому все его полномочия передаются ему “для достижения конкретных целей» и «все делегированные полномочия должны быть подчиненными и ограниченными». По мнению Прайса, тогда «ничто не может быть более абсурдным, чем доктрина... всемогущества парламентов». См. *Richard Price, Observations on the Nature of Civil Liberty, the Principles of Government, and the Justice and Policy of the War with America* (9th ed. 1776), SECT. II: ‘Of Civil Liberty and the Principles of Government’, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1781/94817/2137427>.

Джозеф Пристли, который критиковал политику его родной Великобритании в отношении американских колоний, рассматривал «естественные права» как самоограничение государственной власти. *Joseph Priestley, An Essay on the First Principles of Government, and on the Nature of Political, Civil, and Religious Liberty* (2nd ed. 1771), SECT. I: Природа гражданской свободы в общем, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1767/93214/2087462>.

⁸⁰ В статье 2 раздела 3 (О государственных властях) указывается: «Нация, которая является единственным источником всех властей, может осуществлять их лишь путем уполномочия. Французская конституция имеет представительный характер; представителями являются законодательный корпус и король». Среди властей, источником которых является нация, указываются законодательная власть (Статья 3), исполнительная власть (Статья 4) и судебная (Статья 5). По мнению Клаверо, Конституция 1791 года не устанавливала систему разделения властей, а скорее систему, которая просто различала их друг от друга (*Bartolomé Clavero, Evolución histórica del Constitucionalismo español* (1984) at 22), аналогичную той, что была установлена в Испании Декретом от 24 сентября 1810 года (*Bartolomé Clavero, Manual de historia constitucional de España* (1989) at 26). Для сравнения: в Конституции Соединенных Штатов Америки (1787 г.) государственная власть была разделена на законодательную (статья I, разделы 1–10), исполнительную (статья II, разделы 1–4) и судебную (статья III, разделы 1–3). Фактически американская конституция была посвящена, прежде всего, организации и структурированию государственной власти и не содержала в тексте прямого признания основных прав и свобод, которые затем нашли свое отражение в первых десяти статьях поправки к конституции, которая была принята четыре года спустя, 15 декабря 1791 года. Относительно нормативной ценности североамериканской конституции и ее судебного контроля см. *López Ulla, Orígenes constitucionales de control judicial de las leyes* (1999) at 27 ff., 32–39.

1) Парламентское верховенство и, следовательно, верховенство законодательства (при этом Конституция, даже если она является «жесткой», не более чем текст, который описывает политическую организацию государства);

2) Наличие сильной исполнительной власти, которая находилась, во всяком случае, на начальном этапе, под контролем законодательной, а не судебной власти;

3) Судебная власть полностью подчинена законодательной власти и не имеет возможности вмешиваться в деятельность двух остальных ветвей власти. Она не может признать закон недействительным по причине его несоответствия положениям Конституции (поскольку Конституция не имела статуса нормативного правового акта).

Конституционное закрепление «естественных прав»

То же самое понятие государственного суверенитета, поднятое на знамя Французской революции, позволило обосновать необходимость конституционного закрепления «естественных» прав.

Французская Декларация прав человека и гражданина (1879) провозгласила принцип национального суверенитета в следующих выражениях: «Источником суверенной власти является нация. Никакие учреждения и никакое лицо не могут обладать властью, которая не исходит явно от нации» (Статья 3)⁸¹. В преамбуле Декларации утверждается, что «Представители французского народа, образовав Национальное собрание... приняли решение изложить в торжественной Декларации естественные, неотчуждаемые и священные права человека⁸². Декларация, таким обра-

⁸¹ Cf. Статья 1, раздел III (О государственных властях): «Суверенитет принадлежит нации: он един, неделим, неотчуждаем и неотъемлем. Ни одна часть народа, никакое лицо не может присвоить себе его осуществление». Аналогичным образом в первых североамериканских конституционных текстах был закреплен принцип, что «вся власть принадлежит народу и, вследствие этого, исходит от народа» (Статья 2 Декларации прав Вирджинии (12 июня 1776 г.)), гарантирующий народу право расторгнуть политические узы, связывающие его с другим народом (преамбула к декларации независимости (4 июля 1776 г.), а также дающий ему право провозгласить и утвердить свою собственную конституцию (преамбула к Конституции Соединенных Штатов Америки (1787)).

⁸² Краткую историю национального суверенитета с французской точки зрения см. *Maurice Hauriou, Principios de Derecho público y constitucional* (2003) at 268–306.

зом, предусмотрела закон, то есть законодательство, являющееся выражением общей воли, которое свободно от какой-либо дискриминации⁸³, гарантирует свободу и естественные права людей⁸⁴, четко определяет, что каждый имеет право требовать⁸⁵, определяет, кто может быть обвинен и приговорен к наказанию за совершение преступления⁸⁶.

Знаменательно, что конституционная декларация «естественных» и «неотъемлемых» прав воплотилась в жизнь в результате победы доктрины суверенитета, согласно которой все происходило от «дарования» суверена. Этот взгляд Гоббса/Руссо, однако, надо отличать от сугубо конституционной доктрины неотъемлемых прав⁸⁷.

⁸³ Статья 6: «Закон есть выражение общей воли. Все граждане имеют право участвовать лично или через своих представителей в его создании. Он должен быть единым для всех, охраняет он или карает. Все граждане равны перед ним».

⁸⁴ Статья 4: «Свобода состоит в возможности делать все, что не наносит вреда другому: таким образом, осуществление естественных прав каждого человека ограничено лишь теми пределами, которые обеспечивают другим членам общества пользование теми же правами. Пределы эти могут быть определены только законом».

⁸⁵ Статья 5: «Закон имеет право запрещать лишь действия, вредные для общества. Все, что не запрещено законом, то дозволено, и никто не может быть принужден делать то, что не предписано законом».

⁸⁶ Статья 7: «Никто не может подвергаться обвинению, задержанию или заключению иначе, как в случаях, предусмотренных законом, и в предписанных им формах». Но каждый гражданин, вызванный или задержанный в силу закона, должен беспрекословно повиноваться: в случае сопротивления он несет ответственность.

Статья 8: «Никто не может быть наказан иначе, как в силу закона, принятого и обнародованного до совершения правонарушения и надлежаще примененного».

⁸⁷ Несмотря на то что современные конституционные тексты содержат увеличивающийся перечень основных прав (включая права, составляющие основу современного конституционализма), такие права не только теоретически уязвимы из-за доктрины законодательного суверенитета, но также они находятся под непрерывной практической угрозой со стороны исполнительной власти. По поводу соотношения понятий «государственная власть» и «верховенство права» см. *Aniceto Masferrer, "The Fragility of Fundamental Rights in the Origins of Modern Constitutionalism. Its Negative Impact in Protecting Human Rights in the 'War on Terror' Era", Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law: Crossing of Legal Boundaries in Defence of the State, A. Masferrer and C. Walker, eds. (2013).*

В то же самое время в рамках предложенной Руссо доктрины парламентского верховенства как выражения общей воли не существовало механизма отмены законов, нарушающих «конституционные» права. Руссо имел в виду «форму государственного устройства, в которой закон стоит выше человека», систему, при которой человек, предположительно, будет свободен вследствие верховенства права⁸⁸. По его мнению, права были даны законом⁸⁹, являющимся выражением общей воли, от которой он не может быть отделен. В результате не существовало никакого права вне сферы публичного права, любое право получало всю свою легитимность от осуществления суверенитета. По нашему мнению, справедливо утверждение Еллинека о том, что «представление об изначальном праве, которое человек сохраняет после вступления в общество и которое имело бы значение юридической границы для суверена, Руссо положительно отвергает»⁹⁰.

**«Демократический» позитивизм Уолдрона:
возвращение к Руссо?
Критика судебной защиты конституционных прав**

Дайси упустил из виду, что судебное решение даже в рамках «жесткой» (писаной) конституции, с конституционным закреплением прав, само

⁸⁸ См. сноску 85.

⁸⁹ Критический анализ предположения о том, что права должны быть воплощены в тексте закона или конституции для того, чтобы быть гарантированными со стороны судебной системы, см. *A. Masferrer*, “El alcance de la prohibición de las penas inhumanas y degradantes en el constitucionalismo español y europeo. Una contribución histórico-comparada al contenido penal del constitucionalismo español y alemán” in *Presente y futuro de la Constitución española de 1978* (2005).

⁹⁰ *Georg Jellinek*, *Declaration of the Rights of Man and of Citizens* [1895], Chapter II: ROUSSEAU’S CONTRAT SOCIAL WAS NOT THE SOURCE OF THIS DECLARATION, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/1176/104814/1940368>. Также см. *Jean-Jacques Rousseau*, *The Social Contract and Discourses*, Chapter 4 “The limits of the sovereign power”, доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/638/71005>. Противоположную точку зрения (отстаивающую совместимость предложенного Руссо понятия общественного договора с естественными правами), см. *G.D. H. Cole*, “Introduction” to *Jean-Jacques Rousseau, The Social Contract and Discourses* by Jean-Jacques (1923), доступно по адресу: <http://oll.libertyfund.org/title/638/70974/1686826>.

по себе может являться предметом спора. В соответствии с такой жесткой конституцией (высший) суд в состоянии пересмотреть и изменить права, потенциально спорным образом (без участия представительных органов). Эта точка зрения была высказана Уолдроном⁹¹. Уолдрон предлагает позитивистское решение проблемы разногласия относительно прав: чтобы решить конфликт, необходимо договариваться о полномочиях. Он утверждает, что позаимствовал это решение у Гоббса (Левиафан, Глава XVIII), который тоже заметил, что люди нуждались в суверене именно потому, что были разобщены⁹². Уолдрон, в отличие от Гоббса, поддерживает решение, принимаемое большинством голосов, – руководствуясь, по его мнению, фундаментальным правом каждого на участие в политической деятельности. Уолдрон обращается к Руссо как создателю идеальной модели общества, где все на равных участвуют в создании законов⁹³. Уолдрон, кроме того, задается вопросом: «Каким образом Билль о правах должен подстраиваться под изменяющиеся со временем обстоятельства и мнения в обществе относительно прав, которые мы имеем, и того, как они должны быть сформулированы?»⁹⁴ По его мнению, «судьи берут на себя задачу видоизменять то, как документ будет толковаться и применяться, и то, как будут пониматься индивидуальные права – в большинстве случаев с радикальными и далеко идущими последствиями»⁹⁵. Логика Уолдрона ясна: в условиях существующих разногласий по поводу ценностей в обществе почему судебная власть должна быть лучшим судьей, чем все остальные?⁹⁶ Как Уолдрон сам это формулирует, «морально-нравственные проблемы, касающиеся индивидуальных прав и прав меньшинств, должны рассматриваться исключительно как *морально-нравственные проблемы*»⁹⁷.

⁹¹ “A right-Based Critique of Constitutional Rights” (1993) 13 Oxford Journal of Legal Studies, 18–51.

⁹² Там же, 32.

⁹³ Там же, 38.

⁹⁴ Там же, 41.

⁹⁵ Там же.

⁹⁶ Это, на взгляд Уолдрона, является верным также в отношении обычного законодательства. «Если большинство судей в Палате лордов, например, отменяет закон, принятый большинством голосов в парламенте, тогда право голоса нескольких судей признается превалирующим над правом голоса представителей народа» (там же, 44).

⁹⁷ J. Waldron, “Do Judges Reason Morally”, in *Expounding the Constitution*, G. Huscroft ed. (2008) at 54. Противоположную точку зрения см.

Уолдрон, однако, недавно несколько видоизменил свои взгляды. Как заметил Дизенхаус, в настоящее время Уолдрон сводит свои возражения, направленные против судебного надзора, лишь к возражением против «судебного надзора сильной формы» (а не его слабой формы)⁹⁸ и общества с «демократическими институтами», независимой судебной властью и приверженностью индивидуальным правам и правам меньшинств⁹⁹. Следовательно, общества, где нет верховенства права, нуждаются в судебном надзоре. Но это признание не только идет вразрез с общим смыслом его исследования, направленного на определение проблемы

W. J. Waluchow, “Constitutional Morality and the Bills of Rights”, *ibid.*, 65–92, который указывает, что задача судьи «состоит в том, чтобы уважать и привести истинные обязательства общества, выражающие его конституционную этику, в рефлексивное равновесие», подчеркивая «роль судебных решений в формировании принципов конституционной этики общества» (там же, 89).

⁹⁸ Голдсуорти и Дизенхаус, однако, рассматривают как чрезмерное внимание, которое Уолдрон уделяет сильной форме судебного надзора (*J. Goldsworthy*, “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy” in *Protecting Human Rights*, T. Campbell, J. Goldsworthy and A. Stone eds. (2003) 263, 267-8; *D. Dyzenhaus*, “The Incoherence of Constitutional Positivism”, in: *Expounding the Constitution*, G. Huscroft ed. (2008) at 142–144, 147–148. «Сильная форма» судебного надзора существует там, где конституционный суд может признать законодательные акты неконституционными (например, противоречившими конституционным правам, как в США), «слабая форма» судебного надзора существует там, где суды лишь указывают законодателю на несоответствие тех или иных актов законодательному акту, который провозгласил защиту тех или иных прав (как в Соединенном Королевстве).

⁹⁹ (1) Демократические институты в довольно хорошем работоспособном состоянии, включая представительный законодательный орган, избранный на основе всеобщего избирательного права; (2) система судебных органов, опять-таки в довольно хорошем состоянии, созданная на представительной основе, задачей которой является рассмотрение отдельных судебных дел, разрешение споров и обеспечение верховенства закона; (3) обязательство со стороны большинства членов общества и большинства чиновников соблюдать индивидуальные права человека и права меньшинств; и (4) сохраняющееся значительное и основанное на доброй воле разногласие по поводу прав (то есть в отношении чего существует приверженность правам и каковы ее последствия) среди членов общества, которые привержены идее прав. (*Waldron*, “The Core of the Case against Judicial Review” 115 *Yale Law Journal* (2006) 1346, 1360; *Dyzenhaus*, там же, 140–141).

в целом, но и уклоняется от ответа на вопрос: почему судебный надзор полезен обществам без традиции верховенства права. Если единственная разница между взглядами Руссо и Дайси состоит в приверженности последнего понятию английского обычного права «верховенства права», то может, вышеуказанный подход имеет смысл?

В своей ранней работе Уолдрон опирается на характеристику законодательной власти, обнаруженную им у Локка: «Это та душа, которая дает форму, жизнь и единство государству»¹⁰⁰. Очень напоминает Руссо, не так ли? В то же время, в отличие от сторонников «совещательной демократии», Уолдрон открыто признает, что разногласия по поводу общего блага являются частью жизни, и рассматривает выборы в качестве действенного способа разрешения возникающих разногласий¹⁰¹.

Делая акцент на противоречиях, Уолдрону удалось выдвинуть оригинальный аргумент в пользу позитивизма (или, более точно, «нормативного позитивизма»), да еще и причислить Гоббса (!) к своим союзникам. Он пишет: «В силу необходимости обеспечения мира, стабильности или предсказуемости лучше, если вопрос о законности принятых правовых норм мог бы быть определен отдельными гражданами без того, чтобы эти граждане давали субъективные оценки... относительно содержания принятых норм»¹⁰².

Но все имеет свою цену. «Нормативный позитивизм» Уолдрона представляется (по сравнению с Хартом) шагом назад к позитивизму Остина с его гоббсовским сувереном, который теперь отождествляется с парламентским большинством, выступающим в качестве единственного источника права. Уолдрон, как и Руссо до него, кажется, не видит опасности в том, чтобы вся государственная власть была передана парламенту. Это предположение верховенства законодательной власти опирается на нормативное видение «партиципаторной демократии» (демократии участия). Такой подход отличается от взглядов Руссо явным одобрением и поддержкой парламентского мажоритаризма (но то же самое можно сказать и о возникшей после Руссо французской теории суверенитета). Вместе с тем решение, принимаемое большинством голосов, которое от-

¹⁰⁰ *John Locke*, *Two Treatises on Government* (1970) at 425 ([3d ed. 1698] *Second Treatise* at 212); *Jeremy Waldron*, “The Dignity of Legislation” 54 *Maryland. Law Rev.* (1995) 633.

¹⁰¹ *Jeremy Waldron*, “Legislation, Authority and Voting” 84 *The Georgetown Law Journal* (1996) 2185, 2188–2189.

¹⁰² *Jeremy Waldron*, “Kant’s Legal Positivism” 109 *Harvard Law Review* (1996) 1535, 1541.

стаивал Уолдрон¹⁰³, являлось «практическим» решением проблемы «общей воли» даже для Руссо¹⁰⁴. Как бы то ни было, первоначальный взгляд Руссо на решения, принимаемые в ходе голосования, предполагал гораздо больше «участия»¹⁰⁵, если исходить из утилитарного идеала равенства (один человек – один голос).

Но тогда, если единственным неотъемлемым «правом» остается право на участие в политической деятельности, почему оно обеспечит лучшую защиту свобод и интересов граждан по сравнению с «французской» моделью? Рассуждения насчет понятия «достоинство», которое имеет еще меньше формального содержания, чем понятие «право», не помогают развеять стойкие опасения относительно позитивистского понятия права как любого «установленного и закрепленного» правила.

В отсутствие какого-либо намека на существование «дополнительной жизни» не только «естественные» права, но и любое непубличное право (такое как автономное частное право) или что-либо аналогичное предложенному Дайси понятию верховенства права не могут существовать в рамках данной концепции. Как остроумно заметил А.В.Б. Симпсон, позитивизм может только свести общее английское право «до набора норм путем кодификации, вкуче с намеренным умалением роли судебной власти и запретом на публикацию отчетов о судебных разбирательствах и судебных решениях»¹⁰⁶. Следует повторить, что аргументация Уолдрона против биллей о правах базируется на его тезисе о том, что суды не лучший вариант для решения споров в случаях разногласия относительно нравственных ценностей¹⁰⁷. Но если догадка Симпсона является верной, реальная проблема состоит не в биллях о правах и судебном надзоре, а в невозможности обеспечить самостоятельное место для судебной

¹⁰³ Там же, 2203.

¹⁰⁴ SC IV. II. Чтобы совместить решение, принимаемое большинством, с «общей волей», Руссо ввел различие между понятиями «воля» и «мнение»: меньшинство имеет иное мнение (но ту же самую волю). См. Douglass, см. сноску 63, at 742.

¹⁰⁵ См. Douglass, см. сноску 63, at 744.

¹⁰⁶ A. W. B. Simpson, Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series (1975) at 99. Исторически публикация отчетов судебных заседаний способствовала утверждению «прецедентного» права в Англии.

¹⁰⁷ С точки зрения Уолдрона, в то время как моральное сознание судей могло бы быть ограничено, например, текстуальным формализмом, законодательные органы, напротив, примут во внимание полный спектр моральных причин (Waldron, см. сноску 99, 1380–1382).

власти в рамках концепции Руссо–Уолдрона и, самое главное, для любого права, не сводимого к законодательным актам, такого как английское общее право. Обращение Уолдрона к «демократическим» обществам как единственно «правильному» объекту его критики судебной защиты прав только подчеркивает проницательность Еллинека, увидевшего «сквозь» американские декларации их подлинный источник, впервые отмеченный Дайси: верховенство права в рамках системы общего английского права.

Заключение

Мы утверждаем, что идея «неотъемлемых» прав несовместима с предложенным Руссо понятием неограниченного суверенитета¹⁰⁸. Основная идея доктрины Руссо состояла не в том, чтобы похоронить абсолютизм, а скорее в смещении основного центра путем замены абсолютного монарха на законодательный орган как выражение воображаемой, но неограниченной «общей воли». Это позволило придать революционному тоталитаризму форму демократической законности¹⁰⁹.

Заслуга предкельзенского немецкого позитивизма, одним из представителей которого является Еллинек, состояла в определении сферы действия частного права, свободной от вмешательства публичного права. Еллинек нашел союзника в лице Дайси. Он воспринял предложенное Дайси (с позиции общего права) определение верховенства права (и исторический успех стран общего права в защите индивидуальных свобод) как близкое по духу его собственному представлению о верховенстве права как самоограничения государства. Но он упустил из виду несовместимость предложенного Дайси с позиции общего права определения

¹⁰⁸ *Leon Duguit*, *Manual de Derecho constitucional* (1937) at 133.

¹⁰⁹ *J. Ballesteros*, *Repensar la paz* (2006) at 115: «По сути, тоталитарная демократия возможна, и революционный Конвент доказал это; она возникла в условиях, когда общая воля воспринималась в качестве высшего принципа и права личности были подчинены воле коллективного органа (общности). Эта трансформация общей воли в абсолютный принцип привела к логической необходимости устранения инакомыслящих, которые воспринимались почти так же, как преступники». Cf. *Leon Duguit*, *Soberanía y libertad* (1922) at 214: «Руссо часто рассматривается как вдохновитель либеральной Декларации о правах, принятой в 1789 году, в то время когда... он является создателем всех доктрин диктатуры и тирании, от якобинской доктрины 1793 г. до большевистской доктрины 1929 г.». См. также *J.L. Talmon*, *Los orígenes de la democracia totalitaria* (1956) at 41 и далее.

верховенства права с его же собственной доктриной парламентского верховенства.

Критика со стороны Уолдрона признания и защиты конституционных прав в судебном порядке может рассматриваться как продолжение критики Дайси и Еллинека, показывающей внутреннюю несовместимость конституционных прав и доктрины суверенитета. Но в более общем смысле критика Еллинеком французской Декларации прав человека и гражданина подчеркнула бесполезность понятия верховенства права в рамках волевой теории Руссо. Это может послужить предупреждением для современных «нормативных позитивистов», таких как Уолдрон.

Перевод А. Помазанский
© Aniceto Masferrer, Anna Taitzin 2013

Гаджиев Гадис Абдуллаевич
доктор юридических наук, профессор,
Судья Конституционного Суда Российской Федерации

**РОССИЙСКАЯ СУДЕБНАЯ ДОКТРИНА
ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА:
ДВАДЦАТЬ ЛЕТ СПУСТЯ**

1. Обычно в России верховенство права рассматривается как элемент более обширной правовой концепции правового государства. Такое представление присутствует в учебниках по конституционному праву, в юридической доктрине и в решениях судов.

Как заметил Н. С. Бондарь, верховенство права является ведущим принципом в конституционных системах современных демократий. Как это неоднократно отмечалось в решениях Конституционного Суда России, принцип верховенства права является неотъемлемым элементом правового государства и лежит в основе правовой системы Российской Федерации¹.

По мнению В. Д. Зорькина, «трактовка принципа верховенства права в рамках концепции правового государства в значительной мере определяется типом правопонимания, который лежит в ее основе. Отличительной чертой российской Конституции является то обстоятельство, что в ней достаточно четко сформулированы ее концептуальные основы, базирующиеся на естественно-правовом подходе к пониманию права.

...В отличие от легистского типа правопонимания, естественно-правовая доктрина исходит из наличия объективного критерия для оценки правового (или неправового) характера закона, его отличия от произвольного установления государства. Таким критерием в рамках этой доктрины являются прирожденные и неотчуждаемые права человека, соответствие которым обуславливает правовой характер законодательства. Таким образом, в трактовке сторонников естественно-правовой доктрины *принцип верховенства права соединяет в себе принципы приоритета прав человека и верховенства правового закона*»².

¹ Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России. М., 2012. С. 109.

² Зорькин В. Д. Конституционно-правовое развитие России. М., 2011. С. 53.

Решая познавательные задачи под определенным углом зрения, вполне можно обнаружить сходство между правовым государством, *Rechtsstaat*, и верховенством права – *Rule of Law*. Однако вполне допустима иная когнитивная установка, направленная на поиск различий между ними, имея в виду разницу между англосаксонским общим правом и континентальным рецептированным римским правом³.

Привлекательность этой познавательной задачи состоит в том, что она позволяет обозреть теоретическое содержание верховенства права и правового государства с философско-правовых позиций, привлекая для оценки степени универсальности этих двух разных концепций разнообразный онтологический и гносеологический инструментарий (реальность права и правовая реальность, универсализм и релятивизм в праве как проявления реализма и номинализма и т. д.).

Моя гипотеза состоит в том, что, возможно, не только верховенство права и правовое государство различаются между собой, но и верховенство права не существует (и не может существовать) как универсальная, общеобязательная концепция. Скорее всего, это, как считает Дэниел Левин, «семья взаимосвязанных концепций». Если быть более точным – сообщество однородных, но имеющих существенное различие судебных доктрин. Российская судебная доктрина верховенства права находится в самом начале своего становления, развиваясь с учетом исторически сложившейся правовой традиции континентальной правовой семьи. При этом она не лишена здоровых амбиций, пытаясь сформулировать новые идеи о конституционализме, вырастающем из конституционной экономики. Надеюсь, что эти полезные амбиции не трансформируются в высокомерие неофитов.

В качестве исходных предварительных замечаний следует обратить внимание на то, что верховенство права в России развивается прежде всего как судебная доктрина, при практически пассивном участии законодателя и доктрины, то есть это не концепция, а именно судебная доктрина.

Правовое государство – это прежде всего научная концепция, имеющая тесные духовные связи с континентальными философскими идеями французских публицистов-просветителей и немецким идеализмом. Этот тезис основан на моем убеждении в том, что любая юридическая концепция или доктрина вырастает на той или иной интеллектуальной почве

³ Баренбойм П. Д. Соотношение доктрин верховенства права и правового государства как главный вопрос философии права и конституционализма. М., 2013.

и зависит от состояния «мускул культуры», по образному выражению Мераба Мамардашвили. Господствующие в стране философские, этические, религиозные взгляды неизбежно проникают в право, как бы оно ни стремилось к автономизации.

Вполне справедливо основоположником сугубо юридической концепции правового государства считается философ И. Кант. В его понимании правовое государство должно быть связано правом для того, чтобы высоко чтимый Кантом Разум проник во все сферы общественных отношений. По сути, целью Канта было вовсе не обоснование юридической идеи верховенства права. Право (а не права человека только) у Канта является средством для воплощения Разума. Вряд ли плодотворно развивать идеи о том, какая из концепций – верховенства права или правового государства – лучше или хуже. У каждой из них в их историческом развитии были взлеты и падения. Замечу только, что суды на континенте, руководствуясь концепцией правового государства, не играют той роли в политическом устройстве страны и не влияют на общественное мнение так, как английские и американские суды. Это не мое неавторитетное суждение, а мнение А. Токвиля, который сравнивал Швейцарию с Англией и пришел к выводу, что присущая англосаксам любовь к правосудию, мирное и законное вмешательство судей в область политики представляют собой самые важные особенности свободного народа⁴.

Если на европейском континенте основные усилия были направлены на то, чтобы создать позитивное конституционное право в виде деклараций и конституций, то в Англии суды прежде всего разработали правовые средства, призванные заставить признать какое-либо право и гарантировать его, а затем обеспечили без позитивного конституционного права связь между самими основными правами и средствами их гарантирования посредством судебного нормотворчества. *Ibi jus ibi remedium!* Канта в большей степени заботила проблема устройства государственной власти, а не личность, поэтому эта концепция называется правовое государство. Автономия личности – это хорошее средство для того, чтобы появился вытекающий из совокупности всех философских идей Канта критерий хорошо устроенного государства как Царства Разума. Государственный порядок у него рождается из самозаконности (внутреннего сознания разумного человека). Априорные абстрактные принципы моральной философии стали позже, в XIX веке, правовым основанием государства, как в XX веке правовые принципы стали основаниями капитализма.

⁴ Дайси А. В. Основы государственного права Англии. М., 1907. С. 210.

Немецкая концепция правового государства находится в плену увлеченной **веры** в то, что есть некие априорные, не нуждающиеся в доказательстве принципы. В русской философии права идеи Канта развивал Е. В. Спекторский, который онтологическую проблему бытия права описывал с помощью категории морального непонимания. По его мнению, и право, и нравственность при всем их различии неизбежно обладают общей чертой – и это особое этическое отношение права и нравственности к деяниям людей. Обе эти нормативные системы соподчинены моральному непониманию, основывающемуся на двух принципах:

1) на убеждении в свободе человеческой воли и возможности каждого человека выбирать и поступать так или иначе и самому решать, исполнять или не исполнять свою нравственную или юридическую обязанность;

2) на убеждении, что нормы, как нравственные, так и юридические, существуют объективно, поскольку есть общие априорные критерии справедливого – несправедливого, доброго – злого. Без таких объективных критериев деятельность человека невозможно подвергнуть этической и юридической квалификации⁵.

Идеи правового государства и верховенства права сложились на основе понятия «конституция», которое, как заметил Юрген Хабермас, указывает на ограничение политического господства посредством дистрибутивного разделения властей. Эта идея, воплощенная уже в древних парламентах, или сословных собраниях, приспособленная к коллективному представительству, идея взаимного ограничения и сбалансирования «господствующих сил», в модернистских теориях государства развилась в представления о дистрибутивном, распределительном, «разделении господства», «разделении власти суверена»; она соединилась с индивидуалистическими концепциями – учением о правах человека в английском либерализме, о функциональном разделении законодательной, исполнительной власти и права в немецком конституционализме. Так возникли два варианта одной идеи об ограничивающем произвол власти «верховенстве права» – «*rule of law*» и «правовое государство».

Эти либеральные типы конституции, как и те республиканские конституции, на которые ориентировался Кант, преследовали одну и ту же цель – придать политическому господству правовую форму⁶.

⁵ Спекторский Е. К спору о реальности права // Юридический вестник. 1914. Кн. 5.

⁶ Юрген Хабермас. Расколотый Запад. М., 2008. С. 127–128.

Вера в априорные принципы является отличительной чертой метафизики и является традицией философского реализма. Сущность спора о реализме и номинализме определена средневековыми схоластами. Эта проблема в несколько примитивной форме была сформулирована уже в III веке Порфирием. Существуют ли, спрашивал он, роды и виды в действительности или же только в нашем мышлении? Если они существуют в действительности, то обладают ли они телесным бытием отдельно от чувственно воспринимаемых вещей или нет? Сообразно с этим схоластики спрашивали, являются ли, как утверждали номиналисты, общие понятия не более как логическим обобщением, суммированием одинаковых признаков, словесным обозначением группы тождественных или сходных объектов?

Американская философская традиция развивает английский прагматизм Локка, Гоббса. Прагматизм У. Джемса и историцизм Дж. Дьюи в свете современных герменевтических и постмодернистских философских течений формирует убеждение о необходимости новой философской идеологии, порывающей с эпистемологией Платона – Декарта – Канта и взглядом на философию как на отражение мира.

Ричард Рорти считает, что наука не описывает реальность, а приспосабливается к ней с помощью метафизических картин, ее язык зарекомендовал себя успешным только для прагматических целей предсказания и контроля, а научный прогресс – это интеграция все большего количества данных в связную паутину верований.

Р. Рорти убежден в ложности не только эпистемологической, но и этической традиции, он считает, что Кант выводил мораль из «разума» и считал ее правила универсальными, а к ней надо относиться по-дарвиновски – как к естественным правилам общежития, возникшим в результате приспособления к природной и социальной среде. А поэтому понятия «универсальный долг» и «обязанности» лучше заменить понятиями «благоразумие» и «целесообразность», а «моральный прогресс» трактовать в смысле роста сочувствия к нуждам все большего количества людей. А поэтому, считает прагматист Рорти, универсальных оснований нет и у понятия «безусловные (абсолютные)» права человека, так как правовые законы, пригодные для одних обществ, не подходят для других. В истории мысли не существовало безличной логики идеи: «вечные проблемы» в разные эпохи наполнялись разным смыслом, имели место только случайные, эпистемологически несоизмеримые высказывания одних людей и реакция на них других. Поэтому презентацию интеллектуального прошлого Р. Рорти предлагает строить, исходя из номинализма, а не реализма, т. е. в виде описания смены метафор, образов, выражающих дух свое-

го времени⁷. Как видим, духовные истоки доктрины верховенства прав и концепции правового государства явно не совпадают и включают в себя такие глубокие философские различия, как дихотомия реализма и номинализма, которая исследована Е. В. Спекторским⁸. Реалисты исповедовали гносеологический и метафизический примат, принципиальное и онтологическое превосходство общего и идеального перед частным и эмпирическим. А номиналисты склонялись к признанию единственной реальностью мира фактов и эмпирии. Целый ряд понятий и явлений государственной жизни получил совершенно различный смысл в зависимости от того, каким является угол зрения – номиналистическим или реалистическим. Так, например, конституция того или иного государства понимается реалистом как нечто самодовлеющее, обладающее трансцендентальным бытием независимо от фактического соотношения политических или иных сил. Для номиналиста же конституция – это нечто совсем иное. Он смотрит на нее как на один из памятников законодательной письменности или же так, как смотрел на нее Лассаль в своей речи «Ueber Verfassungswesen», где он под действительной конституцией каждой страны понимал реальное соотношение сложившихся факторов, сил ее политической и культурной жизни⁹.

Связанность и ограничение правом, правовым законом (а не только правами человека) являлись для **Канта** ядром представлений о правовом государстве. Кант последовательно подошел к теории государственного верховенства, а не к верховенству права. Это означало, что личность должна подчиняться верховному руководству государства, за которым признается высшее нравственное начало. Этот идеализм сослужил плохую услугу в XX веке, когда Веймарская республика, признававшая в своей конституции концепцию правового государства, превратилась в фашистское тоталитарное государство. У немецкого народа не оказалось солидного опыта демократического движения, возвращенного судебной доктриной верховенства права. Все это наложило свой отпечаток на реализацию в реальности концепции правового государства. И если в Англии

⁷ Рорти Р. Философия и зеркало природы. Новосибирск, 1997.

⁸ Спекторский Е. В. Номинализм и реализм в общественных науках // Юридический вестник. 1915. Кн. 9 (1). М., 1915.

⁹ Спекторский Е. В. Указ. соч. С. 18. Когда Кант признал всеобщими такие элементы познания, которые реальны не априорной реальностью *ante res* и не индуктивной реальностью *in rebus*, он в известной степени также решал спор между реалистами и номиналистами, и решал он его в духе примирительного концептуализма (там же, с. 5).

верховенство права связано с верховенством парламента, в Веймарской республике, благодаря интеллектуальным усилиям Карла Шмитта, в системе органов власти центральной оказалась фигура рейхспрезидента¹⁰.

Дух римского права, заимствованный из дисциплины, присущей римской армии, стал правовой национальной традицией.

Зачем обсуждать закон – правовой он или нет? Его надо неукоснительно выполнять. Главное – чтобы не было бессилия государственной власти. И это бессилие, согласно Шмитту, который рассуждал в традициях Н. Макиавелли, необходимо преодолевать и с помощью хитрости, и с помощью жестокости. Тут пригодны убеждения иезуитов – для достижения цели все средства хороши! Сейчас идеи К. Шмитта неожиданно опять стали популярны из-за получившей в последние годы популярность так называемой *realpolitik*. Это явление обычно связывают с именем действительно эффективного политика – прусского канцлера Отто фон Бисмарка. Нередко в работах политологов этим термином обозначается такой тип политики, которая ориентируется на достижение политических целей, пренебрегая нормами морали, когда политика осуществляется путем балансирования на грани возможного и недопустимого в правовой и этической сфере. Напомню, важнейшие установки иезуитизма – инквизиторство, идея папской непогрешимости и **эскобарство** – то есть правило «цель оправдывает средства».

Есть и другая методологическая установка, которую выразил в виде афоризма академик Сергей Капица: «Когда средство превращается в цель, начинается бесцельная жизнь». Это то же самое, что написал академик Абдусалам Гусейнов: «Мы не правду поверяем Родиной – мы Родину поверяем правдой». Дискуссия, порожденная Карлом Шмиттом на страницах его книги «Понятие политического», актуальна для современной России, она дает возможность понять смысл, лежащий в основе российского конституционализма и российской доктрины верховенства права. Когда в 1993 году была принята новая Конституция, мы все были в состоянии эйфории и ожидали успеха быстрой, легкой либерализации. Это была эйфория, сопровождаемая головокружением от быстрых успехов. Но потом вдруг оказалось, что выборной системой овладели энергичные люди с деньгами. На беду, большая часть из них была с криминальным прошлым. Иного быть и не могло. Советская идеология воспитывала бессребреников и противников духа стяжательства. Либерализация в российских регионах обернулась расцветом криминала, коррупции, и у людей начало складываться убеждение, что либерализм, конституционализм, правовое

¹⁰ Соколов А. Н. Указ. соч. С. 69.

государство – все это придумано в интересах криминальных авторитетов. В этом находятся истоки вынужденной смены параболы внутренней политики. Правовое государство начала XXI века в России стало заменяться **сильным** государством. Как показало прошедшее десятилетие, у сильного государства, несмотря на значительные успехи, оказались и серьезные недостатки. Лицемерие и цинизм ослабили безусловно благотворный потенциал идеи сильного государства, столь похожего на государственные идеалы Карла Шмитта. Ослабление парламентаризма в целях мобилизации государственной власти в духе «политической симфонии» как одной из главных государственно-правовых идей Византии очень болезненно сказывается на верховенстве права. Оказалось, что конституционализм очень похож на простое устройство с сообщающимися сосудами, которое показывают детям на уроках физики: если ослабевает парламентаризм, мгновенно ослабевает и судебная власть как организационная структура, необходимая для механизма верховенства права. Прискорбно, но я должен признать, что, как гений несовместен со злодейством, так и сильное государство несовместимо с сильным правосудием. В сильном государстве неуютно не только парламентаризму, но и конституционной юстиции, которая обычно находится в темном пространстве, между правом и политикой. Границы конституционного контроля находятся внутри «игрового пространства» политической власти, и установить их с топографической точностью невозможно. Судьи, как правило, патриотичны и ответственны. В результате возникает сложная дилемма между поддержанием верховенства права и пониманием того, что сильное государство объективно необходимо для постепенного перерастания в правовое государство.

2. Что же представляет собой современная российская судебная доктрина верховенства права? Мое основное убеждение состоит в том, что как продукт деятельности судов (и, прежде всего, Конституционного Суда России), при всех противоречиях с национальной правовой традицией, она все же пробивается, как трава сквозь асфальт, и тянется к солнцу. Как это ни странно, описание российской доктрины верховенства права целесообразно начать с юридической лингвистики. Юридическое понятие «верховенство права» появилось в России благодаря новой Конституции 1993 года, хотя прямо в тексте Конституции эти слова не встречаются. Конституция признала, что международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод благодаря Конституции стала, в соответствии с решениями Конституционного Суда России, не просто актом, превышающим силу обычных федеральных за-

конов, но и субсидиарным набором критериев конституционности всех законов в России.

Так упоминаемое в тексте Европейской Конвенции понятие «верховенство права» попало в правовой оборот России. Не обошлось при этом и без курьезов, связанных с трудностями перевода юридических терминов, отражающих серьезные и глубокие концепции и доктрины. Мы в России не сразу стали понимать значение реальности текста Конституции. Слов «верховенство права» в тексте российской Конституции нет, но судебная доктрина верховенства права является фундаментом конституционного права России. Откуда же она появилась, при ее явном отсутствии в тексте Конституции? Конституционное право в России сейчас рассматривается как разновидность правового знаково-символического концептуального пространства. В основе концептуализма конституционного права находится идея, согласно которой в тексте конституции используются слова, словосочетания, выполняющие роль неких символов, образов, вызывающих у просвещенных юристов мгновенные ассоциации с юридическими концепциями и доктринами. Такими символами (образами) являются слова «демократия», «республика», «правовое государство» и т. д. Для понимания этой мысли можно сравнить конституционный текст со стенографией¹¹. Реальность текста Конституции и реальность конституционного права – это не одно и то же.

В Резолюции 1594 (2007) «Принцип Rule of Law» Ассамблея Совета Европы обратила внимание на тот факт, что в некоторых молодых демократических государствах Восточной Европы юристы в основном склоняются к пониманию термина «Rule of Law» как «Supremacy of statute law», т. е. «верховенство закона» (о верховенстве законов упоминается в статье 4 (2) Конституции России). Однако термин «Rule of Law» следует переводить на русский как «верховенство права». А далее в Резолюции подчеркивается, что термины «Rule of Law» и «preeminence du droit» представляют собой субстантивные правовые концепции, которые являются синонимами и должны рассматриваться в качестве таковых во всех английских и французских версиях документов, выпускаемых Ассамблеей. На мой взгляд, перевод «Rule of Law» как «верховенство закона» – это своего рода индикатор того, что эта юридическая судебная концепция была до недавнего времени невостребованной, отторгаемой в России. Несмотря на то, что есть возможность перевода правовых терминов, можно усомниться, всегда ли есть понимание тех смыслов, которые находятся за ширмой словесной оболочки. Юридические языки развивались в рамках

¹¹ Гаджиев Г. А. *Онтология права*. М., 2013. С. 237.

конкретных правовых культур на основе конкретных правовых теорий. Часто не существует адекватных терминов для перевода определенных юридических понятий на другой язык¹².

Верховенство права как термин английского юридического языка является частью правовой культуры прецедентного права. И если в той или иной стране нет ничего, напоминающего эту систему, перевод термина возможен, но, будучи отрезан от своих корней, на ином языке он просто теряет смысл. Следовательно, понятие «верховенство права» в русском юридическом языке обретет свой смысл, только если появится российская судебная доктрина верховенства права.

Есть ли для этого предпосылки в России? Если да, то на какой стадии находится процесс создания собственной, российской доктрины верховенства права, которая, являясь самобытной, оригинальной, тем не менее, волеется в семью схожих концепций, существующих в других странах?

Я полагаю, что, несмотря на то, что российской Конституции исполняется двадцать лет, а новый российский конституционализм бурно развивается, судебная концепция верховенства права находится только в начале своего становления. Ее истоки я связываю с началом активного судебного нормотворчества, которое стал демонстрировать Конституционный Суд России в середине девяностых годов XX века, появление правовых позиций КС РФ, возникающих в процессе интерпретации Конституции, ознаменовало возникновение судебного конституционализма¹³.

Вторым важным этапом в развитии идеи верховенства права является последовавшее после ратификации Россией Конвенции о защите прав человека и основных свобод проникновение в правовое пространство России правовых позиций Европейского Суда по правам человека. Это – точка отсчета грандиозного проекта по участию России в европейской интеграции¹⁴. С самого начала становления нового российского конституционализма российские юристы и экономисты обращают внимание на взаимосвязь между процессом экономической глобализации и спонтанным сближением правовых систем различных стран, особенно на

¹² Нуссбергер А. Восстановление Вавилонской башни // Сборник докладов «Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия». М., 2007. С. 22.

¹³ См.: Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России. М., 2011.

¹⁴ Зорькин В. Интеграция европейского конституционного пространства: вызовы и ответы // Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия. С. 134.

европейском континенте. Видимо, забота об экономическом прогрессе, здоровая конкуренция правовых систем различных стран мира явились причиной того, что в России стали популярны идеи конституционной экономики. Конституционный Суд начал активно ссылаться в своих решениях на правовые позиции ЕСПЧ, являясь, образно оценивая происходящее, ретрансляционной вышкой, транслирующей полученные из Страсбурга сигналы на все огромное пространство России. Должен заметить, что не всегда эти ссылки релевантны сути обсуждаемой в КС РФ правовой проблемы. Это происходит потому, что в нашей стране не было сильной традиции прецедентного права. Однако судебное правотворчество все же существовало во второй половине XIX века благодаря деятельности Правительствующего Сената¹⁵.

Прошло целых десять лет после ратификации Россией Европейской Конвенции о защите прав человека, прежде чем в России появились, собственно, представления о том, что такое «справедливый суд» как важный элемент российской судебной доктрины верховенства права.

Российская правовая традиция верховенства закона начала на глазах заменяться доктриной верховенства права! Самое примечательное, так это то, что, как это и должно быть, этот процесс был инициирован и осуществлен российскими судами практически без участия законодателя.

Можно и нужно конструктивно (и, желательно, дружелюбно) критиковать российское правосудие, но непреложным объективным фактом является то, что оно справилось с самой важной задачей: проявляя свой конституционный статус самостоятельной ветви власти (ст. 10 Конституции РФ), оно раскрепостилось в своих конституционно-правовых отношениях с законодателем и с активной помощью Европейского Суда стало создавать принципиально новую систему источников права, включающую судебные акты высших судов, сформировало новые правовые принципы, понудило законодателя менять организационные структуры судебной власти.

Самым убедительным примером возросшей конституционной самостоятельности судебной власти является эпизод изменения системы надзора, которая, будучи очевидной спецификой советской системы правосудия, вступила в противоречие с принципом правовой определенности, являющимся одним из основных элементов верховенства права.

Пожалуй, тогда, когда в 2007 году Конституционный Суд рассматривал дело о проверке конституционных норм процессуального зако-

¹⁵ См.: *Тютрюмов И. М.* Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената. СПб., 1911.

нодательства, предусматривающих систему надзора, стало очевидным, какое значение имеют для российской правовой системы слова из Преамбулы к Европейской Конвенции, которые ЕСПЧ использует для раскрытия содержания права на справедливый суд: «...Верховенство права признается частью общего наследия договаривающихся государств».

Система надзора сложилась в советское время, но она связана с традицией сильной прокуратуры, которая появилась во времена Петра Великого. Она основана на идее законности и предполагала систему наблюдения за деятельностью судов со стороны исполнительной власти, позволяя опротестовать вступившие в законную силу судебные решения по прошествии времени. По сути, она выражала презумпцию высокой вероятности ошибочных судебных актов и недоверия к судам, в связи с чем за ними необходимо постоянно надзирать прокуратуре. Принятое Конституционным Судом России Постановление от 5 февраля 2007 г. № 2-П, буквально «выросшее» из правовых позиций ЕСПЧ, институционализовало в нашей правовой системе принцип правовой определенности. Оно не только разрушило систему надзора, ослабило позиции прокуратуры, но и потребовало от законодателя приступить к использованию принципа правовой определенности в законодательстве. Ведущим в этом процессе перезагрузки правовой системы оказался суд, ведомым – законодатель.

Коренным образом изменился практически весь дизайн судебной системы после того, как в процесс судебного нормотворчества активно включился Высший Арбитражный Суд России. Конституционный Суд РФ, опять же со ссылками на правовые позиции Европейского Суда по правам человека, подтвердил соответствие Конституции решений ВАС РФ, направленных на возрастание роли судебного нормотворчества, принятых Высшим Арбитражным Судом, опять-таки, самостоятельно, без участия законодателя. В Постановлении от 21 января 2010 г. № 1-П Конституционный Суд явно дал понять, что отрицание права Высшего Арбитражного Суда России давать абстрактное толкование применяемых судами норм права и формировать соответствующие правовые позиции означало бы умаление его конституционных функций и предназначение как высшего суда в системе арбитражных судов. Тем самым было подтверждено, что в российской судебной системе толкование закона высшими судебными органами оказывает существенное воздействие на формирование судебной практики. По общему правилу оно является обязательным для нижестоящих судов на будущее время. Эта идея кажется мне одной из главных: становление прецедентных начал в российской правовой системе, столь необходимых как среда для взращивания верховенства права, осуществлено в России высшими судами с молчаливого

согласия других ветвей власти, признавших тем самым один из самых важных принципов конституционализма, согласно которому органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны.

Судебная проверка конституционности процессуальных норм, закреплявших ранее систему надзора за судами, а также норм, творчески используя которые Высший Арбитражный Суд создал предпосылки для развития прецедентного права, представляют собой конфликты, в рамках которых получило разрешение основное противоречие между новыми принципами верховенства права (правовой определенности, правом на справедливый суд и т. д.) и устаревшими элементами российской правовой традиции. Разрешение этого противоречия знаменует собой формирование российской судебной концепции верховенства права.

Другой высший суд – Верховный Суд России – проявлял пассивность в признании судебного нормотворчества, так что возникло новое противоречие, уже между высшими судами. Оно разрешено путем инициативы Президента России, предложившего объединить Высший Арбитражный Суд и Верховный Суд. Вот какое значение имеет доктрина верховенства права. Она – как поступь командора в известной поэме А. С. Пушкина – медленно, но значительно продвигает вперед российскую правовую систему, подвергая ее глубокой модернизации, не останавливаясь даже перед неизбежными корректировками Конституции России.

Российскую доктрину верховенства права можно представить как соты с пчелиным медом. Они могут быть полностью заполнены медом, но если пчелы недостаточно активны, то многие ячейки остаются пустыми. Я не берусь сейчас судить о том, насколько полна национальная доктрина верховенства права в России.

Мои представления о ней основаны на ряде тезисов. Мне кажется, это самостоятельная судебная доктрина, а поэтому непродуктивно ее рассматривать как элемент концепции правового государства и тем более отождествлять их. Она коренным образом отличается от системы взглядов, выражаемых юридическим понятием «верховенство закона».

Верховенство права в России имеет предпосылки в правовой истории России в виде деятельности высших российских судов во второй половине XIX века. Не могу не признать, что в правовой культуре России, являющейся законной наследницей традиций Византии, есть много такого, что встречает верховенство права в штыки. Достаточно вспомнить о так называемой «политической симфонии», системе взглядов, появившихся в императорской Византии, согласно которым она была идеологическим государством или государством единого духа, политической симфо-

нией, как это называлось в Византии¹⁶. Но делать Россию наследницей византийских тоталитарных традиций, как это пытался сделать А. Тойнби, вряд ли допустимо. В России есть самое важное условие, необходимое для того, чтобы верховенство права успешно развивалось, – это любящий свою страну, патриотичный народ, который, как сказано в Преамбуле российской Конституции, «сознает себя частью мирового сообщества» и состоит из большого количества образованных культурных людей, народа, давшего мировой культуре Пушкина, Толстого, Достоевского, Шолохова, Королева и т. д. В качестве предпосылок для появления российской модели верховенства права можно также назвать добротную конституцию и судебную власть, развивающую прецедентные начала в праве и преданную идею конституционализма и верховенства права. В России есть историческая память о том, какой вред обществу может нанести неограниченная власть государства над индивидом и тоталитаризм. Еще живы те, кто пострадал от тоталитаризма коммунистического государства, и их голос слышен. Есть также понимание того, что надо проводить различия между правовой реальностью и реальностью права. Это значит, что конституционный текст – это система понятий, открытых для творческого толкования высшими судами. Это, как часто повторяет В. Д. Зорькин, не окаменевший текст, а весьма гибкая система правовых принципов. По сути, это декларация о намерении подвергнуть модернизации традиционное статутное право и готовность воспринять все положительное из европейской и мировой правовой культуры. Есть чувство ответственности, знание своей страны, не позволяющее без оглядки рецептировать любые юридические представления, выдаваемые за универсальные. Сейчас идет сложный интеллектуальный процесс осознания восприятия представлений об основных правах человека сквозь призму философских категорий номинализма – реализма. Что должно преобладать в наших российских представлениях об основных правах – универсальное начало (реализм, правовая метафизика), либо номинализм (а это учет культурного своеобразия страны, не приобретающего характера исторически устаревших предрассудков)? Поиск равновесия продолжается, ячейки сот еще не до конца заполнены медом.

Для становления российской модели верховенства права необходимо разрешить ряд методологических проблем, находящихся сейчас в стадии складывающейся дискуссии. Это онтологическая проблематика о реальности прав человека. Конкретнее – это вопрос о том, что представляют собой права человека, являются ли они правами только после их

¹⁶ Бибихин В. В. Введение в философию права. М., 2005. С. 190.

позитивации в законодательстве, либо можно признать правовую реальность протоправ, то есть притязаний людей на свободу, как некую правовую реальность? Роберт Алекси поставил хороший вопрос о существовании прав¹⁷. Он подметил, что если бы права человека не существовали, конституционные права ограничивались бы лишь тем, что зафиксировано в тексте конституции. В таком случае конституционное право имело бы исключительно позитивистский характер, а оригинализм (originalism) и текстуализм были бы единственными возможными вариантами теории толкования конституции. В таком случае конституционные права понимаются как результат конституционной позитивации прав человека. Но в Конституции России последовательно проводится серия юридических идей, согласно которым права человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения, перечисление в конституции основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина. Суды как органы государства должны не только защищать, но и признавать права и свободы человека (ст. 17 (2), 55 (1), 2 Конституции России). Можно высказать онтологическую гипотезу, согласно которой протоправа образуют правовую реальность, а прошедшие позитивацию, т. е. признанные государством права – это уже иная реальность, реальность прав. Не могу не согласиться с Р. Алекси, что эти онтологические споры напрямую связаны с важнейшими спорными проблемами мировой политики, это проблемы универсального характера основных прав и культурного релятивизма. Если права человека существуют, то должны существовать и общие основы права. Но понятие «основы прав», правовые стандарты прав могут быть совместимы с весьма значительным культурным разнообразием. Весьма влиятельные в юридической среде судебные деятели В. Д. Зорькин, А. Нуссбергер, Х.-Ю. Папир, Г. Люббе-Вольф признают необходимость учета различий в правовых культурах различных стран, не рассматривая культурный релятивизм как некую угрозу глобальному правопорядку. Таким образом, доктрина верховенства права вполне может черпать вдохновение из философии права.

Доктрина верховенства права имеет особую важность для судебной власти, поскольку в ней в концентрированном виде формулируются главные цели правосудия. Это целостная система юридических идей, которая не только формирует основные цели правосудия, но и содержит в себе методику действий каждого судьи, решающего конкретное дело. Ядром идеи верховенства права в России является убеждение в том, что одной из главных опор конституционализма является самостоятельность

¹⁷ Роберт Алекси. Существование прав человека // Правоведение. 2011. № 4.

суда как конституционный принцип. Если суд достаточно самостоятелен в отношениях с политическими органами государства, то он может заниматься судебным поиском правовых решений в конкретном деле. По сути дела, это развитие идеи Гегеля из его «Философии права», в которой он писал о том, что познание права осуществляется в каждом конкретном деле. Это – особая область гносеологии, судебное познание того, что есть право, какие права людей надо признавать, а если возникает коллизия между равновеликими правами человека, то какому праву можно в конкретном деле отдать преимущество.

Правосудие в силу верховенства права само берет в свои руки большую власть – экстрагирование права из обстоятельств конкретного спора, пользуясь априорными юридическими принципами. Применение конституционных принципов для создания новых правовых норм, т. е. правовых позиций судов – это не только средство, используемое судьями, но и главная цель правосудия.

Судебное познание в таком его понимании, в духе правового реализма, о котором писал Мишель Тропер, должно опираться на решение онтологического вопроса о правах человека.

Настало время преодолеть деонтологизацию права, осуществленную Кельзеном в «Чистом учении о праве», который сводил правовую реальность к реальности уже существующей позитивного права.

Поскольку права существуют в правовой реальности, природа которой неправовая, то надо присматриваться к еще не признанным правам, к непоименованным в конституциях правам. Там, в правовой реальности, существуют субъекты, наделенные инициативой, чувством новизны, склонные к правовым инновациям. Они излучают энергию, которая способна создать новое гравитационное поле, убеждающее судей в необходимости признать новые права и свободы человека.

При таком подходе к онтологическому вопросу о существовании прав человека, который предопределяет и меняет сущность судебного познания, нельзя уже ограничиваться юридическим силлогизмом, опирающимся на «основную норму» Ганса Кельзена. Юридический силлогизм состоит в упрощенном понимании задач правосудия. При этом юриспруденция рассматривается как совершенно автономная дисциплина, отгородившаяся от экономики, философии, этики, социологии. Достаточно взять одну посылку – а это набор жизненных обстоятельств, породивших спор – подыскать подходящие юридические нормы (а это вторая посылка), наложить их на эти обстоятельства и получить вывод, т. е. юридический силлогизм в виде решения суда. При таком подходе используется фикция о том, что в силу самодостаточности права, в источниках права можно

найти ответы на любые юридические вопросы. Иногда такой подход порождает то, что называют в практике Европейского Суда по правам человека «формальным правосудием». Между тем, доктрина верховенства права настраивает судью на поиск не формально верного, а справедливого решения, поскольку ее частью является право на справедливый суд.

Тем самым, именно доктрина верховенства права оказывается для конституционной юстиции самой влиятельной, поскольку она требует проводить экономизацию, социологизацию и морализацию правосудия, т. е. требует, чтобы суды использовали не только сугубо юридические аргументы в поиске справедливого решения.

Верховенство права это, таким образом, новая концепция правоприменения, а она требует социологизации права. Правосудие для принятия справедливых решений нуждается в обширной неправовой информации в виде социологических, экономических и иных данных. Особо важно выявлять с помощью анализа сложившейся практики правоприменения «спонтанно возникающие» (термин В. Д. Зорькина) неправовые порядки. Конституционные Суды не могут ограничиваться при проверке конституционности нормы только ее буквальным смыслом. Применяя текст нормы закона, суды и другие правоприменители иногда создают совершенно иные, противоречащие замыслу законодателя нормы. Часто одна и та же юридическая норма получает разную интерпретацию в разных судах страны. Это и есть спонтанно возникшие правовые (а иногда – и неправовые) порядки. Образно выражая свою мысль, можно сказать, что рядом со здоровой юридической нормой вырастает «опухоль». Конституционный Суд должен устранять неправовые новообразования, и эта одна из самых важных функций конституционного правосудия также возникла как часть российской судебной доктрины верховенства права.

Тут обнаруживаются новые грани различий между правовым государством и верховенством права. Концепция правового государства ориентируется на права человека как результат позитивации прав человека, подчеркивая роль государства, без которой права человека не могут быть признаны и защищены. Она в большей степени фокусируется на природе государства, в то время как доктрину верховенства права больше заботит онтологическая природа прав человека, их первичность в онтологической картине мира. Доктрина верховенства права, с моей точки зрения, должна ориентироваться на сферу правовой реальности, на «сущее». Для концепции правового государства близка позиция учета не «сущего», а «должного». Мне кажется, что в целом для духовной истории, для традиции Европы характерна ориентация на «сущее», а не на идеальное «должное». Именно поэтому так важно найти баланс между номинализмом и реализ-

мом. Современный российский судебный конституционализм в своем стремлении учитывать национальную правовую традицию, инерционные элементы общественного сознания, также ориентирован на «сущее». Об этом же писал и Й. Изензее, когда он заметил, что конституция не только кодифицирует основные юридические нормы, реальная конституция кодифицирует связи с прошлым народа¹⁸. Он же обратил внимание на нормативные значения слов преамбул конституций. В Конституции России – это слова о том, что многонациональный народ России соединен общей судьбой на своей земле, что он, сохраняя исторически сложившееся государственное единство, чтит память предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, в добро и справедливость.

Конечно, онтологическая методология различения двух разных реальностей – правовой реальности и реальности признанных государством прав человека – экспонирует сложную дилемму, разрешение которой осуществляется судами постоянно: то ли исходить из приоритета текста конституции, то ли отдавать приоритет судебной интерпретации текста конституции, судебному нормотворчеству, способствующему перманентному обновлению конституции. Кажется, что это простая дилемма, в которой выбор надо делать в пользу второй опции. Постоянное изменение представлений о тексте конституции, как и первая опция, сопровождается рисками появления судебных представлений и даже доктрин, антагонистических доктрине верховенства права. Желание скоординировать конституционный текст с изменяющимися реалиями жизни, с новыми социальными интересами, с меняющимся балансом политических сил может обернуться откровенным ревизионизмом.

Насколько «живая конституция» зависима от политики, и в какой мере она должна быть, наоборот, автономна от политики? Это еще один сложный и во многом не решенный вопрос. То ли конституционное право должно отгородиться высокой стеной от сферы политического, экономического, религиозного, этического в духе кельзеновской чистоты права, то ли, наоборот, новый конституционализм не исключает влияния на конституционное право идей из «смежных» интеллектуальных пространств в духе Р. Познера, Дж. Бьюкенена. Ведь политика может «захлестнуть» конституционное право, которое ближе всех других отраслей права к пространству политического, и даже полностью выхолостить доктрину верховенства права. В связи с этим важным представляется еще одно проводимое нами различие между концепцией правового государства и доктриной верховенства права. Первая в качестве одного из своих конструктивных

¹⁸ Государственное право Германии. Том I. М., 1994. С. 12.

элементов рассматривает принцип соразмерности между преследуемыми государством целями вводимых ограничений прав и используемыми правовыми средствами. Й. Изензее, выступая с позиции концепции правового государства, признает, что она «не разрешает дилемму, как избежать размягчения конституционного государства, не оказавшись в государстве, застывшем в своем развитии и оторвавшемся от реальности»¹⁹.

Замечу, что в США, в которых доктрина верховенства права чрезвычайно почитаема, вообще стараются не говорить о принципе соразмерности, подчеркивая имманентно присущие этой судебной технологии риски²⁰. Это вовсе не значит, что американские суды не занимаются балансированием конкурирующих основных прав. Используется иная техника, когда применяется фикция, согласно которой одно из прав не ограничивается вовсе, а просто обнаруживаются истинные границы его нормативного содержания. И в этом проявляется более уважительный подход к верховенству прав, хотя это уважение и проводится в жизнь с помощью юридических фикций.

Интересно, как по-разному допускаются ограничения прав в европейском конституционном праве и в конституционном праве России. В ст. 18 Конвенции о защите прав человека и основных свобод установлено, что ограничения, допускаемые в Конвенции в отношении указанных прав и свобод, не должны применяться для иных целей, нежели те, для которых они были предусмотрены. Так, свобода выражения мнения (ст. 10 Конвенции) может быть сопряжена с определенными формальностями, условиями, ограничениями или санкциями, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия. Для каждого из основных прав в Конвенции прописывается самостоятельный набор ценностей,

¹⁹ Государственное право Германии. С. 14.

²⁰ Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2; Бернхард Шлинк. Пропорциональность. (Статья находится в печати); Моше Коэн – Элия, Иддо Порат. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3; Мадхав Косла. Пропорциональность: посягательство на права человека? Ответ Ставросу Цакиракису // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5.

в целях уважения которых эти права могут быть ограничены. Иная юридическая техника применена в ст. 55 (3) Конституции России.

Суть разногласия сводится к следующему. В части 3 ст. 55 Конституции РФ федеральному законодателю предоставляется возможность вводить путем принятия закона ограничения прав и свобод человека и гражданина, но только в той мере, в какой это необходимо в целях: 1) защиты основ конституционного строя, 2) нравственности, 3) здоровья, 4) прав и законных интересов других лиц, 5) обеспечения обороны страны и 6) безопасности государства.

Все ли эти шесть целей могут приниматься во внимание для обоснования необходимости ограничения конституционного права распространять информацию? Или же допустимо иное истолкование части 3 ст. 55 Конституции РФ, которое исходит из месторасположения ст. 55 в главе 2 Конституции РФ «Права и свободы человека и гражданина». Эта статья завершает перечень прав и свобод, и поэтому предусмотренный ею порядок и режим законодательных ограничений носит универсальный характер. В ней содержится исчерпывающий перечень тех целей, которые могут оправдать введение ограничений прав и свобод человека и гражданина. Универсальный характер этого перечня не означает, что любое из основных прав и свобод, гарантируемых российской Конституцией, может быть ограничено, ориентируясь на все шесть целей, перечисленных в части 3 ст. 55 Конституции РФ. Что-то из этих шести целей может быть соотносимо с тем или иным основным правом, а какие-то цели, если их иметь в виду при введении ограничений, могут привести к умалению права (часть 2 ст. 55 Конституции РФ).

Специфика конституционного права свободно выражать мнения такова, что оно может быть ограничено ради достижения таких целей, как защита нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечение обороны страны и национальной безопасности. Что же касается такой цели, как защита основ конституционного строя, то возникают серьезные сомнения по поводу возможности ограничения свободы мнений для достижения этой цели. Основы конституционного строя – это перечень основополагающих принципов конституционного права Российской Федерации. Один из них – принцип свободных выборов (часть 3 ст. 3 Конституции РФ). Если предположить, что этот принцип из основ конституционного строя уже сам по себе достаточен для введения ограничений права на свободное выражение мнений, то тогда утрачивается равновесие между двумя равноценными основными правами – правом распространять информацию (часть 4 ст. 29 Конституции РФ) и правом избирать (часть 2 ст. 32 Конституции РФ).

А между тем Европейский Суд по правам человека в решении от 19 февраля 1998 года по делу «Боуман против Соединенного Королевства» исходит из того, что право на свободу слова необходимо рассматривать в свете права на свободные выборы, то есть ни одно из них не обладает приоритетом. Только при таком подходе возможен поиск баланса между этими равноценными основными правами. Действие одного основного права в таком случае создает имманентные границы для другого основного права.

В качестве аргумента в пользу предлагаемого истолкования нормативного содержания части 3 ст. 55 Конституции РФ может послужить и положение части 4 ст. 15 Конституции РФ, согласно которой международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Данное положение Конституции предполагает возможность при решении вопроса о том, какие из указанных в части 3 ст. 55 Конституции РФ шести целей могут быть использованы для введения ограничений того или иного основного права, ориентироваться на Конвенцию о защите прав человека и основных свобод.

В частности, ст. 10 указанной Конвенции предполагает, что право свободно выражать свое мнение может быть ограничено законом, если это необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности, территориальной целостности или общественного порядка, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально. Или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия.

Балансирование различных социальных интересов – это универсальный метод судебного познания, это часть юридической гносеологии. Тут есть что-то схожее с давно известной частному праву правовой ситуацией крайней необходимости. Иногда, чтобы спасти ребенка, необходимо разбить ценную скульптуру. Социальная ценность жизни человека очевидно выше любых материальных ценностей. В состоянии крайней необходимости также происходит столкновение интересов, защита которых важна, социально значима. Лицо, действующее в состоянии крайней необходимости, во имя спасения интереса, который кажется более социально значимым, «жертвует» менее значимым интересом (статуйей). Когда континентальные высшие суды применяют принцип соразмерности, они поневоле думают, что одно из прав надо принести «в жертву» социальному, часто – публичному интересу. И это не противоречит концепции правового государства!

Мне кажется, и тут можно обнаружить различие между правовым государством и верховенством права. Судебная доктрина верховенства права не должна развиваться, используя понятия «принесение в жертву», «победа». Балансирование – это неизбежный компромисс. Одно из основных прав, вступившее в коллизию с другим, может быть признано судом **в конкретной ситуации** более «важным», но при этом суд должен по максимуму сохранить основное содержание, поддержать авторитет, значимость другого права. Суд не должен быть похож на рефери на ринге, когда он констатирует нокаут у одного из боксеров.

В заключение – last not least – о верховенстве права с точки зрения конституционной экономики, одного из направлений в развитии российского конституционного права. В Декларации Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях (19 сентября 2012 года) выражено убеждение в том, что верховенство права и экономическое развитие тесно взаимосвязаны и являются взаимоусиливающими, что поощрение верховенства права на национальном и международном уровнях имеет особо важное значение для устойчивого и всеохватывающего экономического роста, устойчивого развития, искоренения нищеты и голода и полного осуществления всех прав человека и основных свобод, включая право на развитие, все из которых, в свою очередь, усиливают верховенство права, и по этой причине эта взаимозависимость должна рассматриваться в рамках повестки дня, касающейся международного развития после 2015 года.

Эта убежденность, проявленная на столь высоком уровне, вселяет оптимизм и демонстрирует высокий потенциал конституционной экономики, которая и призвана глубоко исследовать взаимосвязь и взаимоусиливающие эффекты от поощрения верховенства права в целях экономического роста. Обозначенная международная повестка дня состоит в том, чтобы конституционалисты задумались об ускорении экономического роста посредством верховенства права, а экономисты вплотную занялись поощрением верховенства права, считая эту задачу своей. И тогда можно будет утверждать, что появляется новый конституционализм. Каковы же его уже проступающие, как на утренней заре, контуры? С онтологической точки зрения новый конституционализм является отражением того, что происходит не только в реальности прав, прошедших позитивацию, но и в правовой реальности. Приступая к разработке нового конституционализма, необходимо коренным образом изменить масштаб честолюбия и притязаний ученых, занимающихся конституционализмом и верховенством права. Только будучи убежденным в том, что именно от верховенства права зависит экономическое и социальное развитие (а не наоборот), можно

создать новый конституционализм. Жизнь демонстрирует правоту представителя школы «возрожденного естественного права», неокантианца Рудольфа Штаммлера (1856–1938), который утверждал, критикуя марксизм с его экономическим вульгарным детерминизмом, что право первично по отношению к экономическим отношениям, если не во временном и причинном, то, во всяком случае, в логическом плане²¹. В XX веке эту же, по существу, идею повторили известные экономисты Манкур Олсон и нобелевский лауреат по экономике Джеймс Бьюкенен. Последний заметил, что некоторые нормативные ограничения в поведении любого человека по отношению к другим, отказ от насилия, статус человека в части возможности его доступа к ресурсам, продуктам и услугам, а также сроки вступления этих норм в силу, должны стать пунктами первостепенной важности в конституционном договоре. В противном случае нельзя серьезно думать о рыночной экономике. Следовательно, правовые нормы, верховенство права возникло почти как приоритет для широкого и систематического функционирования рыночной экономики, и более того, они возникли как имеющие характер публичного блага, т. е. как блага, которое не могло быть произведено в условиях самого рынка²².

3. Новый конституционализм – это такое отношение к важнейшим юридическим принципам организации социальной жизни человека, когда они рассматриваются в качестве предмета изучения всеми гуманитарными науками с последующим синтезом. С этой точки зрения верховенство права, права человека являются важнейшим фактором экономического развития. Необходима интеграция гуманитарных знаний о правах человека, рассматриваемых с философской точки зрения как часть неюридической действительности. При этом важно найти место этики в развитии прав человека. Новый конституционализм – это учение общегуманитарное, не сводящееся к позитивно-юридическому исследованию. При таком подходе к конституционализму эта «синтетическая» система взглядов должна пользоваться достижениями всех гуманитарных наук, и прежде всего философии, социологии, экономики, политологии, культурологии. Новый конституционализм предполагает, в частности, дальнейшие исследования в области конституционной экономики и этики публичной власти, мировой политики.

²¹ Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. М., 2010.

²² Buchanan, James M. (1975). *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*. Chicago/London. The University of Chicago Press.

Джон Роулз, безусловно, выдающийся мыслитель современности, издал книгу «Право народов» («Law of Peoples»), в которой высказал идею о том, что западные демократии могут вести «справедливые войны» против неправовых государств – unlawful states, т. е. государств, которые не считаются с **принципами доктрины верховенства права**. Известный теоретик справедливости, автор книги «Теория справедливости» считает, что строгие принципы справедливости, которым должны следовать демократические конституционные государства, не являются обязательными в отношениях с авторитарными и полуавторитарными государствами. Роулз цитирует слова Михаэля Вальцера о справедливой войне и соглашается с ним. Оба мыслителя считают справедливость между нациями не только возможной, но и даже желательной. Хотя между их позициями и есть существенная разница: Вальцер осуществление международной справедливости в каждом отдельном случае хотел бы предоставить на решение **всех** суверенных государств, т. е. всех членов ООН. А Роулз имеет в виду **либеральный авангард** сообщества государств, о котором впервые писал И. Кант в своих предсмертных статьях.

Вальцер считает, что защита целостности жизни, привычного этноса, организованной в государстве общности имеет преимущественное право перед осуществлением абстрактных принципов мировой справедливости (если в том или ином государстве не проводится геноцид против своего народа).

Иную точку зрения по этому вопросу высказал немецкий философ Юрген Хабермас, который считает, что даже либеральный авангард сообщества государств не может присвоить себе право по собственному усмотрению принимать решения о начале войны против деспотического, тоталитарного или криминального государства. В докладе, сделанном в Стамбуле, Хабермас правильно говорил о том, что **беспристрастная** оценка никогда не может быть вынесена только одной страной или группой либеральных стран. Односторонняя позиция пусть даже стремящегося к хорошей цели либерального авангарда является неправовой, а значит, и нелегитимной²³.

Обратим внимание, как в этот философский спор, ведущийся крупнейшими философами мира, проникают сугубо юридические идеи, объединенные в доктрину верховенства права. Философы, экономисты мыслят понятиями юриспруденции! Дж. Роулз строит свои выводы на том, что есть группа неправовых государств. А Ю. Хабермас рассуждает, используя

²³ Юрген Хабермас. Указ. соч. С. 92.

один из элементов верховенства права – а это соразмерность между целью, которую надо достичь, и используемыми средствами. С этой точки зрения этой юридической идеи является неправовым, наоборот, подход «либерального авангарда государств», которые берут на вооружение лозунг «для достижения цели все средства хороши».

Мне не кажется, что Дж. Роулз убедителен в этом философском споре. Впрочем, в контексте рассуждений о верховенстве права важнее другое наблюдение – ни один кардинальный вопрос мировой политики или экономики не может быть разрешен без привлечения той суммы топовых общегуманитарных идей, которые и образуют доктрину верховенства права.

© Gadis A. Gadzhiev, 2013

Райнер Грот
Старший научный сотрудник Института
сравнительного публичного и международного права
Макса Планка (Германия)

ГЕРМАНСКИЙ RECHTSSTAAT В СРАВНИТЕЛЬНОЙ ПЕРСПЕКТИВЕ

I. Истоки германского Rechtsstaat в XIX столетии

Концепция *Rechtsstaat* впервые была сформулирована в Германии в XIX веке¹. Оттуда она мигрировала в начале XX столетия во Францию² и другие части континентальной Европы³. В изначальном варианте концепция *Rechtsstaat* представляла собой доктринальную попытку приручить власть монархического государства посредством сведения властных полномочий к защите жизни, свободы и собственности членов общества. Этот акцент на сохранении свободы личности подвел фундамент под весьма важное определение правового государства, которое

¹ О происхождении термина см.: *Scheuner U.* Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages. Vol. 2. Karlsruhe, 1960, 229.

² Во Франции термин «*état de droit*» популяризовался Раймоном Карре де Мальбером (*Raymond Carré de Malberg*), знаменитым профессором права, преподававшим в Страсбургском университете и весьма хорошо осведомленным о происходивших в Германии дискуссиях на тему *Rechtsstaat* (между 1871 и 1918 годами Страсбург был частью Германской империи). См.: *Carré de Malberg R.* Contributions à la théorie générale de l'état. Vol. 1. Paris 1920, 488 et seq.

³ А именно – в Италию («*Stato di diritto*»), Испанию («*Estado de derecho*») и Россию («Правовое государство»). См.: *Gosalbo-Bono R.* Значение правового государства и его импликаций для Европейского союза и Соединенных Штатов. Правовое обозрение Университета Питтсбурга. С. 72, 229, 245 (2006); *Pereira Menaut A.C.* Rule of Law o Estado de Derecho. Madrid 2003, 34.

дал Иммануил Кант, величайший немецкий философ эпохи Просвещения. Согласно Канту, основополагающими принципами государства, управляемого справедливыми законами, являются свобода каждого члена общества как человеческого существа, равенство каждого человека с другими людьми в качестве субъекта и независимость каждого члена сообщества как гражданина⁴. Такое государство должно вовлекать граждан как непосредственно, так и через их представителей в процесс создания законов, которые они должны соблюдать как члены общества; таким образом, в результате они должны будут соблюдать лишь те законы, которые выбрали для себя сами⁵.

Теория правового государства обозначила радикальный отход от прежних взглядов на государство, которые усматривали его основной *raison d'être* (смысл) в реализации трансцендентальной морали или же религиозных ценностей⁶. Новые теории существенно ограничивали государство целями обеспечения индивидуальных свобод и частной собственности как материальной основы свободы личности, отвергая всепроникающие полицейские полномочия, которые монархическое государство требовало для обеспечения материального и духовного благополучия своих подданных. Довольно быстро они стали основой широко распространенного реформистского движения в постнаполеоновской Германии, которое ратовало за светское либеральное государство, основанное на признании таких фундаментальных прав, как свобода передвижения, экономическая свобода и свобода прессы, конституционные гарантии независимости судов и суд присяжных. Термин *Rechtsstaat* все чаще использовался в этих дискуссиях в качестве условного обозначения либеральной программы реформ монархического государства⁷.

Движение в поддержку реформ достигло определенного и довольно умеренного прогресса в государствах, входящих в состав Германско-

⁴ Kant I. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht in der Praxis, 1793, II: Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht (Gegen Hobbes), Klostermann Texte Philosophie, edited by J. Ebinghaus, 5 edition. Frankfurt 1992, 41.

⁵ Kant I. Über den Gemeinspruch (note 4), 46-48.

⁶ Böckenförde E.W. Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt 1992, 143, 145.

⁷ Наиболее видным из этих либеральных ученых первой половины XIX века был Роберт фон Моль, использовавший концепцию установления ограничений для всепроникающих полицейских функций монархического государства. См.: R. von Mohl. Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats. Vol. 2. Tübingen 1832/33.

го союза, конституции которых, принятые после 1815 года, как правило, устанавливали, что законы, регулирующие права личности, принимаются законодательным органом и только после этого вступают в силу. Однако надежды на принятие либеральной конституции для всей Германии рухнули, когда революционное движение 1848–1849 гг., целью которого было создание Германского национального государства, основанного на народном суверенитете, потерпело крах в результате сопротивления реакционных сил, направляемых Австрией и Пруссией. Когда Германское национальное государство в итоге было создано в 1871 году, основой стало объединение царствующих домов германских княжеств под руководством Пруссии (Австрия вышла из состава Германской империи в результате поражения в войне с Пруссией в 1866 г.), а не выраженная посредством голосования воля германского народа. И хотя в принятой при поддержке Бисмарка Конституции 1871 года были предприняты определенные попытки отразить либеральные и демократические ожидания, в частности посредством создания национального парламента (*Reichstag*), избираемого на основе всеобщего избирательного права, она сознательно во многих отношениях отошла от традиций 1848–1849 гг., при этом наиболее важным стал отказ от конституционного билля о правах (отметим, что утратившая силу Конституция 1849 года содержала детальный билль о правах).

Поражение революции 1848 года также оказало существенное влияние на дальнейшее развитие концепции *Rechtsstaat*. Несмотря на то, что изначально эта концепция создавалась в целях защиты и продвижения идеала независимости личности, в то время она была в существенной степени переформулирована в чисто формальных терминах. Возобладала точка зрения, что *Rechtsstaat* не имеет ничего общего с целью и сущностью государства, а уделяет внимание только методам и средствам их реализации⁸. Становление юридического позитивизма как доминирующего метода правовой науки в сфере конституционного и административного права продолжало подтачивать любое содержательное толкование идеи *Rechtsstaat*. Это особенно относилось к сфере фундаментальных прав. В то время как ранее они рассматривались как основополагающие принципы, легитимизирующие и направляющие все сферы деятельности государства, в тот период они зачастую воспринимались как юридически избыточные декламации, программная цель которых в существенной степени уже была достигнута посредством кодификации в законодатель-

⁸ *Stahl F.J. Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 3rd edition. Tübingen 1856, 137.

ном акте наиболее важных основных свобод, таких как свобода профессиональной деятельности, торговли, а также свобода прессы⁹. Неудивительно, что фундаментальные права все больше вытеснялись концепцией «публичных субъективных прав», которой законодательный орган мог при желании придать требуемую форму¹⁰.

Таким образом, конец XIX столетия стал свидетелем постепенной трансформации концепции *Rechtstaat* в принцип законности в чистом виде. Это означало, что хотя легислатура все еще подпадала под действие положений конституции в сфере реализации своих законодательных полномочий, эти требования обрели чисто формальный и процедурный характер. В центре внимания видоизмененной концепции *Rechtsstaat* определенно находился не избираемый парламент, а административные органы, которые по-прежнему оставались под жестким контролем монарха¹¹. Административные органы не только были ограничены пределами, установленными для их деятельности парламентом, им также требовалась прямо установленная в законе санкция на принятие любых мер, сопряженных с вторжением в сферу личной свободы или частной собственности. Решения, принимаемые административными органами по конкретным делам, могли быть оспорены как незаконные в специализированных административных судах, независимость которых была гарантирована в терминах, сходных с теми, которые были использованы в отношении общих судов. Основным стремлением юридической науки того времени стало развитие основополагающих принципов административного права, которые обеспечили бы адекватную защиту лица от потенциального злоупотребления властными полномочиями, возложенными на административные органы¹².

⁹ *Lübbe-Wolff G. Safeguards of Civil and Constitutional Rights. The Debate on the role of the Reichsgericht*, in: H. Wellenreuther (ed.). *German and American constitutional thought – contexts, interaction and historical realities*. New York 1990, 354.

¹⁰ Георг Йеллинек, один из ведущих немецких ученых того времени, утверждал, что гарантированные Конституцией гражданские права превратились таким образом в не что иное, как специально переформулированный основополагающий принцип, согласно которому органы публичной власти не должны неправомерно умалять свободу личности. См.: *Йеллинек Г. System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg 1892.

¹¹ Böckenförde, *Rechtsstaatsbegriff*, выше сн. 6, 156.

¹² Парадигматическая природа административного права в данной версии *Rechtsstaat* в свое время являлась общепризнанной. Отто Майер, считавшийся основоположником доктринального анализа современного адми-

II. Трансформация *Rechtsstaat* после Второй мировой войны

В период после окончания Второй мировой войны наблюдался радикальный отход от формальных взглядов на *Rechtsstaat*, бывших когда-то основным содержанием дискуссий начала XX столетия и переживших практически в неприкосновенности конституционный подъем после окончания Первой мировой войны, результатом чего стали падение Империи и установление Веймарской республики¹³. Опыт национал-социалистического режима, по своему усмотрению использовавшего законодательные и административные органы для того, чтобы облечь даже наиболее возмутительные и вопиющие политические меры в одежды формальной законности¹⁴, нанес смертельный удар позитивистской концепции *Rechtsstaat* как системы, в которой публичная власть осуществляется компетентными органами в соответствии с установленными в законодательстве процедурами. В ответ на эти злоупотребления Основной Закон, он же Конституция Федеративной Республики Германия, являет собой фундаментальный сдвиг в направлении основного идеала *Rechtsstaat*. Формальные аспекты *Rechtsstaat* не были отринуты, но были дополнены рядом содержательных ценностей и принципов, направляющих все виды деятельности государства, будь то законодательная, исполнительная или же судебная ветвь власти¹⁵.

нистративного права Германии, сформулировал это общее впечатление, сказав: «Der Rechtsstaat ist der Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts» (*Rechtsstaat* – это государство хорошо организованного административного права). См.: Mayer O. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Berlin 1924, 58.

¹³ В предисловии к третьему изданию своего труда «*Deutsches Verwaltungsrecht*», опубликованного в 1924 году, Отто Майер сделал акцент на этой преемственности, указав на устойчивость административного права и тем самым на сущность *Rechtsstaat* в его преобладающей позитивистской интерпретации в противовес фундаментальным переменам предыдущих лет, произошедших на политическом и конституционном уровне: «*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*».

¹⁴ Особенным отвлекающим примером были непопулярные расовые законы Нюрнберга, принятые в форме обыкновенных законов, лишавшие евреев немецкого гражданства и запрещавшие сексуальные отношения между евреями и так называемыми «арийцами». См.: Rethmeier A. «*Nürnberger Rassegesetze*» und Entrechtung der Juden im Zivilrecht, Frankfurt a.M. 1995.

¹⁵ См.: Grote R. *Rule of Law, Rechtsstaat and «Etat de droit»*, in: C. Starck (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis*, Baden Baden 1999, 269, 285-292.

Основной Закон прямо ссылается на принцип *Rechtsstaat* только лишь в положении, определяющем конституционный строй субъектов Федерации – земель. Согласно §1 ст. 28, конституционный строй земель должен соответствовать основным принципам республиканского, демократического и социального правового государства в духе настоящего Основного Закона. Статья 28 действует как клаузула об однородности, т.е. ее основная функция – гарантировать, что структура конституционного строя земель станет зеркальным отображением конституционного строя Федерации. Из этого следует, что *Rechtsstaat* должно также рассматриваться как один из определяющих элементов конституционного строя Федерации. В результате Основной Закон прямо предусматривает некоторые из его наиболее важных формальных и процессуальных аспектов, таких как принцип законности (ч. 3 ст. 20), право на справедливое судебное разбирательство (ч. 1 ст. 103), запрет обратной силы уголовного закона (ч. 2 ст. 103). Иные требования, такие как правовая определенность и предсказуемость, а также запрет обратной силы закона и за пределами уголовного законодательства, напрямую вытекают из принципа *Rechtsstaat* как такового¹⁶. Разделение властей, прямо установленное во втором предложении ч. 2 ст. 20, также является важным элементом немецкой концепции *Rechtsstaat*, созданной для предотвращения злоупотребления политической властью и административными полномочиями посредством разработанной системы договоров о распределении полномочий¹⁷.

Наиболее важной чертой *Rechtsstaat* в интерпретации Основного Закона тем не менее является его трансформация из чисто формальной концепции, в центре внимания которой находятся организационные и процессуальные гарантии, в концепцию, основанную на содержательном идеале справедливости. Часть 1 ст. 20 Основного Закона прямо устанавливает для законодательной и иных ветвей власти Федеративной Республики Германия цель социальной справедливости, оставляя при этом органам власти широкое поле для усмотрения в сфере определения экономической и социальной политики, необходимых для достижения данной цели. Это представляет явный переход от узкой концепции свободы, сфокусированной на праве индивидуума на то, чтобы государство оставило его в покое, к более широкому определению индивидуальной свободы, которое принимает в расчет экономические и социальные условия, при которых такая свобода расцветает и признает легитимную роль

¹⁶ Schulze-Fielitz H. Art. 20 (Rechtsstaat) para. 45, in: Dreier H. (ed.) Grundgesetz-Kommentar. Vol. 2. 2nd edition. Tübingen 2006.

¹⁷ Schulze-Fielitz H. Art. 20 (Rechtsstaat) para. 67 (note 16 above).

государства в обеспечении благосостояния своих граждан посредством предоставления необходимых государственных услуг в таких сферах, как образование, здравоохранение, жилищное строительство и транспорт¹⁸. Что еще более важно, ч. 1 ст. 1 Основного Закона определяет защиту и уважение человеческого достоинства в качестве руководящего принципа всей деятельности государства. В качестве прямого ответа на коллективистские доктрины режима национал-социализма и иных тоталитарных идеологий данное положение в исключаяющей двойное толкование форме определяет, что государство не является институтом, созданным для собственного же блага или же исключительно для пользы определенной этнической либо расовой группы или же общественного класса за счет других групп и классов. Оно является политической и социальной организацией, созданной для обслуживания нужд ее членов, определенных посредством наиболее важных признаков благополучного человеческого существования и вне зависимости от их этнических, религиозных, гендерных, политических либо социальных характеристик. Вопрос о том, имеют ли правовые принципы, ограничивающие осуществление государственной власти, «объективную природу», или же являются лишь выражением суверенной воли государства, как это следовало из теории «самоограничения», являвшейся основной темой более ранних дискуссий об основах *Rechtsstaat*¹⁹, утратил актуальность после вступления в силу Основного Закона. Часть 2 ст. 1 определяет нерушимые и неотъемлемые права человека в качестве основы любого сообщества, мира и справедливости во всем мире, признавая тем самым всеобщую и надзаконную природу этих прав, существовавших до и вне зависимости от их официального признания государством²⁰.

Обозначая тем самым ярко выраженный отход от концепций фундаментальных прав, преваляровавших в Веймарской республике и Германской империи, Основной Закон делает акцент на юридически обязательной и обеспеченной правовой санкцией природе закрепленных на конституционном уровне прав. Часть 3 ст. 1 устанавливает, что основные права, гарантированные в нижеследующих статьях, обязательны для за-

¹⁸ Уже в XIX веке ряд сторонников субстанциального толкования *Rechtsstaat*, включая Роберта фон Моля, пытались интегрировать в эту концепцию идеал социальной справедливости. См.: *Stolleis M. Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Vol. 2. München 1992, 259-60.*

¹⁹ *Jellinek G. Allgemeine Staatslehre, 3-е издание. Берлин, 1914. С. 370-71.*

²⁰ *Starck C. Entwicklung der Grundrechte in Deutschland, in: Der demokratische Verfassungsstaat, Tübingen 1995, 156.*

конодательной, исполнительной и судебной власти как непосредственно действующие правовые нормы. Данное положение четко объясняет, что защита основных прав может осуществляться не только в судебного контроле актов административных либо судебных органов, но также и при определении конституционности законодательных актов, принятых парламентом. Более того, Основной Закон гласит, что ни при каких обстоятельствах основные права не могут быть нарушены любой ветвью государственной власти (ч. 2 ст. 19). Гарантии фундаментальных прав не могут быть отменены путем принятия в будущем поправок к Конституции. Статья 79 в числе прочего провозглашает, что поправки к Основному Закону, изменяющие основополагающие принципы, изложенные в статьях 1 и 20 Конституции, не могут приниматься ни при каких обстоятельствах. Таким образом, гарантия неприкосновенности человеческого достоинства, содержащаяся в ст. 1 Основного Закона, создает базис для все более специализированных гарантий фундаментальных прав, установленных в других статьях Основного Закона, и защищена от конституционных изменений.

Основной Закон устанавливает, что обязательность фундаментальных прав для всех ветвей власти, и в особенности для власти законодательной, не является чисто схематическим принципом. Основной Закон гарантирует право на обращение в суд за защитой для любого лица, заявляющего, что его (ее) права, в том числе и относящиеся к категории фундаментальных прав, были нарушены органом публичной власти (ч. 4 ст. 19). Если обращение в общие суды не увенчается успехом, такое лицо может обратиться в Конституционный Суд. Специальная процедура рассмотрения индивидуальных жалоб, которой был придан конституционный статус в результате реформы 29 января 1969 года (§ 4 ч. 1 ст. 93), позволяет гражданам, а также корпоративным организациям и иным юридическим лицам, для которых предусмотрена защита их основных прав, обращаться с жалобой на нарушение их основных прав актом органа публичной власти (включая законы, принимаемые парламентом) в Конституционный Суд после того, как были исчерпаны все меры защиты, доступные в обычных судах.

Делая акцент на обязанности всех органов государственной власти соблюдать и защищать человеческое достоинство, Основной Закон установил в формулировке, данной Федеральным Конституционным Судом, «объективный порядок ценностей», основанный на наивысшей ценности достоинства человека²¹. В этом качестве фундаментальные права не только предоставляют гарантии отдельных прав гражданам, защищая

²¹ BVerfGE (Решения Федерального Конституционного Суда) 7, 198 (205).

их личные свободы от какого-либо вторжения со стороны государства, они также действуют как имеющие объективную природу основополагающие принципы, выступающие в качестве руководящих указаний в процессе создания, толкования и применения закона. Этот новый взгляд на проблему, впервые обозначенный Федеральным Конституционным Судом в его знаменитом решении по делу *Lüth*²², превратил установленные в Основном Законе фундаментальные права из чисто «негативных» принципов, ограничивающих пределы действия органов государственной власти в отношении индивидуальных свобод, в «объективные ценности», обязывающие компетентные органы принимать во внимание фундаментальные права в сфере законодательства, управления и судопроизводства, а также создавать наилучшие условия для их эффективной реализации, возможные в имеющихся обстоятельствах.

Легислатура должна сделать так, чтобы обычные законы, регулирующие различные отрасли права (административное право, уголовное право и частное право), в полном объеме наделяли юридической силой содержание соответствующих положений о фундаментальных правах.

С другой стороны, административные органы и суды должны применять закон в свете гарантий фундаментальных прав, предусмотренных Основным Законом.

Такое требование представляется совершенно очевидным в отношении норм административного и уголовного права, традиционно регулирующих специфические формы вмешательства государства в права отдельных граждан (право на свободу, право на собственность и т. п.). Но помимо этого, оно также имеет непосредственное отношение к применению и толкованию частного права. И это очень важно, поскольку в германской системе фундаментальные права не являются непосредственно обязательными для частных лиц, заключение может быть сделано на основе формулировки ч. 3 ст. 1. Однако практика Федерального Конституционного Суда показывает, что предусмотренные в Основном Законе фундаментальные права в качестве объективных ценностей или же принципов оказывают тем не менее существенное влияние на формирование и применение норм частного права. Согласно требованиям Конституции, законодательство должно реализовывать полномочия, определенные Основным Законом для системы гражданского права, посредством положений о надлежащей защите и норм об обеспечении равенства. Судья, со своей стороны, должен дать толкование статьям ко-

²² BVerfGE 7, 198 (ссылка 19).

дексов частного права в свете фундаментальных прав, гарантированных Основным Законом²³.

Другим важным аспектом толкования фундаментальных прав как объективных принципов является обязанность государства обеспечить эффективную защиту этих прав (*Schutzpflichten*). Здесь требуется защита основных прав не *от государства*, а *государством*. Данная позитивная обязанность по предотвращению с помощью соответствующих мер нарушения основных прав граждан другими гражданами была признана в решениях Конституционного Суда, в особенности в отношении наиболее фундаментальных прав, например, права на жизнь и телесную неприкосновенность. Данная теория также нашла отражение в делах об абортах, где возник вопрос о том, имеется ли у государства конституционная обязанность по защите нерожденного ребенка, пусть даже посредством криминализации действий женщины, стремящейся сделать аборт, если никакая иная мера не оказалась эффективной. Конституционный Суд ответил на этот вопрос утвердительно.

В то время как органы государственной власти, и в частности парламент, обладают определенной широтой дискреционных полномочий при выборе адекватных мер защиты прав нерожденного ребенка, такие меры не должны быть явно некорректными или же недостаточными. В случае нерожденного ребенка, согласно логике Конституционного Суда, это подразумевает, что аборт в принципе должен признаваться нелегальным и подлежать соответствующему наказанию²⁴. Хотя юриспруденция защиты прав применима также и к остальным фундаментальным пра-

²³ В деле *Liith case* (BVerfGE 7, 198) Конституционный Суд установил, что при возложении на заявителя обязанности выплатить компенсацию за убытки, причиненные его призывом бойкотировать фильм Вейта Харлана, режиссера, который весьма активно был задействован в антисемитской пропаганде при национал-социалистском режиме, решение о котором было принято общим судом в результате применения соответствующих положений деликтного права, предусмотренных Германским Гражданским кодексом, не было принято во внимание значение свободы слова по проблемам публичного интереса в демократическом обществе, и тем самым было нарушено право заявителя на свободу самовыражения.

²⁴ BVerfGE 39, 1; 88, 203; веские доводы, способные оправдать решение законодателя о декриминализации деяния, включают защиту жизни и здоровья матери, и в исключительных случаях – разумные опасения значительного ухудшения ее жизненных условий.

вам, в центре ее внимания находится право на жизнь и телесную неприкосновенность²⁵.

Всепроникающее влияние фундаментальных прав на германский конституционный строй и правопорядок существенно снизило значение *Rechtsstaat* как самостоятельной концепции. Существенный сдвиг от парадигмы фундаментальных прав как схематичных принципов, которые обретали суть лишь в процессе их применения с помощью законодательной власти, к концепции прав личности как «объективного порядка ценностей», основанной на человеческом достоинстве, обязательных для всех видов органов государственной власти, включая ее законодательную ветвь, и претворяемых в жизнь посредством детально разработанной судебной процедуры в Федеральном Конституционном Суде, в своей наивысшей точке оказал мощное воздействие на доктринальное понимание и практическое применение концепции *Rechtsstaat*. Например, требование законодательного обоснования для актов исполнительной власти (*Vorbehalt des Gesetzes*) исторически воспринималось как объективный принцип конституционного права, который определяет пределы подчинения административных органов парламенту. Однако сегодня найден решающий критерий, определяющий порядок действия вышеуказанного требования о подчиненности, и найден в практике Федерального Конституционного Суда, подчеркнувшего его значение для реализации фундаментальных прав²⁶.

Сходная тенденция наблюдается в отношении принципа пропорциональности, главной задачей которого является ограничение вторжения государства в сферу прав и свобод до минимума, необходимого для достижения цели, которая обусловила такое вторжение. Конституционный Суд непосредственно связал принцип пропорциональности с *Rechtsstaat*. При этом суд отметил, что из «самой сущности» основных прав следует, что, будучи выражением основополагающего права на свободу гражданина относительно государства, эти права могут быть ограничены органами государственной власти лишь в той степени, в которой это необходимо для защиты публичного интереса²⁷.

Доминирующее воздействие концепции фундаментальных прав на современную интерпретацию принципа *Rechtsstaat* в итоге обнаруживается в судебной практике по процессуальным аспектам гарантий фундаментальных прав. Конституционный Суд неоднократно отмечал,

²⁵ See also BVerfGE 46, 160 – *Schleyer*.

²⁶ BVerfGE 49, 89 – *Kalkar I*.

²⁷ BVerfGE 19, 342 – *Wencker*; 25, 269 – *Statute of Limitation*.

что фундаментальные права имеют огромное влияние на структуру административных и судебных процедур, посредством которых эти права реализуются или же ограничиваются. Они должны организовываться и претворяться в жизнь таким образом, чтобы фундаментальные свободы, о которых идет речь, не утратили свое значение²⁸. В этом аспекте идея (процессуальной) «надлежащей процедуры» в первую очередь предстает как последствие защиты (субстанциальных) фундаментальных прав.

В результате концепцию *Rechtsstaat* в существенной степени поглотило «конституционное государство», понятие, обозначающее специфические черты послевоенного германского конституционализма с его сильнейшим акцентом на сущностные принципы человеческого достоинства, демократии, социальной справедливости и на фундаментальные права, равно как на эффективной реализации этих прав с помощью тщательно разработанной судебной процедуры, находящейся под контролем сильного Конституционного Суда²⁹. Хотя этот фундаментальный сдвиг парадигмы был в основном доброжелательно воспринят как учеными, так и рядовыми гражданами, одновременно с этим на повестке дня оказался ряд сложных вопросов, затрагивающих связь между формальными и процессуальными гарантиями предшествующих понятий о *Rechtsstaat* и идеала субстанциальной справедливости, включенного в более новые вариации этого принципа³⁰.

III. Германский *Rechtsstaat* в сравнительной перспективе

Определяющий в качестве приоритетов человеческое достоинство, фундаментальные права и социальную справедливость, германский *Rechtsstaat* в соответствии с его эволюцией в послевоенную эпоху, безусловно, принадлежит к «концентрированным» или же «субстанциальным»

²⁸ BVerfGE 37, 132 – *Rent Comparison I*; 53, 30 – *Mühlheim-Kärlich Case*.

²⁹ См.: *Kommers D., Miller R.* Конституционная юстиция ФРГ. 3-е издание. Durham 2012, 48-49, считавших, что на данном этапе термин *Rechtsstaat* лучше всего переводить как «конституционное государство».

³⁰ Федеральный Конституционный Суд был вынужден решительно взяться за решение этой проблемы, оказавшись перед необходимостью решить вопрос о том, как следует поступать со случаями прошлой несправедливости, включая чудовищные нарушения прав человека, совершенные бывшими должностными лицами ГДР, утверждавшими, что их действия были правомерны, согласно действующему законодательству ГДР того периода. См.: *Kirchhof P.* *Rechtsstaatlichkeit im Umbruch der Wiedervereinigung*, in: *Jauernig O., Hommelhoff P. (eds.) Teilungsfolgen und Rechtsfriede*. Berlin 1996, 145.

(сущностным) концепциям верховенства права. В то время как формальные теории акцентируются на имманентных свойствах закона, а именно на его всеобщем характере, ясности и определенности правовых норм и предсказуемости их применения, субстанциальные теории выходят за пределы этих формальных характеристик, для того чтобы были приняты в расчет принципы и институциональные механизмы, формирующие содержание законодательных актов³¹. По словам теоретика права Т.Р.С. Аллана, верховенство права в этом смысле есть «сплав стандартов, ожиданий и стремлений: он охватывает традиционные представления об индивидуальной свободе и естественной справедливости, а если в более общем виде – представления о требованиях справедливости и объективности во взаимоотношениях между государством и гражданами... Идея верховенства права также неразрывно связана с рядом базовых институциональных механизмов. Фундаментальное понятие равенства, находящееся столь близко к сердцевине наших представлений о справедливости и объективности, требует равенства голосов всех взрослых граждан в законодательном процессе: на сегодняшний день всеобщее избирательное право может считаться центральной частью верховенства права»³².

Как отмечено в вышеприведенной цитате, относящейся к верховенству права в британской традиции, это, безусловно, именно то развитие понятия, которое подверглось ограничениям в Германии. В недавнем прошлом другие страны в различной степени также стали свидетелями возрожденного интереса к субстанциальным элементам верховенства права. Это применимо, например, к Франции, где с момента установления Третьей республики верховенство права чем дальше, тем больше воспринималось как верховенство закона, принимаемого парламентом (*principe de légalité*)³³. Это благоговение перед законом во многом обязано политической философии эпохи Просвещения, которая, в особенности в трудах Жан-Жака Руссо, приписывала ему чуть ли не божественные качества, что нашло отражение в знаменитой Декларации прав человека и гражданина 1789 года, которая передала функцию реализации провозглашенных в ней разнообразных личных прав в статус в качестве выражения общей воли³⁴. Пиетет в отношении закона, проистекающий из парламентского су-

³¹ Об этом основополагающем разграничении см.: *Tamanaha B. On the Rule of Law. Cambridge 2004, 91-92.*

³² *Allan T.R.S. Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism. Oxford 1993, 21-22.*

³³ *Chevallier J. L'état de droit, 5th edition. Paris 2010, 29.*

веренитета, также создал основу для скрупулезного изучения законности административных нормативных актов, осуществлявшемся Conseil d'État (Государственным Советом) в последующей половине XIX столетия. Не слишком отличаясь от концепции немецкого *Rechtsstaat* конца XIX века, французский *principe de légalité* таким образом фокусировался на формировании взаимосвязанного свода правовых норм, созданных для того, чтобы гарантировать деятельность административных органов в рамках полномочий, переданных им в соответствии с законом. Однако в отличие от Германии, современное *droit administratif* (административное право) развивалось в рамках жестко определенной республиканской традиции в соответствии с предписаниями Декларации прав человека и гражданина. Политические превратности первой половины XX века продемонстрировали, что парламентские статуты более не обеспечивали твердокаменную основу для верховенства права в республиканской традиции, как это ранее предполагали предшествующие революционеры. Conseil d'État отреагировал на этот «упадок (парламентского) права» признанием так называемых общих принципов права (*principes généraux du droit*) в качестве неписаных критериев контроля в отношении законности административных актов. Conseil d'État истолковал это следующим образом: они не происходят из позитивного права, но выводятся из республиканской традиции и общих принципов законотворчества. Оформление общих принципов черпало вдохновение в широком круге источников, включая такие акты конституционного уровня, как Декларация прав человека и гражданина 1789 года и Преамбула к Конституции 1946 года, равно как в присущих естественному праву идеях равенства и справедливости. Тем самым французы с очевидностью вышли за узкие рамки юридического позитивизма. Пределы этих принципов не сводятся к формальным или же процессуальным аспектам права: они также служат для защиты ряда таких субстанциальных прав, как свобода мысли и мнений³⁵, свобода передвижения³⁶, принцип равенства всех перед законом³⁷. Общие принципы начали появляться в практике Conseil d'État, когда гражданские свободы оказались перед лицом нарастающей угрозы со стороны авторитарных

³⁴ Cotteret J.M. Le pouvoir législatif en France, Paris 1962, 9; Burdeau G. Essai sur l'évolution de la notion de la loi en droit français, Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique 9 (1939), 9.

³⁵ Chavenau, CE 1 April 1949, Rec. Leb. 161.

³⁶ Vicini, 20 January 1965, Rec. Leb. 41.

³⁷ Société des concerts du Conservatoire, CE 9 March 1951, Rec. Leb. 151; Barel, CE 28 May 1954, Rec. Leb. 308.

правителей режима Виши³⁸. При этом они никак не ограничивали парламент в осуществлении его законодательных полномочий. Введения института конституционного контроля в отношении принимаемых парламентом законов предстояло ожидать еще два десятилетия. Когда же это наконец произошло посредством учреждения Конституционного Совета (Conseil Constitutionnel) в 1958 году, поначалу его деятельность сводилась к проверке формальной и процедурной конституционности законов, принимаемых парламентом. Но в своем знаменитом решении 1971 года по вопросу «Liberté d'association» Конституционный Совет заявил о расширении своей компетенции посредством распространения проверки конституционности на суть парламентских статутов на основе положений о фундаментальных правах, содержащихся в Декларации прав человека и гражданина и в Преамбуле к Конституции 1946 года, которые были им квалифицированы как юридически обязывающие принципы³⁹. Право обращаться с запросом о проверке конституционности актов парламента было впоследствии распространено на представителей политической оппозиции, а в 2008 году, в рамках очередной конституционной реформы, было установлено право сторон в судебном процессе обратиться к суду с просьбой представить положения закона, от результата применения которых зависит исход конкретного дела, в Conseil Constitutionnel для определения их соответствия фундаментальным свободам, гарантированным Конституцией⁴⁰. Расширение сферы применения конституционного контроля, явившееся следствием этих перемен, французские ученые объявили реализацией *État de droit* (правового государства)⁴¹.

Рост значения индивидуальных прав оставил свой след также и в развитии британской практики верховенства права. Согласно конституционному соглашению вигов 1688 года, защита гражданских свобод была передана в руки парламента и общих судов. Парламент должен был обеспечить принятие только таких законов, которые не содержали бы недолжного ограничения гражданских свобод, в то время как судам надлежало толковать закон в таком ключе, дабы обеспечить максималь-

³⁸ См.: Colliard C.-A. *Libertés publiques*, 6th edition. Paris 1982, 113.

³⁹ Решение Конституционного Совета № 71-44 от 16 июля 1971. Rec. 29.

⁴⁰ См. новую статью 61-1 Французской Конституции и разделы с 23-1 до 23-12 Акта о Конституционном Совете с поправками; Carcassonne G., Duhamel O. QPC, La question prioritaire de constitutionnalité, Paris 2011.

⁴¹ Favoreu L. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12th edition. Paris 2003, 478.

но возможную свободу в соответствии с общепризнанными принципами общего права. Тем не менее по мере роста значения статутного права и развития юридического позитивизма в XIX веке соглашение постепенно начало выглядеть искаженным. Верховенство права все больше идентифицировалось с определенными формальными характеристиками закона, а именно с предсказуемостью и правовой определенностью⁴². С учетом принципа суверенитета парламента даже строгое следование формальным требованиям верховенства права в очень большой степени зависело от воли легислатуры, как это было продемонстрировано в деле *Burmah Oil*⁴³. Неудивительно, что это позитивистское понимание верховенства права, основанное в меньшей степени на детально разработанных конституционных гарантиях, нежели на надлежащем функционировании демократических политических институтов, в современный период не отторгает рост основанной на применении прав и свобод судебной практики. Этот рост внес свой вклад в изменение отношений между судами и исполнительной властью посредством продвижения расширения пределов судебного контроля в отношении административных актов, который на сегодняшний день открыто основывается на конституционной правомочии судов защищать личность от злоупотребления исполнительной властью⁴⁴, а также в сферы, ранее считавшиеся находящимися вне пределов судебного контроля как не относящихся к юрисдикции судов⁴⁵. Чем дальше, тем

⁴² *Harden I., Lewis N. The Noble Lie – the British Constitution and the Rule of Law. London 1986, 32-33.*

⁴³ Решение палаты лордов по *Burmah Oil v. Lord Advocate* [1965] AC 75, обязавшее государство выплатить компенсацию ущерба, понесенного компанией-заявителем в результате разрушения ее объектов нефтяной промышленности, было впоследствии отменено в результате принятия в 1965 году парламентом Великобритании Акта об ущербе, причиненном войной.

⁴⁴ *Oliver D. Is the ultra vires rule the basis of judicial review? Public Law 1987, 543.*

⁴⁵ *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Everett* [1989] QB 811 (о полномочиях министра внутренних дел в отношении иммигрантов, не предусмотренных законодательством, и о полномочиях по выдаче паспортов); *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bentley* [1994] QB 349 (о полномочиях в сфере помилования). В *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith* [1995] 4 All ER 427, 446 Brown LJ был подведен итог этому процессу, при этом было отмечено, что «лишь в крайне редких случаях ситуации, затрагивающие права личности, могут быть на сегодняшний день разрешены за пределами компетенции судов».

больше это подвергало сомнению саму доктрину парламентского суверенитета. Инкорпорация Европейской конвенции по правам человека в национальное право Великобритании посредством Акта о правах человека 1997 г. перевела этот процесс в новое измерение. Акт о Правах человека наделяет суды высшей инстанции полномочиями по изданию заявления о несовместимости с национальным законодательством в случаях, когда не представляется возможным дать толкование национального статута в соответствии с правами, предусмотренными Конвенцией⁴⁶, оставляя при этом за парламентом итоговое решение вопроса о поправках, которые следует принять для приведения законодательства в соответствие с Конвенцией, формально сохраняя тем самым парламентский суверенитет. Однако по существу новая процедура аналогична введению ограниченной формы судебного контроля в отношении действий законодательной власти, доселе неизвестного праву Великобритании⁴⁷.

Даже в Соединенных Штатах, где создатели Декларации независимости и Конституции США ранее были преданы идее прав человека, эти права обрели совершенно иное измерение в период после Второй мировой войны. До этого конституционные права не слишком активно присутствовали на повестке дня в конституционно-правовой сфере, и федеральные суды уделяли им не так много внимания⁴⁸. Посредством принципиального иного толкования 14-й Поправки к Конституции Верховный Суд не только эффективно включил и сделал применимыми на уровне штатов основополагающие положения Билля о правах; без формального изменения Конституции Верховный Суд представил совершенно иной взгляд на проблему и существенно расширил сформулированное в XVIII веке понятие прав, содержащихся в этом Билле. Как отмечал Луис Хенкин: «Конституция доступна любому мужчине и любой женщине, даже низшим и худшим из них. Конституционная защита распространилась за пределы политических прав к правам гражданским и личным, уходящим своими корнями в концепции неотъемлемого достоинства и ценности человека. Конституция защищает не только политические свободы, но также социальные, сексуальные и иные личные свободы, а также частную жизнь, автономию и индивидуальные особенности»⁴⁹.

⁴⁶ Часть 4 Human Rights Act 1998.

⁴⁷ *Klug F., Starmer K. Incorporation through the Back Door? Public Law 1997, 230.*

⁴⁸ *Henkin L. Constitutional Rights – Two Hundred Years Later, in: The Age of Rights. New York 1990, 116.*

⁴⁹ *Constitutional Rights (note 48 above), 119.*

Послевоенная тенденция к субстанциальному определению верховенства права не ограничивалась национальным уровнем. Когда сегодня международные декларации говорят о верховенстве права, они, как правило, используют «концентрированную» версию концепции, включающую в себя соблюдение человеческого достоинства, фундаментальных прав и участия в демократических процессах⁵⁰. В этом плане Генеральная Ассамблея ООН в своей недавней «Декларации о верховенстве права на национальном и наднациональном уровнях» прямо сформулировала, что «права человека, верховенство права и демократия связаны между собой и взаимно усиливают друг друга, они относятся к всеобщим и неделимым ключевым ценностям и принципам ООН»⁵¹. Это событие демонстрирует растущие ожидания все большего числа людей по всему миру в отношении продвижения социальной справедливости посредством субстанциальной концепции верховенства права. Развитие прав человека в международном масштабе после Второй мировой войны, как отражено в многочисленных документах о правах человека, принятых под эгидой ООН, принятие региональных хартий по правам человека и создание региональных организаций в этой сфере, а также прямо сформулированные обязательства по защите и продвижению все возрастающего перечня прав в широком спектре национальных конституций по всему миру – все это является свидетельством происходящей «революции прав», создающей основу для трансформации идеала верховенства права.

Тем не менее это не означает, что формальные теории верховенства права утратили свою практическую значимость. Они по-прежнему представляют существенный интерес для политических режимов, при которых существует понимание необходимости привлечения инвестиций и содействия экономическому росту посредством предоставления правовой стабильности, но отсутствует желание связывать себя обязательствами по защите ценностей и институтов истинной плюралистической демократии. В ряде таких стран риторика верховенства права используется также для заполнения идеологического вакуума, оставшегося после падения коммунизма⁵². Подобная риторика может отвечать задачам политического режима, лишь будучи освобожденной от тех элементов, ко-

⁵⁰ *Tamanaha*, Rule of Law (note 30 above), 111.

⁵¹ Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Level, U.N.G.A. Document A/67/L.1

⁵² *Moustafa T.* The Struggle for Constitutional Power. Cambridge 2007, 39.

торые могут быть использованы для оспаривания монополии правящей элиты на политическую власть, а именно от гражданских и политических прав. Формальное понимание верховенства права в определенной степени помогает этой цели. Посредством использования законодательного аппарата для проведения своей политики и судебных органов для осуществления контроля в отношении ее реализации политический режим может усилить свой контроль в отношении государственной бюрократии и региональных центров власти, но в то же самое время избегает любых правовых вызовов содержанию проводимой им политики. Это есть «верховенство посредством права» - форма политического господства, при которой формальные характеристики права преднамеренно используются для рационального объяснения действий исполнительной власти⁵³. Тем самым «верховенство посредством права» предоставляет политическому режиму возможность извлекать выгоду из своей возрастающей легитимности, которая являющейся результатом его презюмируемой способности ограничивать стремительно нарастающую бюрократию посредством предоставления гарантий удерживания бюрократов пределах, определенных для них законом полномочий, а также из большей степени контроля в отношении центробежных сил в государстве и партийной бюрократии, в особенности на периферии.

В этой борьбе формальной и субстанциональной концепций верховенства права германский *Rechtsstaat* создает одну из наиболее «концентрированных» версий субстанциональной концепции. И это не единичный случай: как совершенно справедливо было отмечено и как демонстрирует представленный выше краткий обзор, «концентрированная» субстанциональная версия верховенства права, по всей вероятности, приближается к общим принципам правления в современных западных обществах⁵⁴. В течение двух последних десятилетий она совершила значительное продвижение вперед в ряде юрисдикций по всему миру, хотя пока что пребывает в периоде становления, а в иных юрисдикциях не существует вовсе. Однако от других субстанциональных моделей германскую версию

⁵³ Что такое «рациональное объяснение» – есть необходимая предпосылка развития динамичной капиталистической экономики, к чему сегодня стремятся даже некоторые из тех стран, которые номинально все еще определяют себя как коммунистические либо социалистические, уже было отмечено великим немецким социологом Максом Вебером. См.: *Trubek D. Max Weber on Law and the Rise of Capitalism* [1972]. *Wisconsin Law Review* 720, 739-745.

⁵⁴ *Tamanaha, Rule of Law*, вверху ссылка 30, 111.

субстанциальной концепции верховенства права отделяет в первую очередь технический перфекционизм, с которым она претворялась в жизнь. Много усилий было положено на создание всеобъемлющей системы защиты прав, в которой не было бы «лакун». На процессуальном уровне ч. 4 ст. 19 Основного Закона гарантирует каждому право на судебную защиту в случае нарушения его либо ее прав органом публичной власти. Данное положение получило название «краеугольного камня» грандиозной системы защиты прав, созданной Основным Законом⁵⁵. Более того, согласно Основному Закону, был учрежден один из наиболее могущественных конституционных судов в мире. Наиболее важной частью юрисдикции Федерального Конституционного Суда, распространяющейся более чем на 90% всех дел, ежегодно направляемых в этот суд, является его полномочие по рассмотрению жалоб граждан на предполагаемое нарушение их гарантированных Конституцией фундаментальных прав каким-либо актом органа публичной власти, в том числе и законодательным актом наряду с актами административных органов и решениями судов и трибуналов, как общих судов, так и органов специализированной юрисдикции (административное право, налоговое право, социальная трудовая юрисдикция)⁵⁶. В последнем случае Суд определяет, было ли судебное решение основано на ошибочном толковании объема и сути подлежащих применению фундаментальных прав.

Что же касается материального права, здесь Суд расширительно истолковал свою роль хранителя Конституции, и в особенности конституционного Билля о правах, весьма широко рассматривая объем и действие гарантированных Конституцией фундаментальных прав. В частности, он существенно расширил пределы защиты посредством толкования права каждого на свободное развитие, закрепленного в ч. 1 ст. 2 Основного Закона как всеобъемлющей гарантии, защищающей любой вид деятельности, специально не предусмотренный одним из наиболее детализированных положений Основного Закона о фундаментальных правах, направленных против вмешательства государства⁵⁷, и использовал принцип человеческого достоинства в ч. 1 ст. 1 в качестве основы для создания новых прав, не предусмотренных в изначальном тексте Основного Закона (таких как право свободно принимать решение об использовании

⁵⁵ See *P.M. Huber*, Art. 19 Abs. 4 para. 332, in: H. v. Mangoldt & F. Klein & C. Starck. *Kommentar zum Grundgesetz*. Vol. 1. 6th edition. München 2010.

⁵⁶ *Vofßkuhle A.* Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a para. 175, in: H. v. Mangoldt & F. Klein & C. Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 3, 6th edition. München 2010.

⁵⁷ BVerfGE 6, 32 (36-37) – *Elfes*; 80, 139 (153-154) – *horse riding in the woods*.

персональных данных лица)⁵⁸. Он истолковал предусмотренные Основным Законом фундаментальные права как «объективный порядок ценностей» и использовал эту концепцию в качестве основы для присвоения им широкого спектра функций, выходящих далеко за пределы их традиционного использования при защите индивидуальных свобод против вмешательства государства. Доктрина фундаментальных прав, создававшаяся Судом на протяжении ряда лет, является одной из наиболее всеобъемлющих и детально проработанных из ныне существующих.

Этот новый взгляд на принцип *Rechtsstaat*, инициированный Основным Законом и затем поддержанный и распространенный судьями-активистами под смелым руководством Федерального Конституционного Суда, содержит далеко простирающиеся импликации в отношении баланса властей в Федеративной Республике Германия. Происходящее в результате этого усиление роли суда в политике имеет в Германии более совершенную форму, нежели где-либо еще. Я не хочу сказать, что другие страны не пережили в прошлом периоды сильного судейского активизма: наилучшими примерами являются Верховный Суд США эры Уоррена или, в менее отдаленном прошлом, конституционные суды Южно-Африканской Республики и Венгрии. Даже в таких странах, как Пакистан и Россия, высшие суды порой были готовы вступить в конфронтацию с порывающейся выйти за пределы своей компетенции исполнительной властью. Тем не менее создается впечатление, что Германия является одной из немногих стран, в которых экспансия судебной ветви власти прогрессировала достаточно размеренно без существенного сопротивления со стороны политических ветвей власти и итогового институционального кризиса. Хотя в политических кругах порой звучала жесткая критика в отношении судебных решений⁵⁹, она не провоцировала серьезные попытки со стороны законодательной и исполнительной власти обуздать полномочия Суда. Что еще более важно, на протяжении десятилетий Суд имел исключительно высокую

⁵⁸ BVerfGE 65, 1 – National Census.

⁵⁹ Решение суда, вынесенное в 1995 году, в соответствии с которым размещение распятия (Kruzifix) на стене государственной школы нарушает религиозную свободу неверующих (BVerfGE 93, 1), было встречено критикой и даже возмущением со стороны определенных частей политических кругов и населения и инициировало дискуссию о том, следует ли изменить закон таким образом, чтобы для принятия решений, лишающих юридической силы парламентские статуты, требовалось сверхквалифицированное большинство голосов. Но шторм негодования утих столь же быстро, сколь и возник.

оценку и поддержку со стороны населения. Это является индикатором высшей степени доверия, которое подавляющее большинство граждан испытывает в отношении Суда как хранителя своих наиболее почитаемых прав. Этого доверия достаточно для того, чтобы объяснить существенное перераспределение сил между политическими ветвями власти и конституционной юстицией в пользу последней, происходившее в Германии после окончания войны, и которое, возможно, оказалось бы неприемлемо в большинстве других стран.

Перевод Е. А. Мишиной
Текст © Rainer Grote, 2013

Дедов Дмитрий Иванович
доктор юридических наук, профессор,
Судья Европейского Суда по правам человека

ДОКТРИНЫ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА И ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА КАК МЕТОДОЛОГИЯ ФИЛОСОФИИ ПРАВА

1. Вопросы теории

Вспоминая все, что я знаю об этом явлении, я понимаю, насколько противоречиво представление о нем, насколько теоретические воззрения могут отличаться от реальности. В связи с этим у меня появилась потребность защитить его и даже найти способ сделать его более эффективным.

Одни говорят, что верховенство права (*Rule of Law*) представляет собой слишком расплывчатое понятие, другие относят его к любой правовой системе независимо от признания демократических ценностей, поскольку достаточно того, чтобы норма закона была ясной, имела общий характер, распространялась на всех в равной степени. Это следует из формального подхода, который в общем близок по своей сути к позитивизму. Функциональный подход исходит из объема полномочий у органов власти, и чем меньше их свобода усмотрения, тем больше той самой *Rule of Law*.

Более интересным является представление о *Rule of Law* как о чем-то не допускающем злоупотребления государственной властью. Еще в таких случаях добавляют, что *Rule of Law* – это когда государство не ставит себя выше общества, и никто не может быть выше закона.

Удивительно, но как в одной доктрине совмещаются самые противоположные представления о ней? Возможно ли это? Видимо, да, если учесть презумпцию справедливости закона, так как он принят представительным органом законодательной власти. Однако, есть тут одна тонкость: презумпция справедливости закона не приводит к абсолютной невозможности доказать обратное, учитывая общий характер предписания нормы закона и необходимость прояснения смысла и основной идеи нормы, что-

бы понять, применима ли она в данной конкретной ситуации. А поскольку несправедливость закона доказать возможно, что и происходит постоянно благодаря судебной практике.

Я могу добавить еще одно понимание *Rule of Law*, о котором все забывают. Верховенство права означает, что право превалирует над законом. Это открывает неограниченные когнитивные возможности для познания сущности права как справедливости. В Древней Греции или даже в Соединенных Штатах Америки в относительно недавнем прошлом рабство считалось нормальным явлением (*Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 1857). В связи с этим в советской теории права существовало убеждение, что правопорядок, характерный для каждой социально-экономической формации, всегда справедлив для своего времени. Такое понимание справедливого закона прямо противоречит доктрине верховенства права, не признает необходимость познавать право и тем самым создает препятствия к развитию права. Это познание происходит за счет сомнений, которые появляются сначала у меньшинства, а затем становятся общепризнанными, что влечет отмену старой нормы. Порядок не изменится сам по себе в один прекрасный момент, и экономические отношения не изменятся без развития технологий, и это кажется таким естественным, если бы не утопические концепции многих философов, включая К. Маркса.

Я специально написал о том, что позитивизм «создает препятствия к развитию права». Я мог бы сказать это другими словами: «не позволяет развивать право». Но не сделал этого по одной причине. Это очень важно. Общество не развивает право специально. Право само развивается в представлении о нем со стороны общества. Это естественный процесс, связанный с представлениями людей о справедливом порядке, способствующем процветанию общества.

Не боюсь ошибиться, если скажу, что доктрина правового государства означает примерно то же самое. Как обычно случается, две различных правовых системы (англо-саксонская и континентальная), называя по-разному правовые доктрины, тем не менее, движутся в своем развитии в одинаковом направлении, в направлении недопущения злоупотребления властью и произвола, ограниченности политики сиюминутными краткосрочными интересами.

С точки зрения философии права, говоря о недопущении произвола, мы имеем дело не только с идеалом, но с определенной методологией. Но пока само желание не допускать злоупотребление властью и произвол остается лишь благим намерением. Тогда нам на помощь приходят принципы. Они многочисленны, их содержание переплетается, и это дела-

ет доктрину сложной для понимания, что иногда влечет за собой ошибки в применении, а иногда непонимание их сущности и вообще необходимости. Но пока остановимся на принципах. Вот они:

- принцип соразмерности, когда права и свободы ограничиваются в соответствии с публично значимыми целями;
- принцип правовой определенности;
- принцип правомерных ожиданий;
- принцип недопущения обратной силы закона, ограничивающего права и свободы;
- принцип недопущения конфликта интересов;
- принцип формального равенства;
- презумпция невиновности и добросовестности;
- принцип должного управления;
- принцип законности (когда ограничение прав и свобод допускается только на основании закона) или принцип должного юридического процесса (due legal process);
- принцип недискриминации;
- принцип должной осторожности и осмотрительности;
- принцип системности (применение закона по аналогии);
- принцип реальности, актуальности и важности защищаемых прав и интересов;
- принцип иерархии интересов, то есть интереса, имеющего более важное, приоритетное значение для общества по сравнению с другим, конфликтующим с ним интересом.

Возможно, я назвал не все принципы. Многие из названных принципов совпадают по своему содержанию. Я не назвал здесь принцип уважения фундаментальных прав и свобод, но это и так ясно, поскольку он лежит в основе верховенства права и правового государства как результат признания общечеловеческих ценностей в результате цивилизационного развития общества как системы. Остальные принципы направлены на защиту этих ценностей и созданы в результате научного (методологического) анализа. Ценности важны для того, чтобы упростить систему и облегчить методологию применения этих принципов, поскольку всегда надо иметь в виду нечто еще более общее и базовое, более общее, чем вышеназванные общие принципы права. Для этого надо найти что-то, что создает препятствие к злоупотреблению и произволу. И. Кант имел в виду моральный закон внутри каждого человека. Он взял в помощь известную библейскую формулу: относись к другому так же, как ты относишься к себе. Но эта формула, как ни сильна была ее мотивация, оказалась недостаточно эффективной, чтобы срабатывать во всех случаях.

Следовательно, в практических целях кроме ценностей должны использоваться более мощные факторы, так до конца и не получившие должную оценку с точки зрения философии права. Каковы же основные факторы эффективности доктрины верховенства права и доктрины правового государства? Прежде чем назвать их, я хочу сделать маленькое отступление. Дело в том, что Иэн Стюарт проводит различия между доктринами правового государства и верховенства права в том, что первая содержится в кодифицированных законодательных актах, а вторая – преимущественно в решениях судов. Эти различия основаны на разности правовых систем, но уже давно известно об их постепенной конвергенции. Ведь и страны западной Европы и США являются демократическими государствами, представляют собой европейскую правовую традицию, поэтому нет оснований для проведения таких резких различий. Тем более, что первым таким фактором эффективности обеих доктрин (к правовому государству это относится даже в большей степени) является суд.

Следует добавить, что в связи с анализом доктрины Rule of Law под понятием «law» всегда понимается как статутное право, так и судебный прецедент¹. То есть это такое восприятие основано на содержании данного понятия, а не зависит исключительно от его формального выражения. Это означает, что право включает в себя законы и любые иные правила поведения, обычаи и судебные правовые позиции, то есть все, что влияет на стандарты поведения в обществе².

Итак, именно суд придает нормам закона живое содержание, именно в суде закон из абстракции превращается в обычай, то есть в правило, справедливость которого проверена на практическом человеческом опыте. Я знаком с деятельностью одной международной корпорации, менеджмент которой делил всю деятельность компании на отдельные процедуры, прописывающие порядок взаимодействия между работниками компании, их обязанности и полномочия, сроки для выполнения отдельных этапов процедур. Идея, конечно, хорошая, но половина этих процедур не исполнялась, потому что процедуры не учитывали имеющийся опыт взаимодействия между работниками, сложившиеся неформальные

¹ См. по этому вопросу решения Европейского Суда по правам человека в отношении стран с различными правовыми системами: *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), 26 April 1979, § 47; *Kruslin v. France*, 24 April 1990, § 29; *Casado Coca v. Spain*, 24 February 1994, § 43.

² См. также *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, 18 June 1971, § 93; *Leyla Şahin v. Turkey*, § 88; *Sud Fondi S.r.l. and Others v. Italy*, §§ 107 and 108, 20 January 2009.

связи, многие процедуры были просто не нужны. Как это напоминает наше законодательство, многие нормы которого называют обычно «мертвыми», «спящими», «пустыми», «отсылочными».

Что еще важно для повышения эффективности доктрин, суд необходим для постепенного (эволюционного, а не революционного) развития права, расширения и уточнения смысла законов. Поскольку судебное решение является плодом непосредственно человеческой деятельности, можно сказать, что суд обладает волей к применению общих принципов права, что подчеркивает его особое значение. Конечно, есть условия, при которых этот механизм не срабатывает в случае ущерба независимости и беспристрастности суда.

Однако суд имеет некоторые недостатки. Он применим уже после возникновения проблемы или конфликта, а в случае толкования нормы с точки зрения ее справедливости новое толкование будет иметь значение только для будущих споров. Что касается возможных проблем с независимостью суда, то они незначительны по сравнению с общим уровнем эффективности этого института в целом. Для обеспечения этого уровня судьи должны постоянно обучаться применению общих принципов. Этому, кстати, может помочь толкование норм законов самим парламентом. Наиболее активно этим занимаются Парламентская Ассамблея Совета Европы и Совет Министров, принимая рекомендации и резолюции по вопросам политики в сфере прав человека, по своей тематике значительно шире сферы применения Европейской Конвенции по защите основных прав и свобод человека (далее – Конвенция). Таких «толкований» принято несколько сотен. Несмотря на усилия по обучению и тренингу судей, надо учитывать, что они тоже люди и им свойственно ошибаться. Статистический анализ показывает, что количество ошибок в любой системе, включая судебную, не превышает 2 процентов.

Конечно, представители органов законодательной и исполнительной властей часто ведут себя по-другому. Они вмешиваются в деятельность судов, иногда прямо, а иногда путем публичного выражения своей позиции, имеющей отношение к делу на рассмотрении суда. Надо иметь в виду, что вмешательство в работу суда происходит не по всем делам, а только по наиболее значимым. Их немного, а значит нетрудно организовать дополнительный контроль со стороны общества за обеспечением нормальной работы суда.

В общем, полную эффективность суда с точки зрения доктрины верховенства права достичь трудно. Тем более, что объективные законы развития доказывают наличие способности к развитию права только у незначительного числа судей. Эта способность зависит от научного взгляда

на проблему, умения сформулировать проблему и сделать ее системный анализ с позиции конфликтующих интересов, общественных целей и общечеловеческих ценностей, сделать прогноз последствий такого решения. Эта задача доступна не каждому.

Чтобы сделать такую работу над ошибками привычной, на помощь приходит другой фактор эффективности – обычай как стандарт поведения. Если в обществе не принято хамить или брать и давать взятки, а принято относиться к другим с уважением человеческого достоинства, то большинство старается его соблюдать, а любой случай несоблюдения стандарта становится заметным, и такая бифуркация мгновенно гасится за счет общественного мнения. Тогда начинают добросовестно работать и законодатели и судьи, а профессиональные знания и умения им только помогают. Это обычно называют нормами морали и нравственности, но я хочу подчеркнуть именно свойство обычая и стандарта поведения, которого придерживается и которое постоянно демонстрирует большинство, а не малая часть высоконравственных интеллектуалов. Важно не только декларировать высоконравственные идеалы, важно их придерживаться на практике. С этим в российском обществе были проблемы и в советское время (когда были одни декларации), и сегодня (когда представители власти постоянно находятся в центре скандалов).

2. Вопросы практики

Автор термина *Rule of Law* профессор А. В. Дэйси использовал его применительно к привлечению к уголовной ответственности исключительно в случае нарушения четко установленного правила. Эта аксиома актуальна и по сей день. Более того, она является общепризнанным принципом международного права и включена в международные соглашения. Но даже она не может устоять в отдельных случаях против верховенства права как доктрины постоянного совершенствования правовой системы для защиты общественных интересов. Проследим за эволюцией данного подхода на примере статьи 7 Конвенции «Наказание исключительно на основании закона». Данная статья гласит:

«1. Никто не может быть осужден за совершение какого-либо деяния или за бездействие, которое согласно действовавшему в момент его совершения национальному или международному праву не являлось уголовным преступлением. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое подлежало применению в момент совершения уголовного преступления.

2. Настоящая статья не препятствует осуждению и наказанию любого лица за совершение какого-либо действия или за бездействие, которое в момент его совершения являлось уголовным преступлением в соответствии с общими принципами права, признанными цивилизованными странами».

Сложившаяся позиция Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) заключается в следующем.

Гарантия, закрепленная в статье 7 Конвенции, которая является важным элементом верховенства права, занимает видное место в конвенционной системе защиты прав человека, особенно потому, что никакие отступления от этого правила не допускаются даже в силу статьи 15 Конвенции во время войны или иного чрезвычайного положения. Данную норму следует толковать и применять в соответствии с ее предметом и целями таким образом, чтобы обеспечить эффективные гарантии против произвольного преследования, осуждения и наказания (*S.W. v. the United Kingdom and C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, § 34 and § 32 respectively; *Kafkaris v Cyprus*, § 137, 12 February, 2008; *Scoppola v. Italy* (no. 2), § 92-101, 17 September, 2009; *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, § 76-78, 14 March, 2013).

В упомянутом деле *S.W. v. the United Kingdom* (в нем решался вопрос о том, распространяется ли наказание за изнасилование на супружеские отношения) ЕСПЧ уточняет свою позицию в параграфе 35: «По мнению суда, статья 7 не ограничивается запрещением ретроспективного применения уголовного закона, которое ставит в невыгодное положение обвиняемого. Она также выражает более общую идею о том, что только закон может определить преступление и назначить наказание (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), а также реализует принцип, согласно которому уголовный закон не должен широко толковаться в ущерб обвиняемому, например по аналогии. Из этих принципов следует, что преступление должно быть четко определено в законе.

Это требование выполняется, когда человек может знать из формулировки соответствующего положения и, в случае необходимости, с помощью судебного толкования, что определенные действия и бездействие влекут уголовную ответственность. Таким образом, говоря о «законе», статья 7 указывает на понятие, которое включает в себя писанные и неписанные нормы права и предполагает их высокое качество с точки зрения требований доступности (для понимания) и предсказуемости (см. также *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 51; *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, 13 July 1995, § 37)».

Это означает также, что, несмотря на четко разработанные положения закона, в любой области права, включая даже уголовное право как сферу публичного права, есть неизбежный элемент судебного толкования. Всегда существует необходимость прояснения сомнительных положений и адаптации закона к меняющимся обстоятельствам. Это необходимо, поскольку с точки зрения верховенства права прогрессивное развитие любой отрасли права через судебное законотворчество является общепризнанным элементом правовой традиции. В связи с этим, как указал ЕСПЧ, статья 7 Конвенции не может пониматься как запрещающая постепенное разъяснение правил уголовной ответственности путем судебного толкования от случая к случаю, при условии, что результат этого развития согласуется с сутью преступления и мог быть разумно предопределен (*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, § 50).

Учитывая, что преступления и соответствующие наказания должны быть четко определены законом, при таком подходе запрещается расширение сферы существующих правонарушений действиями, которые ранее не были уголовными преступлениями.

Однако такой подход содержит в себе, возможно, и прямо противоположную тенденцию. Если нормы закона всегда носят общий характер, их формулировки не всегда точны. В таком случае стандартным методом регулирования является использование общих понятий и категорий, а не установление исчерпывающего перечня. Это означает, что многие законы неизбежно сформулированы в терминах, которые в большей или меньшей степени являются неопределенными, и их толкование и применение зависит от практики. Следовательно, в любой системе права даже четко разработанная правовая норма, в том числе норма уголовного права, неизбежно может стать объектом судебного толкования. Опять же, хотя определенность весьма желательна, она может придать норме излишнюю жесткость, что не позволит закону соответствовать меняющимся обстоятельствам.

Особенно остро такой подход проявился в деле *Сорос против Франции* (*Soros v France*), решение по которому Палата ЕСПЧ вынесла 6 октября 2011 года. Получивший международную известность как инвестор и филантроп, а также как автор идеи открытого рефлексирующего общества, что так соответствует доктрине верховенства права и правового государства, Джордж Сорос, тем не менее, был осужден французским судом за инсайдерскую торговлю в 1990 году.

В целях развития деятельности своего хедж-фонда Q.F. 12 сентября 1988 года он проводил совещание в Нью-Йорке с рядом инвесторов. После этой встречи один швейцарский банкир сообщил ему о намерении

совместно с другими инвесторами скупить акции крупного французского банка в виде предложения о дружественном поглощении. Сорос отклонил предложение и 19 сентября 1988 года скупил на сумму 50 млн долларов США акции в четырех недавно приватизированных французских компаниях, в том числе акции этого банка. Между 22 сентября и 17 октября 1988 года его фонд Q.F. приобрел дополнительно акции банка на сумму 11,4 млн долларов на Парижской и Лондонской фондовых биржах. Через несколько дней после приобретения акций банка фонд Q.F. продал некоторые из них, в результате чего Джордж Сорос получил прибыль около 2 280 000 долларов США, включая 1,1 миллиона на французском рынке, в результате быстрой покупки и продажи акций.

В феврале 1989 года регулятор французского фондового рынка начал расследование торгов акциями банка в период с 1 июня по 21 декабря 1988 года с целью выявления факта инсайдерской торговли ценными бумагами. После выявления подозрительных операций, регулятор представил в прокуратуру свой доклад о результатах расследования. В 1990 году уголовное преследование было возбуждено в отношении господина Сороса, который вместе с другими лицами подозревался в торговле акциями с использованием инсайдерской информации. Он обвинялся в приобретении акций банка в ситуации, когда он использовал конфиденциальную информацию о предполагаемом поглощении банка путем приобретения акций.

В ходе разбирательства он настаивал на незаконности уголовного преследования в силу неясности и непредсказуемости нормы уголовного закона, применимого к инсайдерской торговле. Он утверждал, что, с учетом формулировки статьи 10-1 Указа № 67-833 от 28 сентября 1967 года, его поведение не могло рассматриваться как преступление на тот момент, когда он приобретал акции. Суд признал его виновным в инсайдерской торговле и оштрафовал его на 2,2 млн евро.

Он подал апелляцию, но Парижский апелляционный суд оставил решение в силе. Суд кассационной инстанции указал, что приобретение акций на Лондонской фондовой бирже не может относиться к инсайдерской торговле в соответствии с французским законом (вот тут суд прошел мимо принципа системности, хотя проблема лишь в юрисдикции суда, а не в содержании запрета), и передал дело обратно в Парижский апелляционный суд, который существенно снизил размер штрафа и принял во внимание только совершение операций на Парижской фондовой бирже.

При обращении в ЕСПЧ Джордж Сорос сослался на статью 7 Конвенции, поскольку, по его мнению, не может быть наказания без закона. Он указал, что основные элементы преступления в инсайдерской торгов-

ле были недостаточно ясными во время его осуждения в соответствии с определением инсайдерской торговли, содержащимся в статье 10-1, поскольку данная статья распространяется только на сотрудников или профессиональных предпринимателей, имеющих деловые отношения с целевой компанией.

Суд отметил, что, с учетом общих формулировок в тексте уголовного закона, его положения не всегда точны. Кроме того, он подтвердил, что степень предсказуемости зависит в значительной степени от содержания нормы закона, сферы отношений, к которым он должен применяться, а также от положения тех лиц, которым адресована норма закона. В данном случае, учитывая предмет сделки, обладающие информацией предприниматели должны быть осторожными в своей работе и принять специальные меры по оценке рисков своих действий. Суд принял во внимание, что определение «инсайдерской информации» в норме закона было довольно общим и что стороны согласились с конкретным выражением «в исполнении своих профессиональных или иных обязанностей».

Французские суды нашли закон достаточно точным для того, чтобы господин Сорос был в курсе, что ему не следует вкладывать средства в акции после получения информации и отказа участвовать в дружественном поглощении банка.

Несмотря на то, что г-н Сорос стал первым человеком, который не имел никаких профессиональных или договорных отношений с банком, но был привлечен к уголовной ответственности во Франции за такое преступление, ЕСПЧ установил, что власти Франции не отступили от принципа предсказуемости закона, поскольку в отсутствие какого-либо прецедента национальные суды не были в состоянии найти правовую позицию по этому вопросу.

ЕСПЧ отметил, что г-н Сорос является институциональным инвестором, известным в бизнес-сообществе как участник крупных международных финансовых проектов. В силу его статуса и опыта, он не мог не знать, что его решение инвестировать в акции банка влечет за собой риск совершения преступления, известного как инсайдерская торговля. Учитывая отсутствие сопоставимого прецедента, в таких случаях надо быть особенно осторожными (принцип должной осторожности и осмотрительности неожиданно применен в уголовном деле вместо доказательств наличия преступного умысла).

В связи с этим ЕСПЧ принял решение об отсутствии нарушения статьи 7 Конвенции по мотиву непредсказуемости закона. Данное решение принято четырьмя голосами против трех судей, то есть с небольшим перевесом. Мог ли А. В. Дайси предположить, что дойдет до такого, ведь

результат прямо противоречит его аксиоме, но полностью соответствует общим принципам права. Надо признать, что решение справедливое, принимая во внимание все обстоятельства, и они здесь приведены не случайно, чтобы читатель сам мог в этом убедиться. Таким образом, доктрина верховенства права предоставляет высокую степень гибкости в принятии конкретных решений и содержит высокий потенциал развития.

В особом мнении трех судей, оставшихся в меньшинстве, указывается, что норма закона была слишком неточной и расплывчатой, чтобы провести различие между законной и незаконной деятельностью. Они пришли к выводу о том, что это привело к снижению гарантий от произвольного вмешательства и, следовательно, к нарушению статьи 7 Конвенции.

Так или иначе, инсайдерская торговля наносит вред общественным интересам, противоречит духу капитализма, и никто не может избежать ответственности за совершение таких операций. Если посмотреть на реакцию в США на кризис с интернет-компаниями, когда потерявшие деньги инвесторы не получили судебную защиту в 1998–1999 годах, то в XXI веке ситуация изменилась кардинальным образом, и инвестиционные банки выплатили сотни миллионов долларов в качестве штрафов за манипулирование рынком ценных бумаг. Это показатель эффективности доктрины верховенства права.

3. Заключение

Возвращаясь к сравнению концепций верховенства права и правового государства, необходимо отметить, что обе концепции в отдельных интерпретациях могут совпадать, особенно когда это касается роли закона, принятого органом законодательной власти, в противовес ограничению прав и свобод исполнительной властью своими произвольными решениями, не основанными на законе. Эта фундаментальная основа современного правопорядка заложена много лет назад.

Оказалось, что закон тоже не всегда бывает справедлив. Чтобы этот вывод имел обязательную силу, необходимо использовать часть механизма государства в лице национального верховного суда. Закон справедлив, если не доказано иное, и данный подход позволяет сделать два вывода: 1) существует презумпция справедливости закона; и 2) закон должен соответствовать профессиональным, правовым представлениям о справедливости (о праве). Второй вывод более глубокий и провокационный. Он означает, что право выше закона, но оно является той истиной, которую необходимо вечно постигать. Она заключается не только

в формальных юридических категориях, но включает весь комплекс социально-экономических и политических проблем современного общества и требует ответа на главные вопросы о том, как общество может процветать и как оно должно выжить.

Таким образом, обе концепции представляют собой необходимую методологию для защиты общих ценностей (свобода, взаимное уважение, толерантность, плюрализм), что подтверждает конкретное дело ЕСПЧ. Это отдельная стратегия, которой необходимо уделять внимание, поскольку защита этих ценностей пока не является общим стандартом для применения властных полномочий и силы вообще.

Текст © Dmitry I. Dedov, 2013

Пауль Тидеманн
судья Административного суда г. Франкфурта-на-Майне,
почетный профессор Гессенского университета
им. Юстуса Либиха и адъюнкт-профессор Университета
Озегин в Стамбуле*

ПРИНЦИП RECHTSSTAAT В ГЕРМАНИИ

1. Введение

Термин *Rechtsstaat* возник в XIX веке. Он появился благодаря инициативе Кристиана Теодора Велкера и изначально означает государство, управляемое рациональным *volonté general* (общим проявлением воли)¹. В XIX веке бытовало мнение, согласно которому было невозможно извлечь рациональную составляющую права посредством чистого рационального философского размышления. Это скорее рассматривалось как задача правителя, заключающаяся в содействии продвижению рациональной составляющей посредством создания позитивного законодательства². Изначально смысл и функция принципа *Rechtsstaat* заключались в оберегании и защите индивидуальных свобод посредством позитивного права. Позитивное право представляло собой писанные законы, публикуемые в доступных широком массам юридических газетах и, соответственно, открытых каждому, кто умеет читать.

Необходимо обозначить тот факт, что в немецкой традиции принцип *Rechtsstaat* весьма отличается от государственно-теоретической мысли во Франции. Традиционно во Франции превалируют идеи Руссо,

* Автор благодарит НН за рецензирование текста на предмет поиска грамматических, стилистических и орфографических ошибок. Все оставленные ошибки есть исключительная ответственность автора.

¹ *Welcker C. T. Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe: philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt* (1813) [переиздано 1964], доступно на <http://books.google.de/>.

² *Carl v. Rotteck. Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften. Vol. 1* (1829) at 77, available at <http://books.google.de/>.

согласно которым личные свободы граждан могут быть гарантированы лишь посредством весьма узкой связи законодательства и воли народа. Следовательно, это означает законодательную монополию демократически избранного парламента, обеспечивающего надлежащую защиту личной свободы³. Напротив, идея принципа *Rechtsstaat* обязана своим возникновением тому факту, что все демократические движения в XIX веке в Германии потерпели неудачу. Там всегда присутствовал монарх, являвшийся источником законодательной власти, а влияние парламентов было сведено к более или менее широкому спектру прав в сфере консультирования либо выражения согласия. Принцип *Rechtsstaat* мог бы дать ответ на вопрос о том, как именно можно защитить личные свободы граждан от абсолютной власти при авторитарном режиме в отсутствие демократического контроля. *Rechtsstaat* рассматривался, с одной стороны, как альтернатива патерналистскому «полицейскому государству» XVII–XVIII веков, а с другой стороны, как альтернатива демократическому «народному государству» французского происхождения⁴.

Таким образом, проблема народного суверенитета и демократии не играла сколь-либо заметной роли в формировании идеи принципа *Rechtsstaat* в XIX веке. Роберт фон Мольтат утверждал, что проблема участия в демократических процессах определенно относится к числу вторичных и, возможно, затрагивает соображения целесообразности, не имея при этом какого-либо отношения к природе государства, как *Rechtsstaat*⁵. Данная особенность немецкой идеи *Rechtsstaat* делает эту концепцию интересной и сегодня для тех государств, где экономическое развитие и растущий средний класс требуют гарантий свободы, даже если надежда на демократию лишь теплится⁶. Однако, с другой стороны, сейчас уже имеются доказательства того, что демократия сама по себе не в состоянии гарантировать свободу. Свобода – это всегда свобода меньшинств.

³ *Grewe C.* Die Grundrechte und ihre richterliche Kontrolle in Frankreich, 29 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift [EuGRZ]* (2002), 209.

⁴ Robert v. Mohl. *Encyklopädie der Staatswissenschaften* (1859) at 326, доступно на <http://books.google.de/>.

⁵ *Id.*

⁶ *Weifang Vgl. H.* Die schwierige Reform des Justizwesens in China, in *Wie China debattiert. Neue Essays und Bilder aus China*, Barbara Unmüßig and Karstin Altmeyer eds (2009) at 101ff., доступно на http://www.boell.de/downloads/wie_china_debattiert.pdf; *Hongmei C.* The Idea of Government by Law in Harmonious Society – Procedure Just, in *Global Harmony and Rule of Law, Papers of the IVR 24th World Congress Beijing*. Vol. 1 (2009) at 117.

Но интересы меньшинств защищает принцип *Rechtsstaat*, а вовсе не принцип демократии.

С момента его возникновения в XIX столетии и до сегодняшнего дня принцип *Rechtsstaat* пережил две модификации. Мы проводим различие между *формальным* *Rechtsstaat*, изначальная идея которого была сформулирована в XIX веке, *материальным* *Rechtsstaat* и *социальным* *Rechtsstaat*⁷. При этом данные три концепции не являются альтернативами друг другу. Элементы формального *Rechtsstaat* одновременно есть элементы материального *Rechtsstaat*, при этом составляющие обоих обнаруживаются и в теории социального *Rechtsstaat*. С 1990-х годов мы наблюдаем следующий эволюционный этап, для которого я хотел бы предложить термин «зеленое *Rechtsstaat*»⁸. При этом данная концепция также не является альтернативой более ранним концепциям *Rechtsstaat*, она только лишь добавляет еще один элемент.

2. Формальное *Rechtsstaat*

Обоснованная концепция права была создана на базе идеи, согласно которой существуют предметно-содержательные критерии надлежащего права, которые должны быть известны каждому рациональному человеку и которые, соответственно, должны также признаваться и абсолютным монархом. Позитивистская концепция, заявившая о себе в XIX столетии, отвергла предметно-содержательные критерии надлежащего права. Взамен этого в качестве основы была использована идея «справедливости» посредством процедуры и структуры.

Принцип формального *Rechtsstaat* основан на следующей фундаментальной идее: «Любое лицо вправе делать либо не делать все, что ему заблагорассудится, если это не запрещено ограничениями, присущими *Rechtsstaat*». Примечательно, что данная основополагающая идея не была использована ни в единой конституции и ни в одном законодательном акте XIX столетия. При этом впервые она была сформулирована еще в проекте Всеобщего свода законов Прусских государств (*Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten*) 1791 года, параграф 79 которо-

⁷ *Pieroth B. Historische Etappen des Rechtsstaats in Deutschland, JURA* (2011), 729.

⁸ Термин «зеленое *Rechtsstaat*» не является общепринятой конституционно-правовой концепцией в Германии. До сих пор он использовался лишь в полемических целях для критики «зеленых» политиков, см.: *Maxeiner D. Grüner Rechtsstaat*, доступно на http://www.achgut.com/dadgd/index.php/dadgd/article/gruener_rechtsstaat/.

го гласил: «Законы и подзаконные акты государства не должны ограничивать естественную свободу и права граждан в большей степени, нежели это продиктовано общими целями». Данный проект так никогда и не обрел юридическую силу и был отозван прусским королем. И только лишь в статье 2 Основного Закона Федеративной Республики Германия 1949 года была сформулирована основополагающая идея принципа Rechtsstaat. Тем не менее эволюция формулировки данной статьи демонстрирует, что в то время ее фундаментальное значение еще не было столь очевидно. Правда, один из первых предложенных проектов данной статьи формулировал идею предельно четкими словами: «Люди свободны. Они вправе делать или же не делать все, что не нарушает права других и не вредит конституционному порядку сообщества». Тем не менее в редакции Основного Закона, которая в итоге обрела юридическую силу, выражение «свобода делать или же не делать» было заменено более расплывчатой и туманной формулировкой «Каждый обладает правом на свободное развитие своей личности». Однако эти расплывающие идею «церемониальные слова» не произвели впечатления на Федеральный Конституционный Суд, который в 1956 году в одном из своих наиболее знаменитых решений разъяснил, что параграф 1 статьи 2 Основного Закона гарантирует «основополагающую свободу действия человека» и что это непосредственно означает именно то, что имелось в виду в предыдущем проекте под «свободой делать или же не делать все, что им заблагорассудится». Конституционный принцип свободы действия есть нормативная аксиома, с позиций которой следует понимать верховенство права. Это и объясняет, что оправданным должно быть ограничение свободы, а вовсе не ее реализация.

Формальный принцип Rechtsstaat защищает и гарантирует свободу действия посредством (1) механизмов ограничения власти, (2) особыми формальными условиями для законов, (3) принципом законности государственного управления и правосудия, (4) принципом установленных в законном порядке оговорок, (5) принципом ответственности государства и (6) независимой судебной властью.

2.1. Ограничение власти посредством разделения властей

Основополагающая идея формального Rechtsstaat заключается в «приручении» государства, поскольку на данном этапе государство представляется силой, угрожающей свободе. Средством приручения должны стать законы.

Применение законов требует в первую очередь внутреннего разделения законодательной и исполнительной ветвей власти. Разграничение законодательной и исполнительной власти есть не просто разделение

труда. Скорее это представляет собой механизм взаимного ограничения, который включает в себя институциональное и личное разделение концептуальных и реализующих аспектов правления. Концептуальные цели законов являются монополией законодательной власти, в то время как конкретная реализация является задачей исполнительной власти.

Поэтому институт, обладающий полномочиями определять основные цели и пути осуществления государственной власти, не имеет полномочий по реализации данных целей и не имеет дела с конкретными индивидуумами. И наоборот, институт, наделенный полномочиями по взаимодействию с гражданами, не вправе определять цели и пути осуществления государственной власти.

Разделение властей направлено также на совершенствование разумности осуществления государственной власти. Законодатель должен всегда принимать во внимание общие последствия и результаты своей законотворческой деятельности, а не случайные последствия в случае отдельного конкретного дела. Исполнительная власть, с другой стороны, наделена более широкими возможностями по оптимизации эффективности осуществления государственной власти, поскольку она освобождена от бремени основополагающего планирования. Разумность осуществления государственной власти представляет собой вклад в охрану свободы, поскольку она защищает от бессмысленного и произвольного ограничения свободы.

2.2. Формальные условия законов

2.2.1. Абстрактность и универсальный характер закона

Из концептуальной функции законодательства следует, что законы, направленные на ограничение свободы граждан, должны всегда иметь абстрактный и универсальный характер (абз. 1 ст. 19 Основного Закона)⁹. Правовая норма является абстрактной, только если она регулирует не определенные местные или временно наличествующие действия либо бездействие, а лишь действия либо бездействие общего характера. Правовая норма является универсальной, если она возлагает обязанность либо наделяет правом неопределенное множество лиц. Те, на кого распространяется действие правовой нормы, то есть те, чьи права и обязанности были созданы благодаря норме права, определены не поименно, а лишь с помощью общих характеристик, которые подходят широкому кругу людей. Данное требование служит не только целям ограничения власти

⁹ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Dec. of 07.05.1969 – 2 BvL 15/67, BVerfGE 25, 371 [396].

посредством разделения ее законодательной и исполнительной ветвей. Оно также гарантирует равное обращение и сокращает тем самым риск произвола. В то же время ограничение свободы становится более затруднительным, поскольку законодатель ни в какой ситуации не может ограничить свободу определенного лица, не ограничивая при этом свободу всех тех, кто соответствует тем же самым общим характеристикам.

2.2.2. Достаточная ясность закона

Адресаты правовых норм могут соблюдать законы лишь в том случае, если содержание норм достаточно ясно и понятно¹⁰. Если законы четко демонстрируют пределы свободы, гражданам остается лишь оценить возможности, в рамках которых они могут развивать и осуществлять свои жизненные планы. Следовательно, достаточная ясность законодательных актов есть существенное условие Rechtsstaat.

Для того чтобы сделать законы достаточно ясными, необходимо, чтобы законодатель использовал четкие термины и по возможности принимал законы, лишённые оценочных понятий. Только с помощью точно описанных понятий можно гарантировать, что именно законы, а не правоприменители, будут определять юридические факты, решающие для наступления правовых последствий.

К сожалению, немецкие законодатели используют все возрастающее количество оценочных терминов, и суды принимают это, вместо того чтобы признать такие законы неконституционными ввиду отсутствия достаточной ясности¹¹. Данная тенденция способна в итоге привести к ослаблению принципа Rechtsstaat. Оценочные понятия ведут к неприемлемому смещению властных полномочий от закона к тем, кто осуществляет исполнительную либо судебную власть. В качестве примера можно привести § 131 Уголовного кодекса Германии. Согласно данной норме, наказанию подлежит каждый, кто распространяет произведения, «описывающие жестокое либо иное антигуманное насилие в отношении людей... в форме, содержащей восхваление либо преуменьшение такой жестокости». Данная норма предлагает рассматривать насилие как нечто, способное обладать качеством «жестокости» или могущее быть «иным образом антигуманным». Фактически данные термины не содержат описания характеристики насилия или же изображения насилия, они лишь устанавливают, что среди всех видов насилия есть те, которые оцениваются негативно. Но вовсе не закон оценивает определенные виды насилия как жестокие

¹⁰ BVerfG, Dec. of 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, BVerfGE 126, 170, Rn 71.

¹¹ BVerfG, Dec. of 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, BVerfGE 126, 170, Rn 73.

или же антигуманные. Напротив, закон наделяет правом давать такую оценку тех, кто применяет закон в рамках осуществления исполнительной власти, то есть конкретных полицейских прокуроров и судей. Чем более груб полицейский, тем меньше шансов, что дело попадет в суд. Чем более чувствителен судья, тем больше вероятность, что преступник будет признан виновным. В любом случае решение о том, что в конкретном случае наказуемо и что ненаказуемо, принимает не закон, а тот, кто его исполняет. Решения же правоприменителей непредсказуемы, следовательно, остается неясным, что же все-таки запрещено, а что – нет.

Оценочные категории следует отличать от так называемых «неопределенных правовых понятий»¹². Обычно в качестве примеров неопределенных правовых понятий приводятся такие абстрактные понятия, как «правоспособность», «пригодность», «эффективность», «надежность», «общее благо», «темнота», «опасность», «риск» и т. д. При этом аналогичная судьба может постигнуть также и такие понятия, как «мать» и «отец». Фактически почти каждый термин, используемый в нашем стандартном языке, в известном смысле является неопределенным. Довольно часто эти термины не только двусмысленны, но и расплывчаты. Расплывчатость в особенности является проблемой. Она приводит к тому, что не всегда понятно, применима или же нет конкретная правовая норма. Таким образом, правовое толкование не только необходимо, но и неизбежно. Принцип *Rechtsstaat* не требует *полнейшей* ясности, только лишь *достаточной* ясности юридического языка. Термин является достаточно ясным, если есть многочисленные случаи, в которых данный термин является определено применимым (позитивные кандидаты), а также если есть многочисленные случаи, в которых данный термин определено не является применимым (негативные кандидаты). Помимо этих ясных примеров возможны ситуации, в которых вопрос о применимости данного термина остается открытым. В подобной ситуации возможно получить соответствующее толкование термина посредством сравнения определенных случаев с неопределенными. В рамках данного подхода можно сформулировать обоснованные доводы для решения вопроса в рациональной манере. Вопрос о достаточной ясности затрагивает широкий спектр сложных проблем, которые здесь невозможно ни представить, ни обсудить. Однако мы с уверенностью можем утверждать, что присутствует всегда пробле-

¹² Koch H. J. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht (1979); Regina Ogorek, Aufklärung über Justiz. Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (2008); Bundesfinanzhof (BFH), Jud. of 05.10.1984 – III R 192/83, BFHE 142, 505.

матичное напряжение между принципом Rechtsstaat и природой нашего языка, посредством которого сформулирован закон.

2.2.3. Запрет обратной силы и защита доверия

Поскольку в соответствии с принципом Rechtsstaat человеческие существа не подлежат каким-либо ограничениям своей свободы помимо тех, которые установлены законом, необходимо, чтобы законы по логике своей и во времени опережали отношения, которые они регулируют. Это означает, что государство не вправе ретроспективно ухудшать правовое положение своих граждан. Запрет обратной силы закона демонстрирует важнейшую функцию формального принципа Rechtsstaat. Это есть правовая безопасность. Правильность действий государства должна предоставлять гражданину возможность приспособлять свое поведение к рамкам, установленным законом. Эти установленные законом рамки определяют пределы свободы, в которых гражданин может вести себя рационально. Правовая безопасность делает возможными долгосрочные жизненные планы, которые могут быть рассчитаны с использованием действующих правовых норм, и демонстрирует пределы усмотрения, в которых каждый может организовывать свою жизнь. Очевидно, что данная функция формального принципа Rechtsstaat является необходимым условием экономической продуктивности, технического развития, торговли, коммерции и, следовательно, общего и индивидуального благосостояния.

По той же самой причине формальный принцип Rechtsstaat также требует соблюдения закономерных ожиданий. Согласно принципу Rechtsstaat, законодатель не вправе принимать не только новые законы, обладающие обратной силой, но также и законы с отсроченным действием, если до этого была сформирована легитимная уверенность в том, что определенное релевантное правовое положение останется таковым и в будущем. Таким образом, правовая норма, устанавливающая экономические или налоговые льготы на определенный период времени, с тем чтобы простимулировать определенные виды инвестиций, не может быть изменена до конца данного периода времени¹³. Наиболее современным примером является гарантия, установленная в *Законе о приоритете возобновляемых источников энергии*, согласно которой каждый, кто установил фотоэлектрическую систему в 2009 году и осуществляет снабжение энергией с помощью государственных систем подачи энергии, наделяется правом платить по твердой ставке в течение двадцатилетнего

¹³ BVerfG, Dec. of 23.03.1971 – 2 BvL 17/69, BVerfGE 30, 392.

периода (§ 32 указанного Акта)¹⁴. И хотя со временем суммы были значительно урезаны, данное сокращение никак не затронуло структуры, созданные на основании Закона о приоритете возобновляемых источников энергии-2009.

2.3. Законность государственного управления и судебной власти

Разделение властей включает в себя также принцип законности государственного управления и судебной власти. Четко сформулированные законы приносят пользу лишь тогда, когда те, кто осуществляет исполнительную власть, признают обязательность этих законов, желают и имеют возможность соблюдать их. Именно поэтому нарушение закона административными органами или их должностными лицами не должно оставаться безнаказанным. Однако законность государственного управления едва ли может быть обеспечена одними лишь санкциями, эти санкции должны быть применены государственными служащими либо судьями более высокого ранга. Таким образом, для соблюдения законов должно также наличествовать соответствующее желание должностных лиц. Следовательно, формальный принцип Rechtsstaat действует только в тех странах, где соответствующий уровень правовой культуры прочно поселился в умах государственных служащих и судей всех уровней. Этого нельзя достичь без максимально раннего этического образования, а также в отсутствие уважения индивидуальной свободы и ответственности за общественное благосостояние.

При этом люди будут стремиться впитать до мозга костей идеалы законности только в том случае, если этому будет сопутствовать соответствующее социальное признание. Это обозначает достойную заработную плату, делающую человека экономически независимым, достаточно высокую для того, чтобы сделать ее обладателя устойчивым к искусам коррупции. Реализация Rechtsstaat зависит при этом не только от определенных положений конституций и законодательных актов. Расширение Европейского союза особенно в последние годы столкнулось с существенными проблемами, поскольку слишком много внимания уделялось содержанию законов и слишком мало вышеупомянутым «мягким» условиям правовой культуры.

Принцип законности распространяется также на аспект примата закона. Это означает, что органы государственной власти должны ориентировать свою деятельность в первую очередь на закон. Лишь в случае

¹⁴ BGBl 2008 I 2074.

отсутствия закона, подлежащего применению в конкретной ситуации, административные органы вправе сами устанавливать правила своей деятельности. Этот принцип в особенности верен для тех сфер государственного управления, которые имеют дело не с ограничением либо лишением свободы, а с предоставлением государственных услуг и льгот. Примат закона в сфере *субсидирующего управления* есть средство конституционной защиты свободы, поскольку это исключает произвол и гарантирует равное отношение¹⁵.

2.4. Установленные в законном порядке оговорки

Аксиома свободы гласит, что ни один орган публичной власти не обладает по своей природе правом ограничивать, отзывать или же лишать свободы гражданина. Государство обладает таким правом только в том случае, если его наделил этим правом закон. Соответственно, государство вправе лишь вторгаться в свободу гражданина в тех пределах, в которых закон дозволяет подобное властное действие.

Следовательно, классическим применением формального принципа *Rechtsstaat* является интервенционное управление, то есть осуществление государственной власти, связанное с ограничением личной свободы. Интервенции не могут состоять только лишь в запрете совершения определенных действий. Они могут также обретать форму любой другой государственной деятельности, приводящей к последствиям в виде фактического ограничения личной свободы. Это имеет место в случаях, когда органы публичной власти издают предупреждения в отношении конкретных лиц и их деятельности, например, относительно пищевых продуктов определенного поставщика¹⁶, либо о предположительно вредоносных махинациях конкретной секты, в состав которой входят психически больные люди¹⁷.

Согласно классической концепции, формальное *Rechtsstaat* обладает только лишь функцией предоставлять защиту от вторжения в индивидуальную свободу, которое совершается государством. Соображения

¹⁵ Более того, примат закона обладает важной функцией в рамках представительной демократии. Он гарантирует, что осуществление государственной власти может регулироваться парламентом посредством законов. Именно по этой причине исполнительная власть может расходовать средства строго в рамках годового бюджета. Тем не менее данный контекст не имеет отношения к принципу *Rechtsstaat*.

¹⁶ BVerfG, Dec. of 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 u.a. – «Glykol», BVerfGE 105, 252.

¹⁷ BVerfG, Dec. of 26.06.2002 – 1 BvR 670/91 – «Osho», BVerfGE 105, 279.

о том, что могущественные частные лица также способны ущемлять свободу своих сограждан или попросту лишать их свободы, в расчет не принимались. Согласно классической концепции, все должны были толерантно относиться и терпеть деятельность негосударственных агентов, поскольку такое поведение не было запрещено законом. А если нет закона, запрещающего определенный тип поведения, действует правило, согласно которому каждый волен делать или же не делать все, что ему заблагорассудится.

Тем не менее в 1978 году Федеральный Конституционный суд модифицировал данную аксиому свободы, которая после этого уже не действует, в случаях когда частные лица используют свою свободу таким образом, что это ущемляет свободу большого, не поддающегося исчислению, количества граждан и меняет базовые условия их жизни весьма интенсивным и, возможно, необратимым образом. На эти ситуации действие аксиомы свободы не распространяется. Она не может рассматриваться как планомерное проявление свободных личных качеств человека, а скорее, как некое противозаконное владычество над сообществом, которого сограждане не могут избежать. Только лишь Rechtsstaat наделено таким правом, но не частные лица. «Основополагающие и необходимые» решения подобного рода могут приниматься лишь органом законодательной власти государства. Для этого нового элемента в принципе Rechtsstaat в конституционной доктрине был введен термин Wesentlichkeitstheorie (теория сущности).

В контексте определенных *сущностей* действует следующее положение: «Запрещено все, на что не имеется прямого дозволения закона». Примечательно, что в контексте Wesentlichkeitstheorie аксиома свободы, таким образом, превращается в свое иное. Это может показаться парадоксальным, но тем не менее это есть следствие формальной теории Rechtsstaat. Федеральный Конституционный Суд впервые сослался на Wesentlichkeitstheorie в решении по делу о так называемом «мирном использовании ядерного оружия»¹⁸. Еще одним примером является культивирование генетически модифицированных растений¹⁹.

Принцип установленных в законном порядке оговорок применим только лишь в сфере *интервенционного управления*, но никак не в сфере *субсидирующего управления*. Если государство предоставляет гражданам льготы, оно тем самым ни в коей мере не ограничивает и не отнимает

¹⁸ BVerfG, Dec. of 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 – «Kalkar I», BVerfGE 49, 89.

¹⁹ Hessischer Verwaltungsgerichtshof (VGH Kassel), Dec. of 06.11.1989 – 8 TH 685/89, NVwZ 1990, 276.

их личную свободу. Напротив, оно расширяет пределы личной свободы. Однако принцип установленных в законном порядке оговорок применим и тогда, когда деятельность государства заключается не только в предоставлении льгот, но и подразумевает также и неременную связь с обязанностями. Если, например, закон устанавливает, что каждый работник обязан быть участником пенсионного страхования (вторжение в свободу), тогда условия предоставления пенсии и правила, регулирующие размер и продолжительность выплаты пенсии (льгота), должны регулироваться законом. С другой стороны, если государство предоставляет гражданам субсидии на строительство фотоэлектрических станций на крышах их домов, в этом случае законодательное закрепление не требуется. Однако без наделения правом на основании закона право на предоставление субсидии не пользуется судебной защитой, и правообладатель не сможет обратиться в суд. Подать иск в суд с требованием равного обращения возможно в случае, если данные лица считают, что они подверглись дискриминации по сравнению с другими гражданами.

2.5. Ответственность государства

Идея, согласно которой принцип *Rechtsstaat* также включает в себя признание ответственности государства за незаконные действия чиновников, пока что не была воспринята в Германии. Это сложно осознать, поскольку из принципа *Rechtsstaat* вытекает гарантия осуществления государственной власти строго в соответствии с законом. Незаконное осуществление государственной власти, приведшее к причинению вреда имуществу, жизни или здоровью, соответственно требует компенсации²⁰. В Германии, напротив, превалирует доктрина, согласно которой государство как таковое попросту не может действовать незаконно. Следовательно, неправомерное поведение рассматривается как поведение должностных лиц государства, к которому само государство не имеет отношения. Соответственно, требования о возмещении вреда должны быть адресованы конкретным чиновникам, регулироваться частным правом и подразумевать личную вину таких чиновников²¹. Уже в XIX столетии знаменитый эксперт в сфере административного права Отто Майер высказывал точку зрения, согласно которой за неправомерное поведение чиновников должно отвечать государство. Однако Майер тогда не смог найти обе-

²⁰ *Höfling W.* «Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts* vol. III, Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle eds. (2009), § 51, Rn 15.

²¹ *Id.* § 51, Rn 12ff.

зоруживающий аргумент, а именно обратиться к принципу Rechtsstaat. Вместо этого он опирался на «справедливость и равенство»²². Этому подходу следует и кодифицированное право. Так, параграф 839 Гражданского кодекса предусматривает гражданскую ответственность государственных служащих за виновное нарушение обязанностей, присущих соответствующей должности. Основной Закон воспринял эту точку зрения XIX столетия. Он не предусматривает первичную ответственность государства, но лишь признание ответственности за долги государства (статья 34 Основного Закона). Изначальный иск об ответственности остается в сфере частного права и должен доказать вину государственного служащего. Но потерпевший более не несет риск несостоятельности при нарушениях представителей государства. Федеральный Конституционный Суд также не усмотрел связи между принципом Rechtsstaat и ответственностью государства. Вместо этого суд пришел к мнению, что прямая ответственность государства не может проистекать из Grundgesetz²³. Акт о Государственной ответственности, принятый федеральным парламентом в 1981 году²⁴, был признан неконституционным на основании отсутствия ответственности за законодательную деятельность²⁵.

2.6. Требования к судебной власти

Эффективность принципа законности государственного управления требует не только компенсации убытков, причиненных неправомерными действиями, но также и в первую очередь судебной защиты от незаконных действий государства. Незаконные действия административных органов необязательно являются средством злоупотребления властью. Они также могут проистекать из неправильного толкования закона. Споры между органами публичной власти и гражданами относительно правильного толкования закона возникают повсеместно. Толкование, даваемое частным лицом, равно как и толкование, даваемое административным органом, находится под сильным воздействием партийных интересов. Соответственно, принцип Rechtsstaat требует наличия независимой и беспристрастной судебной власти для того, чтобы разрешать правовые коллизии между государством и гражданином²⁶.

²² Mayer O. Deutsches Verwaltungsgericht. Vol. II (31924) at 295.

²³ BVerfG, Jud. of 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 [198].

²⁴ Staatshaftungsgesetz of 26.06.1981 (BGBl I S 553).

²⁵ BVerfG, Jud. of 19.10.1982 – 2 BvF 1/8, BVerfGE 61, 149.

²⁶ Bähr O. Der Rechtsstaat, eine publizistische Studie (1864) at 71; доступно на <http://books.google.de/>.

Во времена, предшествовавшие потерпевшей поражение германской революции, в Германии не существовало судебной защиты против неправомерного либо незаконного вторжения в индивидуальную свободу. Лишь те, кто обладал специальными привилегиями или же мог рассчитывать на согласованные иски, могли подавать жалобы на государство в общегражданские суды. Только в 60-е годы XIX столетия институт судебной защиты против вторжения в сферу частных свобод начал развиваться посредством учреждения специализированных судов, отделенных от судов общегражданских²⁷. Эти суды получили название *административных судов*. Судьи этих судов имели тот же статус и те же привилегии, что и судьи общегражданских судов, при этом они обладали широкими познаниями в сфере административного права и должны были отправлять правосудие в соответствии с иной процедурой. Идея создания отдельных административных судов имела в Германии большой успех, ибо судебная защита от действий административных органов либо их должностных лиц производилась по иным правилам и в иных судебных помещениях, нежели судебная защита по гражданским делам. Подход гражданского суда базировался не на аксиоме свободы, а на позитивной основе иска, будь то иск, связанный с договором, гражданско-правовым деликтом или же недобросовестным обогащением. Также гражданские суды всегда принимали во внимание лишь субъективные права сторон, а не публичный интерес, содержащийся в правомерности управленческой деятельности. Таким образом, они следовали принципам состязательного процесса, а вовсе не принципам процесса инквизиционного, как это делают административные суды.

Принцип всеобъемлющей судебной защиты против действий административных органов и их должностных лиц обрел свое завершение в разделе 4 статьи 19 Основного Закона, согласно которой каждый человек, заявляющий о том, что его правам был причинен ущерб органами публичной власти, имеет право на судебную защиту (так называемая гарантия доступа к правосудию). Согласно этому правилу, установление невозможности судебной защиты по определенным категориям споров между органами публичной власти и гражданами противоречит Основному Закону.

²⁷ *Rüfner Cf. W. Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 16 *Die Öffentliche Verwaltung [DÖV]* (1963), 719; *Menger C.-F. Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, 16 *DÖV* (1963), 726; *Georg Christoph von Unruh. Die Einrichtung der Verwaltungspflege als rechtsstaatliches Problem*, 28 *DÖV* (1975), 725.

Ни один акт и ни одно действие органа публичной власти не могут быть исключены из сферы действия права на судебную защиту.

Судебный контроль в отношении соблюдения законности требует проведения четкого водораздела между политическим актом законодательства и результатом этого действия, то есть законом как таковым. После вступления в силу правовая норма должна быть освобождена от политики и приобретает автономный статус²⁸. Данная автономия требует, чтобы правовая норма толковалась и применялась строго в соответствии с судебными критериями, а не с критериями политическими. Это различие весьма существенно, ведь толкование закона не должно основываться только на намерениях и мотивах законодателя, но также и на том, как законодательный акт будет восприниматься с точки зрения гражданина.

Принцип Rechtsstaat требует также определенных стандартов судебной процедуры²⁹. В частности, судья должен гарантировать справедливое судебное разбирательство. Это означает, например, что истцу положена помощь адвоката, дабы обеспечить «равенство стратегической мощи» и привести относительную профессиональную и юридическую слабость истца в равновесие с соответствующим положением органа публичной власти³⁰. Гражданин и его адвокат имеют право быть выслушанными до конца. Судьи, со своей стороны, обязаны изучить представленные сторонами документы и принять их во внимание при вынесении решения³¹. Это должно быть ясно отражено в мотивировочной части судебного решения³². Гарантия доступа к правосудию включает в себя также право на эффективную судебную защиту. Это включает возможность приостановки решения госорганов, если дело передано на рассмотрение Административного суда (§ 80 Акта о процедуре в административных судах)³³.

Судебная власть является релевантным фактором лишь в контексте Rechtsstaat, если решения судов соблюдаются и исполняются административными органами. В этом отношении принцип Rechtsstaat требует не только связать исполнительную власть законом, но также связать ее судебными решениями. Связанность судами еще больше, чем связанность законами, зависит от соответствующих профессиональных стандартов

²⁸ *Grimm D. Stufen der Rechtsstaatlichkeit. Zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft*, 64 Juristenzeitung [JZ] (2009), 596 [599].

²⁹ BVerfG, Dec. of 26.04.1988 – 1 BvR 669/87 u.a., BVerfGE 78, 123.

³⁰ BVerfG, Dec. of 08.10.1974 – 2 BvR 747/73, BVerfGE 38, 105.

³¹ BVerfG, Dec. of 19.05.1992 – 1 BvR 986/91, BVerfGE 86, 133.

³² BVerfG, Dec. of 19.05.1992 – 1 BvR 986/91, BVerfGE 86, 133.

³³ BVerfG, Dec. of 20.12.2012 – 1 BvR 2794/10, EuGRZ 13, 76

и идеалов должностных лиц административных органов и государства, которое осуществляет контроль в отношении административных органов, ибо суды не имеют возможностей для исполнения собственных решений. В ряде стран недостаточность Rechtsstaat в первую очередь обусловлена недостаточностью соответствующей этических стандартов³⁴.

Принцип Rechtsstaat требует не только легитимности исполнительной власти, но также и конституционности власти законодательной. Принцип Rechtsstaat должен соблюдаться не только в ходе правоприменения, но и в процессе создания законов. Для того чтобы гарантировать такое соблюдение, необходим конституционный суд, наделенный компетенцией и полномочиями по осуществлению контроля в отношении конституционности законодательных актов. В Германии конституционная юрисдикция (испытывавшая сильное влияние американского опыта) была установлена только лишь согласно Grundgesetz.

3. Материальное Rechtsstaat

Принцип Rechtsstaat приобрел качество «формальности» лишь тогда, когда обозначилось различие между «формальным» и «материальным» Rechtsstaat³⁵. Изначально понятие «формальный» использовалось в уничижительном смысле. Материальное Rechtsstaat рассматривалось как более хорошая и предпочтительная альтернатива. На сегодняшний день и понятие «формальный», и понятие «материальный» рассматриваются как составляющие элементы принципа Rechtsstaat.

3.1. Материальное Rechtsstaat против формального

Идея, согласно которой теории формального и материального Rechtsstaat, являли собой противоположности, в методологическом плане была связана с возникновением так называемой доктрины Свободного права (Freirechtslehre). Активисты этого движения, или же доктрины, утверждали, что постулат о легитимности не может быть соблюден, поскольку невозможно выделить повелительное правовое предписание из текста законодательного акта. Результатом этого являлся тот факт, что право по сути есть то, что об этом думают судьи³⁶. Доктрина свободного права, сто-

³⁴ *Kreiser Vgl. K., Neumann C. K. Kleine Geschichte der Türkei (22009) at 485.*

³⁵ *Darmstaedter F. Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates. Eine Untersuchung zur gegenwärtigen Krise des liberalen Staatsgedankens (1930) [reprint 1971], at 194ff.*

³⁶ *Kantorowicz H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), [reprint 2002] at 34.*

ронниками которой и по сей день является достаточно осязаемое меньшинство академических ученых и судей высшего звена, обрела заметное влияние лишь после окончания Первой мировой войны. Это было связано с тем, что многие правовые нормы более не были применимы в катастрофической экономической ситуации, возникшей по причине поражения в войне, коллапса импорта, массового обнищания народа и гиперинфляции. Писанные законы предусматривали способы разрешения конфликтов, представлявшихся неприемлемыми и несправедливыми в обстоятельствах того времени. В свете этого конфликта обязывающей природы права и чувства справедливости Верховный Суд (Reichsgericht) создал судебную практику, которая была в большей степени ориентирована на справедливость, нежели на «формальную связь» с писанным законодательством. Судьи выносили решения на основе своего собственного чувства справедливости и игнорировали букву и дух законов³⁷. И хотя для того, чтобы прекратить эту тенденцию, Верховный Суд позднее установил правило, согласно которому судьи могли игнорировать положения закона лишь в том случае, если данный закон противоречил Конституции и основным конституционным правам³⁸, табу уже было нарушено. Позднее, в период Веймарской республики, идея независимости суда служила аргументом, который антидемократические силы использовали в полемике и жесткой критике формального Rechtsstaat. Звучали обвинения в том, что формальность принципа Rechtsstaat не давала возможности делать различие между справедливостью и несправедливостью и гарантировать лишь правовую определенность, но никак не справедливость³⁹. Соответственно, они требовали «справедливого государства» взамен «формального Rechtsstaat»⁴⁰.

³⁷ Nörr K. W. *Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit. Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses* (1996).

³⁸ Reichsgericht [RG], Dec. of 25.01.1924 – III 882/22, RGZ 107, 315 [316f.]; Jud. of 01.03.1924 – V 129/23, RGZ 107, 370 [376]; 107, 370; Jud. of 04.11.1925 – V 621/24, RGZ 111, 320 [322].

³⁹ Forsthoff E. *Der totale Staat* (1933) at 13: «Der reine Rechtsstaat, das heißt der Staat, der sich existenziell erschöpft in einer Rechts- und Ämterordnung, ist der Prototyp einer Gemeinschaft ohne Ehre und Würde». Koellreutter O. *Deutsches Verfassungsrecht* (1935) at 54f.: «Im nationalsozialistischen Rechtsstaat gibt es nicht nur positive Rechtsquellen, sondern die oberste Rechtsquelle ist die nationalsozialistische Rechtsidee, die im Rechtsgefühl des Volkes zum Ausdruck kommt».

⁴⁰ Lange H. *Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat* (1934) at 20ff.

В первые годы после окончания Второй мировой войны этот подход по-прежнему был весьма влиятельным в Германии. Тем не менее исключалось, что формальные принципы могут быть заменены на «более высокие» ценности нацистского толка, но скорее на «более высокие» ценности католического естественного права⁴¹.

3.2. «Целевое значение» Grundgesetz

Федеральный Конституционный Суд в очевидной форме отверг эти подходы в 1959 году⁴². Согласно этому подходу, не позволялось использовать идеи естественного права либо иные «идеи о ценностях» в качестве источника права. С одной стороны, это не означало, что материальные ценности не могут играть никакой роли и релевантными являются только лишь формальные критерии. Скорее уж структура самого Grundgesetz содержит материальные ценности. Основные конституционные права в буквальном смысле являются не только правом на защиту от вмешательства государства. Перечень закрепленных в конституции основных прав может также рассматриваться как «целевое назначение, которое в качестве конституционного принципа является применимым во всех сферах права»⁴³. Данное целевое назначение регулирует не только правовую связь между гражданином и государством, но также и связи между согражданами. Оно воздействует не только на толкование публичного права (административное право), но и на толкование гражданского и уголовного права. Более того, оно ограничивает пределы усмотрения законодателя. В то время как принцип формального Rechtsstaat подчиняет верховенству закона лишь органы публичной власти и суды, согласно принципу материального Rechtsstaat, все органы власти, включая власть законодательную и частно-правовой сектор, должны подчиняться конституционному целевому назначению. Законодатель не должен создавать правовые нормы, несовместимые с «ценностно-определяющими основными положениями

⁴¹ *Weinkauff H.* Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 13 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] (1960), 1689; *Evers H. U.* Zum unkritischen Naturrechtswusstsein in der Rechtsprechung der Gegenwart, 16 Juristenzeitung [JZ] (1961), 241; *Kaufmann A.* Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart, 18 Juristenzeitung [JZ] (1963), 137 [140]; see also: *Fikentscher W.* Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Vol. III (1976) at 332ff.

⁴² BVerfG, Dec. of 29.07.1959 – 1 BvR 205/58, BVerfGE 10, 59 [81].

⁴³ BVerfG, Jud. of 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 – «Lüth», BVerfGE 7, 198 [205].

Grundgesetz»⁴⁴. Граждане должны защищаться от необоснованных притязаний своих сограждан, несовместимых с конституционным целевым предназначением.

Посредством вынесения этого решения поворот к принципу материального Rechtsstaat был завершен. Очень важно сознавать, что данный принцип не контрастирует и не противоречит свойствам принципа формального Rechtsstaat. Последний даже в известной степени был обогащен появлением критерия материальной справедливости. В то время как критерии формального Rechtsstaat могут лишь гарантировать правовую определенность, материальное Rechtsstaat оберегает не только правовую определенность, но и материальную справедливость, в той степени, в которой они охватываются основными конституционными правами⁴⁵.

3.3. Барьеры для барьеров

Согласно формальному принципу Rechtsstaat, аксиома свободы находится в пределах абстрактно-общего писаного права. Свобода, если можно так выразиться, ограничена *барьерами закона*. Однако согласно материальному принципу Rechtsstaat, законы сами ограничены барьерами конституционного целевого предназначения, основанного на перечне конституционно закрепленных основных прав. Таким образом, существуют барьеры для барьеров. В конституционной доктрине стало принято говорить о *барьерах для барьеров*.

Законы могут ограничивать свободу лишь в том случае, если они не противоречат конституционному перечню основных прав. Следовательно, необходимо всегда проверять сочетаемость законов с Конституцией. Компетенцией по проверке конституционности наделяются только

⁴⁴ BVerfG, Dec. of 17.01.1957 – 1 BvL 4/54 – «Steuersplitting», BVerfGE 6, 55 [72].

⁴⁵ Позднее Федеральный Конституционный Суд излишне расширительно истолковал подход «целевого значения», превратив его тем самым в свое иное. Он выводил целевое значение в буквальном смысле не только из основных прав, но также и из иных норм Конституции. Результатом стала не защита свободы, а ее сужение. Например, из конституционного правомочия федерации создавать вооруженные формирования он сделал вывод о том, что функциональность вооруженных сил является конституционной ценностью. Эта предполагаемая ценность могла затем быть использована для оправдания ограничения свободы совести лиц, не желающих идти на военную службу cf. BVerfG, Dec. of 26.05.1970 – 1 BvR 83/69, BVerfGE 28, 243; Jud. of 24.04.1985 – 2 BvF 2/83 u.a., BVerfGE 69, 1 [22].

суды и никак не административные органы. Органы исполнительной власти должны следовать законам вне зависимости от того, конституционны эти законы или нет. Жесткая связь управления с буквой закона вполне уместна, поскольку граждане, о которых идет речь, всегда обладают конституционным правом обжаловать административный акт и заявить, что он основан на законах, противоречащих конституции. Общие суды наделены полномочием провозглашать правовые нормы недействительными по причине их неконституционности, если такая правовая норма была принята не парламентом, а саморегулируемой организацией или же правительством. Если же речь заходит о законах, принимаемых парламентом, тогда суды должны направить дело в Федеральный Конституционный Суд, если имеются серьезные основания полагать, что данный закон является неконституционным (статья 100 Основного Закона)⁴⁶.

Стандарты проверки законов варьируются и зависят от того, о каком именно основополагающем конституционном праве идет речь. Так, некоторые основные права предполагают возможность их ограничения законом (например, статья 8 раздела 2 Основного Закона: уличные шествия), в то время как формулировки других прав не содержат такой установленной в законодательном порядке оговорки (например, ч. 1 ст. 4 Основного Закона: Свобода религии и совести). Данные основные права могут быть ограничены лишь другими конституционно закрепленными основными правами (имманентные конституционные барьеры)⁴⁷. Некоторые основные права могут быть ограничены только лишь так называемыми «квалифицированными законами» (например, ч. 3 ст. 6 Основного Закона: Право на семейное единство родителей и детей может быть ограничено лишь в том случае, если родители не выполняют свои обязанности и дети могут оказаться брошенными). В рамках данной статьи невозможно в деталях рассмотреть все модификации законодательно закрепленных оговорок, поэтому приведем лишь два примера:

Свобода выражения мнений (статья 5 Основного Закона) может быть ограничена лишь «общим» законом. Согласно судебной практике Федерального Конституционного Суда, термин «общий» в данном контексте означает не только стандартные требования того, что ограничивающие свободу нормы должны быть абстрактными и общими. Скорее слово «общий» в статье 5 Основного Закона означает, что недопустимо запрещать

⁴⁶ Die normalen Gerichte haben allerdings auch eine Verwerfungskompetenz für formale Gesetze, sofern sie im Widerspruch zu dem Recht der Europäischen Union stehen. Auf diese Thematik wird hier aber nicht weiter eingegangen.

⁴⁷ BVerfG, Jud. of 24.04.1985 – 2 BvF 2/83 u.a., BVerfGE 69, 1 [22].

определенные мнения в законодательном порядке, возможно лишь ограничивать право на свободное выражение мнения с помощью закона, который не имеет цели регулировать или же подавлять определенные мнения. Задача такого закона скорее должна быть иной. Такой закон должен быть посвящен цели охраны любых иных объектов, не имеющих отношения к мнениям⁴⁸. Общим законом в данном значении является, например, закон, запрещающий учителям и ученикам выражать любые политические либо религиозные взгляды в школе и демонстрировать политическую или же религиозную символику. Очевидно, что целью данного закона не является подавление конкретных политических или религиозных взглядов, поскольку запрещено выражение любых политических или религиозных взглядов. Скорее, его целью является привнесение мира в школы. Тем не менее эта легитимная цель все еще недостаточна для того, чтобы данный закон мог считаться конституционным. В любом случае скорее уж необходимо сопоставить потребность в свободном выражении мнений с конкурентоспособным легитимным благом (в данном случае – мир в школах), для того чтобы определить, какая из потребностей является более важной. Если, например, имеется конфликт интереса арендатора, заключающегося в выражении его политических мнений посредством размещения постеров на окне, с одной стороны, а с другой стороны – интересов арендодателя, который не желает толерантно относиться к различным мнениям своих арендаторов, в этом случае потребность арендатора в выражении своего мнения является более значимой, нежели стремление арендодателя подавить точки зрения, которые он не разделяет. С другой стороны, мир в школах может иметь больший вес, нежели свобода выражать чьи-либо взгляды в пределах школы, поскольку мир в школах есть общественное благо, и к тому же ученики и учителя не лишаются возможности выражать свое мнение за пределами школы⁴⁹.

Поскольку последней инстанцией, в которой могут быть сформированы данные соображения, являются судебные органы, суды как таковые и Федеральный Конституционный Суд в частности обретают мощные полномочия. Следовательно, в полемических целях периодически допустимо говорить о «судебном государстве» вместо «Rechtsstaat»⁵⁰.

⁴⁸ BVerfG, Jud. of 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 – «Lüth», BVerfGE 7, 198.

⁴⁹ Freiburg A. Jud. of 17.03.1987 – 10 C 4904/8, WuM 1987, 144; противоположное мнение: Aachen L. Jud. of 25.11.1987 – 7 S 294/87, WuM 1988, 53.

⁵⁰ Maier Z. B. H. Dritte Gewalt und Grundgesetz – nach vierzig Jahren, 68 Deutsche Richterzeitung [DRiZ] 1990, 4; Rütters B. Rechtswissenschaft ohne Recht?, 64 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] (2011), 434.

Второй пример касается ограничений свободы выбора профессии (статья 12 Основного Закона). В этом плане Федеральный Конституционный Суд разработал так называемую *трехступенчатую теорию*⁵¹. Если конкретный закон определяет только конкретные способы осуществления определенной профессиональной деятельности (например, обязанность размещать цены на продуктах в магазинах), любые разумные соображения, касающиеся общих интересов, могут легитимизировать ограничения. Если конкретный закон определяет условия, лишь при наличии которых допускается осуществлять определенную профессиональную деятельность, устанавливаться могут лишь условия личного характера (например, наличие специального образования, экзамены и т.п.), но не какие-либо иные критерии (например, ограниченный доступ, имеющий целью защиту интересов участников рынка), и подобные условия личного характера могут устанавливаться лишь в случае, когда это необходимо для защиты важных общественных интересов (например, здоровье). Полнейший запрет профессии возможен лишь в экстраординарных чрезвычайных обстоятельствах, в частности, если осуществление такой профессиональной деятельности ведет к серьезной угрозе общеизвестным основополагающим общественным благам (например, торговля вооружением).

В случаях, когда определенные фундаментальные права не предполагают специальные требования в целях устанавливающего ограничения закона, а также в ситуациях, где речь идет не о каком-либо отдельном основополагающем праве, а лишь об общих правилах свободы действия (ч. 1 ст. 2 Основного Закона), недостаточно, если законодатель ограничится принятием простого абстрактно-общего запретительного акта. В подобных случаях необходимо уточнить в деталях, могут ли такие ограничения быть оправданны. Стандартом для такой проверки является принцип пропорциональности⁵². Он требует легитимную цель и средства, являющиеся подходящими, необходимыми и пропорциональными. А суды должны определить, были ли выполнены эти условия.

Следующим *барьером для барьеров* является так называемая *гарантия сущности*. Согласно части 2 статьи 19 Основного Закона, ограничивать либо нарушать *сущность* основополагающего права запрещено во всех случаях. До настоящего времени этот момент так и не был прояснен – ни судебной практикой Федерального Конституционного Суда, ни доктриной – что имеется в виду под *сущностью*. Было бы разумно предпо-

⁵¹ BVerfG, Dec. of 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377.

⁵² BVerfG, Dec. of 16.03.1971 – 1 BvR 52/66, BVerfGE 30, 292 [316].

ложить, что какое-либо из основополагающих прав никогда не может быть ограничено до такой степени, что от него в буквальном смысле не ничего не осталось. Хорошим примером может послужить тюремное заключение. Исполнение такого вида наказания, как пожизненное заключение, приводит к следующему результату: фундаментальное право, предусмотренное в предложении 2 части 2 статьи 2 Основного Закона («Свобода личности ненарушима»), более не существует для такого заключенного. Это есть нарушение сущности данного права. Федеральный Конституционный Суд в 1977 году постановил, что пожизненное заключение противоречит Конституции, если лицо, о котором идет речь, не будет иметь реального шанса на освобождение ввиду примерного поведения и личностного совершенствования. Подобный шанс должен быть гарантирован законом, который может быть применен в конкретном судебном процессе, а не просто выступать в качестве перспективы в случае помилования⁵³. Тем не менее Суд не сослался на гарантию сущности, основывая свои аргументы на принципе человеческого достоинства (ч. 1 ст. 1 Основного Закона). Однако мне представляется не очень убедительным, что ситуация, в которой некое лицо до конца жизни лишено права перемещаться из одного места в другое, уже сама по себе является ситуацией, в которой страдает человеческое достоинство. Думаю, что если бы Федеральный Конституционный Суд сослался на гарантию сущности, это явилось бы более глубоким анализом.

Тем самым мы переходим к последнему и наиболее мощному барьеру для барьеров, обозначенному принципом материального Rechtsstaat, а именно принципом человеческого достоинства (ч. 1 ст. 1 Основного Закона)⁵⁴. Барьер для барьеров применим только к тем фундаментальным правам, которые представляют собой кодификацию прав человека. Права человека являются субъективными правами, которые могут быть производными от человеческого достоинства⁵⁵. Человеческое достоинство не имеет отношения к свободе действия, но напрямую касается свободы воли, то есть человеческой индивидуальности. Индивидуальность есть способность к самоопределению на основе собственных

⁵³ BVerfG, Jud. of 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 – «lebenslange Freiheitsstrafe», BVerfGE 45, 187.

⁵⁴ Cf. *Tiedemann P. Menschenwürde als Rechtsprinzip. Eine rechtsphilosophische Klärung* (32012).

⁵⁵ Cf. Преамбула международного Акта о гражданских и политических правах 19.12.1966 (UNTS 999, 171).

соображений и размышлений. Права человека – это права, охраняющие человеческую индивидуальность, а не просто свободу действия⁵⁶. Grundgesetz содержит ряд фундаментальных прав, нарушение которых никогда одновременно с этим не является поправлением человеческого достоинства. Это справедливо, в частности, в отношении вышеупомянутой свободы выбора профессиональной деятельности (ст. 12 Основного Закона), свободы передвижения (ст. 11 Основного Закона) и права на петиции (ст. 17 Основного Закона). В то время как гарантия сущности применима к любому фундаментальному праву, принцип человеческого достоинства применим лишь к тем из них, которые относятся хотя бы в определенной части к правам человека. С другой стороны, фундаментальные права, которые не включают в себя права человека, могут быть заменены посредством ограничительной формулировки, либо они могут быть полностью отменены волей законодателя посредством изменения Конституции⁵⁷. В этом случае гарантия сущности отвергается. Права человека, с другой стороны, пребывают вне доступа уполномоченного изменять конституцию законодателя, ибо представляют собой конкретизацию принципа человеческого достоинства, и этот принцип подпадает под действие так называемой *статьи о вечном*, предусмотренной частью 3 статьи 79 Основного Закона, то есть является неизменным.

4. Социальное Rechtsstaat

Подобно тому как концепция материального Rechtsstaat изначально представляла собой полемическую контрконцепцию по отношению к концепции формального Rechtsstaat, термин «социальное Rechtsstaat» многим обязан изначально скептическому отношению к свободе. Выражение «социальное Rechtsstaat» впервые появляется в 1921 году в книге Пилоти и Шнайдера, которые с социалистской точки зрения требовали отказа от идеи «чистого Rechtsstaat» и замены его идеей «социального Rechtsstaat» или «социального государства»⁵⁸. В ходе работы над проектом Основного Закона член Парламентского совета Герман фон Манголдт внес

⁵⁶ См. также: *Тидеманн П.* Человеческое достоинство как абсолютная ценность, в «Человеческое достоинство как основа права», ARSP-Beiheft, Brugger W., Kirste S. eds. (2013), 25.

⁵⁷ Основной Закон может быть изменен, если за это проголосуют две трети депутатов каждой из обеих палат парламента.

⁵⁸ *Piloty R., Schneider F.* Grundriß des Verwaltungsrechts in Bayern und dem Deutschen Reiche (51930) at 2.

предложение охарактеризовать Федеративную Республику Германия как «социальное Rechtsstaat»⁵⁹. В итоге Парламентский совет предпочел иную формулировку, а именно формулу «социальное федеративное государство» (ч. 1 ст. 20 Основного Закона). Выражение «социальное Rechtsstaat» возникает лишь в части 1 статьи 28 Основного Закона, устанавливающей, что конституционный строй в землях должен соответствовать принципам «социального Rechtsstaat в духе настоящего Основного Закона». При этом оставалось неясным, какие именно принципы имелись в виду. Ни текст Grundgesetz, ни протоколы работы над проектом не содержат сведений о том, что именно имелось в виду под характеристикой «социальный». Напротив, было очевидно, что Парламентский совет не приложил ни малейших усилий в этом направлении⁶⁰.

Поначалу академическая доктрина придерживалась той точки зрения, что выражение «социальный» – это пустая формула («substantzlosen Blankettbegriff»), не имеющая смыслового содержания, и посему открытая для чего угодно⁶¹. Эрнст Форстхофф ввел понятие «*превентивные меры для существования*» (Daseinsvorsorge), с той поры являющееся ключевым понятием при описании социального Rechtsstaat⁶². Согласно данной точке зрения, государство более не рассматривается как серьезная угроза свободе человека, которая должна была находиться под контролем с помощью принципа формального и материального Rechtsstaat. Вместо этого рассматриваются более существенные источники опасности, в частности, негосударственная экономическая мощь, а также болезни, возраст и увечья. Государство в меньшей степени воспринимается как механизм потенциального злоупотребления властью и подавления, нежели как мощное средство защиты от угрозы со стороны отдельных индивидов либо могущественных негосударственных агентов. Выражение «социальное Rechtsstaat» тем самым служит цели вменить государству в обязанность гарантировать существование своих граждан. Следуя этой теории, Ганс Петер Ипсен создал новый вид конституционного понятия, которое получило название «*обозначение целей государства*» (Staatszielbestimmung). *Обозначение целей государства* есть конституционная статья, посред-

⁵⁹ Weber W. Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in 4 Der Staat (1965), 409 [411].

⁶⁰ Id.

⁶¹ Grewe W. Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, 4 Deutsche Rechtszeitung (1949), 349 [351].

⁶² Forsthoff E. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in 12 Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (1954), 8.

ством которой государство наделяется полномочиями по достижению целей, определенных в данной статье⁶³. Согласно доктрине Ипсена, *обозначение целей государства* (статья «Социальное государство») определяет «цель и обязанности государства по формированию общественного устройства»⁶⁴. Данная точка зрения превалировала в германской конституционной доктрине. При этом она вызывает серьезные сомнения.

Во-первых, неясно, почему Конституция должна наделять государство задачами и обязанностями по формированию общественного устройства. Государство может это делать и без указания Конституции. Обязанности федеративного государства и земель основаны не на принципе особого обретения полномочий, а на принципе превалирования Компетенции над компетенцией. Согласно этому принципу, земли и (в пределах ее законотворческой компетенции) Федерация могут принимать на себя ответственность за любую цель или же предмет ведения. Таким образом, Федерация и земли (регионы) полномочны проводить социальную политику. Статья о социальном государстве ничего к этому не добавляет.

Более того, статья о социальном *Rechtsstaat* не может предотвратить вероятность того, что государство ничего не будет делать в этой сфере. А если оно ничего не делает, никто не сможет опротестовать такое поведение государства в суде. Статья о социальном *Rechtsstaat* не определяет, кто именно несет ответственность за выполнение определенных задач. Ответственны за это земли или же Федерация? А если посмотреть на ситуацию внутри Федерации или земли, то какие именно органы и какие именно аспекты общественного устройства должны обеспечивать? На какой именно орган публичной власти можно подать в суд за то, что он не выполнил свою задачу? Очевидно, что статья о социальном *Rechtsstaat* не дает ответа ни на один из этих вопросов. Ответы могут быть даны лишь соответствующими законами.

И последнее: статья о социальном *Rechtsstaat* не может решить определенные задачи, поскольку выражения «социальный» и «общественное устройство» излишне расплывчаты для того, чтобы четко определить, что именно должно делать государство. К какому общественному устройству следует стремиться, неолиберальному, социалистическому, к системе, основанной на рыночной экономике, системе государствен-

⁶³ *Ipsen H. P. 25 Jahre Grundgesetz, 27 Die Öffentliche Verwaltung* (1974), 289 [294]; vgl. Karl-Peter Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen* (1997).

⁶⁴ *Ipsen H. P. Enteignung und Sozialisierung*, in *10 Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer* (1952), 74.

ной экономики или же к чему-то иному? Данные вопросы показывают, что определение общественного устройства – это в первую очередь сфера социальной политики, а не конституционный вопрос.

Любопытно, что до сих пор статья о социальном Rechtsstaat совершенно не была востребована в немецкой судебной практике. Одним из классических примеров судебного решения, затрагивающего этот принцип, является решение Федерального Административного суда 1954 года, согласно которому государственная поддержка неимущих осуществляется не в общественных интересах, а в первую очередь в интересах самих неимущих. Они обладают пользующимся судебной защитой правом на экономическую поддержку в ситуации чрезвычайной бедности⁶⁵. Тем не менее данное решение было основано не только на принципе социального Rechtsstaat, но в первую очередь на принципе человеческого достоинства. В ряде случаев Федеральный Конституционный Суд признал неконституционными законы, исключавшие отдельных лиц из социума. Однако во всех этих случаях Суд основывал свои выводы не на принципе социального Rechtsstaat, а на принципе человеческого достоинства. Суд очень часто упоминает принцип социального Rechtsstaat, но лишь как клише, не имеющее отношения к сути дела. Скорее, он используется в качестве риторического усиления мотивировочной части судебного решения⁶⁶.

Маргинальная роль термина «социальный» недвусмысленно свидетельствует о том, что попытка сделать социальную компоненту частью принципа Rechtsstaat оказалась неудачной. Принцип Rechtsstaat фактически является негативным принципом. Он может лишь сказать нам, что государство не должно делать, но вовсе не то, что оно делать должно. С другой стороны, концепция социальности ссылается на все позитивное, на то, что государству следует делать. Как бы то ни было, решение вопроса о том, что государство должно делать в позитивном ключе, лежит в сфере политических процессов, на которые влияют и которые определяют демократические выборы и голосование.

5. «Зеленое Rechtsstaat»

Выражение «зеленое Rechtsstaat» не является общеупотребительным в немецкой конституционной доктрине. Я ввожу этот термин для того,

⁶⁵ BVerwG, Jud. of 24.06.1954 – V C 78.54, BVerwGE 1, 159.

⁶⁶ BVerfG, Dec. of 10.11.1998 – 2 BvL 42/93 – «Kinderexistenzminimum I», BVerfGE 99, 246; Dec. of 13.02.2008 – 2 BvL 1/06 – «Kinderexistenzminimum II», BVerfGE 120, 125; Jud. of 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u.a. – «Hartz IV», BVerfGE 125, 175.

чтобы обозначить новый этап развития, касающийся дальнейшего совершенствования принципа Rechtsstaat. Этот этап начался лишь в середине 1980-х годов. В то время как доктрина положения о целях государства разрабатывалась для того, чтобы дать толкование словечку «социальный» в понятии «социальное Rechtsstaat» в статье 28 Основного Закона. Уже с 1980-х годов крепло сознание того, что данная доктрина нерелевантна для толкования Основного Закона, при этом положения об обозначении целей государства могут также применяться для определения новых целей государства посредством изменения Конституции. В феврале 1984 года фракция Социально-демократической партии Германии в немецком парламенте потребовала принять поправку к Конституции, касающуюся защиты окружающей среды, с использованием статьи об обозначении целей государства⁶⁷. Следующим импульсом стало объединение Германии в 1989/90 год. Договор об Объединении 1990 года устанавливал, что законодательные органы должны принять во внимание соображения об определении новых целей государства в действующей Конституции⁶⁸. В итоге в 1994 году в Конституцию было включено новое положение со следующей формулировкой: «Государство, осознавая свою ответственность перед будущими поколениями, защищает естественные основы жизни и животного мира в рамках реализации конституционного строя, посредством принятия законодательных актов и деятельности исполнительной и судебной ветвей власти в соответствии с правом и справедливостью» (статья 20а Основного Закона). В результате этого появилось новое обозначение целей государства, которое, подобно статье о социальном государстве, формулировало лишь весьма общую и расплывчатую цель, не пользующуюся судебной защитой. При этом новая статья предусматривает новые пределы государственной власти. Государство не должно преследовать политические цели, противоречащие защите естественных основ жизни. Публичная политика, подвергающая опасности данную цель, может считаться конституционной лишь в том случае, если будет проведена четкая, всеобъемлющая и транспарентная оценка, в определенных пределах подлежащая судебному контролю. Так, например, Высший Административный суд Веймара признал муниципальный нормативно-правовой акт о принудительном подключении и использовании районной отопительной системы недействительным, поскольку он не предусматривал исключения

⁶⁷ BT-Drs. 10/974 v. 08.02.1984.

⁶⁸ Art. 5 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands v. 31.08.1990 – BGBl. 1990 II 885.

для собственников, имеющих свои собственные отопительные системы, получающие энергию из возобновляемых источников (гелиоколлекторов). Подобное законодательство противоречило государственной цели, установленной в статье 20а Основного Закона⁶⁹. Тем не менее, к сожалению, в более существенных делах новая статья об обозначении государственных целей и по сей день в большинстве случаев игнорируется. Например, весьма примечательно, что решение Германии отказаться от использования ядерного оружия было лишь политическим, а не правовым решением, которое стоило бы обосновать положениями статьи об обозначении природоохранных целей государства⁷⁰.

Тем не менее новая статья об обозначении целей государства в сфере защиты основ жизни может быть истолкована как провозглашение принципа «зеленого Rechtsstaat» на конституционном уровне. Она не содержит четкого указания, на то, что именно должно делать государство в целях защиты основ жизни. Однако, помимо прочего, она содержит и негативное положение, согласно которому государство не может проводить какую-либо политику, откровенно противоречащую целям защиты основ жизни. Очевидно, что естественные основы жизни относятся к наиболее важным условиям личной свободы. Невозможно представить себе большее нарушение личной свободы, нежели то, что явилось последствием разрушения наших средств к существованию или же принятия мер, сделавших места наших привычных поселений непригодными для жилья.

Дальнейшее развитие обозначения целей государства в сфере «основ жизни», в частности в земле Гессен, тем не менее демонстрирует наличие риска, связанного с экстенсивным использованием обозначения целей государства как таковых. В случае Гессена мы получаем пример того, как можно злоупотребить обозначением целей государства. В 1991 году население Гессена включило в Конституцию Гессена обозначение целей государства в формулировке, весьма сходной со статьей 20а Основного Закона⁷¹. Статья 26а Конституции Гессена гласит: «Естественные основы жизни человека находятся под защитой государства и муниципалитетов».

⁶⁹ Oberverwaltungsgericht Weimar, Jud. of 24.09.2007 – 4 № 70/03, 4 Contracting und Recht [CuR] (2008), 102.

⁷⁰ *Breithardt A.* Germany plans to shut all nuclear reactors by 2022, available at <http://www.reuters.com/article/2011/05/31/us-germany-nuclear-idUSTRE74Q2P120110531>.

⁷¹ GVBl. Hessen 1991 I 101.

В 2001 году Ассоциация спорта Гессена начала кампанию в целях признания обозначения целей государства в экологической сфере недействительным в случае, если оно затрагивает интересы спорта. При этом ассоциация открыто призвала население и все политические партии принять другое положение Конституции об обозначении целей государства в целях «защиты спорта». Цель данной кампании ясно изложена в письме президента ассоциации премьер-министру Гессена: «После включения в 1991 году в Конституцию Гессена статьи о защите окружающей среды, включение десятилетие спустя статьи о защите спорта создало бы необходимый баланс интересов»⁷². Статья о защите окружающей среды рассматривалась как оружие против спорта, и чиновники из спортивной среды желали уравнивать силы для того, чтобы более эффективно защищать свои интересы. Они наделили свои собственные частные специфические интересы тем же статусом, что и публичный интерес в сохранении основ жизни. И они в этом преуспели. Политические партии исполнились энтузиазма по поводу этой идеи, ведь это был отличный способ отвлечь внимание от серьезных политических проблем⁷³. От народа при голосовании за данную поправку к Конституции потребовали принять решение либо в пользу спорта, либо против него. Неудивительно, что подавляющее большинство отдало свои голоса за спорт. Никто так и не понял истинной мотивации данного предложения и никто не понял конституционную функцию обозначения целей государства. Никто не осознал реального предназначения и цели данного предложения и не понял того, что на самом деле оно будет использоваться не для поддержки спорта, а для ослабления положений об обозначении целей государства в экологической сфере. В сентябре 2002 года обрела юридическую силу статья 62а Конституции Гессена, в соответствии с которой «спорт пользуется защитой и охраной со стороны государства, муниципалитетов и ассоциаций муниципалитетов»⁷⁴.

Наконец-то баланс сил восстановлен! В конфликте между защитой основ жизни и защитой спорта конституционное значение первого оказалось, если можно так выразиться, парализовано конституционным

⁷² Brief des Präsidenten des Hessischen Sportbundes Dr. Rolf Müller an den hessischen Ministerpräsidenten Roland Koch v. 28.11.2011 – доступно на <http://www.landessportbund-hessen.de/presse/archiv/2001/11/28/sport-als-staatsziel-in-die-verfassung/>.

⁷³ Hessischer Landtag Drucksache 15/3579 v. 29.01.2002.

⁷⁴ GVBl. Hessen 2002 I 628.

значением второго. Данный пример демонстрирует, насколько бережно следует обращаться с обозначением целей государства. И использовать его надлежит лишь в очень редких и экстремальных релевантных ситуациях (как, например, защита основ жизни), и только после максимально интенсивного общественного обсуждения.

Перевод Е. Мишина
Текст © Paul Tiedemann, 2013

Шарандин Юрий Афанасьевич
Заместитель Руководителя Аппарата – начальник Правового
управления Совета Федерации Федерального Собрания
Российской Федерации,
к. ю. н.

Кравченко Дмитрий Валерьевич
адвокат, вице-президент МОФ «Фонд развития права»,
председатель Совета молодых юристов
Московского отделения Ассоциации юристов России,
к. ю. н.

**ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО
И ДРУГИЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРАВОВЫЕ
ДОКТРИНЫ: ЛИНГВИСТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ
КОНВЕРГЕНЦИИ И РАЗГРАНИЧЕНИЯ**

Верховенство права является единственным разработанным на настоящее время механизмом обеспечения беспристрастного контроля над использованием власти государством.

Из резолюции Совета Международной ассоциации юристов от 08.10.2009

В самой сердцевине Верховенства права существует парадокс. С одной стороны, этот принцип требует ясности и исключает двусмысленность права. Но двусмысленность существует в самом восприятии этого принципа. Имеются значительные разногласия по вопросу определения Верховенства права.

*Рональд Дворкин,
из выступления на конференции Венецианской
комиссии: «Верховенство права как практическая
концепция», 02.03.2012*

Правовое государство, исторически происходящее из немецкого Rechtsstaat – вероятно, высшего достижения немецкой философии права, – записано в текстах конституций и может в деталях, определяемых различием национальных правовых систем, варьироваться от страны к стране.

Петр Баренбойм,

из книги «Соотношение доктрин Верховенства права и Правового государства как главный вопрос философии права и конституционализма»

Сегодня ни у кого не возникает сомнений в серьезном влиянии глобализационных процессов на национальное право. О проблемах конвергенции, разграничения, конкуренции различных мировых правовых систем в настоящее время говорят ведущие политики, юристы-практики, ученые, философы права. Одним из ярких показателей этого стало обсуждение многих мировых правовых вопросов на III Петербургском международном юридическом форуме именно в контексте верховенства права – доктрины, принимаемой Россией в соответствии с международными обязательствами, но ведущей свое происхождение из стран англосаксонской правовой системы.

Ведущие правоведы мира открыто признают, что в мире отсутствует единство в понимании собственно верховенства права, что особенно интересно в условиях создания и функционирования международных структур по продвижению этой доктрины в национальные правовые системы. Появляется все больше и больше экспертных свидетельств тому, что существо верховенства права трактуется по-разному не только в его первоначальном, англосаксонском понимании, но и в связи с мировым значением этого принципа. Похоже, что сегодняшнее «мировое» верховенство права уже существенно отличается от «англосаксонского» верховенства права. Невозможно механически перенести некую основополагающую правовую концепцию на другие страны, поскольку она будет требовать совмещения и объяснения для иных национальных правовых концепций. Более того, многие эксперты сейчас говорят о том, что доктрина верховенства права может и должна восприниматься именно через ее сопоставление с основной «конкурирующей» правовой доктриной – правового государства (и наоборот). И настоящая статья – лишь предварительная постановка вопроса о таком сопоставлении, поскольку вопрос нуждается во всеобъемлющем, разно-стороннем анализе, включающем в себя, помимо собственно правовых,

исторические, философские, географические, социокультурные и многие другие аспекты.

Интересно, что проблема сопоставления доктрин правового государства и верховенства права до недавнего времени была вообще практически неисследованной. И причиной этому во многом были лингвистические трудности и недопонимания перевода. В сегодняшнем глобальном мире языковая точность международного научно-практического профессионального общения и интерпретации международных документов приобретает все большую важность. И как в марте 2013 года мировые СМИ, неверно переведшие заявления Пхеньяна в отношении Южной Кореи, чуть было не объявили последней от имени КНДР войну, так и переводчики юридических текстов нередко оказывают важнейшее влияние на международные правовые процессы.

Лишь буквально в последнем десятилетии юристы обратили внимание на то, что доктрины верховенства права и правового государства являются различными по существу и что государство с верховенством права не является правовым государством автоматически и наоборот. Специалисты обратили внимание, что верховенство права переводится неправильно как «верховенство закона» (к слову, этот лингвистически ошибочный термин записан в некоторых концептуальных нормативных правовых актах России, например, в законе «О прокуратуре Российской Федерации») и т. п. Вместе с тем выверенность каждого слова столь фундаментальных принципов, осторожное и продуманное восприятие каждой из составляющих крайне важны для правового пути развития того или иного государства, равно как и всего мирового сообщества. Любой аспект таких правовых доктрин может иметь решающее значение, что мы наблюдаем на примере фашистской Германии, «забывшей» о неудобных элементах правового государства и исказившей эту доктрину до неузнаваемости.

Поэтому тот факт, что многие международные специалисты пришли к осознанию многогранности правового мира, к необходимости отличать те или иные правовые доктрины друг от друга, может только приветствоваться.

Одной из первых серьезных попыток заявить о проблеме лингвистического смешения доктрин правового государства и верховенства права стала работа в этой области Парламентской Ассамблеи Совета Европы. В одной из резолюций ПАСЕ 2007 года¹, инициированной голланд-

¹ The principle of the Rule of Law. Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe # 1594 (2007).

цем Эриком Юргенсом (обсуждавшейся и принимавшейся с участием одного из авторов настоящей статьи), указывается:

Несмотря на общую приверженность этому принципу (Верховенства права. – Прим. авт.), различия в терминологии и понимании этого термина как Советом Европы, так и государствами-членами, обнаруживают противоречия. Так, французский термин «Etat de droit» (вероятно, являющийся переводом термина «Rechtsstaat», известного германской и многим другим правовым традициям) часто используется как аналог англоязычного термина «Rule of Law», но не всегда соответствует его содержанию. Гораздо более адекватным понятием здесь является «preeminence du droit»...

Парламентская ассамблея обращает внимание на тот факт, что в некоторых молодых демократиях Восточной Европы тенденции развития правовой мысли способствуют пониманию Верховенства Права как «верховенства писаного закона», на русском «верховенство закона», а термина «Etat de droit» – как «государства, основывающегося на принципе верховенства писаного закона» (на французском – «Preeminence des lois», а не «du droit»). Это создает существенную озабоченность, поскольку в некоторых из этих стран как в теории, так и на практике сохраняются определенные тоталитарные традиции, противоречащие Верховенству Права. Такой «формальный» перевод понятия «Rule of Law» и «Etat de droit» (равно как и «Rechtsstaat») приводит к противоречиям с существом как «Rule of Law», так и «Preeminence du droit». Определенно, в данном случае наблюдается недопустимая некорректность и неясность перевода юридических терминов в государствах-членах.

В Пояснительном меморандуме к этому документу Эрик Юргенс также отмечает:

Ясно то, что в Западной Европе вариации «Rechtsstaat»/«Etat de Droit» в течение длительного времени использовались как аналог «Rule of Law», в то время как эти термины не являлись его точным переводом... Интерпретация этих национальных юридических терминов может не включать всех элементов Верховенства права, в том виде, в каком оно понимается и толкуется Европейским Судом по правам человека.

В приложении к Меморандуму приводятся ссылки на решения международных судов, на примере которых иллюстрируется терминологическая путаница при переводе. Так, в Решении ЕСПЧ от 22 марта 2001 года по делу «К.-Н.В. v/Germany» «государство с верховенством права» (State governed by the rule of law) переводится на второй официальный язык – французский – как «правовое государство» (Etat de droit). Таким образом, Эрик Юргенс в ПАСЕ поднял сразу две важных темы: о пра-

вильности перевода наименований международных правовых доктрин и их соотношении, а также об использовании неправильного перевода для обоснования неправовых режимов.

Эта тема была развита Европейской комиссией за демократию через право (Венецианской комиссией). Так, в тексте Отчета «The Rule of Law and the Rechtsstaat» 2009 года Венецианская комиссия отмечает, что эти две доктрины во многом пересекаются и не могут быть легко отделены друг от друга. В документе также указывается, что:

...оба понятия... преследуют общие цели, а именно предотвращение произвольных действий государства. Отличия между ними:

– в связи с различиями системы общего права, создаваемого судьями, и системы континентального гражданского права, основанного на законодательстве, имеются и различия доктрин: в общем праве используется индуктивный метод, в то время как в континентальной системе – дедуктивный;

– правовое государство в большей степени связывает право с государством;

– верховенство права по первоначальной концепции Дайси основывалось на его кампании против административной дискреции (которую он отождествлял с произвольностью) и отдельной системы публичного права (которую он рассматривал как дающую особую защиту публичным деятелям).

Вопросы соотношения доктрин верховенства права и правового государства находили свое отражение и в других документах Венецианской комиссии. Так, в ее Отчете о Верховенстве права² отмечается, в частности:

Хотя терминология похожа, важно, прежде всего, отметить, что «Верховенство права» – не всегда синоним «Rechtsstaat», «Estado de Direito» или «Etat de droit» (или термина, используемого Советом Европы – «prééminence du droit»). В равной степени не является это понятие и синонимом российских терминов «верховенство закона» и «правовое государство» (п. 4).

Следует обратить внимание, что в указанном тексте мы видим ссылку лишь на преимущественную правильность применения «prééminence du droit» как аналога «rule of law», что означает, что Венецианская комис-

² REPORT ON THE RULE OF LAW // adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011) / RAPPORT SUR LA PRÉÉMINENCE DU DROIT // adopté par la Commission de Venise lors de sa 86e session plénière (Venise, 25-26 mars 2011).

сия в 2011 году не в полной мере понимала четкую позицию, выработанную Советом Европы четырьмя годами ранее. При этом важно отметить, что Европейский Суд по правам человека после Резолюции Совета Европы 2007 года стал использовать именно термин «*prééminence du droit*». Это видно, например, из решений от 10.01.2013 по делу *Agnelet v. France* (пункт 57); от 29.06.2011 по делу *Sabeh El Leil v. France* (пункт 46) и др. То есть налицо неоднозначное восприятие терминологии, нуждающейся в дальнейшем уточнении, в том числе в рамках работы Европейского Суда по правам человека.

В указанном Отчете Венецианской комиссии в рамках анализа генезиса указанных правовых понятий также указывается:

Концепция «Rechtsstaat» по определению гораздо в большей степени ориентирована на государство. В то время как «rule of law» возникло в залах судов, «Rechtsstaat» берет свое начало из писанных конституций... «Rechtsstaat» определялось, прежде всего, как противоположность абсолютному государству с неограниченными полномочиями, сконцентрированными у исполнительной власти. Защита от абсолютизма должна была обеспечиваться законодательной властью, а не только судебной (п. 13).

*Французский подход можно обнаружить в Декларации прав человека и гражданина (1789). Понятие «Etat de droit» (последовавшее за позитивистской концепцией *Etat legal*) менее сконцентрировано вокруг сущности государства, которое оно рассматривает как гаранта основных прав, закрепленных в Конституции для ограничения законодателя... «Etat de droit» главным образом ассоциируется с (судебным) конституционным контролем законодательства (п. 14).*

«Rule of Law», хотя и определялось по-разному, в любом случае должно отделяться от сугубо формальных концепций, предусматривающих соответствие требованиям права любых действий должностных лиц, наделенных полномочиями в соответствии с этим правом. Но со временем в некоторых странах существо «rule of law» искажалось и приравнивалось к «rule by law», «rule by the law», или даже «law by rules». Такое толкование дало возможность правительствам совершать авторитарные действия, не соответствующие современному пониманию «rule of law» (п. 15).

Однако в том же Отчете указывается:

*...В настоящее время может быть найден консенсус относительно обязательных элементов «rule of law», **равно как и Rechtsstaat**, которые будут не формальными, а сущностными... (п. 41).*

Необходимо отметить, что подобная терминологическая подвижность не создает удачных условий для окончательного определения поня-

тий «Rule of Law» и его аналогов, «Rechtsstaat» и его аналогов, «Правовое государство» и т. п. Более того, эта ситуация осложняется еще и тем, что сама доктрина «Rule of Law» понимается по-разному. Если в указанном Отчете Венецианской комиссии она определяется шестью элементами:

- законность, в том числе прозрачность, подотчетность и демократичность процесса принятия законов;

- правовая определенность;

- недопущение произвола;

- доступ к правосудию, осуществляемому независимым и беспристрастным судом, включающему судебный контроль актов, принятых в административном порядке;

- соблюдение прав человека;

- недискриминация и равенство перед законом (п. 41 Отчета);

то всемирно уважаемая организация *World Justice Project* определяет «Rule of Law» через четыре признака:

- государственная власть, ее должностные лица и представители, равно как и человек или организация подчинены праву;

- законы являются определенными, публикуемыми, стабильными и справедливыми, применяются равным образом по отношению ко всем и защищают базовые права, в том числе безопасность и защита личности и собственности;

- законодательный процесс является открытым, справедливым и эффективным;

- правосудие отправляется своевременно компетентными, моральными и независимыми представителями и нейтральными лицами, которые имеются в достаточном количестве, обладают достаточными ресурсами, и отражают структуру общества, которому они служат³.

Несмотря на названные проблемы, необходимо отметить, что в Парламентской Ассамблее Совета Европы, в Венецианской комиссии так или иначе указывают на необходимость различения названных понятий «Rule of Law», «Etat de droit» и т. д. Вместе с тем, в документах ООН продолжается перевод термина «Верховенство права» на французский, не принимающий во внимание указанные европейские выводы⁴. Так, например, осенью 2012 года Генеральной Ассамблеей ООН была при-

³ <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>.

⁴ В России единственным заметным источником, в котором об этом упоминалось, была книга: *Баренбойм П. Д.* Соотношение доктрин Верховенства права и Правового государства как главный вопрос философии права и конституционализма. М.: ЛУМ, 2013. С. 46.

нята «Декларация Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях» (Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels). Перевод этой Декларации на французский и испанский языки⁵ трансформирует понятие «Rule of Law» в аналоги «Rechtsstaat», «Правового государства» – «Etat de Droit» и «Estado de Derecho» соответственно. На русский язык указанный термин оказался переведен правильно – как верховенство права. Это дает нам представление о качестве переводов ООНовских текстов с «основного» английского на «неосновные» языки, которые при этом остаются официальными. Данный пример свидетельствует о необходимости дальнейшей работы по разъяснению различий между международными правовыми доктринами.

С учетом изложенного, можно отметить, что, во-первых, термины «верховенство права» и «правовое государство» переводились и во многих случаях продолжают переводиться неправильно. Иногда это происходит по причине недостаточной компетенции переводчика, а иногда в силу прямого политического умысла, позволяющего государственному аппарату создавать «удобные» произвольные вариации на тему замены общего понятия права принятыми этим же государством, а значит, легко им изменяемыми законами. В любом случае неточность перевода снижает возможности по изучению потенциала разграничения и конвергенции доктрин, равно как и – во многих случаях – качество обеспечения правовых принципов.

В связи с этим система международных и национальных документов, закрепляющих международные правовые доктрины, нуждается в определенной ревизии на предмет верности терминологии и выявления противоречий. В этом авторы настоящей статьи поддерживают позицию Председателя Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. Зорькина, выраженную им на III Петербургском международном юридическом форуме, о том, что противоречия при применении международных принципов нуждаются сегодня в доскональном анализе.

⁵ Проблемы перевода этой Декларации на русский язык уже рассматривались – см., напр.: *Кравченко Д. В., Кирюхин Д. М.* Юрико-лингвистический подход к международным документам: ошибки перевода (на примере Декларации Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи ООН о верховенстве права на национальном и международном уровнях) // *Международные правовые доктрины: поиск взаимопонимания. Сборник / Под ред. Е. Г. Тарло, Д. В. Кравченко. М., 2013. С. 168–177.*

Во-вторых, ни доктрина верховенства права, ни доктрина правового государства на сегодняшний день надлежащим образом не изучены и не определены. Определение верховенства права без учета других международных доктрин в сегодняшнем глобальном мире не может быть полным. По всей видимости, трактовку как верховенства права, так и правового государства на сегодняшний день невозможно осуществить надлежащим образом без изучения обеих этих доктрин, их исторических истоков, без понимания степени их взаимопроникновения и взаимовлияния друг на друга. На примере работы Венецианской комиссии можно наблюдать первые осторожные попытки современного толкования обеих доктрин и их соотношения и разграничения, однако эта работа нуждается в активном продолжении, в том числе на уровне международных судов, включая Европейский Суд по правам человека. С учетом этого представляется необходимым объединение международного юридического сообщества для проведения всестороннего, многополярного, сбалансированного исследования поставленных проблем.

Текст © Yury A. Sharandin, Dmitry V. Kravchenko, 2013

Матиас Кеттер

Свободный университет Берлина (Германия)

Гуннар Фольке Шупперт

профессор Социального исследовательского центра

в Берлине (WZB)

профессор Hertie Школы управления в Берлине

(Германия)

**ПРИМЕНЕНИЕ
ПРИНЦИПА ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА
ВО ВНЕГОСУДАРСТВЕННОМ КОНТЕКСТЕ***

1. Парадигма верховенства права

В 1998 году, пятнадцать лет назад, Томас Кэротерс выступил с идеей «возрождения верховенства права», а недавние споры о путях дальнейшего развития указывают на один факт: «возрождение» трансформировалось в парадигму верховенства права. Более чем когда-либо ранее верховенство права считается ключевым условием устойчивого политического и экономического развития общества, как определил это Кэротерс: «Верховенство права гарантирует, что страны пройдут через первую, относительно легкую фазу политической и экономической либерализации и придут к более глубокому уровню реформ»¹.

Сдерживать и контролировать осуществление полномочий, обеспечивать торжество справедливости, а не произвола отдельной личности, а также институциональное и нормативное соответствие органов управления международным структурам управления – именно благодаря этим гарантиям верховенство права стало международной моделью ненасильственного, эффективного системного строительства и разрешения спо-

* Глава подводит итоги наших исследований в Berlin Research Cluster SFB700 «Governance in Areas of limited Statehood» that is funded by the German Research Foundation. Перевод с немецкого был сделан Софией Перл.

¹ Carothers T. The Rule of Law Revival, 77. Foreign Affairs (1998) 95-106 at 98.

ров. Это основа для «продвижения верховенства права» (раздел 2.2), для политики в развитии международного сотрудничества в настоящее время. Концептуально эта политика исходит из результатов внутригосударственных конституционных дискуссий относительно верховенства права, которые она сама инициировала в некоторых странах. В то же время политика не может быть отделена от изменений, произошедших в направлении к праву и концепции верховенства права в международных отношениях, и рассуждений о глобальном управлении, тесно связанных с поисками легитимных и стабильных структур². Обсуждение власти и управления в связи с целым рядом проблем и принципов, обычно связанных с верховенством права, во все большей мере становилось *lingua franca* среди участников этих слабо связанных друг с другом политических областей.

Верховенство права означает, что исполнение полномочий осуществляется правовым путем. Но какие социальные условия должны быть созданы, чтобы верховенство права существовало, какие индивидуальные нормативные требования предъявляет верховенство права? Дискуссии о верховенстве права всегда вращались вокруг этих основных вопросов, не генерируя при этом простой, общепринятый ответ³. Вместо этого спектр ответов находится в диапазоне от «более скупых», в основном формальных определений до «более основательных», значительных концепций верховенства права⁴. Однако специалисты все меньше и меньше склоняются к тому, чтобы выводить конкретные правовые гарантии из концепции, а вместо этого делают более сильный упор на формальные стандарты, такие как хорошее законотворчество (см. раздел 3)⁵.

Эластичность концепции верховенства права оставляет место для культурных, политических и экономических предпочтений, создавая усло-

² Zangl B., Zürn M. Make Law, Not War. Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance, in Verrechtlichung. Baustein für Global Governance? Bernhard Zangl and Michael Zürn eds. (2004) 12-45; Zangl B. Judizialisierung als Bestandteil internationaler Rechtsherrschaft: Theoretische Debatten, in Auf dem Weg zu internationaler Rechtsherrschaft? Streitbeilegung zwischen Politik und Recht, Bernhard Zangl ed. (2009) 11-36.

³ Tamanaha B. On the Rule of Law (2004); Kleinfeld R. Competing Definitions of the Rule of Law: Implications for Practitioners, Carnegie Papers № 55, Carnegie Endowment for International Peace (2005).

⁴ Tamanaha. Указ. соч., note 3, at 91.

⁵ Schuppert G. F. New Modes of Governance and the Rule of Law: The Case of Transnational Rule Making, in Rule of Law Dynamics, Zürn M., Nollkaemper A., Peerenboom R. eds. (2012) 90-107 at 104.

вия для правопонимания, отличающегося от западной традиции. В этом смысле признание минимального нормативного стандарта достаточно для того, чтобы поддерживать связь с верховенством права. В то же время неопределенность верховенства права создает трудности в точном определении его отличий от других нормативных концепций, таких как права человека, построение демократии, конституционализация или надлежащее государственное управление. Каждая из этих концепций имеет свой смысл, но при этом возможны значительные частичные совпадения – в зависимости от того, как определяется верховенство права.

Тем не менее, несмотря на трудности определения верховенства права и установления границ, отделяющих его от других концепций, можно назвать два ключевых его элемента. *Во-первых*, верховенство права требует того, чтобы осуществление полномочий и разрешение социальных конфликтов происходило правовым путем. *Во-вторых*, верховенство права обеспечивает конкретные, четкие нормативные требования к установлению, соблюдению и качеству правовых норм. Исходной точкой верховенства права является обычно «государственное право» – т. е. правовые нормы, созданные и введенные в действие государственными учреждениями. Как сказал Брайан Таманаха, «понятие верховенства права обычно относится к «государственному праву», а иногда к международному праву»⁶. Недавняя эволюция верховенства права была связана с развитием современной государственности, что все еще отражается в понятии континентальной Европы *Rechtsstaat* или *état de droit*, буквально: государство права. Это находит похожее отражение в британской традиции общего права, которое не устанавливается государственными учреждениями, а формируется обществом и должно быть признано судами, и лишь после этого становится вступившим в силу правом и, таким образом, включается в верховенство права.

Однако для обеспечения верховенства права недостаточно, чтобы существовало государство, чтобы оно создавало законы и обеспечивало работу судов; существенна также действительная юридическая сила права. Поэтому верховенство права предполагает, что государство фактически обеспечивает контроль за созданием и применением права. Как пишет Лаура Гренфел, «современная концепция верховенства права основывается на двух предпосылках: во-первых, существование современного государства, во-вторых, внутри этой современной государственной

⁶ *Tamanaha B. The Rule of Law and Legal Pluralism in Development, 3 The Hague Journal on the Rule of Law (2009) 1-17.*

парадигмы государство должно быть достаточно сильным и организованным, чтобы обладать монополией на право»⁷. В соответствии с таким пониманием в условиях слабой государственности или в транснациональном контексте без эффективного «государственного права» возникают пробелы в верховенстве права. Однако это необязательно означает недостаточность управленческого начала в виде недостатка структур для построения госсистем или для разрешения споров. Другие «неформальные» формы управления часто определяют правила игры⁸, но они выпускаются из поля зрения в дискуссиях о государственно-ориентированном верховенстве права.

Относительно включения негосударственных правовых структур в верховенство права следует сказать, что в последние годы начались концептуальные изменения, которые мы здесь будем исследовать, сосредоточив наше внимание на двух аспектах. *Прежде всего* в различных обсуждениях об управлении во внесударственном контексте негосударственные правовые структуры начали интегрироваться в концепцию верховенства права. Мы проиллюстрируем это с точки зрения конституционного права, права и развития, а также глобального управления, создавая критерии, по которым «негосударственное право» может приобрести такое же качество, как верховенство права. *Во-вторых*, имеется все более усиливающаяся тенденция во внесударственном контексте использовать опыт, относящийся к верховенству права, как нормативный критерий для измерения негосударственных процессов установления и применения норм, а также качества этих норм. Дистанцируясь от своего происхождения как принципа «государственного права», верховенство права функционирует как общий стандарт для легитимного и эффективного нормотворчества.

В своей совокупности данные два аспекта этих концептуальных изменений демонстрируют, что верховенство права как нормативный критерий ни в коей мере не ограничивается рамками государства и «государственного права». Если допустить, что создание правовых режимов требует того, чтобы процессы нормотворчества «направлялись применением универсальных норм или по меньшей мере были оправданы с точ-

⁷ Grenfell L. Promoting the Rule of Law in Post-Conflict States (2013) at 4.

⁸ Schuppert G. F. Law Without the State? A «New Interplay» between State and Non-State Actors in Governance by Rule-Making, in Governance without a State, Risse T. ed. (2011) 65-86; Kötter M. Non-State Justice Institutions, SFB-Governance Working Paper Series № 34 (2012).

ки зрения универсальных принципов»,⁹ то верховенство права становится вместилищем этих принципов.

2. Распространение верховенства права на негосударственные правовые структуры

В течение определенного времени ведутся разговоры о включении негосударственных правовых структур в трактовку верховенства права. Сначала рассмотрим рассуждения о внутригосударственном верховенстве права в конституционном праве, где основательно доминирует сконцентрированное на государстве понимание верховенства права. Однако когда негосударственные правовые нормы в определенных регионах или для определенных групп людей имеют такой же вес, что и «государственное право», то часто они также могут вносить свой вклад в верховенство права, например, за счет включения традиционного права в правовую систему Южной Африки.

2.1. Рассуждения в конституционном праве: верховенство права как конституционный принцип

Общим местом в правовых трактовках в конституционных государствах является мысль о том, что верховенство права – подобно его немецкому эквиваленту *Rechtsstaatsprinzip* (государство правового принципа) – это конституционный принцип, основанный на многочисленных положениях, которые формируют государственные структуры, и исполнение полномочий органами государственной власти посредством механизмов и процедур правовой системы государства. Все эти нормы содержат также требования конституционного (законодательного) права. В своем всестороннем анализе Катарина Собота различает 142 положения, которые в совокупности составляют конституционный принцип Германии *Rechtsstaat*¹⁰. Они всегда включают в себя такие фундаментальные понятия, как институциональное разделение властей, основные принципы господства права и его ограничения, право на справедливый суд и гарантия эффективной защиты прав в суде – и только в редких исключительных случаях¹¹ это направленность против всех форм публичных насильствен-

⁹ Waldron J. The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory, 2 Ratio Juris (1989) at 81.

¹⁰ Sobota K. Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte (1997).

¹¹ Например, через парламентскую комиссию: German Federal Constitutional Court, Decision of 15 December 1970 (2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69).

ных действий в различных формах. Эти положения включают в себя точность и предсказуемость права, а также защиту от имеющих обратную силу решений. В соответствии с немецким пониманием конституционного права принцип верховенства права не является гарантией, это скорее структурный принцип, который является руководящим для всей конституции¹². Принцип верховенства права требует превосходства права как средства обеспечения и защиты общественного порядка и разрешения конфликтов между сторонами – частными лицами. Это требует правовой определенности, которая возможна лишь тогда, когда право поддается определению, предсказуемо и надежно¹³.

С точки зрения содержания в осуществлении верховенства права в различных правопорядках имеются небольшие различия¹⁴. Внутригосударственные юридические трактовки с их фокусировкой на собственных исторических моментах базируются на одном и том же наборе тем, посвященных верховенству права, при этом часто делаются ссылки на общее (предположительно) развитие верховенства права как принципа официальной справедливости в современном государстве. Таким образом, в немецком конституционном праве используется принцип верховенства права в основном в аспекте свободы и ограничений государства посредством положений, ограничивающих осуществление полномочий исполнительной властью, – как об этом свидетельствуют, например, недавние споры о безопасности¹⁵. Подобным образом, французское *état de droit* относится к множеству конституционных обязательств, которые Государственный Совет (Conseil d'État) обязан выполнять. В таких случаях верховенство права относится прежде всего к конституционной государ-

¹² *Kunig F.* Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1986); id., Der Rechtsstaat, in Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Badura P., Dreier H. eds. (2001) 421-444.

¹³ *Andreas von Arnould.* Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherung an eine idée directrice des Rechts (2006).

¹⁴ *Grote R.* Rule of Law, Rechtsstaat and «Etat de droit», in *Constitutionalism, Universalism and Democracy: A Comparative Analysis*, Christian Starck ed. (2004) 269-306; *Martini S.* Die Pluralität von Rule-of-Law-Konzeptionen in Europa und das Prinzip einer europäischen Rule of Law, in *Normative Pluralität ordnen*, Kötter M., Schuppert G. F. eds. (2009) 303-344.

¹⁵ *Matthias K.* Pfade des Sicherheitsrechts (2008); and the articles in Schuppert G. F., Merkel W., Nolte G., Zürn M. eds. *Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck* (2010).

ственности¹⁶. Между тем британское понимание верховенства права как первоначальной концепции, основанной на подходе Дайси, подчеркивает аспект равенства, т. е. равного применения права государственными исполнительными органами и судами¹⁷.

Сконцентрированность верховенства права на государстве не замыкается лишь правопорядками Западной Европы. В Соединенных Штатах верховенство права ставит в центр внимания обязанность государственных учреждений и «государственного права» служить людям в формализованной системе общественного самоуправления. Все лица, включая руководящие исполнительные органы, подчиняются праву, и это предполагает прозрачность права, справедливость процедуры и одинаковое применение права. В России конституция интерпретирует устаревшую концепцию *правовое государство* как государство, основанное на праве (пар. 1 ст. 1 Конституции Российской Федерации). Это проистекает из приоритета *закона* (закон: *law, lex*), издаваемого государственными законодательными органами и являющегося поэтому прямым отражением суверенной воли народа. Все прочие нормы должны соответствовать *закону*, чтобы гарантировать, что они тоже представляют волю народа¹⁸. Ориентация верховенства права на государство также распространилась и на совсем недавно сформировавшиеся конституции Африки и Азии, где обеспечение институциональных предпосылок, для того чтобы органы государственной власти выполняли свои полномочия правовым путем, было основной целью всех усилий по построению государства. Между тем в мусульманских странах верховенство права – вследствие его связи с государством – часто изображается как стоящее в оппозиции к принципу правления, основанном на мусульманском праве, которое само дистанцируется от государства¹⁹.

¹⁶ *Dyevre A.* The Rule of Law in France, in *Understandings of the Rule of Law in various Legal Orders of the World*, Rule of Law Working Paper Series № 14, Köttner M., Schuppert G.F. eds. (2010), доступно по ссылке <http://wikis.fuberlin.de/download/attachments/21823972/Dyevre+France.pdf>.

¹⁷ *Martini.* Указ. соч., note 13, at 312.

¹⁸ *Skrylnikow I.* Understanding of the Rule of Law in Russia, in *Understandings of the Rule of Law in various legal orders of the World*, Rule of Law Working Paper Series № 8, Köttner M., Schuppert G. F. eds. (2009), доступно по ссылке <http://wikis.fu-berlin.de/download/attachments/22347909/Skrylnikow+Russia.pdf>.

¹⁹ *Elliesie H.* Rule of Law in Islamic modeled States, in *Understandings of the Rule of Law in various Legal Orders of the World*, Rule of Law Working Paper Series № 13, Köttner M., Schuppert G.F. eds. (2010), available at <http://wikis.fu-berlin.de/download/attachments/22347909/Elliesie+Islamic+States.pdf>.

Фокусирование на государстве вызывает проблемы, когда негосударственные правовые нормы заменяют «государственное право» в качестве решающих «правил игры», когда создание системы и разрешение споров происходит на региональном уровне или среди определенных групп на основании культурных или религиозных традиций, так как у государственных учреждений не хватает полномочий для обеспечения исполнения и применения «государственного права». Чтобы преодолеть коллизии и нормативные конфликты, являющиеся результатом параллельных систем «государственного» и «негосударственного» права, общества во всем мире разработали различные модели, объединяющие эти две системы, включая законы, передаваемые с культурой, или религиозные законы в государственном праве в различной степени под «знаменем» конституции²⁰. Почти все эти модели поддерживают первенство государственного права, что означает, что другие нормы признаются только в рамках, пределы которых обозначены государственным правом.

В Германии, например, право церкви регулировать свои собственные дела посредством церковного права гарантируется Основным Немецким Законом, но только «в пределах права, распространяющегося на всех»²¹. Эта оговорка дает право судам защищать основные положения конституции и – как в других ситуациях конфликта правовых норм – защищать общественный порядок²². Подобная система применяется к диким племенам в Соединенных Штатах, которым разрешается устанавливать и применять свои собственные законы на их собственной территории («индейская резервация») в соответствии с принципом племенного суверенитета. В то же время федеральное правительство наложило ограничения на автономное саморегулирование посредством Права коренных

de/download/ attachments/69533704/ Elliesie+Islamic+modeled+States.pdf); id., Binnenpluralität des Islamischen Rechts. Diversität religiöser Normativität rechtsdogmatisch und -methodisch betrachtet, SFB-Governance Working Paper Series (2013), forthcoming.

²⁰ *Connolly B.* Non-State Justice systems and the State: Proposal for a Recognition Typology, 38 Connecticut Law Review (2005) 239-294; *Forsyth M.* A Typology of Relationships between State and Non-State Justice Systems, 56 Journal of Legal Pluralism, 67-112; and *Kötter M.* Указ. соч., note 8, at 16.

²¹ Article 140, German Basic Law, в совокупности со статьей 137 of the Weimar Constitution.

²² German Federal Constitutional Court, Decision of 4 June 1985 (2 BvR 1703, 1718/83, 856/84).

американцев (Native American Law), созданного для большей части решений Верховного Суда²³.

Обе эти системы предполагают, что государственное право действительно и может применяться, когда это необходимо. Однако там, где государственное право нельзя применить, ограничение регулирующей деятельности может оказаться невозможным; и тогда государственное право только закрепляет полномочия на бумаге. Поэтому в Конституции Южной Африки используется несколько иной подход. Чтобы защитить культурные права своих африканских общин, она провозглашает, что традиционное право является частью официального правопорядка и признает традиционные суды, основанные на обычаях, как часть официальной судебной системы²⁴. Это признание существует при условии, что традиционные нормы согласуются с остальной частью конституции и верховенства права, понимаемого при этом как синоним конституционной государственности²⁵. Это относится как к формальным требованиям, так и к гарантиям прав человека. Интеграция традиционных судов, основанных на обычаях, в государственную юрисдикцию предоставляет Конституционному Суду высшие полномочия по толкованию вопросов о совместимости правовых норм и принимаемых в результате решений независимо от того, используется ли традиционное или государственное право. Правовая определенность требует, чтобы отдельные нормы были предсказуемыми и надежными, независимо от того, были ли они установлены писанным правом, общим правом или традиционным правом. Когда традиционное право не выполняет требования тех же строгих, формальных стандартов, что и государственное право (например, в части осуществления судебного процесса или вынесения вердикта в письменной форме), то временно расхождения до некоторой степени допускаются, чтобы способствовать признанию традиционного права, но они также выносятся на публичное обсуждение для того, чтобы обеспечить их нормативное сближение²⁶.

²³ *Canby W. C. Jr. American Indian Law in a Nutshell* (5th ed. 2009).

²⁴ *Bekker J. C., Rautenbach C. Nature and Sphere of Application of African Customary Law in South Africa*, in *Introduction to Legal Pluralism*, Rautenbach C., Bekker J. C., Goolam N. M. I. eds. (3rd ed. 2010), at 39.

²⁵ *Venter F. South Africa as a «Diceyan Rechtsstaat»*, in *Understandings of the Rule of Law in various legal orders of the World*, Rule of Law Working Paper Series № 18, Kötter M., Schuppert G. F. eds. (2011), доступно по ссылке <http://wikis.fuberlin.de/download/attachments/173736195/Venter+South+Africa.pdf>.

²⁶ See: *Kötter M. Anerkennung fremder Normen im staatlichen Recht als normatives und kognitives Problem*, in *Extra-disziplinäres Wissen im Verwaltungsrecht*, Ino Augsberg ed. (2013) 63-98 at 94.

Вместо подчеркивания первенства государственного права, которому подчиняются негосударственные нормы, Южная Африка придает значение роли негосударственных норм, поскольку они представляют эквиваленты государственного права; в действительности они являются эффективными регулятивными нормами в области системного строительства и разрешения споров. Поэтому верховенство права может также осуществляться через негосударственные правовые нормы, поскольку они соответствуют качественным стандартам, которых требуют принципы верховенства права от государственного права. В нормативном плане негосударственное право должно также встраиваться в остальную часть правовой системы; в Южной Африке это означает, что традиционное право номинально подчиняется тем же конституционным стандартам, что и государственное право. Таким образом, Южная Африка демонстрирует отклонение от концепции права и верховенства права, основанных исключительно на государстве.

Распространение верховенства права на негосударственное право – это не только южноафриканское явление. Страны с новым конституционным строем также восприняли этот подход, например, Восточный Тимор и Южный Судан, которые более или менее явно смоделировали себя по примеру Южной Африки²⁷. Распространение концепции выходит за рамки конституционного права, чтобы включить в себя сотрудничество в области развития и содействия верховенству права, которое мы обсудим далее с точки зрения индикаторов, используемых для оценки верховенства права.

2.2. Дискуссии о политике развития: верховенство права как модель и критерий

Обсуждение политики развития в последние десять лет в значительной степени сконцентрировалось на продвижении верховенства права – концепции, нацеленной на реструктурирование государственных аппаратов и правовых систем нестабильных государств согласно модели Западного конституционного государства. По своей сути, такой подход связан с надеждами заложить институциональный фундамент для верховенства конституции в области законодательства, деятельности исполнительной власти и правосудия. Концепция верховенства права служит моделью и средством измерения, с помощью которого можно оценить государственный строй и качество государственного управления. Таким образом, верховенство права все больше и больше становится неотде-

²⁷ Grenfell L. Указ. соч., note 7.

лимым от концепции лучшего государственного управления, которая формировала концепцию международного развития с начала 1990-х гг. и воспринимает верховенство права как один из ее столпов²⁸.

Как транснациональная модель государственности верховенство права содействует согласию между различными субъектами сотрудничества в области развития на местном, национальном и международном уровнях – государствами, международными организациями, учеными, «мозговыми центрами», неправительственными организациями – с тем чтобы легитимировать верховенство. Верховенство права основывается на традиционном наборе тем и аргументов, обрамляющих этот процесс достижения компромиссов и соглашений, устраивающих всех. Приемлемый во всем мире способ связи – вид *lingua franca* – возник в процессе сотрудничества в области международного развития под знаменем верховенства права, чтобы очертить «правильный» путь структурирования общества и управления.

Для обществ, в которых построение системы и разрешение споров не производилось правовым путем или в соответствии с правом, верховенство права влечет за собой также программу реформ или программу модернизации, следующую модели Западных конституций и их систем правосудия. Продвижение верховенства права часто включает в себя учреждение институтов как одного из компонентов комплексной государствообразующей системы. Однако эмпирические оценки показывают, что такие программы редко бывают успешными, и создание или заимствование эффективных правопорядков и судебных систем часто бывает обречено на неудачу²⁹. «Нормативно-правовые пробелы в государственном праве» могут быть в значительной мере приписаны продолжению существования культурно укоренившихся институтов и их функциональности в области системного строительства и разрешения споров³⁰.

Чтобы оценить степень верховенства права, уже имеющего место в данной стране, и идентифицировать «нормативные пробелы», в последние годы были разработаны средства измерений и масштабы оценки, важность которых для политики международного развития сложно пере-

²⁸ Kötter M. *Wie viel Recht steckt in Good Governance?* SFB-Governance Working Paper Series № 58 (2013).

²⁹ Coburn N., Dempsey J. *Traditional Dispute Resolution and Stability in Afghanistan*. U. S. Institute of Peace (USIP) (2010), доступно по ссылке <http://www.usip.org/publications/traditional-dispute-resolution-and-stability-in-afghanistan>.

³⁰ Tamanaha B. Указ. соч., note 6.

оценить³¹. «Верховенство права по индикаторам» – вариации на тему «качество глобального управления по индикаторам» – предназначены для обеспечения эмпирической основы для разработки политического курса при одновременном создании отправных точек для достижения успеха³². Однако концепции верховенства права, на которые имелись ссылки в различных указателях, имеют небольшую теоретическую базу и заметно отличаются друг от друга³³. Во Всемирных индикаторах качества мирового управления (Worldwide World Governance Indicators (WGI) Всемирного банка и Показателе трансформации Бертелсмана (Bertelsmann Transformation Index (BTI)), например, верховенство права является одним из критериев более широкого показателя, используемого для оценки качества демократического управления. Только Индекс верховенства права (Rule of Law Index), публикуемый ежегодно в рамках проекта «World Justice Project» с 2010 года, оценивает непосредственно верховенство права с использованием следующих индикаторов:

1. Ограниченные полномочия государственного аппарата
2. Отсутствие коррупции
3. Порядок и безопасность
4. Основные права
5. Открытое правительство
6. Надлежащее правоприменение
7. Гражданское судопроизводство
8. Уголовное судопроизводство

³¹ *Thiery P., Sehring J., Muno W.* Die Messung von Rechtsstaatlichkeit, in *Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit, Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung*, Josef Estermann ed. (2009) 211-230; *Merkel W.* Measuring the Quality of Rule of Law: Virtues, Perils, Results, in *Zürn et al. Указ. соч.*, note 5, 21-47.

³² *Arndt C., Oman C.* Uses and Abuses of Governance Indicators. OECD Development Center (2006), available at http://www.worldbank.org/ieg/governance/oman_arndt_paper.pdf; *Bogdandy A., Goldmann M.* «The Exercise of International Public Authority Through National Policy Assessment. The OECD's PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument», 5 *International Organizations Law Review* (2008), 241-298; *Davis K., Fisher A., Kingsbury B., Merry S. E.* eds. *Governance by Indicators* (2012); *Davis K. E., Kingsbury B., Merry S. E.* Indicators as a Technology of Global Governance, 46 *Law and Society Review* (2012) 71-104.

³³ *Wolfgang Merkel*, *supra* note 27, at 47.

Восемь индикаторов в Индексе верховенства права сфокусированы на государственных учреждениях и «государственном праве». Предполагается, что они измеряют степень, которой ограничивается осуществление государственных полномочий в соответствии с правом. Однако совсем недавно в формировании концепции верховенства права в Отчете «World Justice Report» произошли изменения в направлении негосударственных, «неформальных» структур правопорядка и разрешения споров. В отчете за 2012 год «неформальная справедливость» была добавлена в перечень как девятый, дополнительный фактор со следующими пояснениями³⁴:

Фактор 9 касается роли, которую во многих странах играют традиционные, или «неформальные», правовые системы, включая традиционные, племенные и религиозные суды, а также общинные системы – при разрешении споров. Эти системы часто играют огромную роль в культурах, в которых формальные правовые институты не в состоянии обеспечить эффективные средства правовой защиты больших сегментов населения или когда формальные институты воспринимаются как далекие от реальности, коррумпированные или неэффективные. Этот фактор охватывает две концепции: (1) являются ли традиционные, общинные и религиозные системы разрешения споров беспристрастными и эффективными; (2) степень, до которой эти системы соблюдают и защищают основные права.

Дополнительный индикатор указывает на специфические функции негосударственных структур в обеспечении порядка и разрешении споров и ставит вопрос: насколько эти структуры совместимы с международными нормами права? До какой степени негосударственные системы вносят свой вклад в обеспечение верховенства права, как это делает государственное право; первоначально этот вопрос возникает как эмпирический³⁵. Знания, полученные посредством этих эмпирических

³⁴ Agrast M. D. et al. The WJP Rule of Law Index 2012, The World Justice Project (2012) at 17.

³⁵ В сноске авторы Отчета «World Justice Report» указывают на границы этой степени: «За последние три года были предприняты значительные усилия для сбора информации о неформальных механизмах правосудия в десятке стран. Однако сложность этих систем и затрудненность изменения степени их справедливости и эффективности таким образом, чтобы они стали сопоставимыми с другими странами, делают их оценку практически невозможной. Хотя «World Justice Project» собрал сведения по этому критерию, они не учитывались при обобщении оценок и присвоении мест в рейтинге». «Significant effort has been devoted during the last three years

данных, изменят общее представление о верховенстве права и будут способствовать включению негосударственных правовых институтов в модель верховенства права и использованию при разработке политического курса. Импульсы в этом направлении появляются также и в других случаях, например, когда Брайан Таманаха пытается избежать «давления «государственного права» на верховенство права путем неограничения своего определения, в частности, государственным правом: в его интерпретации верховенство права предполагает, что «государственные служащие и граждане связаны обязательством и должны соблюдать право». Как пишет Таманаха: «Это характерное качество создает условия для более широкого применения верховенства права по отношению к другим формам права»³⁶. В то же время важно рассмотреть требования и ограничения, возникающие при расширении понятия верховенства права так, чтобы оно включало негосударственные формы регулирования. *Индекс верховенства права* приписывает значительные возможности в разрешении конфликтных ситуаций негосударственным правовым системам в ситуациях, когда государственные учреждения недоступны для большей части населения или они считаются в целом неэффективными и коррумпированными. Вклад негосударственных правовых систем в обеспечение верховенства права может в таком случае измеряться с точки зрения их беспристрастности, эффективности и приверженности делу обеспечения гарантий прав человека. Чтобы внести свой вклад в обеспечение верховенства права, негосударственные правовые системы подчиняются требованиям намного более строгих норм, чем требования государственного права: они должны быть на самом деле действующими, эффективными и не нарушающими права человека. Концептуальные разработки в этой области находятся все еще на ранней стадии.

В следующем разделе мы сконцентрируем внимание на рассуждениях о международном праве и глобальном управлении. Даже в этом международном и транснациональном внегосударственном контексте и контексте государственного права исследователи все больше и больше используют верховенство права для создания норм, с помощью которых можно измерять качество нормотворчества.

to collecting data on informal justice in a dozen countries. Nonetheless, the complexities of these systems and the difficulties of measuring their fairness and effectiveness in a manner that is both systematic and comparable across countries, make assessments extraordinarily challenging. Although the WJP has collected data on this dimension, it is not included in the aggregated scores and rankings». Там же.

³⁶ *Tamanaha*. Указ. соч., note 6, at 6.

2.3. Вопрос о глобальном управлении: верховенство права как компонент глобального управления

В области международных отношений и глобального управления произошло двойное изменение в понимании верховенства права. С одной стороны, концепция становится все более и более консолидированной как традиционное клише международного права, относящееся к множеству общих международных правовых принципов. С другой стороны, при ее расширении так, чтобы она включала в себя глобальное управление, было обнаружено множество различных формальных и неформальных институционализированных форм общественного взаимодействия, заменяющих собой четко очерченные государственные образования. Взятые в совокупности, эти тенденции развития, с обращением к внегосударственному контексту, дают основания задать вопрос: может ли верховенство права быть применено к негосударственным (правовым) нормам и какие требования при положительном ответе на этот вопрос могут возникнуть?

В международном праве верховенство права все больше заявляет о себе как о самостоятельном правовом принципе, а также как о критерии, с помощью которого можно оценивать действия государственной власти³⁷. Подобно принципу верховенства права во внутригосударственном конституционном праве, верховенство права понимается здесь как структурный принцип, формирующий международное право, включающий в себя многочисленные индивидуальные гарантии, имеющие различный генезис. Верховенство права касается соблюдения и обеспечения выполнения международных договоров, а также укрепления международного права как такового. Оно проявляет себя в запрете насилия и в основном принципе мирного разрешения споров³⁸. В частности, в рамках Организации Объединенных Наций длительный период развития привел к все более возрастающей твердой приверженности принципам верховенства права. Самым недавним шагом на настоящий момент стала *Декларация совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях (Declaration of the High-level-Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Level)*, ратифицированная Генеральной Ассамблеей 24 сентября 2012 года. Декларация состоит из сорока двух пун-

³⁷ Aust H., Nolte G. International Rule of Law and the Rule of Law at the National Level, in Zürn, Nollkaemper, Peerenboom. Указ. соч., note 27, at 67.

³⁸ Kleinlein Cf. T. Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre (2012) at 542.

тков, посвященных таким темам, как ограничение полномочий, мирное разрешение конфликтных ситуаций, гарантия правовой определенности и всеобщий доступ к праву.

Один большой недостаток верховенства права в международном масштабе заключается в заложенных в нем трудностях в части обеспечения соблюдения международного права вследствие отсутствия в международной правовой системе всеобъемлющей политической власти или права на принуждение³⁹. Международное право представляет собой по большей части систему договоров. Обязательность их исполнения зависит от воли сторон по договору к соблюдению его условий и от взаимных ожиданий того, что декларируемые обязательства будут реально выполняться. Однако за пределами формальных структур, действующих на международной арене, существует явление создания негосударственных норм, осуществляемого через установление стандартов и другие формы неформального законотворчества. С юридической точки зрения эти явления могут быть поняты как часть «транснационального права»⁴⁰, и в связи с ними возникают подобные вопросы относительно неформальных процессов законотворчества в государственном (национальном) контексте касательно верховенства права: могут ли неформальные правовые структуры, установленные в рамках глобального управления глобально активным государством, и негосударственные субъекты вносить свой вклад в определение верховенства права? И в какой мере принципы верховенства права могут обеспечить критерии, с помощью которых можно измерить соответствие неформальных правовых норм международному праву?

В рамках обсуждения вопросов глобального управления роль права и принципов верховенства права привлекает все большее внимание⁴¹. В своем докладе 2004 года «Делайте право, а не войну» Зангл и

³⁹ Oeter S. Chancen und Defizite internationaler Verrechtlichung. Was das Recht jenseits des Nationalstaats leisten kann, in Zangl and Zürn. Указ. соч., note 2, 46-73 at 52; Kleinlein. Указ. соч., note 34, at 548.

⁴⁰ Jessup P. C. Transnational Law (1956) на странице 2 использует термин «транснациональное право» для того, чтобы включить все право, которое регулирует действия и события, выходящие за пределы государственных границ. В это понятие включается как публичное, так и частное международное право, а также все иные нормы, не подпадающие ни под одну из этих двух стандартных категорий.

⁴¹ Zangl and Zürn. Указ. соч., note 2; Zürn M. Global Governance, in Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, Schuppert G. F. ed. (2005) 121-146.

Зюрн (Zangl и Zürn) подводят итог развитию международной и транснациональной юрисдикции как основному элементу глобального управления. В основе этого развития лежит мирное разрешение конфликтных ситуаций в соответствии с правовыми нормами при соблюдении регулируемых правом процедур. Все больше и больше рассмотрение и пересмотр решений в случаях возникновения спора становится функцией судов или подобных суду институтов. Формирование комбинированного режима, включающего правовые нормы и судебные институты – основной структуры всех формальных определений верховенства права, – стало особенно провозглашаться при усиливающейся юрисдикции разрешения споров в рамках Всемирной торговой организации (ВТО), служащей в качестве международной модели. Бернхард Зангл (Bernhard Zangl) совершенно оправданно говорит об «интернационализации верховенства права» через юрисдикцию⁴².

В результате процессы установления и обеспечения норм в области глобального управления должны осуществляться с соблюдением стандартов верховенства права, чтобы создать не только систему норм управления деятельностью, но также – на втором уровне, служить в качестве режима «норм второго порядка» (см. раздел 3.2) – установить и институционализировать адекватные структуры для выполнения этих норм. Юрисдикция в этом смысле относится к разработке обязательных для исполнения правовых норм и правовых процедур исполнения закона. В дополнение к простым отношениям регулирования между различными субъектами необходимо качественное «что-то еще», в форме вторичной кодификации, которая определяет контуры применения и обеспечения выполнения норм. Эта тенденция проявляется в заметном расширении международных судов и в возрастающей важности регулируемых судом процедур разрешения споров.

2.4. Выводы

Все три проблемы, затронутые в данном разделе, начинаются со сконцентрированного на государстве понимания верховенства права, которое затем подвергается сомнению вследствие того, что в некоторых местностях не существует эффективное государственное право; вместо него появляются негосударственные формы системного строительства и разрешения споров, которые, как представляется, служат в качестве функциональных эквивалентов (с точки зрения норм верхо-

⁴² Zangl B. Die Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit. Streitbeilegung in GATT und WTO (2006).

венства права). Все три эти проблемы по-своему касаются этих негосударственных правовых структур, чтобы расширить объем верховенства права. Таким образом, концепция верховенства права значительно изменилась, и это изменение, учитывая ее функцию, кажется неизбежным: если верховенство права означает осуществление публичной власти и разрешение споров в обществе правовым путем и гарантирует, что это является правовым принципом, имеющим преимущественное юридическое действие, то тогда оно должно быть в состоянии вместить в себя правовые нормы, выходящие за пределы законов, установленных государством.

Для того чтобы негосударственные правовые нормы были признаны в соответствии с принципом верховенства права, необходимо, чтобы они отвечали трем требованиям. Они должны (1) выполнять правовые функции, внося свой вклад в системное строительство и разрешение споров; (2) быть действительно юридически действующими, для чего в большинстве случаев необходимы адекватные институты, обеспечивающие их соблюдение; (3) нормативно и институционально отражать общее понимание справедливости. Только при выполнении этого последнего требования можно избежать ассоциирования верховенства права с формами несправедливости, служащими функциональными эквивалентами справедливости. При таком определении верховенство права может использоваться в качестве глобального критерия оценки процессов нормотворчества на внегосударственном уровне.

3. Верховенство права как глобальный критерий, в том числе – и особенно – во внегосударственном контексте

Теперь мы подходим к обсуждению сделанного нами второго наблюдения: опыт легитимного и эффективного управления, отнесенный к категории верховенства права, может быть применен как нормативный критерий для оценки негосударственных процессов установления и исполнения норм, а также качества этих норм. Мы проиллюстрируем этот вывод на примере транснационального нормотворчества.

3.1. Возрастающая значимость верховенства права в спорах о легитимации управления за рамками национального государства

В политико-научных дискуссиях сегодня доминирует одна тема: легитимация властных полномочий создающихся международных объ-

единений⁴³. Так как «современная норма права» относится прежде всего к верховенству права, то споры о легитимности сводятся к включению в них легитимации негосударственных систем правового регулирования и международных режимов правового регулирования. Поэтому любые нормативные системы непременно требуют обоснования, как утверждают это Рэйнер Форст и Клаус Гюнтер (Rainer Forst и Klaus Günther)⁴⁴. И если нормативные системы требуют обоснования, то им нужна поддержка в виде убедительной словесной формулировки этого обоснования. На уровне национальных государств это конституция. Она регулирует и узаконивает установление национального права, ценностей, которым оно обязано следовать, и границы правового регулирования. Имеет смысл передать конституционный потенциал легитимации на международный уровень, что вызывает привлечение всеобщего внимания к концепции конституционализма, которая она дает «привязку» давно известных правовых представлений к транснациональному или международному уровню⁴⁵. Однако мы предпочитаем другой подход. Основываясь на анализе Бернарда Зангла (Bernhard Zangl) формирующегося международного принципа осуществления полномочий правовым путем (*internationale Rechtsherrschaft*)⁴⁶, мы предлагаем проведение различий между тремя процессами конституционализации, которые все мы базируем на основных принципах конституционного порядка: права человека, демократия и верховенство права. Хотя все три принципа имеют одинаковую нормативную ценность, степень их реализации часто резко различается в за-

⁴³ Zürn M. Perspektiven des demokratischen Regierens und die Rolle der Politikwissenschaft im 21. Jahrhundert, 52 Politische Vierteljahresschrift (2011) 603-635; Geis A., Nullmeier F., Daase C. eds., Der Aufstieg der Legitimitätspolitik (2012).

⁴⁴ Forst R., Günther K. Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms, in Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven, Rainer Forst ed. (2011) 11-32.

⁴⁵ Möllers C. Verfassungsgebende Gewalt–Verfassung–Konstitutionalisierung, in Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Armin von Bogdandy ed. (1st ed. 2003) 1-57; Kleinlein, supra note 34; Kumm M. Kosmopolitischer Staat und konstitutionelle Autorität. Eine integrative Konzeption Öffentlichen Rechts, in Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Der Staat (2013), Beiheft 21, Andreas Voßkuhle, Christian Bumke and Florian Meinel eds., 245-266.

⁴⁶ Zangl B. Judizialisierung als Bestandteil internationaler Rechtsherrschaft: Theoretische Debatten, in Auf dem Weg zu internationaler Rechtsherrschaft? Streitbeilegung zwischen Politik und Recht, Zangl B. ed. (2009) 11-36 at 27.

висимости от политической реальности, что диктует нам необходимость их аналитического разделения; мы можем считать их тремя различными формулировками обоснования легитимации. В рамках вопроса о легитимации верховенства права это влечет за собой возможность использования принципа верховенства права как нормативного критерия, особенно для внешнегосударственных нормативных систем.

3.2. Принципы верховенства права как «Правила второго порядка»

Принципы верховенства права могут легко служить в качестве нормативного критерия, если на них смотреть как на так называемые «правила второго порядка». Это различие, общепринятое в теории права, между первичным и вторичными правилами было очерчено Робертом С. Саммерсом для контекста верховенства права⁴⁷:

Принципы верховенства права отличаются от принципов «права первого порядка». Принципы права первого порядка применяются непосредственно для определения правовых отношений между непосредственными субъектами права. <...> В отличие от таких принципов первого порядка, принципы верховенства права могут быть названы *принципами «второго порядка»*. <...> Принципы верховенства права являются правом почти первого порядка в том смысле, что они являются общими нормами, которые дают направление и устанавливают ограничения в том, как право первого порядка должно создаваться и применяться.

Майкл Зюрн и Бернхард Зангл (Michael Zürn и Bernhard Zangl) согласны с таким разграничением и применяют его по отношению к процессам юридизации, обсуждавшимся выше⁴⁸:

Процессы юридизации характеризуются... институциональным определением так называемых «вторичных правил». Всюду, где установление, применение и соблюдение правил не следует предварительно установленным процедурам... невозможно реально говорить о праве. Таким образом, сложная правовая система требует как первичных, так и вторичных правил.

Имея это в виду, мы можем воспринимать принципы верховенства права как поддающиеся управлению «правила второго порядка»,

⁴⁷ Summers R. S. The Principles of the Rule of Law, 74 Notre Dame Law Review (1999) 1691-1712 at 1692f.

⁴⁸ Zangl and Zürn, supra note 2, at 21, with further reference to HLA Hart, The concept of law (1994), and Diehl P. F., Ku C., Zamora D. The Dynamics of International Law: The Interaction of Normative and Operating Systems, 57 International Organisations (2003) 43-75.

которые функционируют в качестве нормативного критерия в трех указанных ниже областях⁴⁹. Принцип верховенства права обеспечивает четкие вторичные правила для:

1. *Законотворчества*: «Иными словами, эти правила определяют, как законодатель должен создавать правовые нормы, чтобы они могли иметь обязательную силу. <...> Они необходимы для правовой системы!»⁵⁰

2. *Некоторых качественных требований* законотворчества: если правовые нормы должны функционировать как основной механизм управления демократического конституционного государства⁵¹, они должны обладать определенным уровнем четкости и точности и быть свободными от противоречий.

3. *Правоприменение*: правила этого вида также важны для правоприменительной деятельности в современном обществе: «Эффективность и социальная релевантность правопорядка в значительной мере зависят от степени, в которой он может гарантировать свою собственную реализацию. В то же самое время объем и ограничения права на принуждение, считающиеся приемлемыми, отражают фундаментальные ценности общества»⁵².

Если мы допускаем, что принцип верховенства права представляет комплекс «норм второго порядка», то важно проверить, ограничивается ли его эффективность «государственным правом» – в каком случае в развитых правовых государствах он может быть даже излишним – или он на самом деле является более эффективным в области формирования негосударственных норм. С точки зрения перспектив науки правового регулирования это соответствует действительности.

3.3. Правила нормотворчества:

пример негосударственного нормотворчества

Как только мы отходим от контекста государственного права и входим в другой «мир норм», то очень быстро становится ясным, что вторичные правила играют очень важную роль в негосударственном нормотвор-

⁴⁹ *Krisch N.* Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law (2010); cf. Zangl. Указ. соч., note 36, at 28.

⁵⁰ Там же. At 29.

⁵¹ *Schuppert G. F., Starck C.* eds., Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates. Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck (1998).

⁵² *Karin Nehlsen von-Stryk.* Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung, 193 Archiv für die civilistische Praxis (1993) 529-555 at 530.

честве. То, что необходимо с точки зрения перспектив науки правового регулирования, – это комплекс «правил для нормотворчества»⁵³. В области негосударственного нормотворчества появилось нечто вроде свода норм и правил по государственному нормотворчеству. Как утверждает Харм Шепел (Harm Schepel)⁵⁴, почти все серьезные разработчики стандартов создали так называемые «стандарты стандартизации», т.е. минимум стандартов, обеспечивающих достижение консенсуса между субъектами-участниками. К их числу Шепел причисляет следующее⁵⁵:

1. Разработка проектов стандартов специальными комитетами при обеспечении баланса представленных интересов (бизнес, потребители, общественные объединения, органы государственной власти).

2. Необходимость достижения консенсуса в комитете, прежде чем проект будет передан на рассмотрение.

3. Прохождение цикла публичного обсуждения и комментирования, при условии, что комитет обязан принять полученные комментарии во внимание.

4. Ратификационное голосование консенсусом (а не простым большинством голосов) органа, уполномоченного принимать соответствующие стандарты.

5. Обязательный периодический мониторинг применения стандартов.

Кодекс лучших практик стандартизации (Code of Good Practice for Standardization) Международной организации установления стандартов (International Standard-Setting Organization)⁵⁶ предлагает один образец саморегулируемой формулировки вторичных правил в области установления стандартов. Особенно важно правило 3.1, которое совершенно определенно утверждает, что эти «правила второго порядка» применимы к любому виду стандартизации как на государственном, негосударственном, международном, так и на местном уровне:

3.1. Этот кодекс предназначен для использования любым органом стандартизации как на государственном, так и на негосударственном, международном, региональном, национальном или поднациональном уровне. <...>

⁵³ Schuppert. Указ. соч., note 5, at 100.

⁵⁴ Schepel H. The Constitution Of Private Governance: Product Standards In The Regulation Of Integrating Markets (2005).

⁵⁵ Там же. At 6.

⁵⁶ ISO/IEC Guide 59 (1994).

4.1. Письменные процедуры, основанные на принципе консенсуса, должны определять методы, используемые при разработке стандартов. Заинтересованные стороны по их запросу должны быть своевременно ознакомлены с процедурами путем предоставления им копий приемлемым способом.

4.2. Такие письменные процедуры должны содержать идентифицируемый, реалистичный и легкодоступный механизм обжалования для беспристрастного рассмотрения любых жалоб, касающихся вопросов материального и процессуального права.

4.3. Информация о деятельности в области стандартизации должна появляться в соответствующих средствах информации в установленном порядке, чтобы дать возможность заинтересованным лицам или организациям принять содержательное участие. <...>

4.6. Все стандарты должны периодически подвергаться мониторингу и пересматриваться при необходимости, и в них должны своевременно вноситься изменения. Предложения по разработке новых или пересмотренных стандартов, если они представлены в соответствии с установленной процедурой любым материально или непосредственно заинтересованным лицом или организацией, где бы они ни находились, должны быть немедленно рассмотрены. <...>

6.1. Участие в процессе стандартизации на всех уровнях должно быть обеспечено всем материально или непосредственно заинтересованным лицам или организациям в соответствии с четко сформулированным процессом, как это указано в данной статье.

Сделав короткую паузу, мы можем подвести итог вышесказанному в двух основных пунктах. *Прежде всего* область негосударственного нормотворчества выработала «правила нормотворчества», которые удовлетворяют требованиям выполнения тех же самых функций, которые мы приписываем принципам верховенства права, когда мы говорим о государстве. Эти «стандарты стандартизации» являются не чем иным, как вторичными правилами, регулирующими процесс установления стандартов, и поэтому они содержат определенные процедурные и организационные требования, которым должен отвечать процесс. С точки зрения перспектив науки нормотворчества, которая не ограничивает себя правопорядком государства, но включает в себя множество нормативно-правовых систем, можно легко сделать вывод о том, что в действительности они являются принципами верховенства права, – это вовсе не удивительное явление, если принять во внимание, что верховенство права в англосаксонском понимании никогда не замыкалось исключительно рамками государства. В этом отношении концепция

верховенства права для снижения влияния государства разделяет позиции с концепцией *управления*, полезность которой проистекает из ее способности обращаться к институциональным механизмам и регулятивным структурам вне связи с государством с точки зрения функциональных перспектив⁵⁷.

Во-вторых, важно отметить, что применение принципов верховенства права по отношению к негосударственным регулятивным системам неизбежно связывается с рассуждениями о легитимации, о которых шла речь выше: «правила второго порядка» формулируют условия и требования, в соответствии с которыми негосударственные нормы, такие как «стандарты» и «нормы поведения», становятся легитимным нормотворческим процессом, в отношении которого можно ожидать общего соответствия. Эта потребность в легитимации в негосударственном нормотворчестве становится особенно важной, когда регуляторные системы не только «выглядят... как нормотворческие»⁵⁸, но и на самом деле являются функциональными эквивалентами государственного права.

3.4. Установление норм вместо государства: заполнение регулятивного пробела

Существование регулятивных пробелов становится особенно очевидным в двух случаях: прежде всего в областях, где государство занимает позицию регуляторного невмешательства и пользуется саморегулированием частных субъектов, чтобы освободить себя от регуляторных обязанностей; во-вторых, в «денационализированных» областях, в которых государство не имеет регулятивных полномочий. Эти ситуации можно проиллюстрировать на двух примерах:

Первый пример – это «судьба» немецкого негосударственного кодекса поглощений, содержащего правила, предписывающие поведение компании, предлагающей цену, и приобретаемой компании в контексте поглощения открытых компаний⁵⁹. Свод правил, составленный Немецкой комиссией биржевых экспертов (German Exchange Experts Commission (BSK) в 1995 году по модели Британского Кодекса Сити по поглощениям

⁵⁷ Risse T. Governance in Areas of limited Statehood, in Risse ed. supra note 8, 1-35 at 9; Zürn M., Koenig-Archibugi M. Conclusions II: The Modes and Dynamics of Global Governance, in *The Modes of Governance in the Global System*, Koenig-Archibugi M., Zürn M. eds. (2006), 236-254 at 236.

⁵⁸ Schepel. Указ. соч., note 53, at 6.

⁵⁹ Augsberg S. *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft. Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes* (2003).

и слияниям (British City Code on Takeovers and Mergers) 1968 года, нацелен, помимо прочего, на защиту инвестора, но также являлся попыткой обезопасить и поддержать функционирующий рынок путем обеспечения прозрачности и равных возможностей⁶⁰:

В растущей и взаимопереплетенной глобальной экономической системе, в которой национальное регулирование во все большей мере ориентируется на ожидания реального или фиктивного международного «финансового сообщества», кодекс поглощений может рассматриваться как попытка внедрить международные стандарты в Германии на добровольной основе, чтобы улучшить репутацию Германии как финансового центра.

Специфика этого документа заключается в том, что он в значительной мере был принят немецким законодательством – следуя предлагаемым руководящим указаниям Европейского союза – посредством Акта приобретения ценных бумаг и поглощения компаний (Securities Acquisition and Takeover Act) («Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz») от 1 января 2002 года. Принятие этого закона иллюстрирует «нормативно-регуляторный механизм», посредством которого прежние механизмы саморегулирования переходят к государству и трансформируются в право»⁶¹.

Второй пример проистекает из стандартизированных условий контракта. Стандартизация ограничивается не только техническими вопросами, такими как формат бумаги (форматы «letter», «legal» и т.д.) или болтов⁶²; она может касаться также условий контракта. Широкое распространение стандартизированных условий контракта – особенно в области страхования и транспортировки – отражает, с одной стороны, необходимость стандартизации в отраслях промышленности, крепко привязанных к мировой экономике, с другой стороны – общую сдержанность законодателей при осуществлении регулирования, что приводит к возникновению «регуляторных пробелов»⁶³:

Появление специальных стандартных контрактов, стандартных условий контрактов или стандартных форм контрактов для международ-

⁶⁰ Там же. At 279.

⁶¹ Там же. At 289.

⁶² *Vec M. Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung* (2006).

⁶³ *Röder T. J. From Industrial to Legal Standardization, 1871–1914: Transnational Insurance Law and the Great San Francisco Earthquake* (2012) at 293f.

ной коммерческой деятельности зависело от нескольких обстоятельств. В принципе, интерес к стандартизации контрактных баз был тем более интенсивным, чем больше данная отрасль была вовлечена в международную коммерческую деятельность. Точно так же как и на уровне отдельных государств, компании прилагали все усилия к тому, чтобы достичь международной стандартизации контрактных баз, если отсутствовало государственное регулирование или оно представлялось неэффективным или устаревшим. ...Чем меньше государство регулировало право в отдельных отраслях, тем больше распространялось негосударственное регулирование коммерческих и юридических сделок.

Тильман Редер (Tilmann Röder) предлагает четыре функции, выполняемые стандартизацией условий контракта:

- Правомочия (асимметричное влияние на содержание условий контракта)
- Связь
- Правовая определенность
- Заполнение пробелов и обеспечение развития

При рассмотрении этих функций не может быть никаких сомнений, что практика стандартизации является одновременно процессом создания норм. Стандартизированные контракты оказывают влияние на поведение игроков на рынке, которые зависят от их надежности и которые используют их в качестве ориентира; какие бы соглашения они ни содержали, они служат как авторитетный свод правил, замещающий, развивающий или полностью обходящий стороной существующий закон. Это форма нормотворчества, новая структура создания норм, которую современные эксперты по правовым вопросам признают с трудом. Редер подводит итог следующим образом⁶⁴:

Стандартные условия и контракты были предварительно сформулированы безотносительно к конкретным коммерческим сделкам, как единообразные юридические базы для огромного количества контрактов в будущем. В этом отношении их происхождение больше напоминает законодательный процесс, чем обычный процесс составления контракта.

Оба примера наглядно иллюстрируют, что негосударственные своды правил в области транснациональной коммерческой деятельности действуют как функциональные эквиваленты государственного права.

⁶⁴ Id. At 291.

Такие своды правил не просто «воспринимаются почти как законы»⁶⁵ – они *на самом деле*, *de facto* являются законом. Однако если негосударственное нормотворчество замещает государственное законотворчество в определенных контекстах, то из этого следует, что процесс создания этих правил должен придерживаться тех же стандартов, что и создание правовых принципов. Это в значительной мере расчищает путь применению принципов верховенства права. Как метко сказал Харм Шепел (Harm Schepel), расширение использования влечет за собой «нормативное заимствование между публичной и частной сферами»⁶⁶.

4. Заключение

В данной работе было показано, что во внесударственных контекстах, когда государственные учреждения не обладают монополией на установление и применение норм, негосударственные субъекты создают нормы, которые могут выполнять функции верховенства права. Расширение объема верховенства права за пределы «государственного права» выражается во всех трех рассуждениях, к которым мы прибегали здесь: конституционное право, право и развитие и глобальное управление. Когда негосударственные нормы вносят свой вклад в системное строительство и разрешение споров, когда их действенность имеет институциональное основание и когда они нормативно и институционально отражают общее понимание справедливости, то продуктивно признать проявлением верховенства права. В то же время неформальные правовые нормы, заменяющие государственное право в качестве его функционального эквивалента, должны оцениваться в соответствии с теми же самыми стандартами, что и государственное право. В этом смысле принципы верховенства права могут обеспечить общий критерий для оценки даже тех процессов нормотворчества, которые оказываются вне государственного контекста.

Текст © Matthias Kötter, Gunnar Folke Schuppert, 2013
Перевод С. Баранниковой

⁶⁵ *Lepsius O. Standardsetzung und Legitimation, in Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Christoph Möllers, Andreas Vosskuhle, and Christian Walter eds. (2007) 345-374 at 347.

⁶⁶ *Schepel*. Указ. соч., note 53, at 6.

Кашкин Сергей Юрьевич

д.ю.н., проф., заведующий кафедрой права Европейского
Союза Московского государственного юридического
университета им. О. Е. Кутафина

**СРАВНИТЕЛЬНОЕ, ИНТЕГРАЦИОННОЕ
И КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО КАК ИНСТРУМЕНТ
ПРЕТВОРЕНИЯ В ЖИЗНЬ КОНЦЕПЦИИ
ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА, ОСНОВАННОГО
НА КОНСТИТУЦИОННОЙ ЭКОНОМИКЕ**

Правовое государство как доктрина, вероятно, может быть в полной мере осмыслена только сейчас, на сегодняшнем уровне развития конституционализма. «Конституционное право в части норм конституции и непосредственно примыкающих к ней конституционных законов соединяет все отрасли национального права в иерархически организованное целое, снимает межотраслевые противоречия, обеспечивает общеправовое целеполагание. Именно в части конституционного права национальное право становится выше государства. Конституционное право, закрепляя наиболее фундаментальные устои общества и государства, вписывает государство в общество в качестве его организационного инструмента»¹. Подчиненность государства праву, верховенство права – совсем не общее место в России, где всегда культивировалась идея «верховенства государства».

Особенно священными часто считаются финансовые (фискальные, эмиссионные и др.) функции государства, всегда якобы более компетентного в экономических и финансовых вопросах, чем общество. И здесь на помощь конституционному праву приходит конституционная экономика.

Специалисты обращают внимание, что «конституционная экономика – именно то направление, которое позволяет связать и в определенном смысле «примирить» юристов и экономистов. Экономика иногда

¹ Кокотов А. Н. Доверие. Недоверие. Право. М.: Юрист, 2004. С. 77-78.

отталкивается от текущей эффективности, в то время как конституционный аспект экономики позволяет придавать экономическим решениям долгосрочную стратегическую логику, основанную на конституционных идеях правового государства, справедливости и благосостояния людей. На таком подходе основываются аксиомы, не действовавшие в достаточно недалеком прошлом, например, о недопустимости произвольной эмиссии денег, о необходимости независимого статуса центральных банков и т. д.»².

При этом исследователями конституционной экономики делается особый акцент на том, что «одним из важных достоинств конституционной экономики является необходимость для экономистов и юристов в буквальном смысле этого слова находить общий язык, добиваться чистоты и единообразия юридической и экономической терминологии. Экономисты и юристы, употребляя правовые термины, должны вкладывать в них один и тот же смысл»³. И уже в этом смысле имеется целый ряд до сих пор не решенных, хотя и довольно явных, проблем.

Так, понятие правового государства – ключевого элемента российской Конституции – начинает обретать свое доктринальное значение только в последнее время, до этого фактически являясь «идеей без понимания». В последних исследованиях специалисты, в частности, отмечают: «Несмотря на общечеловеческое содержание доктрины Правового государства, каждая национальная конституционная система имеет свои особенности, необходимые для наилучшего применения идей этой доктрины в конкретной правовой системе каждой страны. Нам в России тоже нужно создать свою работающую доктрину Правового государства, предписанного нашей Конституцией.

Составными частями российской доктрины Правового государства в соответствии с подходами, высказанными Валерием Дмитриевичем Зорькиным в беседах с одним из авторов и излагаемыми в интерпретации под его ответственность, являются:

– кантовская доктрина *Rechtsstaat* с ее критериями правового государства как практическое обеспечение мирной, благополучной и счастливой жизни граждан. Приоритет защиты ценностей культуры над военной

² Голубев С. А. Предисловие к сборнику: Конституционная экономика и антикризисная деятельность центральных банков. Сборник статей // под ред. С.А. Голубева. М., 2013. С. 6.

³ Гаджиев Г. А., Баренбойм П. Д., Лафитский В. И., Мау В. А., Захаров А. В., Мазаев В. Д., Кравченко Д. В., Сырунина Т. М.. Конституционная экономика // отв. ред. Г. А. Гаджиев. С. 14-15.

необходимостью и приоритет расходов на культуру, образование и здравоохранение над любыми другими;

– непрерывная правовая реформа, каждодневно приводящая законодательство и правосознание в соответствие с конституционными целями и задачами. Такая правовая реформа должна быть объявлена не на несколько лет, а как минимум на целое поколение;

– конституционная экономика как критерий экономической политики государства и инструмент участия гражданского общества в определении приоритетов этой экономической политики. Конституционная экономика – научно-практическое направление на стыке экономики и конституционализма, описывающее и анализирующее взаимное влияние правовых и экономических факторов при принятии государственных решений, которые затрагивают экономические и социальные права, гарантированные в Конституции, а также взаимоотношения проблем применения Конституции со структурой и функционированием экономики;

– партнерские взаимоотношения с гражданским обществом. Отказ от определения правового государства как формы организации общества. Гражданское общество является равноправным партнером правового государства, которое не организует его, а дополняет и защищает. Разделение понятий «общество» и «государство» является, может быть, первым шагом к осмыслению того понятия правового государства, которое нам необходимо сделать;

– неуклонное соблюдение конституционного принципа разделения властей;

– признание близости, но не полного совпадения с англосаксонской доктриной Верховенства права⁴.

Правовое государство в каждом конкретном примере его реализации не может существовать без реального экономического базиса. Основы системы правового регулирования экономических и социальных отношений закреплены в положениях конституционной экономики, определяющей эффективность этого базиса. Поэтому можно признать объективную неразрывность конституционной экономики и правового государства и высказать предположение о том, что только основанная на конституционных принципах экономика является юридико-экономической первоосновой правового государства.

⁴ Баренбойм П. Д., Кравченко Д. В. Доктрина российского правового государства: составные части, признаки, принципы // в сб. Международные правовые доктрины: поиск взаимопонимания / сборник статей под ред. Е. Г. Тарло, Д. В. Кравченко. М., 2013. С. 107-108.

Все более укрепляющейся в составе доктрины Правового государства является идея о непрерывной правовой реформе. «В «Тезисах о правовой реформе в России» В. Д. Зорькин сформулировал важнейшее положение о непрерывной правовой реформе, каждодневно приводящей законодательство и правосознание в соответствие с конституционными целями и задачами, которое можно рассматривать в качестве неотъемлемой части российской доктрины Правового государства»⁵. Данная идея особенно важна для стран с континентальной, основанной на конституции, системой.

И конституционная экономика, и правовое государство функционируют в тесной взаимосвязи с развитием современного права, основные тенденции которого непосредственно оказывают на них серьезное влияние.

В современном глобализирующемся мире эволюция права происходит все более ускоряющимися темпами. Она проявляется во взаимодействии посредством использования инструментария сравнительного и зарубежного права разных стран, международного права и интеграционного права – более всего заметного на примере права Европейского Союза. Замена стихийного развития сознательным и целенаправленным правовым регулированием в рамках правового государства, основанного на конституционной экономике, превращается в один из важнейших способов обеспечения стабильности государств и жизнеспособности человечества. Во внутригосударственном праве многих стран в последние два десятилетия наблюдалось диалектически противоречивое развитие.

Прежде всего с развалом социализма произошла деидеологизация права, и заимствование права разных стран стало общепринятым явлением. Вплоть до кризиса начала третьего тысячелетия имел место процесс правовой либерализации и дерегулирования – движения от жесткого контроля государством к более мягкому правовому регулированию, обеспечивающему большую гибкость применительно к конкретной ситуации, что особенно касалось регулирования экономики. Это было весьма удобно для стабильно растущей экономики.

Мировой финансовый кризис начала третьего тысячелетия заставил правоведов во многом переоценить экономическую действительность. Как верно ставил вопрос В. Д. Зорькин, «корректно ли говорить

⁵ Баренбойм П. Д. Соотношение доктрин Верховенства права и Правового государства как главный вопрос конституционализма / в сб. Правовая реформа в России: восемь лет спустя // Сборник статей под ред. В. П. Мо- золина. М., 2013. С. 279.

о действии принципов права, и в первую очередь принципа юридического равенства, сейчас, когда вследствие политики, проводимой небольшими сообществами людей, образовались финансовые «дыры» планетарного масштаба и эти «дыры» предстоит латать за счет всех остальных групп населения, являющихся налогоплательщиками или же потребителями распределяемых социальных благ?.. И если нарушение принципа юридического равенства привело к развитию и эскалации кризиса, можно ли утверждать, что механизмы преодоления (точнее, сглаживания) его последствий действуют с соблюдением указанного принципа?»⁶

Изначально кризис развернул указанную регуляторную тенденцию в обратном направлении – это жесткое и детальное правовое регулирование и усиление публичного контроля. Это особенно коснулось финансового и корпоративного права и должно было служить поиску инструментов выхода из кризиса и сохранения правового государства, основанного на конституционной экономике.

Однако неуверенное восстановление экономики вновь разочаровывает сдерживание усиления регулирования. Как отмечают аналитики, «давление на регуляторов со стороны Уолл-стрит не ослабевало все эти годы. Так, представители сектора и лоббисты провели с чиновниками более 700 различных встреч по обсуждению только одного положения, связанного с ограничениями на торговлю за счет собственных средств. В итоге спустя три года после одобрения закона Додда-Франка лишь 40% из его 398 регулирующих положений введены в действие, подсчитали юристы Davis Polk & Wardwell LLC»⁷.

Эти две диалектически единые, но разнонаправленные тенденции – усиления регулирования и либерализации и дерегулирования – борются на уровне и внутригосударственного, и международного права. Как показал кризис, факторами, определяющими победителя этой борьбы, являются не только сугубо правовые материи, поэтому она не всегда отражает действительные потребности правового регулирования отношений, возникающих в реальной жизни, что по существу может являться условием возникновения кризиса.

В конституционном праве зарубежных стран имеет место все более ярко выраженная тенденция взаимного конституционного заимство-

⁶ Зорькин В. Д. Кризис, собственность, верховенство права // В сб. Конституционно-правовые основы собственности и предпринимательства: проблемы реализации. Сборник докладов. М., 2010. С. 6.

⁷ Павлов В., Полоцкий А. Пять лет после Lehman. Банки США не хотят ускорять реформы // РБК daily, 13 сентября 2013 г. № 168 (1701). С. 4.

вания. В результате формируется вполне однородный даже для разных континентов «конституционный стандарт и даже конституционный идеал», отказываться от которого никому идеологически и политически не выгодно. Это очень важная тенденция развития «конституционного компонента» конституционной экономики и очень весомый вклад в укрепление основ правового государства.

В целом в мире на фоне растущих масштабов и глобальной неразрывности решения внутренних проблем от мировых наблюдается тенденция смещения главного направления развития современного права – с концентрации его на проблемах сугубо внутригосударственного правопорядка – к большей ориентации на регулирование проблем регионального (наднационального) и глобального правопорядка. Это имеет непосредственное воздействие на формирование современной концепции правового государства, основанного на конституционной экономике.

Как отмечает Ю. А. Тихомиров, «глобализация в мире приводит к интернационализации права»⁸, а в результате интернационализации на разных континентах появляются новые интеграционные организации, что приводит к совершенствованию и усилению интеграционного права. В свою очередь, процессы развития права интеграции дают ключи к пониманию сущности и перспектив глобальной эволюции права и правового государства.

На региональном уровне одной из наиболее эффективных «лабораторий» по разработке новых интеграционных механизмов правового надгосударственного регулирования является Европейский Союз.

Там формируется «гражданин Европы» – как промежуточный тип на пути к «гражданину Мира». У такого гражданина появляются элементы наднационального правового мышления, столь необходимые юристу будущего. Поэтому, отмечает английский профессор Твиннинг, особое значение приобретает тенденция формирования новой наднациональной европейской и глобальной правовой теории, новой правовой и конституционной культуры⁹. Неотъемлемой частью такой теории является и концепция правового государства, основанного на конституционной экономике.

ЕС также вносит свой вклад в развитие современной правовой теории и культуры. В этом плане право Союза обладает и «прогностическими» свойствами, имеющими прямое отношение к нашей теме.

⁸ Тихомиров Ю. А. Государство: преемственность и новизна: Научное издание. М., 2011. С. 68.

⁹ Twining W. Globalization and Legal Theory. L., 2000. P. 53-54.

В ЕС происходит процесс наднациональной конституционализации права, в котором конституционная экономика занимает одно из ведущих мест. Именно она в максимальной степени позволяет связать основы правового регулирования и демократии с экономическим базисом общества, его материальной первоосновой.

С одной стороны, имеет место усиление эффективности права за счет его универсализации и гармонизации на большем пространстве европейского интеграционного образования, где открываются новые наднациональные просторы для функционирования конституционной экономики. Это прежде всего выражается в создании экономического и валютного союза и переходе на единую валюту евро. Подобные процессы имеют место и в других интеграционных группировках современного мира.

С другой – разработка механизмов обеспечения единства и консенсуса посредством максимального учета разнообразия участников за счет новых источников права или приспособления старых к новым условиям. Так, обогащается опыт прецедентного права, применяются в необходимых случаях источники «мягкого права», используется правило «opt-in» и «opt-out», придается особая сила нормам-принципам и вводится новое понятие «ценности ЕС». Профессор М. Н. Марченко, наряду с первичным и вторичным правом Союза, рассматривает принципы как «третий вид источников общеевропейского права»¹⁰, подчеркивая этим рост значения принципов, в качестве источника права. Здесь на первое место закономерно выходит принцип правового государства, основанного на конституционной экономике.

Надо признать, что именно и только на конституционной экономике могут реализовываться права человека и строиться современное гражданское общество и правовое государство.

В ЕС принципы подкрепляются такими закрепленными в Лиссабонском договоре ценностями Союза, как демократия, равенство, правовое государство, соблюдение прав человека, плюрализм, терпимость, справедливость, равенство и т. д. Особенно примечательно то, что все эти принципы, сначала появившиеся в праве демократических государств, подняты в ЕС на качественно новый, наднациональный уровень.

Европейскому Союзу не вполне подходила «классическая» система разделения властей, поскольку ЕС уже не является классической международной организацией, но еще не превратился в государство. Поэтому

¹⁰ *Марченко М. Н.* Государство и право в условиях глобализации. М.: Проспект, 2008. С. 336.

Договором о реформе 2007 г. была создана и усовершенствована гибкая и подвижная саморазвивающаяся система элементов наделения компетенцией и взаимодействия институтов, не ставящая перед собой целью раз и навсегда их разделить или жестко закрепить их в определенной взаимной связи. Эффективности системы управления ЕС служат принципы верховенства, прямого действия, пропорциональности и субсидиарности, сочетания коллективности и единоначалия, соблюдение баланса регионов, государств и Союза, классов и политических партий на различных уровнях политической жизни. Именно эти принципы могут быть конструктивно использованы для совершенствования управления современным правовым государством. Они заслуживают более подробного изучения и применения на практике.

Эти принципы, составляя элементы современного государствоподобного образования интеграционного типа, являются уникальными компонентами системы управления нового надгосударственного правопорядка. Он опирается на положения Лиссабонского договора 2007 г., фактически представляющего собой «конституцию» Европейского Союза. Именно он обеспечивает на практике функционирование наднациональной «конституционной экономики» ЕС.

Интеграционное право может быть внешним по отношению к государству, направленным на создание интеграционных образований, и внутренним – направленным на сплочение, внутреннее объединение государства. Поэтому Россия может использовать опыт ЕС и в своем интеграционном строительстве на постсоветском пространстве и в правовом регулировании внутрифедеративных отношений. Именно идея правового государства, основанного на конституционной экономике, может и объективно должна быть важным объединяющим фактором во внутреннем и внешнем интеграционном развитии современной России, назвавшей себя в Конституции правовым социальным государством.

Поскольку право Европейского Союза находится где-то между международным и конституционным правом, в нем формируются собственные своеобразные методы правового регулирования. Если в международном праве более всего приемлем метод координации, согласования интересов суверенных субъектов, то в конституционном праве с закономерностью преобладает императивный метод, обеспечивающий иерархию правовых норм. В праве Европейского Союза участники сначала договариваются и координируют свои позиции, а затем в своей деятельности подчиняются этим договоренностям, то есть все более формируется и отлаживается специфический метод права ЕС – метод «скоординированной субординации». Он, как представляется, имеет большие перспективы для

интеграционного регулирования и применения в правовом государстве, основанном на конституционной экономике.

Из Хартии ЕС об основных правах 2000 г. можно вывести принципиально новую тенденцию развития права в третьем тысячелетии. Она состоит в поиске с использованием правового государства баланса правовых средств, направленных на реализацию позитивных и ограничение негативных последствий интеграции, интернационализации и глобализации.

Красной нитью через Лиссабонский договор проходит новое осмысление принципа ненасилия, проявляющегося в стремлении к эволюционному созиданию без разрушения, то есть выбор объединяющейся Европой взвешенного, цивилизационного движения из уважаемого прошлого через прагматическое настоящее к достойному будущему. Такое движение возможно только в рамках правового государства.

Здесь интересно, что европейские международные акты – скорее всего, без намерения их авторов – возвращаются к первоначальным истокам доктрины Правового государства, восходящей к кантовской идее Rechtsstaat, которая, как верно заметил П. Д. Баренбойм, основывается на принципе стремления к миру¹¹.

При этом стремление к миру, на время утраченное и забытое в доктринальных измышлениях, так или иначе находило свое отражение в международном праве, например, в принципах защиты культурных ценностей.

Как отмечает П. Д. Баренбойм, «отстав на 200 лет в осмыслении государственно-правовых идей Юма и Канта, наша философская и юридическая наука может просмотреть и близкую к нам и понятную без перевода эстетическую концепцию государства, выработанную знаменитым русским мыслителем и художником Николаем Рерихом. Рерих продолжил и развил в глубокую и практически выполнимую государственную доктрину лозунг, выдвинутый Достоевским – «Красота спасет мир!». Отсюда начинается мощное русское направление в развитии концепции эстетической государственности. Изучение философско-правового наследия Рериха важно для разработки доктрины правового государства, в первую очередь в связи с тем, что им выдвинута основополагающая и наиболее характерная черта правового государства, без которой сама возможность разработки доктрины на современном этапе может стать недостижимой.

¹¹ Баренбойм П. Соотношение доктрин Верховенства права и Правового государства как главный вопрос философии права и конституционализма. М., 2013. С. 16.

После войн и революций начала XX века Рерих убедился, что уровень развития человечества пока не позволяет надеяться на существенное снижение уровня насилия, и выдвинул идею международного соглашения (впоследствии названного Пактом Рериха), устанавливающего принцип приоритета защиты культурных ценностей перед целями военной необходимости и предусматривающего принятие каждым государством внутреннего законодательства, направленного на защиту культурных ценностей и в мирное время. Сам Рерих неоднократно писал, что пакт является только начальным этапом процессов изменения государственных и общественных приоритетов, которые снизят, а впоследствии и почти полностью устроят опасность войн, что, по Канту, является обязательным признаком правового государства. Пакт Рериха стал в 1935 году единственным международным договором, в официальное название которого включено имя его русского разработчика. К сожалению, российская правовая наука мало изучает вклад Рериха в доктрину Правового государства. Конечно, антимилитаристская позиция трудна для защиты и выдвижения в современной России. Но как верно заметил русский философ права Бибахин, «философия всегда шла против течения»¹².

Интересен также тот факт, что стремление к миру является настолько фундаментальной правовой ценностью, что в той или иной мере осознается и проявляет себя в различных документах, что мы можем видеть на примере приведенных европейских международных актов. Мысль о необходимости закрепления стремления к миру в праве основывается на тезисе о несовершенстве человечества, который ярко выразил академик РАН А. А. Гусейнов в одном из последних докладов: «Ставка философии на то, что наука в качестве миропреобразующей силы окажется одновременно и нравственно-возвышающей силой, в целом не оправдала себя. Наука и обусловленные ею материальные преобразования в обществе достигли таких успехов, которые превзошли все прогнозы и даже фантазии прошлого. Но они не привели к ожидавшимся нравственным изменениям. Внешние успехи, включая необычайное возрастание комфортности жизни, не привели к внутреннему росту людей»¹³.

Европейское право оказалось весьма практичным в своем стремлении использовать все работающие на практике приемы, методы, правовые механизмы и теории, выработанные не только 27 странами Союза,

¹² Баренбойм П. Указ. соч. С. 115.

¹³ Гусейнов А. А. Философия как этический проект. Доклад на XXIII Всемирном философском конгрессе (Афины, 4-10 августа 2013 г.). М., 2013. С. 15-16.

куда входят представители разных правовых семей, но и юридической науки в целом. Не остались неиспользованными в современном правовом государстве переосмысленные принципы социализма, изначально разработанные для других условий и другого общества.

С появлением наднациональной правовой системы Европейского Союза двухсистемную структуру международного и национального права сменила принципиально новая современная трехсистемная структура взаимоотношений.

В нее на равноправных условиях входят три автономные, имеющие свои специфические черты, самодостаточные, но взаимосвязанные, системы права: национальное право государств, наднациональное интеграционное право, представленное удачнее всего правом ЕС, и международное право. Отношения в этом «треугольнике» характеризуются совершенствованием каждой из систем при углублении и одновременно росте соревновательности и взаимодействия между ними.

Как отметил академик РАН О. Е. Кутафин, «почти все новые тенденции развития современного права, в том числе конституционного и международного, находят свое отражение в праве Европейского Союза. Поэтому его изучение представляет собой бесценную возможность познакомиться с новейшими тенденциями, идеями и методами, представляющими собой последние достижения мировой правовой мысли»¹⁴.

В результате «переплавки в общеевропейском котле» формируется новый сплав – качественно новое наднациональное Европейское право. Оно играет роль своеобразного промежуточного звена, связывающего внутригосударственное и международное право. И эти связующие качества Европейского права (как и любого другого интеграционного права) тем эффективнее, чем более эти государствовподобные организации приближаются к параметрам правового государства.

При этом в самом праве Европейского Союза усиливаются черты качественно нового наднационального права, сохраняющего при этом существенные непротиворечивые международно-правовые характеристики. Эти черты характерны для наднационального правового государствовподобного образования, основанного на «конституцеподобной экономике», – Европейского Союза.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что правовое государство, основанное на конституционной экономике, уже существует на двух уровнях и проектируется на третьем уровне – как правовое государ-

¹⁴ Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М.: ИНФРА-М, 2008. С. 6.

ство, основанное на конституционной экономике на уровне отдельных государств – т. е. не национальном уровне, на уровне наднационального Европейского Союза – т. е. на наднациональном уровне и начинается процесс формирования тенденции к созданию основ аналогичного универсального мирового правового образования, которое могло бы в перспективе опираться на также формирующийся «глобальный идеал конституционной экономики».

Графически это можно представить как строительство пирамиды, в основе которой лежат уже сформировавшиеся национальные правовые государства, основанные на конституционной экономике, далее идет средний, наднациональный уровень ЕС и других демократических интеграционных государствовподобных образований, а самый верхний, глобальный уровень еще находится в стадии проектирования и в зависимости от ситуации, подобно Вавилонской башне, может никогда не быть достроен. Но миллионы людей и прогрессивные юристы имеют право на высокую мечту и конституционное право на «стремление к счастью», которое может быть осуществлено только через правовое государство!

Текст © Sergey Y. Kashkin, 2013

Джанлуиджи Паломбелла
профессор юридического факультета
Университета Пармы (Италия)

**МЕРА ПРАВА. НЕИНСТРУМЕНТАЛЬНАЯ
ПРАВОВАЯ ТОЧКА ЗРЕНИЯ:
ОТ ГОСУДАРСТВА ДО МЕЖДУНАРОДНОГО УРОВНЯ
(ОТ ХАМДАНА К АЛЬ-ДЖЕДДЕ)**

Нет более жестокой тирании, чем та, которая прикрывается законами и видимостью правосудия.

Монтескье

Преамбула. Вопрос о подлинном верховенстве права

В знаменитом деле, рассматриваемом Верховным Судом США (2006 Hamdan v. Rumsfeld), военные комиссии, учрежденные президентом США в заливе Гуантанамо, были признаны неконституционными, поскольку приговоры и их исполнение осуществлялись «без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом, обеспечивающим все судебные гарантии, признанные необходимыми цивилизованными народами»¹. Более того, создав такого

1 По мнению Верховного Суда, Единый кодекс военной юстиции «устанавливает условия для использования президентом военных комиссий в соответствии не только с американским обычным военным правом, но также и с остальным текстом самого Единого кодекса, постольку-поскольку тот применим, и с «правилами и принципами международного права» <...> включая, в частности, четыре Женевские конвенции, подписанные в 1949 году <...>. Процедуры, по которым, согласно распоряжению правительства, должен проходить суд над Хамданом в комиссии, нарушают эти нормы» (Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. (2006), Opinion of the Court, at 49). По мнению Суда, Женевские конвенции и требования Общей статьи 3 «подлежат судебному исполнению», поскольку составляют часть права вооруженных конфликтов (ст. 21 Единого кодекса военной юстиции). Ссылка на Женевскую конвенцию об обращении с военнопленными, 12 августа, 1949. Ст. 3 § 1(d).

рода военные трибуналы, президент использовал полномочие, которое не является «вытекающим из обстоятельств» военного времени и не было предоставлено ему Конгрессом. Вот почему суд подтвердил с уверенной торжественностью, что, «рассматривая дело Хамдана и приговаривая его к уголовному наказанию, исполнительная власть обязана подчиниться верховенству права, которое превалирует в нашей юрисдикции»².

Я часто ссылаюсь на этот прецедент, потому что, несмотря на то, что два этих обстоятельства были связаны между собой, в решении Суда признается, с одной стороны, что право на судебную защиту мистера Хамдана и международно-правовые обязательства (общие принципы права, признанные цивилизованными нациями) должны соблюдаться, и с другой стороны – что принцип разделения властей был нарушен. Впрочем, применимость прав и международных норм гарантируется их включением в законодательство страны. Демократия и принцип разделения властей («структурный» аспект) лежат в основе аргументов, обосновывающих решение Суда. Отрицая наличие карт-бланша у президентской власти, Суд тем самым принял решение по делу Хамдана, для «обеспечения демократии»³. Это подтверждается совпадающим мнением судьи Брейера⁴.

Учитывая аргументацию, лежащую в основе решения Верховного Суда, на Конгресс было возложено обязательство урегулировать данный вопрос по существу. В результате в октябре 2006 года был принят Акт о военных комиссиях (Military Commissions Act). Большинство положений этого закона «несовместимы с международными обязательствами США в области прав человека и гуманитарного права». Акт о военных комиссиях противоречит «универсальным и фундаментальным принципам справед-

² 548 U. S. (2006) Opinion of the Court, at 72.

³ Как пишет *Джек Болкин*: «Суд не столько пошел против воли большинства, сколько обеспечил демократию. Он ограничил президента, заставив его обратиться в Конгресс и запросить новых полномочий в дополнение к уже имеющимся, и если Конгресс предоставит ему их, Суд не станет противодействовать этому». *Hamdan as a Democracy-Forcing Decision*, June 29, 2006, доступно по адресу: <http://balkin.blogspot.com/2006/06/hamdan-as-democracy-forcing-decision.html>, последнее посещение июнь 2013 г.

⁴ «В том случае, когда нет каких-либо чрезвычайных препятствий для запроса в Конгресс, как это имеет место и сейчас, настойчивое требование такого запроса со стороны суда не ослабляет способности Нации бороться с опасностями посредством установленных в Конституции «демократических процедур» (*Breyer J.* 548 U. S., 2006).

ливого судебного разбирательства и надлежащей правовой процедуры, которые закреплены в общей статье 3 Женевских конвенций»⁵.

Как следствие термина «*Верховенство права в этой юрисдикции*», возникает вопрос о том, могут ли такие понятия, как «основные права» и «верховенство права», быть отнесены к демократии как таковой. Конечно же, последнее понятие является всего лишь одним из идеалов, которые так лелеют западные конституционные государства. Должна ли правовая обязанность предоставить людям минимальные гарантии, общепризнанные основополагающими нормами международного права, быть сведена на нет решением, принятым большинством голосов Конгресса США?

Как и ранее, я назову это вопросом о подлинном верховенстве права. Причина появления верховенства права как принципа и идеала в нашей правовой цивилизации имеет отношение к поддержанию законности, его автономии, его неутилитарной функции и его концептуальной отделимости по отношению к пусть даже и легитимному осуществлению высшей нормативной власти: независимо от того, демонстрирует ли ее носитель демократические устремления или наоборот.

Далее я буду рассматривать свойства принципа законности, верховенства посредством права и верховенства права, расширяя их логическое обоснование за пределы государства, а в последнем разделе я представлю краткий анализ решения Европейского Суда по правам человека по делу Аль-Джедда как пример применимости и нормативного значения понятия верховенства права, которое я предлагаю и отстаиваю в этой статье.

2. Верховенство права как принцип законности?

2.1. На одном из уровней своего значения принцип верховенства права направлен на защиту связи между избирателями и правом, этосом (характером, ценностями общества. – Ред.) и правопорядком. «Верховенство права» в этом случае понятие, связанное юрисдикцией. Его описание имеет известные образцы. Например, Монтескье в книге «О духе законов» начал изучение огромного объема данных и опыта разнообразных народов и пришел к интуитивному пониманию, что законы есть «отношения», которые являются результатом комбинации социальных, культурных, географических факторов, торговли, экономики, манеры поведения

⁵ См.: Список нарушений в Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin: United Nations Press Release, October 27, 2006, at http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf.

и манеры одеваться в не меньшей степени, чем результатом той роли, которую играет политическая власть. Не являясь сторонником натурализма, Монтескье объясняет в этом смысле право как определенное понятие в рамках общих рассуждений: не просто сводя все к его принадлежности природе или воле. И в свою очередь, государства функционируют согласно «принципам», которые «приводят [их] в движение» и заставляют их структуры «действовать». Общественные страсти по отношению к общим «институтам» являются функциональным, объективным элементом комплексной системы⁶. Можно использовать этот пример, чтобы объективно отразить некоторую часть наших общепризнанных идей о праве, состоящем из «отношений», связывающих противоположные контекстуальные векторы, структуры, заключенной в «природе вещей»⁷; и общего «духа законов», который принимает форму «единого целого»⁸. Соответственно, законы почти неотделимы от того, что они призваны регулировать⁹. Можно сказать, что версия этой концепции может напоминать консервативную «модель Бёрка», рассматривающую суды как институты, в деятельности которых отражается «весь опыт нации»¹⁰.

Эта концепция подчас, к сожалению и несколько обманчиво, служит укреплению устойчивого, основанного на воле, самообъясняющего понятия права. Она применяется и во внешнем правовом пространстве, определяя посредством согласующихся между собой конституционно закрепленных норм позицию (а также юридическую силу и статус), которую занимает национальное право по отношению к договорному или обычному международному праву, международным договорам и общим принципам. Это, выражаясь кратко, «[верховенство] права в этой юрисдикции».

⁶ *Ch. L. de Secondat, Baron de Montesquieu. The Spirit of Laws* (Thomas Nugent, Cincinnati, R. Clarke & Co., 1873). Vol. I, 22 ff.

⁷ *Montesquieu, The Spirit of Laws*, см. сноску выше 6, Pref., at XXXII.

⁸ Данное предложение содержится в работе: *Эрлик Е.* (1916) *Montesquieu and Sociological Jurisprudence*, 26 *Harvard Law Review*, 582, at 589.

⁹ Соответственно, «нечто является правильным не просто, потому что является законом, а, наоборот, оно должно быть законом, потому что является правильным» (*Montesquieu. Cahiers*, Paris, Grasset, 1951. P. 135). Следует отметить, что даже исходя из этой точки зрения право не сводится только к понятию воли.

¹⁰ *Holmes O. W.*, in *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433 (1920); а также см.: *Post R.* (2001) *The Challenge of Globalization to American Public Law Scholarship*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2:323, at 326 ff.

Вторая разновидность упомянутого только что подхода в меньшей степени имеет социальную или этическую основу и все еще сохраняет большое значение в современных теориях. Этот подход обуславливает юрисдикционно-связанную концепцию, основанную на важности подчинения праву и его заявленной определенности, придавая значение праву посредством ограничения в толковании и подходов, меньше склонных к замене смысла телеологией или подобного рода эволюционными открытиями. Говоря словами знаменитого лидера такого подхода, судьи Верховного Суда США Антонина Скалиа: верховенство права как право правил¹¹.

В этом смысле существует целый ряд ожидаемых последствий повышения роли и значения права. Установление правовой определенности и подчинение органов публичной власти заранее установленным правилам является необходимой предпосылкой либерального государства, разделения властей и, как представляется, признания принципа законности, выражаясь другими словами, самой идеи, что осуществление власти зависит от законодательных предписаний и подчиняется установленным ограничениям. Принцип законности равносителен напоминанию об отсутствии произвола. В этом заключается суть его достоинства. С этой точки зрения он в ряде случаев легитимируется, поскольку якобы отражает идеалы нации и привязанность традициям ее права¹². Отсутствие произвола может быть защищено с помощью определенности и согласованности норм права, а также закреплено в конституции государства, то есть с помощью формального оформления правовых текстов

В европейских доктринах поддержание законности раскрывалось через идею «базирующегося на законодательстве государства»: чья сущность, по мнению немецкого социолога Макса Вебера¹³, обеспечивает предсказуемость действий государственной власти, гарантируя каждому гражданину правовую определенность посредством основанного на четких правилах метода социального контроля (вместо любых других методов, как, например, произвольного, казуального, базирующегося на насилии, и т. д.).

Тем не менее будет заблуждением понимание верховенства права сведением его к принципу законности, поскольку это не может объяс-

¹¹ *Scalia A.* (1989) *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. C HI. L. R EV. 1175.

¹² Можно процитировать известное изречение, воспринятое в европейском континентальном государстве из римской цивилизации в XIX и XX веках: *dura lex sed lex*.

¹³ *Weber M.* *Economy and Society*. Vol. 2, edited by G. Roth and C. Wittich, Berkeley, CA: University of California Press, 1978. P. 82.

нить различие (если таковое имеется) между верховенством права «без придаточных предложений» и верховенством права как понятием, привязанным к юрисдикции.

2.2. Если мы хотим преодолеть этот подход, мы в первую очередь должны обратить внимание на семантику понятия «верховенство права» для четкого отграничения его от понятия «верховенство посредством права», которое все еще часто используется без должных на то оснований в качестве эквивалента.

Наиболее распространенная трактовка высказана Таманахой: «Верховенство права, по своей сути, требует, чтобы должностные лица и граждане подчинялись и действовали в обязательном порядке на основе права. Это основное требование влечет установление минимального набора признаков: право должно быть установлено заранее (относится к будущему), быть обнародованным, общим, четким, стабильным и определенным и применяться ко всем. В случае отсутствия этих признаков наличие верховенства права не признается»¹⁴.

В настоящий момент, как я утверждаю, такое определение является центральным элементом не понятия «верховенство права», а понятия «верховенство посредством права». Следует принимать упомянутые выше элементы в качестве обязательного условия существования права, как это было верно показано Лоном Фуллером¹⁵ в его знаменитом перечне восьми признаков, которые необходимы для того, чтобы право было признано правом. Конечно, очевидно, что такого рода законность сама по себе с очевидностью демонстрирует огромную разницу в сравнении с произволом и первобытным насилием, как указывал Макс Вебер. Не случайно, руководствуясь ограничивающей логикой законности и для того, чтобы избавиться от процедурных ограничений, правопорядок в на-

¹⁴ *Tamanaha B. Z. A Concise Guide to the Rule of Law*, in Palombella G., Walker N. *Relocating the Rule of Law*, Hart, Oxford, 2009. P. 3.

¹⁵ *Мартин Крайгер* живописно назвал подобные понятия «анатомическими» в его работе «The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology» in *Relocating the Rule of Law*, edited by Gianluigi Palombella and Neil Walker, Oxford, Hart, 2009, 47 ff. Право должно быть общим, гласным, не имеющим обратной силы, непротиворечивым, ясным, исполнимым, относительно стабильным и обязательно соблюдаемым представителями власти (*Fuller L. The Morality of Law*, II ed. New Haven, Yale University Press, 1969, ch. 2).

цистской Германии фактически не действовал, что сделало гораздо более легким эффективное достижение целей режима¹⁶.

Но тем не менее *верховенство посредством права* едва ли является нашим нормативным идеалом (в отличие от идеала *верховенства права*). Напротив, это подтверждает то, что Томас Гоббс описал в качестве способа организации и упорядочивания общественной жизни посредством суверена, Левиафана, что означает *верховенство посредством права (rule by the law)*: он устанавливает нормы, компетенцию органов и организационные процедуры¹⁷. Требование существования права автоматически не означает, что принцип верховенства права реализован; его логическая основа требует, чтобы все элементы присутствовали, но это само по себе недостаточно для достижения верховенства права (причину этого я объясню чуть позднее).

Следующий довод, имеющий отношение к взаимосвязи между правом и политически процессом, может дополнительно аргументировать это положение. Согласно распространенной точке зрения на понятие «верховенство права», как, например, та, что предлагает Стивен Холмс¹⁸, право, в конце концов, является (просто) инструментом: все зависит от того, как власть распределена в социальном отношении, будет ли право в результате этого справедливым или нет, содействуя свободе или подавлению. Соответственно, как утверждается, только демократическая поликратия может изменить ситуацию к лучшему. В настоящий момент представляется затруднительным с этой точки зрения провести черту между *верховенством права (rule of law)* и *верховенством посредством права (rule by law)*.

Напротив, согласно точке зрения, которую я поддерживаю, если бы мы достигли первого и оставили позади второе, то право стало бы существовать с некоторой функциональной автономией лицом к лицу с политикой и перестало бы просто отражать принятые ей решения. Вопрос о верховенстве права неравнозначен вопросу об организации государственной власти и не может совпадать с вопросом о структуре/качестве

¹⁶ Эрнст Френкель описал это как нацистское «Дуалистическое государство»: *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship* (1941), transl. E. A. Shils, New York, Octagon Press, 1969, 56 ff.

¹⁷ *Hobbes Th.* (1651) *Leviathan*, edited by M. Oakeshott. Oxford: Blackwell, 1946, chaps. 26-28.

¹⁸ *Holmes S. Lineages of the Rule of Law*. P. 19-61, in *Democracy and the Rule of Law*, edited by J. Maravall and A. Przeworski. Cambridge: Cambridge University Press. P. 49-51.

верховой власти. Определенно, это вопрос об организации и роли права как такового, в его *дополнительной* ценности. Качественный поворот делает право не *только* инструментом социальных групп, но в некоторой части *также* властным полномочиём, которое не может меняться властью по собственной прихоти.

3. Нормативная/институциональная история

Соответственно, между верховенством посредством права и верховенством права существует некое институциональное различие, которое можно понять, если мы специально проанализируем институциональную вовлеченность верховенства права. В дальнейшем я должен буду обратиться к первоначальному смыслу верховенства права и его нормативному значению (фактически неизменному). Но перед этим я должен объяснить, используя тот же методологический подход, в чем заключается смысл законности в континентальной Европе. Это является важным критерием.

3.1. До наступления тоталитарных десятилетий правовое государство (*Etat de Droit, Stato di diritto, Rechtsstaat*) и так называемая «формальная» концепция заявленного верховенства права заняли центральное место в континентальной Европе. Во-первых, несмотря на то, что являясь используемым в настоящее время переводом английского термина «rule of law», европейские выражения не являются его «эквивалентами», в частности, потому что они обращены не к праву, а к государству. Другими словами, они касаются определенной институциональной системы, системы организации власти в определенный период времени. Напротив, верховенство права охватывает различные исторические периоды и не должно в обязательном порядке быть привязано к какой-либо конкретной конфигурации государства. Во-вторых, я остановлю свой взгляд на европейском государстве до его *конституционных* преобразований в период после Второй мировой войны. Несмотря на отсутствие произвола, некоторые его черты вполне сопоставимы с теми, которые с недавнего времени выражаются оксюморонами «авторитарное верховенство права», используемым для обозначения режима в Сингапуре¹⁹.

¹⁹ *Rajah J. The Authoritarian Rule of Law. Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore, Cambridge, CUP, 2012.*

Говоря подробнее, в соответствии с разработанной Ф. Ю. Шталем²⁰ и немецкой доктриной публичного права концепцией *Rechtsstaat*, государство должно было действовать в соответствии с точными и четкими механизмами и заранее установленными правилами, самоограничивая, таким образом, свою власть посредством права. Выходя за рамки просвещенного патернализма, происходит смещение от права силы к власти права. Термин «правовое государство» (*Rechtsstaat*) означает, что право является элементом государства, а не ограничением для него. Свобода является следствием, а не предпосылкой права. В общеевропейском значении он включает в себя как разделение властей, так и упомянутый выше принцип законности, в соответствии с которым не может существовать никакой власти, за исключением той, которая создана и наделена полномочиями на основе законодательства. Приоритет законодательства может формально как предоставить индивидуальные права, так и поставить их в зависимое положение. Независимая роль судебной власти жестко увязана с волей законодателя. Законодательство оказывается подлинным голосом государства, выражая его волю: это не ограничение, а скорее, «форма» воли государства²¹.

И *La loi* во Франции и *die Herrschaft des Gesetzes* в Германии являются главными источниками права. Такое «базирующееся на законодательстве государство» порождается благодаря иерархическому господству законодательства, испытывая недостаток в равной степени значимых источниках, протагонистах и действующих лицах на (установленной) сцене. Это посягает на отношение с правами. По мнению Георга Еллинека²², граждане обладают «публичными субъективными правами» на основании того, что последние являются результатом самоограничения государства. Не существует почти ничего реального, включая права, до тех пор, пока это не закреплено в законодательстве. Напряженность между индивидами и публичной властью может быть «разрешена» только при помощи законодательно закрепленного права. Несмотря на то, что (или благодаря

²⁰ *Stahl F. J. Philosophie des Rechts. Vol. II. Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. Heidelberg: Mohr. 1870, 137 ff. См. термин, предложенный Людвигом фон Модем, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, I-III, Tuebingen, Mohr, 1832.*

²¹ Важность и доминирование законодательства также явилось результатом кодификации права, которое произошло в континентальной Европе в XVII–XX вв.

²² *Jellinek G. (1892) System der subjektiven öffentlichen Rechts, Tübingen, Mohr, 19192.*

тому, что), являясь логичным воплощением понятия «*верховенство посредством права*», такое правовое государство не основывалось ни на принципе «*верховенства права*», ни на практике современного конституционализма (см. Американскую Конституцию 1787 г.).

Как я показываю в следующем разделе, факт того, что некоторые права могут быть даже фактически защищены законом, не является лакмусовой бумажкой в рассуждении о верховенстве права. Напротив, это связано с самостоятельными источниками права. Заявление о независимости прав (прерогатив отдельных граждан) от законодательства государства было зафиксировано только в современных конституциях, то есть в течение XX века. Конституция, а не законодательство, создала «независимость», так долго ожидаемую на континенте. Конституционные нормы и принципы гарантируют признание основных прав в качестве высшей демократической ценности, обеспечивая реализацию прав посредством установления запрета решать судьбу норм и принципов в произвольном порядке. До этого логика верховенства права не могла развиваться.

3.2. В отличие от понятия «правовое государство» (*Rechtsstaat*) (или а *Stato di diritto*), под которым следует понимать особую форму государства, верховенство права как идеал предполагает, в частности, что позитивное право находится за пределами распоряжения или «воли» короля или суверенной власти. Этот идеал может быть продемонстрирован на основе взаимоотношения между двумя доминирующими в западном праве сферами, сложившимися в рамках средневековой традиции и проявляющими себя через пару *jurisdictio-gubernaculum*: юрисдикция и суверенитет. «Для *jurisdictio*, в отличие от *gubernaculum*, существуют ограничения власти короля, установленные правом, которое носит позитивный и принудительный характер, и королевский акт, принятый по вопросам, находящимся вне пределов этих границ, рассматривается как превышение полномочий. Таким образом, в *jurisdictio*, а не в «форме правления», мы находим самое убедительное доказательство того, что в средневековой Англии римский принцип абсолютизма никогда не использовался ни в теоретическом, ни в практическом плане»²³.

В ряду, который объединяет Генри де Брактона (см. пару *gubernaculum-jurisdictio*) с Эдвардом Коком (см. *Bonham's case*), сборник «Федералист», и самое главное – право Верховного Суда США объявлять

²³ *McIlwain C. Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca, Cornell University Press, 1940, at 85 и в других работах (конкретизирующих пару *jurisdictio* и *gubernaculum*).

действия президента, Конгресса и любого государственного ведомства недействительными или неконституционными, мы находим, несмотря на их различия, свидетельство существования общей единой логики.

Существует множество источников, которые, сосуществуя вместе, составляют в сумме внутреннее разнообразие права страны. Это позволяет правам сохранять силу и обретать автономный аспект.

Безусловно, право также отражает парламентский суверенитет, хотя суверенитет носит комплексный характер и разделен между короной, лордами и общинами, и право имеет более широкую цель. Фактически же право имеет вторую, главную основу – общее право и суды как органы, осуществляющие интерпретацию правовой системы в целом.

Комплексность правовых достижений в различных категориях, таких как общее право, прецеденты, обычное международное право, международные договоры и права человека, имеет прямое отношение к «верховенству права». Последнее само по себе является «учредительным» элементом, который позволяет Дайси выделить определенные черты, свойственные Англии: никто не может быть наказан за то, что не запрещено законом; юридические права устанавливаются судами ординарной юрисдикции; и «индивидуальные права каждого человека в гораздо меньшей степени результат нашей конституции, чем основа, на которой эта конституция базируется»²⁴.

Но это наделяет верховенство права и конституцию историческим содержанием свобод, которые являются частью позитивного права, а не абстрактными требованиями, вытекающими из естественно-правовых (или, скажем, органических) доктрин. Эта особенность вступает в противоречие с самоотносимостью формалистской идеи законности, отличительной чертой правового государства (*Rechtsstaat*).

Как указал Джованни Сартори, «верховенство права обуславливает существование не государства, а автономного права, внешнего по отношению к государству, а именно: общего права, прецедентного права, оба из которых являются результатом деятельности конкретного судьи, а также судейского права. Таким образом, существует «верховенство права» без государства; и даже, выражаясь более точно, не требуется того,

²⁴ *Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, edited by E. C. S. Wade, VIII ed. London, Macmillan, 1915. Repr. 1982. Indianapolis, Liberty Classics. Introduction. P. LV. Как пишет Дайси: «Для нас <...> правила, которые в зарубежных странах по своей природе составляют часть конституции, являются не источником, а следствием прав людей в той мере, в какой это устанавливается и применяется Судами». Там же. С. 21.

чтобы государство монополизировало процесс правотворчества»²⁵. Однако в то время как подлинная сущность правового государства (*Stato di diritto*) состоит в самоподчинении государства своему собственному праву, в случае «верховенства права» государство подчиняется праву, которое не является его собственным²⁶. Опять-таки причины этих различий, как показывают Макилвейн, Хаскинс и др.²⁷, уходят корнями в средневековые времена.

В заключение необходимо отметить, что содержание принципа верховенства права может быть лучше уяснено через его устойчивую непрерывную связь с его собственным прошлым: параллельное существование источников права является необходимым условием для создания действенного конфликта в рамках пары справедливость–власть. За пределами законного выражения суверенной воли существует право, которое принадлежит этой территории, отстаивает позитивную идею справедливости, уделяет должное внимание свободам: это та часть, которая формируется через судебные решения, общее право и международные договоры. С другой стороны, существует *gubernaculum*, который охватывает собой определяющие цели и государственную политику. Высшая власть государства может воспользоваться правом только в части: той, что находится в его суверенной власти. Если должно существовать право, которое остается в распоряжении верховной власти, должна существовать и другая сторона права, которая находится вне его, и верховная власть обязана, таким образом, принимать его во внимание.

Принципиальным является следующее. Несмотря на то, что законность может быть эффективной в рамках суверенной идеи об общем благе, это приводит к тому, что там, где отсутствует верховенство права, справедливость и «права» не имеют надежной защиты. Она становится просто «моральным принципом» и выпадает за пределы позитивного порядка, тем самым изменяя баланс между *gubernaculum* и *jurisdiction* и разрушая надежную основу для существования верховенства права.

В конечном счете, исходя из моральных понятий, институциональный сдвиг от верховенства посредством права к верховенству права

²⁵ Sartori G. Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1964. At 310.

²⁶ Там же. С. 311.

²⁷ Cf. McIlwain, сноска выше 24, at p. 90. Также см.: Haskins G. Executive Justice and the Rule of Law: Some Reflections on Thirteenth-Century England, in *Speculum* 30, 1955. P. 536: средневековые «права и средства общего права стали идентифицироваться с самим верховенством права».

имеет возможное представление исходя из последствий. Являясь этическим смыслом верховенства права, обычно определяемого через идею свободы, данное обстоятельство не отменяет того факта, что право посредством суверена в действительности не вторгается произвольно в личную сферу жизни людей. Напротив, в данном случае такого рода вмешательство должно считаться незаконным в силу права, которое суверен не может изменить в законном порядке. Данные сферы располагаются вне пределов реального (юридического) контроля суверена, каким бы милосердным он ни казался. Границы дома англичанина юридически защищены от произвольного вторжения и не являются столь условными по причине существования «иного» права. В логике верховенства права (его схемы) такая «двойственность» права играет решающую роль и влияет на его общую форму, которая может охватить более широкий спектр политических режимов, невзирая на исторические эпохи. В этой ситуации неправильно описывать идеал верховенства права как особое достояние свободы, то есть на основе принципа *недоминирования*²⁸, так как свобода сама по себе не создана, чтобы зависеть от случайного закона правителя, а для того, чтобы существовать на основе находящегося вне его распоряжения права.

4. Верховенство права как внегосударственный вопрос и его «преимущества»

4.1. Как следует из вышеизложенного, такое нормативное значение не сводится лишь к одному факту соблюдения правил, которые применяются в той или иной юрисдикции. Наоборот, это есть право «в этой юрисдикции», которое должно быть «измерено» относительно параметра верховенства права, который связан с оценкой структуры правового режима и его не допускающей правового доминирования и служащей интересам свободы конструктивной схемой. В этом отношении верховенство права выполняет оценочную функцию, аналогичную той, что выполняют нормативные идеалы, демократия и права человека, присутствующие в нашей современной правовой цивилизации.

В случае отказа от использования зависимости от отдельной юрисдикции в определении понятия «верховенство права» данный принцип демонстрирует свою проекцию на наднациональном уровне, по-

²⁸ Не находящийся под чьим-либо контролем. Я заимствовал это понятие у Ф. Петтита, которое использовалось им в несколько ином (не связанном с правом) контексте в работе *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

стольку-поскольку мы считаем необходимым использовать его последствия в разрешении противоречий, возникающие между различными правопорядками.

Давайте сначала взглянем, как указанная выше схема или логическая основа верховенства права может быть применена к международному праву. Позднее я обращусь к судебному делу (раздел 5), в рамках которого я рассмотрю взаимоотношения между различными правопорядками и их оценку на предмет соответствия верховенству права.

Поскольку мы признаем, что конституционные государства могут обеспечить сбалансированную двойственность правовых «сторон» и обладают достаточными возможностями, чтобы следовать принципу верховенства права в рамках своего внутреннего правопорядка, верховенство права в этом случае означает, к примеру, запрет на какое-либо неограниченное использование «демократической» власти и даже отсутствие у верховной власти монополии в правовой сфере. Такая двойственность также должна проявляться и в рамках международного правопорядка. Помимо традиционного взгляда на международное право как на «договорное» право, в соответствии с которым государства обладают неограниченными полномочиями вести переговоры для отстаивания своих собственных интересов, существует также «другое международное право», которое складывается из Всеобщей декларации прав человека 1948 года; а также из иных международно-правовых документов, таких как Международный пакт о гражданских и политических правах (1966), или Конвенция против пыток и иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания (1984). Подобное развитие имело место и в других областях, таких как международное экологическое право, международное гуманитарное право посредством Гаагских конвенций (1899, 1907) и Женевских конвенций (1949, и Протоколы к ним 1977), а также вышеупомянутой статьи 3 Женевских конвенций, которая была определена в решении Международного суда ООН от 1986 года по делу Никарагуа как включающая «элементарные соображения человечности»²⁹. Пусть даже и медленно, свод общих норм международного права все больше воспринимается как нормы *jus cogens*³⁰. Таким образом, право

²⁹ Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, par. 218. Суд повторно обратился к выражению, впервые использованному в деле об инциденте в проливе Корфу (United Kingdom v. Albania, 9 April 1949).

³⁰ См.: Cassese A. International Law, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005. P. 294, 310.

«сообществ» (так называемое «независимое право») обогатило содержание международного права и закрепило принцип, согласно которому существуют правила, не составляющие предмет конкретных договоров, но признаваемые всеми субъектами международного права в качестве обязательных. Все это создает «другую сторону» международного права, которая явно предвосхищает «неутилитарный» аспект и сферу законности. Имея в основе эту «двойственность», даже международный правопорядок разработал находящуюся в зачаточном состоянии структуру, сходную с верховенством права, которая претендует на то, чтобы служить законом цивилизации в отношении поведения государств, а также различных субъектов и режимов наднационального характера.

Можно предположить, что в отношениях между внутренним и международным правопорядками природа взаимных обязательств определяется наличием в рамках каждого из них самостоятельной взаимопризнаваемой источниковой базы. Если не брать в расчет метаправило *pacta sunt servanda*, которое сводится к соблюдению заранее согласованных договорных положений, приверженность требованиям международного правопорядка в свете последних преобразований лучше всего рассматривать в виде взаимосовпадающих нормативных обязательств, наподобие только что упомянутых мной выше, которые способствуют возникновению верховенства права как такового. Идея о том, что внутригосударственная демократия не является верховным арбитром при решении любого внутреннего вопроса, следует рука об руку с предположением, что *mutatis mutandis*, могущественные государства, даже в международных отношениях не могут действовать произвольно в качестве высшей законодательной власти. Признание принципа верховенства права, которое они декларируют внутри страны, несовместимо с политикой двойных стандартов. Этот принцип не может быть отвергнут в рамках общего более широкого правопорядка, где принципу верховенства права придается то же значение.

Противоречия между различными правовыми порядками возникают на постоянной основе в виде противоречий между государствами на международном уровне, между международными организациями и глобальными «режимами», с одной стороны, и национальным правом и судами – с другой, и т. д. Соответственно, мы можем воспринимать верховенство права как систему координат, в которую мы можем поместить взаимные отношения и противоречия, а также как параметр, который выполняет функцию *разграничения* в той части, в которой эти отношения рассматриваются как имеющие правовую природу. Если существует «законность», сдерживающая *противоречия* между различными по своей

природе порядками и уровнями, даже в тех отношениях двойственность и описанный выше принцип недоминирования (в правовом значении этого понятия) имеют потенциал для развития.

Различные конституционные положения в разных государствах (либо обеспечивая приоритет общих принципов международного права, либо придавая международным договорам законодательную, надзаконодательную силу и т. д.) не меняют того положения, что взаимодействия между вопросами, касающимися внешней независимости (внешняя политика государств) и внутреннего суверенитета (их действия во внутригосударственной сфере), например, экология, права человека, обязательства во внешней торговле, не дают основания полагать, что «верховенство права» может существовать отдельно, только «в этой юрисдикции». И уж тем более существует совершенно определенное разделение между верховенством права, существующим в рамках различных правопорядков, за исключением случаев, когда оно используется в качестве защитного барьера, самоотносимого нормативного ограничения, говоря другими словами, в узком значении данного понятия, против которого я возражал в первой части данной работы.

4.2. Исходя из интуитивных соображений сам факт того идеала верховенства права стал конкретизироваться через двойственность, закреплённую даже в международном правопорядке, создавать в итоге выгоды и преимущества для всех участников или субъектов, положение которых в его отсутствие было бы гораздо более затруднительным. Постольку-поскольку права частных лиц признаются и защищаются положениями международного права (но они также могут находиться в центре внимания наднациональных органов), а кроме того, более слабые государства имеют возможность выступать со встречными требованиями к более могущественным государствам, целесообразность верховенства права обусловлена в большей степени реально действующим положением вещей, конфигурацией правовых институтов в целом, нежели только необходимостью обеспечения справедливости либо «преимуществ» в отношении отдельных лиц. Это вытекает из систематичности понятия верховенства права, которое связано, помимо всего прочего, с беспристрастностью и отказом от доминирования через право в отношениях между правовыми режимами различной природы, сферы действия, силы и социального охвата (возьмем, к примеру, глобальные режимы, такие как Конвенция ООН по морскому праву, ВТО, Международная организация по стандартизации, Международная организация по распределению номеров и имен, наряду с региональными режимами, Европейский союз,

национальные государства, международно-правовой порядок в узком смысле)³¹. Существует некий путь конфронтационной законности, когда участники пытаются надеть на себя юридические облачения, который не сводит право только лишь к компетенции наиболее влиятельных участников, хотя, и это является бесспорным, верховенство права является чем-то большим, чем просто понятием, идентифицируемым с односторонним соблюдением писаных норм, или подобным узким, односторонним использованием законности.

В конечном счете верховенство права не следует рассматривать в качестве понятия, прямо идентичного, скажем, правам человека, так как совершенно точно, что верховенство права не может быть приравнено к какому-то отдельному аспекту демократии. Права человека неспроста перечислены отдельно, как имеющие самостоятельную силу и собственное логическое обоснование наряду с верховенством права. Хотя «верховенство права», «демократическое общество» и «уважение прав человека» являются взаимосвязанными и взаимодополняющими понятиями, каждое из которых является необходимой основой для успешного функционирования остальных, верховенство права сосредотачивает свое внимание на качестве–структуре правового режима, обуславливая двойственность права. В некотором смысле существует систематичность конфигурации правовой вселенной, которая отграничивает вопрос о верховенстве права от другого важного вопроса, связанного с необходимостью обеспечения вынесения справедливого решения в отношении отдельного человека. Вот почему я считаю верным лишь отчасти, что «государства не должны использовать преимущества верховенства права»³², в отличие от граждан. Хотя в сущности, ничто не может быть оправдано, за исключением разве что человеческого существования, тем не менее в правовой сфере требования, вытекающие различных правопорядков (международное право или национальное право, и т. п.), могут иметь самостоятельную ценность наряду друг с другом. Самостоятельная ценность при этом не отменяет существования остальных, а, наоборот, также содействует последующим или даже более фундаментальным ценностям (справедливость в отношении индивидов, например). Самостоятельная ценность

³¹ По данному вопросу см. подробно мою работу: *The Rule of Law in Global Governance. Its construction, function and import*, The Straus Institute for the Advanced Study of Law and Justice, New York University, New York 2010.

³² Относительно *Джерми Уолдрона*: *Are Sovereigns entitled to the benefits of the Rule of Law?* in *European Journal of International Law*, (2011). Vol. 22. № 2. P. 315-343.

как таковая проявляется в следующем: существование чего-либо иного, считающегося даже более «основательным и фундаментальным», не умаляет значения этой ценности, не противоречит тому, что она сама по себе заслуживает защиты, привилегий и уважения. Преимущества, обусловленные верховенством права, в некотором смысле должны быть более многогранными.

5. Развитие принципа верховенства права и уроки из дела Аль-Джедды (Европейский Суд по правам человека)

Верховенство права может истолковываться по-разному в разных правовых порядках, но оно не должно избегать вопроса о совместимости между принципами, выраженными вовне, и принципами, закрепленными внутри государства. Некоторые из этих принципов, неважно, являются ли они результатом толкования национальных или межгосударственных судов, либо вытекают из положений национальных конституций, международных хартий и конвенций, фактически используются в качестве мостов между различными противостоящими друг другу правовыми порядками, глобальными режимами, ВТО и ВОЗ, Верховным Судом и Европейским Судом по правам человека и т. д.³³ Несмотря на то, что анализ этого выходит за рамки данной работы, для того чтобы логически завершить рассуждения, начатые мной во вступлении к данной работе, я должен обратиться к делу Аль-Джедды, рассматривавшемуся Европейским Судом по правам человека. Как я полагаю, это решение не может рассматриваться как самодостаточная точка зрения, относящаяся исключительно к установленному Европейской конвенцией правовому режиму защиты индивидуальных прав человека. Европейский Суд по правам человека, хотя напрямую не упоминая его, истолковал верховенство права в качестве общего и совместного принципа в рамках общей наднациональной правовой обстановки (в которую входит и Совет Безопасности ООН).

Большая палата Европейского Суда по правам человека установила в деле *Аль-Джедда против Соединенного Королевства*³⁴, что заключение Аль-Джедды (имеющего двойное гражданство Великобритании и Ирака) под стражу на неопределенный период без предъявления обвинений в изолятор, контролируемый британскими вооруженными силами в горо-

³³ В этой части происходит бурное развитие, включая разработки Судов и ученых, см.: *Brown Ch. A Common Law of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2007; *Cassese S. I Tribunali di Babele*, Roma, Donzelli, 2009.

³⁴ European Court of Human Rights, Case of Al-Jedda v. The United Kingdom, Application № 27021/08, 7 July 2011 (Al Jedda).

де Басра, было незаконным и нарушающим его право на свободу, предусмотренное статьей 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Аргументация, изложенная в Постановлении Большой палаты, продемонстрировала новый инновационный подход к решению рассматриваемого вопроса.

Европейский Суд по правам человека отклонил оставленное без изменения палатой лордов решение в отношении Аль-Джедды, которое было принято в Великобритании (перед тем как он обратился в Европейский Суд по правам человека). Повсеместно признанный сторонник принципа верховенства права лорд Бингем (палата лордов) утверждал, что меры, примененные в отношении Аль-Джедды, были обусловлены, исходя из статьи 103 Устава ООН, необходимостью неукоснительного соблюдения требований резолюции Совета Безопасности ООН (№ 1546)³⁵. Этот аргумент базируется на необходимости соблюдения верховенства международного права, основанного на уважении верховенства права, а также иерархии норм в международном правопорядке³⁶, которая не может быть нарушена, даже если это и влечет за собой нарушение прав человека.

Европейский Суд по правам человека не пошел по этому пути, а также не стал обращаться к аргументации, изложенной Судом ЕС в другом известном деле Кади (2). В своем решении Суд ЕС установил, что основополагающие права Кади были нарушены нормативными правовыми актами ЕС, направленными на реализацию резолюции Совета Безопасности в отношении него. По мнению Суда, эти права являются не просто частью обоснованной индивидуальной жалобы на нарушение прав, а выступают в качестве основы европейского права³⁷. Верховенство права в рамках европейского правопорядка предполагает признание таких по-

³⁵ См. пункт 35 (Лорд Бингем) решения палаты лордов, изложенный в решении Европейского Суда по правам человека: «Часто акцент ставился на особую природу Европейской конвенции как инструмента защиты прав человека. Но ссылка в статье 103 на «какое-либо другое международное соглашение» не оставляет места ни для какой исключительной категории, и это является консенсусом мнения». Тот же самый автор, Том Бингем, при этом написал важную книгу: *The Rule of Law*, London, Penguin, 2011.

³⁶ Такого рода обращение к верховенству права в международном правопорядке находит отклик в решении Первой инстанции Суда ЕС 2005 года по делу Кади (1) (21 September 2005, Case T-315/01 *Kadi v Council and Commission*).

³⁷ ECJ, *Joined Cases C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council & Commission*, 2005 E.C.R. II-3649, Judgment of 3 September 2008.

ложений национального законодательства недопустимыми, невзирая на полномочия Совета Безопасности, в том случае, когда они нарушают основополагающие нормы права Европейского сообщества.

Теперь, как можно заметить, восприятие верховенства права в одном случае (палата лордов, Аль-Джедда) противоположно его восприятию в другом (Суд ЕС в деле Кади (2)). Хотя существовал и третий вариант. Исходя из менее строгого толкования, решение по делу Кади (2) представляет собой обращение к Совету Безопасности, направленное на обеспечение соблюдения правовых предписаний в будущем, если это сможет гарантировать адекватную защиту прав заинтересованных лиц. В свете изложенных выше представлений он представляет собой нечто большее, чем просто подтверждение «верховенства права в юрисдикции ЕС», а скорее, модель верховенства права за пределами государства, обладающую многообещающим потенциалом в отношениях между различными правовыми режимами (Совет Безопасности ООН и ЕС)³⁸.

Двигаясь в собственном направлении, отличном от упомянутых только что выше, дело Аль-Джедды (2011) в настоящий момент может рассматриваться в качестве следующего шага в развитии теоретических основ верховенства права. Признавая незаконным в соответствии со статьей 5 (1) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод задержание на неопределенный срок без предъявления обвинения, Европейский Суд по правам человека обосновывает более широкую модель толкования (которая превосходит аналогичную, имевшую место в деле Кади (2)), даже если воспринимать его в самом лучшем свете).

Суд ссылается на верховенство права как на принцип, состоятельность которого не является предметом самостоятельной (внутренней) оценки для каждого отдельного правового режима/правопорядка. Судьи рассматривают его как модель, полностью управляющую взаимодействиями между соответствующими правовыми порядками. Они не ставят на первый план проблему верховенства в соответствии со статьей 103 Устава ООН. Европейский Суд по правам человека отказался признать, что незаконное заключение под стражу на неопределенный срок без предъявления обвинений было предписано или санкционировано резолюцией Совета Безопасности ООН. Напротив, он установил, что задача по поддержанию безопасности, возложенная на Великобританию данной резолюцией, не

³⁸ Я отстаивал эту позицию в моей работе «The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory», in *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 7. № 3. P. 442-467. В этой статье я начал проводить анализ по одной из проблем, затронутых в текущей работе.

может рассматриваться как разрешение (и уж тем более как обязательство) заранее и на неопределенный срок помещать Аль-Джедду под стражу без проведения судебного разбирательства по данному вопросу.

Соответственно, он не поднимал вопрос о том, какой акт обладает наибольшей юридической силой в международной иерархии актов. Не зная на то, что Суд не поднимает и не отвечает на указанный выше вопрос, сам по себе такой подход может рассматриваться как разумный отказ от признания существования верховной власти в международном праве. В этом проявляется его достоинство и важное значение. Суд поднимает вопрос не об «источниках», а о целостности и значении верховенства права, в рамках более широкого и неоднородного наднационального порядка. Вопрос теперь состоит не в том, какой акт обладает большей юридической силой, резолюция Совета Безопасности ООН или Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, а в том, какое значение может быть придано всей системе соответствующего права. Это значение должно соответствовать окружающему нормативному контексту. Как заявил Суд, статья 1 Устава ООН «предусматривает, что Организация Объединенных Наций была создана с целью «осуществления международного сотрудничества в <...> поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам». Статья 24(2) Устава требует, чтобы Совет Безопасности, исполняя свои обязанности с учетом своих первоочередных обязанностей по поддержанию международного мира и безопасности, «действовал в соответствии с целями и принципами Организации Объединенных Наций»³⁹.

Действительно, нет оснований полагать, что императивные требования Совета Безопасности ООН следует рассматривать как безусловные или существующие в отрыве от любого другого права. По мнению Суда, «при интерпретации резолюции следует предполагать, что Совет Безопасности не намеревался навязывать обязательства государствам-членам и тем самым нарушать фундаментальные принципы прав человека»⁴⁰. Представляется, что права человека выходят за пределы чистой иерархии источников, обретая собственную автономную силу, даже по отношению к полномочиям высшего органа в сфере безопасности. Соответственно, «Суд, таким образом, должен выбрать наиболее соответствующее требованиям Конвенции толкование, которое поможет избежать противоречий в обязательствах»⁴¹.

³⁹ ECtHR, *Al Jeddah*, para 102 (and the premised para 44).

⁴⁰ Там же.

⁴¹ Там же.

В настоящий момент международное право прав человека становится весомой сдержкой для Совета Безопасности ООН. В итоге в последнем положении Суд, насколько я понял его аргументацию, затронул вопрос о том, что международное право прав человека обладает столь же весомым значением: вследствие этого, если бы Совет Безопасности намеревался вызвать разрыв в системе международного права ООН, это могло произойти только в результате использования «четких и эксплицитных формулировок» (§ 102) в отношении международного права прав человека. Как я полагаю, последнее утверждение порождает в конечном счете аргумент *per absurdum*, постольку-поскольку вряд ли существует целостность системы, а также убедительное толкование, которое бесспорно создавало бы возможность для этого. Это проблема, которая заключается в отрицании того факта, что легитимная международно-правовая норма может быть сформулирована таким образом, что в результате подрывает основу двойственности верховенства права.

Естественно, можно напомнить общепризнанный правовой принцип, согласно которому расширительное, выходящее за рамки текста, толкование (в нашем случае резолюции) может использоваться только в случае, если оно улучшает правовое положение обвиняемого. Но более важным представляется следующее. Каким образом Совет Безопасности может явно и четко выразить указание на прямое отрицание фундаментальных основных прав человека (то есть в отсутствие такой необходимости) и каким образом оно может быть признано полностью законным, то есть обладающим в рамках системы ООН бесспорной печатью законности? Хотя ЕСПЧ берет на себя обязательство соблюдать требования любой резолюции Совета Безопасности, в случае с правами человека это требует установления исключительно четких и ясных условий. Однако эти самые условия едва ли могут быть сформулированы так, чтобы резолюция не приобрела явно неправовой характер, то есть, говоря другими словами, стала явно нелегитимной в тех контурах, которые справедливо обозначил сам Суд.

Или – в случае несогласия с моей точкой зрения на дело Аль-Джедды – сохранится ли смысл представленных мной в данной работе рассуждений, обосновывающих идеал верховенства права.

Перевод А. Помазанского
Текст © Gianluigi Palombella, 2013

Виноградов Вадим Александрович
*заведующий кафедрой конституционного
и муниципального права Российской правовой академии
Министерства юстиции РФ, д. ю. н., профессор*

**ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА:
ДОКТРИНЫ, КОНКУРЕНЦИЯ ЮРИСДИКЦИЙ,
ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВОВОЙ СВОБОДЫ. ПОЗИЦИИ
КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ В ОТНОШЕНИИ
ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА**

Правовое государство и верховенство права: происхождение доктрин, схожесть масштаба понятий. Как известно, доктрина правового государства и верховенства права – это две концепции, выражающие функцию права по преодолению публичного и частного произвола и злоупотреблений. Появившись давно (еще у античных классиков), в теоретический оборот понятия «правовое государство» и «верховенство права» вошли по-разному. Само понятие «правовое государство» появляется в работе Карла Велькера, концепция правового государства была конкретизирована Робертом фон Модем, Дж. Локком, Ж. Ж. Руссо, в теории общественного договора, особенно в позициях немецких ученых. Конечно, следует отметить И. Канта, сформулировавшего философскую (духовную) основу идеи правового государства. Собственно «правовое государство» – результат прежде всего немецкого словообразования (der Rechtsstaat). Впоследствии термин попадает в конституционно-правовые акты в виде принципа и нормы. Среди русских государствоведов, занимавшихся вопросами правового государства, следует выделить В. М. Гессена, А. С. Алексеева, Н. И. Палиенко, Ф. Ф. Кокошина, С. А. Котляревского. В. М. Гессен, например, считал государство правовым, если оно «в своей деятельности, в осуществлении правительственных и судебных функций связано и ограничено правом, стоит над правом, а не вне и не под ним».

Термин «верховенство права» (*Rule of Law*), наоборот, вначале появляется не в научных трудах, а в английских правовых документах в XVII веке. А затем идея верховенства права развивается в юридической на-

уке. Первым и наиболее авторитетным автором англосаксонской доктрины верховенства права признается А. В. Дайси.

По нюансам этих концепций и имеющимся различиям одной концепции от другой написано очень много. Однако в целях «примирения» и нахождения общего между ними понятия «правовое государство» и «верховенство права» будут рассматриваться мною вместе.

Оба термина – и «правовое государство», и «верховенство права» – хорошо известны юристам и не только им. Парадокс в том, что при общеизвестности этих понятий, «эталонные» (бесспорные) определения им дать очень сложно. Наиболее распространенный способ определения и того, и другого понятия – описание их характеристик (как формальных, так и содержательных), которые будут приведены ниже.

До сих пор не сформулировано общепризнанное определение ни правового государства, ни верховенства права. Однако весьма трудно, быть может, невозможно дать всеобъемлющие и абсолютно корректные определения правовому государству и верховенству права, которые бы включали в себя все значения этих терминов и их эквивалентов в разных языках. И все это невольно порождает аналогию с масштабными сакральными понятиями, таким, например, как понятие «Бог». Можно сказать, что понятия «правовое государство» и «верховенство права» определенно схожи в этом смысле с понятием «Бог», которое также является всеобъемлющим в своей сфере, активно используется и означает некую объективированную сверхъестественную сущность, выступающую объектом поклонения и источником блага. Как основные христианские деноминации сходятся в общих вопросах в понимании Бога, расходясь только во второстепенных вопросах, так и юристы в целом нашли консенсус по основным характеристикам правового государства и верховенства права. Аналогию с «божественностью» усиливает хрестоматийная ссылка на известные слова английского судьи Эдварда Кока (Case of Prohibitions, 1607 год): «Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege» (Король не должен подчиняться какому-либо лицу, но должен подчиняться Богу и закону).

Конкуренция юрисдикций и принцип правового государства (принцип верховенства права). Воплощаясь на практике, принцип правового государства и принцип верховенства права показали себя как одни из существенных конкурентных преимуществ в соревновании юрисдикций. Эти принципы, способствуя эффективности правового регулирования и функционирования государственных институтов, и расширяя возможности для самореализации личности, значение которой для современного

общества возрастает, повышают конкурентоспособность стран в своего рода мировом «групповом отборе».

Страны, первые начавшие реализацию на практике этих принципов, стали образцами для подражания со стороны других стран. Все это привело в итоге к серийному копированию принципа правового государства (верховенства права). Правда, в ряде случаев – это всего лишь «правовая мимикрия», когда копируется внешняя форма, при этом содержание остается свое собственное. Это можно сравнить с тем, как в природе одни виды животных внешне копируют других с целью повышения своей способности к выживанию. Например, некоторые разновидности мух внешне подражают осам. Однако суть мимикрии – лишь приблизительное внешнее сходство с объектом подражания.

В нашем же случае правовое государство и верховенство права иногда могут идеологически, политически, юридически подменяться верховенством посредством права (или закона), что свойственно формуле полицейского государства, которое, в отличие от правового, основывается на том, что цель оправдывает средства. Конечно, подобно природной мимикрии, «правовая мимикрия» дает «подражателям» свои определенные плоды, при этом не меняя их сути, т. к. не сильно приближает их к успешному образцу для подражания, несмотря на формальные провозглашения приверженности принципу правового государства и верховенства права. Однако нельзя исключать, что на каком-то этапе общественного развития правовое государство и верховенство права могут перестать предоставлять странам, их реализующим, конкурентные преимущества. Тогда возможно появление новых «образцов для подражания».

Обеспечение правовой свободы личности. Анализ всех составляющих конкурентного преимущества, получаемого страной, которая реализует принцип правового государства или принцип верховенства права, достоин самостоятельного системного исследования. Однако среди этих составляющих отдельно стоит выделить правовую свободу индивидуума, гарантирующую широкие возможности по самореализации личности и развитию частных инициатив (включая свободу предпринимательства и общественную активность).

Если в прошлых эпохах скорее несвобода, чем свобода считалась нормой, с точки зрения права, то сегодня основная цель правового государства и верховенства права – это обеспечение верховенства прав и свобод человека, приоритет задач по их обеспечению и защите. В связи с этим правовое государство и верховенство права трудно себе представить без правовой свободы при разумных ограничениях.

Элементы принципа правового государства и принципа верховенства права. Правовое государство и верховенство права наделяют рядом характеристик (как формальных, так и содержательных), которые «создают» эти понятия и наполняют их смыслом.

Принцип правового государства и принцип верховенства права, являясь в определенном смысле юридической комплексной конструкцией, состоят из целого набора входящих в них конституционно-правовых субпринципов:

- юридическое равенство граждан перед законом и судом, уважение достоинства личности, гарантия и защита прав и свобод человека и гражданина на уровне международных стандартов;

- правовая определенность, в частности, установление и привлечение к юридической ответственности в соответствии с опубликованным и четко определенным законом;

- запрет на обратную силу законам, ухудшающим положение человека и гражданина;

- осуществление государственной власти только на основе Конституции и законов, формально и материально соответствующих Конституции и имеющих в качестве цели приоритет прав и свобод человека и гражданина;

- рациональность при осуществлении государственной власти;

- эффективная независимая судебная система, обеспечивающая защиту прав и свобод человека и гражданина, а также политическую конкуренцию;

- эффективная доступная система правоохранительных органов.

Набор субпринципов, конечно, может варьироваться в разных исследованиях, в целом описывая примерно одно и то же. Причем каждый из субпринципов должен пониматься как своего рода *conditio sine qua non* правового государства и верховенства права.

Важнейшим элементом принципа правового государства и принципа верховенства права является предоставление гражданам эффективной судебной защиты, включающей в себя возможность обращения в суд с требованием об отмене, изменении или неприменении мер или решений государственных органов и должностных лиц. Таким образом, правовое государство и верховенство права могут развиваться только при условии, что у каждого человека есть право на судебную защиту как эффективный инструмент борьбы против любого произвола публичной власти. Причем для придания авторитетности судебным решениям необходимо, чтобы не было даже никакого подозрения, что есть

хоть малейшее давление на него со стороны, в особенности со стороны исполнительной власти. Принцип правового государства и принцип верховенства права подразумевают, что публичная власть должна руководствоваться правилом соразмерности, достаточности и предсказуемости своих действий (включая устойчивость и определенность правового регулирования, рациональность при осуществлении государственной власти). В частности, публичная власть должна исходить из соразмерности пользы и вреда, возникающих из-за ее действий и непричинения большего вреда, чем это необходимо. Так, например, избыточное правовое регулирование не способствует развитию правового государства и верховенства права, т. к. чрезмерно большой массив материальных и сложность процессуальных норм, несомненно, не упрощает юридическую защиту прав человека и гражданина.

Принцип правового государства и принцип верховенства права предполагают, что конституция (а при ее отсутствии – базовые конституционные принципы и ценности) должна быть наделена направляющей силой, т. е. любые законодательные решения, особенно в сфере прав и свобод, должны приниматься с четким осознанием и определением того, какие конституционные цели они преследуют, на реализацию каких конституционных ценностей (норм, принципов) они направлены. Это позволит привести конституцию в нормативное состояние и в обязательную силу для законодателя. Речь идет не о введении предварительного конституционного контроля, а о придании конституционной осмысленности действиям законодателя. Конституция не должна рассматриваться как декларативный или «рамочный» документ с «каучуковыми» программными целями, под которые можно подвести любые принятые законы. Законодатель должен четко представлять свой ответ на вопросы: 1) на каких положениях конституции базируется предлагаемое им правовое регулирование; 2) какие из конституционных целей преследует закон; 3) какая есть насущная социальная потребность в таком правовом регулировании; 4) соразмерно ли преследуемой конституционной цели соответствующее законодательное решение.

Увеличивающаяся масштабность понятий «правовое государство» и «верховенство права» приводит к тому, что в них начинают включать в качестве характеристик другие значительные понятия, например такие понятия, как «демократия», «демократический процесс». Очевидно, что принцип правового государства и верховенства права находится в тесной взаимосвязи с принципом демократического государства, что порождает, с одной стороны, их взаимное дополнение, а с другой – и возможные противоречия между принципом демократии и «правлением судей» как

проявлением одного из элементов правового государства и верховенства права. Также очевидно, что только в демократическом государстве возможно существование независимого суда как необходимого элемента правового государства и верховенства права. Для реализации принципа правового государства и верховенства права важны такие элементы принципа демократического государства, как политический плюрализм и политическая конкуренция, т. к. это способствует расширению прав и свобод, а также эффективному контролю за деятельностью государственных органов.

Без демократии невозможно обеспечение общественного доверия к правовому государству и верховенству права (в особенности, в сфере правосудия). А без общественного доверия сложно себе представить существование правового государства и верховенства права.

Следует отметить, что принцип правового государства и принцип верховенства права вполне могут рассматриваться как субпринципы друг друга. Например, правовое государство само подчиняется определенному правопорядку, ограничивая себя правовыми нормами, среди которых выделяются права граждан. Таким образом, правовому государству присуще верховенство права, что предполагает признание того, что право «связывает» организацию и функционирование всех государственных институтов.

С каждым включением дополнительной характеристики в принцип правового государства и принцип верховенства права появляется, соответственно, и дополнительное *conditio sine qua non*. Принцип в отличие от правила поведения, закрепленного в норме, может иметь разную степень реализации. Поскольку принцип правового государства и принцип верховенства права состоят из целого ряда конституционных субпринципов, то степень реализации этих принципов зависит от степени реализации каждого из субпринципов.

Принцип правового государства в решениях Конституционного Суда РФ. Конституция России установила правовое государство в качестве одной из основных своих целей, но это само по себе только первый шаг. Второй шаг – это реальное воплощение этого принципа на практике без скатывания к простой его имитации. Помимо того, что статья 1 российской Конституции провозглашает Российскую Федерацию правовым государством, еще более 10 конституционных статей формируют правовую основу правового государства в Российской Федерации.

Анализ реализации принципа правового государства требует обращения к правовым позициям Конституционного Суда РФ, который в правоприменительной практике косвенно или напрямую дает интерпре-

тацию принципа правового государства, определяет элементы этого конституционного принципа и его взаимосвязь с другими основными принципами в своих решениях (только постановлений около 200), обрисовав тем самым собственный юридический портрет правового государства. Правовые позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства можно разделить на несколько условных блоков.

1. К первому блоку можно отнести позиции Суда по поводу того, что такое правовое государство, какова его цель, какие элементы составляют его характеристику.

Конституционный Суд РФ в некоторых своих решениях отмечает, что правовое государство еще находится в периоде становления (постановление от 22 ноября 2000 г. № 14-П, постановление от 1 февраля 2005 г. № 1-П). Причем иногда именно периодом становления оправдываются некоторые временные правовые ограничения прав и свобод. Так, осуществленное в Федеральном законе «О политических партиях» регулирование, по которому статус политической партии могут получить только общенациональные (общероссийские) политические общественные объединения, не только направлено на достижение такой конституционно значимой цели, как формирование в стране реальной многопартийности, на правовую институционализацию партий в качестве важного фактора становления гражданского общества и стимулирование образования крупных общенациональных партий, но и необходимо в целях защиты конституционных ценностей, прежде всего – обеспечения единства страны, в современных конкретно-исторических условиях становления демократии и правового государства в Российской Федерации. Указанное ограничение носит временный характер и с отпадением породивших его обстоятельств должно быть снято (постановление от 1 февраля 2005 г. № 1-П). Вместе с тем в постановлении от 16 мая 2007 г. № 6-П Конституционный Суд РФ однозначно указал, что Российская Федерация «является» правовым государством.

По мнению Конституционного Суда РФ, цель правового государства – создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, предполагает возможность распоряжения своими способностями и имуществом различными, самостоятельно избранными способами, к числу которых относится и предпринимательская деятельность (постановление от 20 июля 2010 г. № 17-П, от 25 мая 2010 г. № 11-П, от 22 октября 2009 г. № 15-П, от 14 мая 2009 г. № 8-П).

Именно в статье 2 Конституции РФ, как полагает Конституционный Суд РФ, раскрывается характеристика правового государства (данная

в статье 1), которая провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью, а признание, соблюдение и защиту прав и свобод человека и гражданина – обязанностью государства (постановление от 13 марта 2008 г. № 5-П). Названные права в Российской Федерации как правовом государстве признаются и гарантируются согласно общепризнанным принципам и нормам международного права на основе конституционных принципов равенства всех перед законом и судом и равноправия (статья 1, часть 1; статья 2; статья 17, часть 1; статья 19, части 1 и 2) (постановление от 9 ноября 2009 г. № 16-П).

В соответствии с принципами правового государства, закрепленными Конституцией РФ, органы власти в своей деятельности связаны как внутренним, так и международным правом. Общеизвестные принципы и нормы международного права и международные договоры являются согласно статье 15 (часть 4) Конституции РФ составной частью ее правовой системы и должны добросовестно соблюдаться, в том числе путем их учета внутренним законодательством (постановление от 31 июля 1995 г. № 10-П).

Неотъемлемым элементом правового государства по смыслу статей 1 (часть 1), 2, 4 (часть 2), 15, 17, 18, 19 и 118 (часть 1) Конституции РФ является принцип верховенства права, на котором основана правовая система в Российской Федерации (постановление от 21 января 2010 г. № 1-П).

Также важнейшими конституционными принципами правового государства, по мнению Суда, являются равенство и справедливость, требования определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности с системой действующего правового регулирования (постановления Конституционного Суда РФ от 6 апреля 2004 г. № 7-П, от 31 мая 2005 г. № 6-П, от 18 июля 2008 г. № 10-П). Очевидно, Суд исходил из того, что в правовом государстве нормативным путем справедливость должна внедряться во все общественные сферы, во все законодательство.

Интересно, что, например, различный порядок взыскания налоговых платежей с физических и юридических лиц не противоречит, как считает Конституционный Суд РФ, принципам правового государства, т. к. направлен не на то, чтобы поставить их в неравное положение в сфере налоговых отношений (обязанности платить налоги), а на то, чтобы не допустить административного вмешательства в права личности тогда, когда вопрос может быть разрешен лишь посредством судебного разбирательства. Взыскание налоговых платежей с физических лиц в бесспорном порядке явилось бы выходом за рамки собственно налоговых

публично-правовых отношений и вторжением в иные отношения, в том числе гражданско-правовые, в которых стороны не находятся в состоянии власти-подчинения, и поэтому одна сторона по отношению к другой не может действовать властно-обязывающим образом (постановление от 17 декабря 1996 г. № 20-П).

Также одним из фундаментальных принципов правового государства служит принцип правовой обеспеченности (постановление Конституционного Суда РФ от 2 марта 2010 г. № 5-П).

В непосредственной взаимосвязи с принципом правового государства находится принцип единства экономического пространства (статья 8, часть 1), гарантиями которого являются, по смыслу статей 71 (пункт «ж») и 74 (часть 1) Конституции РФ, установление – в рамках предметов ведения Российской Федерации – правовых основ единого рынка, осуществление финансового, в том числе бюджетного, регулирования, а также запрет на установление каких-либо препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств (постановление от 15 декабря 2006 г. № 10-П).

К конституционным основам правового государства также относятся приоритет и непосредственное действие Конституции РФ, разделение властей (не только для федерального уровня, но и для организации государственной власти в субъектах РФ), запрет произвола, требования справедливости и соразмерности, а также связанности Конституцией РФ и законом органов государственной власти, включая суды, ответственность государства за действия его органов и должностных лиц. Разделение властей относится к числу общих принципов правового федеративного государства (постановления от 24 апреля 2003 г. № 7-П, от 29 мая 1998 г. № 16-П).

Правовое государство предполагает право на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органа государственной власти или должностного лица, и корреспондирующее ему публично-правовое обязательство Российской Федерации как правового государства перед пострадавшими от действий уполномоченных им органов и должностных лиц. Правовое государство должно гарантировать именно эффективное восстановление в правах – скорейшее возмещение пострадавшим лицам причиненного вреда в полном объеме (в том числе путем компенсации из средств государственного бюджета) в процедурах, максимально отвечающих интересам таких лиц, в том числе с точки зрения территориальной доступности (постановления от 2 марта 2010 г. № 5-П, от 17 октября 2011 г. № 22-П, от 19 июля 2011 г. № 18-П). Особой конституционной обязанностью Российской Федера-

ции как правового государства служит также признание и обеспечение права на возмещение вреда здоровью (постановление от 19 июня 2002 г. № 11-П).

Конституционный Суд РФ ссылается и на принцип гуманности закона в правовом государстве (постановление от 12 мая 1998 г. № 14-П).

2. Значительным блоком выступают позиции Конституционного Суда РФ, касающиеся взаимосвязи прав и свобод человека и гражданина и принципа правового государства, что справедливо, т. к. правовое государство является инструментом для эффективной реализации личности. Поэтому очевиден конституционный приоритет личности во взаимоотношениях между личностью и государством.

Правовое государство по самой своей сути может признаваться таковым лишь при условии, что оно обеспечивает безопасность граждан, охрану и защиту их прав и законных интересов, эффективное восстановление в правах. Поэтому в Российской Федерации как правовом государстве человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а их признание, соблюдение и защита – обязанностью государства; права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации признаются и гарантируются согласно общепризнанным принципам и нормам международного права, и, в соответствии с Конституцией Российской Федерации, они определяют смысл, содержание и применение законов и обеспечиваются правосудием; государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации гарантируется на основе принципа юридического равенства (статьи 1, 2, 17, 18, 19 и 45 Конституции РФ). При этом государство обязано соблюдать и защищать не только права и свободы граждан, непосредственно закрепленные Конституцией РФ, но и производные от них другие права и их гарантии, приобретаемые на основании федерального закона (постановления от 21 ноября 2002 г. № 15-П, от 13 декабря 2001 г. № 16-П, от 30 июня 2011 г. № 14-П).

От Российской Федерации как правового государства требуется выполнение соответствующих позитивных обязательств, вытекающих из ее обязанности признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина как высшую ценность (статья 1, часть 1; статья 2 Конституции Российской Федерации). По смыслу правовой позиции Конституционного Суда РФ, изложенной в постановлении от 23 декабря 1999 г. № 18-П, конституционный принцип правового государства, из которого вытекают конкретные требования, рекомендации и запреты в отношении определенных действий органов государства, не позволяет федеральному законодателю устанавливать правовое регулирование таким образом,

чтобы это приводило к чрезмерному ограничению прав граждан и понуждало их к нарушению закона. Правовое государство не должно создавать запреты, которые, существенным образом затрагивая конституционный статус личности, фактически подталкивают граждан к нарушению закона, а следовательно, к нарушению статьи 15 (часть 2) Конституции РФ, обязывающей соблюдать Конституцию РФ и законы, и не позволяют тем самым Российской Федерации как правовому государству, основанному на уважении к закону, должным образом выполнять свою обязанность охранять достоинство личности (статья 21, часть 1, Конституции РФ), затрудняют гражданам реализацию своих конституционных прав, что влечет несоразмерное их ограничение, не согласующееся с конституционно одобряемыми целями возможных ограничений прав и свобод человека и гражданина (статья 55, часть 3, Конституции РФ) (постановление от 30 июня 2011 г. № 13-П). А, например, в сфере налогов и сборов указанный конституционный принцип диктует для законодателя запрет устанавливать регулирование таким образом, чтобы провоцировать законопослушных граждан на сокрытие получаемых доходов и занижение облагаемой базы (постановление от 23 декабря 1999 г. № 18-П).

В правовом государстве, тем не менее, возможно ограничение прав и свобод. Лишь немногие из прав носят абсолютный характер и ни при каких условиях не подлежат ограничению (например, право не подвергаться пыткам, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию (статья 3 Европейской Конвенции)). Однако из принципа правового государства Суд вывел, что закрепление в законе отступлений от установленных конституционных прав не может быть произвольным. Такие отступления должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей, в том числе частных и публичных прав и интересов граждан, не затрагивать существо соответствующих конституционных прав, т. е. не ограничивать пределы и применение основного содержания закрепляющих эти права конституционных положений, и могут быть оправданы лишь необходимостью обеспечения указанных в статье 55 (часть 3) Конституции РФ целей защиты основ конституционного строя Российской Федерации, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц и общественной безопасности (постановление от 14 мая 2003 г. № 8-П).

Конституционный Суд РФ отмечает, что в условиях правового государства недопустимо усмотрение органов исполнительной власти – подзаконными актами Правительства Российской Федерации и, тем более, путем ведомственного нормотворчества регулировать основные права

и свободы либо придавать иной смысл недостаточно определенным положениям закона (постановления от 5 апреля 2007 г. № 5-П, от 22 ноября 2001 г. № 15-П). Также несовместимо с принципами правового государства превышение государственными органами (их должностными лицами) своих полномочий либо использование их вопреки законной цели и охраняемым правам и интересам граждан, организаций, государства и общества (постановление от 16 июля 2004 г. № 14-П). Это, в частности, подтверждается и в позиции Суда по поводу налогового контроля. Этот контроль должен отвечать критериям необходимости, обоснованности и законности, с тем чтобы не превращаться в неправомерное обременение для налогоплательщика: превышение налоговыми органами (их должностными лицами) своих полномочий либо использование их вопреки законной цели и охраняемым правам и интересам граждан, организаций, государства и общества несовместимо с принципами правового государства (постановление от 16 июля 2004 г. № 14-П, от 17 марта 2009 г. № 5-П).

В правовом государстве основой всех прав и свобод человека и необходимым условием их существования и соблюдения выступает, как неоднократно отмечал Конституционный Суд РФ, достоинство личности. Так, в частности, Суд отметил, что согласно статье 42 Конституции РФ каждый имеет право на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее состоянии и на возмещение ущерба, причиненного его здоровью или имуществу экологическим правонарушением. Данному праву корреспондирует вытекающая из статей 1, 2, 7, 18 и 53 Конституции РФ обязанность Российской Федерации как правового государства обеспечить охрану окружающей среды, предупреждение и ликвидацию последствий техногенных аварий и катастроф, в том числе радиационных, что предполагает признание и гарантирование со стороны государства права на возмещение вреда здоровью, являющемуся для каждого неотчуждаемым благом, и согласуется с обязанностью государства охранять достоинство личности (статья 21, часть 1, Конституции РФ) (постановления от 3 мая 1995 г. № 4-П, от 15 января 1999 г. № 1-П, 20 декабря 2010 г. № 21-П, определения от 17 февраля 2005 г. № 17-О, от 5 марта 2009 г. № 376-О-П).

Как известно, установление ответственности напрямую затрагивает права и свободы. В своих решениях Конституционный Суд РФ неоднократно обращался к принципу правового государства при оценке правового регулирования юридической ответственности. Суд пришел к следующим выводам: признаки состава правонарушения, прежде всего в публично-правовой сфере, как и содержание конкретных составов пра-

вонарушений, должны согласовываться с конституционными принципами правового государства, включая требование справедливости, в его взаимоотношениях с физическими и юридическими лицами как субъектами юридической ответственности; к основаниям ответственности, исходя из общего понятия состава правонарушения, относится и вина, если в самом законе прямо и недвусмысленно не установлено иное; наличие вины – общий и общепризнанный принцип юридической ответственности во всех отраслях права, и всякое исключение из него должно быть выражено прямо и недвусмысленно, т. е. закреплено непосредственно (постановления от 11 марта 2008 г. № 4-П, от 17 марта 2009 г. № 5-П, от 25 января 2001 г. № 1-П, от 27 апреля 2001 г. № 7-П и от 30 июля 2001 г. № 13-П).

Это не единственные требования (принципы) ответственности, которые проистекают из правового характера российского государства, по мнению Конституционного Суда РФ. В правовом государстве общепризнанными принципами ответственности также являются соразмерность и неотвратимость (постановление от 14 июля 2005 г. № 9-П). При рассмотрении вопросов административной ответственности Конституционный Суд РФ, сославшись в том числе на принцип правового государства, отметил, что акт о привлечении к административной ответственности является законным, если он издан на основании закона и по сути отвечает конституционным требованиям справедливости, соразмерности и правовой безопасности (постановление от 16 июня 2009 г. № 9-П). Такой перечень требований (принципов) правового регулирования юридической ответственности можно дополнить правовой безопасностью.

3. Отдельно следует выделить позиции Конституционного Суда РФ, в которых при раскрытии характеристик правового государства Суд уделяет внимание правосудию и, в частности, его принципам, а также судебной защите прав и свобод человека и гражданина. Так, Суд пришел к выводу, что в Российской Федерации, правовая система которой основана на принципе верховенства права как неотъемлемом элементе правового государства, право каждого на судебную защиту, относящееся к основным, неотчуждаемым правам и свободам человека, одновременно выступает гарантией всех других прав и свобод и предполагает эффективное восстановление в правах посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости и обеспечивающего охрану прав и свобод человека и гражданина от произвола властей (постановление от 6 декабря 2011 г. № 27-П).

Как считает Суд, согласно статье 46 Конституции РФ судебный контроль и защита обеспечиваются применительно к любым действиям

и решениям государственной власти. В частности, это позволило Конституционному Суду сделать вывод о том, что должна гарантироваться защита и против принимаемых с нарушением принципов правового государства актов об амнистии (постановление от 5 июля 2001 г. № 11-П).

Право каждого на судебную защиту относится к основным неотчуждаемым правам и свободам человека и одновременно выступает гарантией всех других прав и свобод, а правосудие по своей сути может признаваться таковым, только если оно отвечает требованиям справедливости и обеспечивает эффективное восстановление в правах (постановление от 21 января 2010 г. № 1-П). По мнению Конституционного Суда РФ, право на суд присяжных является частным случаем конституционного права человека на рассмотрение его дела в том суде, к подсудности которого оно отнесено законом. Данное право представляет один из юридических пластов в многослойном конституционном праве на законный суд (постановление от 19 апреля 2010 г. № 8-П).

Положения статей 1, 2, 18, 45 и 118 Конституции РФ обязывают Российскую Федерацию как правовое государство к созданию эффективной системы судебной защиты прав и свобод человека и гражданина, неотъемлемым элементом нормативного содержания права на судебную защиту, имеющего универсальный характер, является предоставляемая заинтересованным лицам, в том числе не привлеченным к участию в деле, возможность обратиться в суд за защитой своих прав и свобод, нарушенных неправосудным судебным решением (постановление от 14 июля 2011 г. № 16-П).

Соответственно, Российская Федерация как правовое государство обязана обеспечивать эффективную защиту прав и свобод человека и гражданина посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости, на основе законодательно закрепленных критериев, которые в нормативной форме (в виде общих правил) предопределяют, в каком суде и в какой процедуре подлежит рассмотрению конкретное дело, что позволяет суду (судье), сторонам, другим участникам процесса, а также иным заинтересованным лицам избежать правовой неопределенности в данном вопросе (постановления Конституционного Суда РФ от 16 марта 1998 г. № 9-П, от 20 февраля 2006 г. № 1-П, от 17 января 2008 г. № 1-П, от 25 марта 2008 г. № 6-П и др.).

Как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, конституционное право на судебную защиту предполагает конкретные гарантии эффективного восстановления в правах посредством справедливого правосудия; соответственно, в рамках осуществления судебной защиты прав и свобод возможно обжалование в суд решений и действий (или без-

действия) любых государственных органов, включая судебные органы; одной из гарантий судебной защиты выступает возможность пересмотра дела вышестоящим судом, в том числе – в целях исправления судебных ошибок – и после рассмотрения дела в той судебной инстанции, решение которой отраслевым законодательством признается окончательным в том смысле, что оно не может быть изменено в обычной процедуре; отсутствие возможности пересмотреть ошибочный судебный акт, которая в тех или иных формах (с учетом особенностей каждого вида судопроизводства) должна быть обеспечена государством, умаляет и ограничивает право на справедливое судебное разбирательство (постановления от 2 февраля 1996 г. № 4-П, от 3 февраля 1998 г. № 5-П, от 16 марта 1998 г. № 9-П, от 2 июля 1998 г. № 20-П, от 8 декабря 2009 г. № 19-П).

В России как правовом государстве законодатель должен исходить из необходимости обеспечения стабильности (определенности) признанного вступившим в законную силу судебным решением правового статуса лица, с одной стороны, и определения нормативных условий, при которых судебное решение, разрешившее спор по существу (в том числе в отношении прав и обязанностей лиц, не принимавших участия в деле) и вступившее в законную силу, но при этом содержащее фундаментальную ошибку, могло бы быть пересмотрено в соответствии с предусмотренными законом основаниями и в разумный срок, – с другой (постановление от 17 марта 2010 г. № 6-П).

Право на справедливое судебное разбирательство спора независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона, как неотъемлемое свойство права на судебную защиту, которое, как неоднократно отмечал Конституционный Суд РФ, в том числе в постановлении от 5 февраля 2007 г. № 2-П, на внутригосударственном уровне гарантируется всей совокупностью соответствующих процессуальных средств и процедур. По мнению Конституционного Суда РФ, отвод и самоотвод судьи – это общепринятые в правовом государстве процессуальные институты, а их введение в Российской Федерации применительно ко всем видам судопроизводства и ко всем судам, в том числе арбитражным, направлено на реализацию предписаний Конституции РФ (постановление от 25 марта 2008 г. № 6-П). Общеизвестные в правовых государствах стандарты правосудия включают предоставляемую сторонам возможность в устной форме довести до сведения суда свою позицию относительно всех аспектов дела, представить доказательства в ее обоснование и принять участие в их исследовании в открытом судебном заседании при разрешении спора по существу для установления действительных обстоятельств дела и правильного применения законодательства на ос-

нове состязательности и равноправия сторон (постановление от 19 июля 2011 г. № 17-П).

В ряде случаев Суд признавал, что само отсутствие судебного контроля может привести к несоблюдению баланса конституционно защищаемых ценностей. В частности, в силу конституционных принципов правового государства решения о возможности принудительной приватизации арендуемых субъектами малого и среднего предпринимательства объектов муниципальной собственности должны приниматься в надлежащей юридической процедуре при эффективном судебном контроле, позволяющем оценить целевое назначение имущества, определенное муниципальными правовыми актами, планируемое использование объектов муниципальной собственности, на приватизацию которых у субъектов малого и среднего предпринимательства возникает преимущественное право (постановление от 20 декабря 2010 г. № 22-П).

Как полагает Конституционный Суд РФ, военные суды не являются чрезвычайными судами, – как и иные специализированные суды, они формируются в системе судов общей юрисдикции для рассмотрения определенной категории дел; принципы деятельности, объем полномочий и их реализация, порядок производства в этих судах, по существу, не отличаются от общего порядка и характеризуются лишь усилением специализации, целью которой является наиболее полное и квалифицированное рассмотрение той или иной категории дел, обладающих значительной спецификой, что присуще специализированным судам в современном правовом государстве (постановление от 6 апреля 2006 г. № 3-П).

4. Характеристики правового государства также нашли свое отражение в политической системе и организации власти как на федеральном, так и на уровне субъектов РФ. В своих решениях Суд часто использует понятие «демократическое правовое государство», определяя его элементы (идеологического и политического многообразия, многопартийности) (постановление от 7 июня 2000 г. № 10-П).

Так, в соответствии с правовой позицией Конституционного Суда РФ политические партии представляют собой институт, необходимый для функционирования демократии в рамках правового государства и в формах, установленных Конституцией РФ (постановления от 7 июля 2011 г. № 15-П, от 16 июля 2007 г. № 11-П).

Рассматривая закрепленные в федеральном законе общие принципы организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ и их законодательную конкретизацию, Конституционный Суд РФ установил, что федеральный

законодатель ограничен в своем усмотрении конституционными положениями об организации власти в Российской Федерации как правовом государстве; субъекты РФ, в свою очередь, самостоятельно устанавливая систему органов государственной власти, действуют в соответствии с основами конституционного строя Российской Федерации и указанным общим принципом (постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. № 13-П, от 15 декабря 2006 г. № 10-П).

Согласно позиции Суда, необходимость адекватных мер федерального воздействия на субъекты РФ в целях защиты Конституции РФ, обеспечения ее высшей юридической силы, верховенства и прямого действия вытекает непосредственно из закрепленных Конституцией РФ основ конституционного строя Российской Федерации как демократического федеративного правового государства, обязанного обеспечивать признание, соблюдение и защиту прав и свобод, единство статуса личности на всей территории Российской Федерации (постановление от 4 апреля 2002 г. № 8-П).

По мнению Конституционного Суда РФ, стабильность конституционного строя Российской Федерации как правового государства требует, чтобы в условиях разделения государственной власти в Российской Федерации на законодательную, исполнительную и судебную не допускалось их противоборство, которое не согласуется с тем, что единственным источником, из которого они проистекают, и носителем воплощаемого ими суверенитета является многонациональный народ Российской Федерации. Провозглашенная в преамбуле Конституции РФ цель утверждения гражданского мира и согласия обуславливает и необходимость согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти, которое в соответствии с Конституцией РФ обеспечивается Президентом РФ (статья 80, часть 2). Иное не отвечает конституционному предназначению государственной власти (постановление от 11 декабря 1998 г. № 28-П).

Общепризнанным в правовом государстве принципом считает Суд то, что депутат не несет ответственности за действия по осуществлению мандата, в том числе по истечении срока полномочий (постановление от 12 апреля 2002 г. № 9-П).

5. Через призму принципа правового государства Конституционный Суд РФ дал оценку некоторым финансово-экономическим вопросам. Интересно, что в ряде случаев Суд использует устойчивое сочетание «правовое государство с социально ориентированной рыночной экономикой» (постановления от 15 мая 2006 г. № 5-П, от 10 июля 2007 г. № 9-П).

В силу конституционных принципов правового государства, как указал Конституционный Суд РФ в постановлении от 24 февраля 2004 г. № 3-П, при защите имущественных прав, затрагивающих значительное число субъектов экономической деятельности, возрастает значение надлежащих юридических процедур.

По мнению Суда, провозглашая Российскую Федерацию правовым государством, Конституция РФ исходит из необходимости установления правовых основ единого рынка и обеспечения тем самым единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, поддержки конкуренции, свободы экономической деятельности и охраны частной собственности законом. Экономической основой любого правового государства являются частная собственность и рынок (постановление от 15 июня 2006 г. № 6-П).

Конституционный принцип правового государства и гарантируемая Конституцией РФ свобода экономической деятельности предполагают развитие необходимых для становления гражданского общества начал самоуправления и автономии в экономической сфере, проявлением чего является создание саморегулируемых организаций, и, соответственно, – государственную поддержку и стимулирование гражданской активности в данной сфере. Это, однако, не означает, что государство отказывается как от своего конституционного полномочия по установлению правовых основ единого рынка, особенно в тех случаях, когда представители той или иной профессии наделяются публично-правовыми функциями, а образуемые ими саморегулируемые организации – правом разрабатывать и устанавливать обязательные для своих членов правила профессиональной деятельности, так и от конституционного полномочия влиять на содержание правовых норм, принимаемых саморегулируемыми организациями, посредством судебного нормоконтроля, а также иным образом (постановление от 19 декабря 2005 г. № 12-П).

Конституционный Суд РФ сформулировал свою позицию и по взаимосвязи собственности и правового государства. Так, основания и порядок приобретения права собственности, его перехода и утраты регулируются федеральным законом, причем содержание данного регулирования не может определяться произвольно: отношения собственности в Российской Федерации должны регламентироваться в соответствии с принципами правового государства, на основе юридического равенства и справедливости (постановления Конституционного Суда РФ от 20 июля 1999 г. № 12-П, от 12 июля 2007 г. № 10-П).

В экономической сфере важнейшими элементами служат налоги и бюджет, в отношении которых ряд позиций Суда связан с принципом

правового государства; особо выделяется обоснование прав налогоплательщиков в связи с принципом правового государства. Так, по мнению Суда, конституционное требование об установлении налогов и сборов только и исключительно в законодательном порядке представляет собой один из принципов правового государства и имеет своей целью гарантировать, в частности, права и законные интересы налогоплательщиков от произвола и несанкционированного вмешательства исполнительной власти (постановление от 11 ноября 1997 г. № 16-П).

По своей конституционно-правовой природе налоги являются необходимой экономической основой существования и деятельности государства, условием реализации его публичных задач, представляют собой форму отчуждения собственности в целях обеспечения расходов публичной власти. Тем самым они позволяют реализовать функции Российской Федерации, в частности, как правового государства. Следовательно, налоговое регулирование призвано, не ограничиваясь достижением фискальных целей государства, обеспечивать эффективное использование государственной собственности как материальной основы обеспечения прав и свобод человека и гражданина.

Поскольку налоговое регулирование направлено на реализацию конституционных функций государства в целом, федеральный законодатель уполномочен не только разграничивать налоги на федеральные, региональные и местные, но и осуществлять распределение доходов, поступающих от налогов, между бюджетами бюджетной системы Российской Федерации (постановление от 20 июля 2011 г. № 20-П).

Федеральный бюджет также является материальной основой реализации конституционных функций публичной власти, в том числе функций правового государства (статьи 1, 2, 7 и 18 Конституции РФ). В связи с этим федеральный законодатель вправе определить не только порядок правомерного использования бюджетных средств, но и меры их адекватной защиты; введение дополнительных мер защиты средств федерального бюджета – поскольку они обусловлены объективной спецификой соответствующего объекта публичной собственности, направлены на поддержание надлежащих финансовых условий для эффективного обеспечения органами государственной власти прав и свобод человека и гражданина на всей территории Российской Федерации (постановление от 20 июля 2011 г. № 20-П).

Конституционный Суд РФ четко сформулировал свою позицию в отношении содержания федерального закона о бюджете. Так, Российская Федерация как правовое государство не может произвольно отказываться от выполнения взятых на себя публично-правовых обязательств,

в частности, от финансовых обязательств путем изменения федеральным законом о бюджете других федеральных законов, в том числе о налогах, и тем более – лишением их юридической силы. В Российской Федерации как правовом государстве закон о федеральном бюджете не может устанавливать положения, не связанные с государственными доходами и расходами. В федеральный закон о федеральном бюджете – исходя из его природы и предназначения в правовом государстве – включаются на основе принципов сбалансированности, достоверности и реальности предписания, касающиеся доходов и расходов Российской Федерации и относящиеся к периоду, на который принимается данный закон (постановление от 15 мая 2006 г. № 5-П, от 23 апреля 2004 г. № 9-П, от 23 апреля 2004 г. № 9-П).

В экономической сфере исходя из принципа правового государства Судом был оправдан институт обязательного страхования риска гражданской ответственности владельцев транспортных средств. Закрепляя его, законодатель реализовал одну из функций Российской Федерации как правового государства, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, что было бы в недостаточной степени обеспечено при отсутствии адекватного механизма защиты прав потерпевших, отвечающего современному уровню развития количественных и технических показателей транспортных средств, многократно увеличивающих их общественную опасность (постановление от 31 мая 2005 г. № 6-П).

6. Кроме того, из принципа правового государства Конституционный Суд РФ вывел целый ряд требований средствам и способам правового регулирования. По его мнению, из конституционного принципа правового государства вытекает обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы и ее согласованности с системой действующего правового регулирования. По смыслу правовой позиции Конституционного Суда РФ, принимаемые законы должны быть определенными как по содержанию, так и по предмету, цели и объему действия, а правовые нормы – сформулированными с достаточной степенью точности, позволяющей гражданину соотносить с ними свое поведение, как запрещенное, так и дозволенное. Непонятное и противоречивое правовое регулирование порождает произвольное правоприменение, нарушающее эти конституционные принципы. Противоречащие друг другу правовые нормы порождают и противоречивую правоприменительную практику, возможность произвольного их применения, ослабляют гарантии государственной защи-

ты конституционных прав и свобод (постановления от 14 апреля 2008 г. № 7-П, от 20 февраля 2006 г. № 1-П, от 6 апреля 2004 г. № 7-П, от 29 июня 2004 г. № 13-П).

Таким образом, законодатель не должен принимать положения, которые, допуская в силу своей неопределенности принятие органами государственного контроля (надзора) произвольных правоприменительных решений, создают условия для нарушения конституционных принципов правового государства и вытекающих из них требований определенности, непротиворечивости, недвусмысленности и полноты нормативно-правовой регламентации компетенции и порядка деятельности публично-властных субъектов (постановление от 18 июля 2008 г. № 10-П).

Последовательно требование определенности правового регулирования Суд проводил в сфере налогообложения. В целях обеспечения реализации обязанности каждого платить законно установленные налоги и сборы принимаемые законы о налогах должны быть конкретными и понятными, неопределенность же норм налогового законодательства может привести к не согласующемуся с принципом правового государства произволу государственных органов и должностных лиц в их отношениях с налогоплательщиками и к нарушению равенства граждан перед законом; акты законодательства о налогах и сборах должны быть сформулированы таким образом, чтобы каждый точно знал, какие налоги (сборы), когда и в каком порядке он должен платить, причем все неустранимые сомнения, противоречия и неясности таких актов толкуются в пользу плательщика налога или сбора; неопределенность налоговых норм может приводить как к нарушению прав налогоплательщиков, так и к уклонению от исполнения конституционной обязанности по уплате налога (постановления от 8 октября 1997 г. № 13-П, от 28 марта 2000 г. № 5-П, от 30 января 2001 г. № 2-П, определения от 12 июля 2006 г. № 266-О, от 2 ноября 2006 г. № 444-О, от 15 января 2008 г. № 294-О-П).

Конституционный Суд РФ был вынужден в целом ряде своих решений отмечать необходимость определенности правовых норм, посвященных составу правонарушения. По мнению Суда, законодатель должен обеспечить надлежащую формальную определенность закона, которая в правовом государстве является необходимым условием привлечения к юридической ответственности (постановление от 13 июля 2010 г. № 15-П). Так, например, Конституционный Суд РФ посчитал, что закрепленное в действующем законодательстве понятие «дисциплинарный проступок судьи» является неясным, нечетким, неопределенным (прежде всего – в сугубо юридическом понимании контекста) и многосмысленным. При этом его неопределенность столь высока, что делает законоположения,

которыми оно провозглашено, не соответствующими Конституции РФ, поскольку может привести (и приводит на практике) к не согласующемуся с конституционным принципом правового государства произвольному и дискриминационному его толкованию и применению государственными (в том числе судебными) органами и должностными лицами, к нарушению общеправовых принципов юридической ответственности и конституционного принципа равенства перед законом и судом (постановление от 20 июля 2011 г. № 19-П).

Из требования определенности правового регулирования вытекает, что применение уголовного закона по аналогии не допускается (постановление от 27 мая 2008 г. № 8-П).

Требование определенности и непротиворечивости законодательного регулирования распространяется и на те правовые нормы, которыми законодатель делегирует Правительству РФ те или иные полномочия (постановления от 31 января 2008 г. № 2-П, от 14 июля 2005 г. № 8-П).

Как указал Конституционный Суд РФ, при выборе средств и способов правового воздействия федеральный законодатель не может игнорировать сложившуюся в Российской Федерации как правовом государстве отраслевую систему правового регулирования и общие принципы соответствующих отраслей права – публичного или частного. Правовая позиция, выраженная в постановлении от 18 июля 2008 г. № 10-П, не исключает, что федеральный законодатель, учитывая социальные, экономические и иные факторы, а также исходя из неоднородного характера соответствующих правоотношений, вправе прибегать к их регулированию с использованием правовых средств не только в рамках одной отраслевой модели. Однако такое правовое регулирование во всяком случае не может не учитывать конституционные принципы справедливости, юридического равенства, пропорциональности и соразмерности вводимых мер конституционно значимым целям и их согласованности с системой действующего правового регулирования. Так, правовой механизм взыскания с хозяйствующего субъекта в федеральный бюджет дохода, полученного в связи с нарушением антимонопольного законодательства, также должен основываться на названных конституционных принципах – вне зависимости от того, каким образом принадлежность этого механизма к конкретным отраслевым институтам может быть определена *de lege lata* и (или) *de lege ferenda*, т. е. в действующем или в будущем регулировании (постановление от 24 июня 2009 г. № 11-П).

Вместе с тем, Конституционный Суд РФ, «исправляя» своими решениями законы (придавая тот конституционный смысл их содержанию,

который он считает правильным с точки зрения Конституции РФ), не в состоянии по определению полноценно заменить своим толкованием законодательное регулирование. В результате в отдельных случаях такое «толкование» законов со стороны Конституционного Суда РФ может приводить к правовой неопределенности, против которой, как было показано, сам Суд и выступает.

Текст © Vadim A. Vinogradov, 2013

Тревор Аллан
профессор юриспруденции и публичного права
Кембриджского университета,
член совета Колледжа Пемброк, Кембридж

СВОБОДА, РАВЕНСТВО, ЗАКОННОСТЬ

I

Верховенство права является одновременно и политическим идеалом, и конституционной доктриной. В английском праве принцип верховенства права отражает общий принцип конституционализма, связанный не только с процедурной беспристрастностью и справедливым применением правовых норм, но также с идеями защиты человеческого достоинства и уважения прав личности. Несмотря на то, что А. В. Дайси, как известно, выделял два основных принципа английского конституционного права – «верховенство права» почиталось наряду с доктриной «парламентского суверенитета», – первый из указанных принципов, пожалуй, в большей степени претендует на фундаментальный статус¹. Хотя точное значение и исчерпывающие выводы из предложенной Дайси доктрины верховенства права остаются спорными, этот принцип призван укоренить в английском общем праве концепцию законности, имеющую тесные связи, на философском уровне, с фундаментальными ценностями свободы и равенства. Верховенство право в то же самое время является одновременно как доктриной английского конституционного права, развиваемой судами при разработке традиционного общего права, так и общим принципом конституционного правления, независимо от того места, где оно существует. Развивая положения верховенства права, в каждом отдельном случае английские судьи пытаются осмыслить идеал конституционализма в условиях английских правовых и политических институтов и практики. Не существует четкой границы между политическим идеалом и правовым принципом: правовая доктрина совершенствуется благодаря тщательному изучению и проработке судебной практики, стремясь всегда

¹ *Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, first published 1885 (10th ed. 1964).

приблизить публичное право к идеалам свободы, равенства и законности, примеры которых демонстрирует история и практика, по крайней мере, в случае их благоприятного толкования².

По мнению Дайси, верховенство права в Англии означало, что не существует никого, кто бы был выше закона и не подчинялся бы его требованиям: «Всякий человек, каково бы ни было его звание или положение, подчиняется обыкновенным законам государства и подлежит юрисдикции обыкновенных судов»³. В совокупности с его настойчивым утверждением о том, что «господство или верховенство права» исключает «применение должностными лицами широкой и произвольной принудительной власти»⁴, предложенный Дайси принцип обычно понимается как утверждение всего лишь формальной законности или формального равенства перед законом. Должны существовать общие правила (вместо *ad hoc* повелений), неукоснительно применяемые к каждому конкретному случаю. Весьма распространенной является критика того, что формальное равенство в полной мере соотносится с установлением законом неравных или даже репрессивных обременений или ограничений, проводя возмутительные различия между людьми или группами людей. Содержание проведенного Дайси обсуждения, однако, ясно дает понять, что формальное равенство, обеспеченное последовательным применением закона ко всем, будь то частное или должностное лицо, является только методом движения к более масштабному и содержательному равенству правового принципа. Можно сказать, что английская Конституция «была основана на верховенстве права» в том смысле, что такие «общие принципы», как право на личную свободу или право на проведение публичных собраний, являлись «результатом судебных решений, определяющих права частных лиц в отдельных случаях, представляемых на решение судов»⁵. Последовательное применение общих принципов права, включая те, что были выявлены и усовершенствованы в процессе разработки положений общего права, обеспечивает более широкое конституционное равноправие: общие нормы и принципы права должны справедливо применяться в отношении каждого с учетом всех обстоятельств; и различия, проводимые между разными людьми и случаями, должны быть обоснованы перед

² Зависимость юридического толкования от использования моральных и политических принципов – центральная тема моей книги. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law* (2013).

³ *Dicey*, см. сноску выше 1, at 193.

⁴ Там же. С. 188.

⁵ Там же. С. 195-196.

независимыми судьями, приверженными идеалам уважения к правам личности и требованиям уважения человеческого достоинства⁶.

Британская Конституция по существу является конституцией, укорененной в общем праве. Ее содержание является результатом продолжающихся на протяжении многих поколений усилий, направленных на достижение приемлемого согласия между потенциально несовместимыми доктринами парламентского суверенитета и верховенства права. Как и доктрина общего права, парламентский суверенитет как таковой является предметом судебного толкования: любое возражение относительно юридической силы правового акта, принятого парламентом, или спор по поводу его точного значения должен разрешаться судами с использованием общих конституционных принципов. Как и суды, действующие по нормам общего права, судьи обязаны интерпретировать английскую правовую и политическую практику в свете общих понятий законности: существует комплексное переплетение устойчивой английской традиции и общего морального или политического принципа. Признавая право на личную свободу как составную часть общего права, суды основываются не только на общем принципе, но и на прочно установившейся практике применения приказа хабеас корпус как средства, направленного на недопущение незаконного ограничения свободы. Дайси пишет, что в Англии «право личной свободы представляет собой часть конституции, так как оно обеспечивается судебными решениями, которые только распространены и утверждены актами Habeas Corpus'a»⁷. Акты усилили средство общего права, предоставив судам право поддерживать на практике традицию личной свободы, которую подтвердил собой конституционный принцип. Распространяя принцип общего права для защиты иных фундаментальных прав, таких как свобода слова, совести, право на объединение, суды выработали положения, логически вытекающие из общего требования верховенства права. Даже когда должностные лица или органы власти наделяются в соответствии с актом парламента обширными дискреционными полномочиями, предполагается, что осуществление таких полномочий должно сопровождаться соблюдением установленных общим правом прав личности. Любые ограничения прав, неприемлемые с точки зрения правовых традиций, должны иметь четкое основание: должно быть разумное согласование противоположных прав и интересов, не допускающее

⁶ См. далее: *Allan T. The Sovereignty of Law*, сноска выше 2, ch. 3. См. Также: *Allan T. Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (2001).

⁷ *Dicey*, сноска выше 1, at 197.

несоразмерных ограничений свободы, которые явно не соотносятся с заявленной публичной целью.

Когда верховенство права воспринимается как официальная идея, обеспечивающая чисто формальное равенство перед законом, ее связь со свободой заключается в первую очередь в отсутствии нерегулируемого усмотрения. Если граждане и подобные им должностные лица связаны законом, объявленным или декларируемым официально, человек будет уверен в том, что, если он сам выполняет предписания закона, он будет обладать независимостью: он не будет подвергаться произволу со стороны других. Когда закон состоит из общих норм, которые являются опубликованными, определенными, распространяющимися на будущие правоотношения и применяемыми в соответствии разумным толкованием их значения, он обеспечивает четкое предписание, как действовать, исключая риск вмешательства или доминирования со стороны наделенных властью чиновников. Законы с обратной силой, предусматривающие наказания за деяния, которые являлись законными в момент их совершения, являются тяжким преступлением против законности: они отрицают уважение к правам и свободам личности, которые оживляют идеал верховенства права. Формальная или процедурная сфера применения верховенства права включает в себя такие принципы, как «естественное правосудие» или беспристрастность, позволяющие гарантировать, что закон применяется правильно: суд, например, должен состоять из беспристрастных судей, обязанных выслушать объяснения любого, кто обвиняется в совершении правонарушения. Суд или трибунал должны применить закон к фактам, исходя из их правильного понимания; и он должен рассмотреть спор между альтернативными точками зрения на толкование положений закона, допуская разумные возражения относительно предположений или утверждений со стороны официальных властей о правильном значении соответствующих правовых норм.

Известное возражение со стороны Дайси против осуществления должностными лицами широких дискреционных полномочий отражает угрозу верховенству права, которую неизбежно несут в себе такие полномочия: поведение человека регулируется не посредством ранее принятых в установленном порядке норм, а на основе менее предсказуемых решений облеченных властью лиц, которые базируются на их текущем мнении о том, что будет лучше всего служить общественным интересам (или на их текущем представлении об общественном интересе). Признавая неизбежность существования определенной свободы действий при принятии официального решения, английское общее право трансформировало формальные требования верховенства права в более всестороннюю

доктрину: принципы справедливого судебного разбирательства были распространены и в отношении надлежащей правовой процедуры. В случае, когда правовые нормы наделяют должностных лиц властными полномочиями, существуют принципы законности, которые выступают в качестве гарантий против злоупотребления: установленные законом полномочия должны осуществляться только для легальных общественных целей, подразумеваемых исходя из структуры закона; такие полномочия не должны использоваться в качестве средства принуждения в отношении тех людей, действия или стремления которых воспринимаются как просто помеха для государственной политики, невзирая на то, что они полностью законны. Даже когда органы власти при реализации своих дискретных полномочий могут в законном порядке устанавливать ограничения в отношении прав и свобод граждан, ущерб, наносимый правам и законным интересам индивидов, должен быть пропорционален общественным потребностям: причинение непропорционального вреда правам и законным интересам индивидов, даже когда такое вмешательство имеет законное основание, демонстрирует презрение к достоинству и благополучию последних.

Фундаментальная идея равенства перед законом не может быть сведена исключительно к справедливому применению общих правил. Она должна распространяться на административные или исполнительные органы власти, предоставляя право независимым судам оценивать обоснованность различий, проводимых должностными лицами между людьми при реализации своих дискреционных полномочий. В сущностном плане, административное усмотрение должно соответствовать стандартам законности, аналогичным тем, что применяются в судебном процессе и являются характерными для верховенства права. Когда суды применяют и разрабатывают общее право, они применяют уместный для данного случая принцип равенства: сходные дела должны решаться единообразно. Этот общий принцип, конечно, сам по себе не выступает как критерий сходства и тождественности: суды должны использовать более конкретные правовые принципы, чтобы обосновать различия, возникающие между конкретными судебными делами. Мы рассматриваем, однако, эти принципы как морально оправданные; они должны стать символом логически обоснованного подхода к организации конституционной формы правления, отражающей высшие ценности свободы и справедливости. Даже если административные решения, в противоположность этому, обычно основываются на соображениях государственной политики, эта политика должна осуществляться справедливо: не должно существовать дискриминации между людьми или группами людей, которая не оправданна с точки зрения сбалансированности и приемлемости учета общественных

интересов. Государственная политика должна осуществляться в рамках ограничений, устанавливаемых правом и судопроизводством. Правомерность конкретных решений, независимо от того, являются ли они решениями судов или должностных лиц, в конечном счете основывается на безоговорочной теории законного правительства, которая лежит в основе и определяет их полномочия⁸.

II

Человек, который находится под защитой верховенства права, волен жить в соответствии со своими собственными представлениями о добропорядочной жизни, ограниченной только пределами в равной степени гарантированной свободы других людей. Он может строить и воплощать в жизнь собственные планы и проекты, следуя своим частным устремлениям; он пользуется неприкосновенностью от произвольного вмешательства как со стороны должностных лиц, так и других людей – вмешательства, совершенного по прихоти, вне или за пределами разрешенного определенными общими правовыми нормами принуждения. Верховенство права – бастион свободы, понимаемой как независимость: никто не находится во власти *ad hoc* или *ad hominem* вмешательства в его дела, но может наслаждаться безопасностью, которую обеспечивает беспристрастное применение закона в соответствии с его опубликованными или легкодоступными требованиями⁹. Не имеет значения, что влиятельные должностные лица (или иные отдельные граждане) плохо относятся или осуждают убеждения или замыслы или действия гражданина: они не имеют права вмешиваться в случае, когда это предусмотрено законом, заблаговременно публично и ясно обнародовано и обеспечивается, в спорных случаях, деятельностью беспристрастных судов, независимых от парламента либо исполнительной власти. В этом случае существует разумная уверенность в том, что любая угроза или применение силы, наносящей ущерб интересам гражданина, которая при этом находится вне пределов законных полномочий, будет встречена судебным противодействием: суды ограничат официальное принуждение в пределах установленных правовых и конституционных границ.

Основная идея верховенства права как гарантии свободы в смысле независимости, находит явное отражение предложенном Джоном Локком описании конституционного правления. Свобода состоит, как это иногда считается, не в освобождении от юридических ограничений, а скорее

⁸ Еще один довод, см.: *Allan T. The Sovereignty of Law*, сноска выше 2, ch. 3.

⁹ Ср.: *Simmonds N. Law as a Moral Idea* (2007).

«заключается в том, чтобы жить в соответствии с постоянным законом, общим для каждого в этом обществе»:

«Это – свобода следовать моему собственному желанию во всех случаях, когда этого не запрещает закон, и не быть зависимым от непостоянной, неопределенной, неизвестной самовластной воли другого человека, в то время как естественная свобода заключается в том, чтобы не быть ничем связанным, кроме закона природы»¹⁰.

Свобода на основании права является антитезой применению свободы усмотрения при принятии официального решения, что делает человека уязвимым для вмешательства по воле или прихоти других – должностных лиц или органов, свободных проводить дискриминацию между людьми по своему выбору. Даже если такая дискриминация не является преднамеренной, пристрастной по отношению к порицаемым людям, она тем не менее может подвергать сомнению спорные мнения относительно общественных интересов – мнения, которые не получили публичной оценки и защиты в ходе обсуждения, которое предшествует принятию общих правил. Управление на основе права влечет за собой разделение полномочий между парламентом, который создает и придает законную силу общему правилу, и судебной властью, которая применяет данное правило к конкретным случаям; усмотрение при принятии официального решения, не ограниченное общим правилом, нарушает такое разделение, делая свободу гражданина сомнительной:

«[Соответствующая] концепция свободы, установленная в соответствии с законом... основывается на утверждении, что когда мы подчиняемся законам, понимаемым как общие абстрактные правила, установленные независимо от их применения в отношении нас, мы не подчиняемся воле другого человека и поэтому свободны. Это происходит, потому что законодатель не знает конкретные случаи, к которым будут применяться его нормы, и это происходит, потому что у судьи, который применяет их, отсутствует право выбора при формулировании выводов, которые следуют из существующего свода правил и конкретных обстоятельств дела, что позволяет сказать, что управляют законы, а не люди»¹¹.

Это хорошо известное возражение относительно особого внимания, которое придается установленным в законодательном порядке общим нормам. Оно заключается в том, что реализация государственной политики, особенно в экономической и социальной сфере, может на

¹⁰ *Locke J. Two Treatises of Government, originally published 1690 (1924), II, para 22.*

¹¹ *Hayek F. A. The Constitution of Liberty (1960), at 153.*

практике потребовать прибегнуть к установлению свободы действий при принятии официального решения. Дайси и Хайека часто критикуют за отказ признать преимущества от той гибкости, которую может принести наделение должностных лиц дискреционными полномочиями: государственная политика может быть приспособлена к непредвиденным или изменяющимся обстоятельствам, позволяя органам государственной власти проводить различия между людьми или группами людей в соответствии требованиями, обусловленными выполняемыми ими определенными задачами или функциями. Было бы глупо, однако, игнорировать или отрицать реальную угрозу свободе, которую представляют собой такие дискреционные полномочия; они оставляют гражданина во власти решения должностных лиц, которые могут почти не иметь побудительных мотивов, позволяющих даже разумным возражениям, помешать реализации намеченной ими политической повестки дня. Существует опасность притеснения или несправедливости, даже когда должностные лица из лучших побуждений и добросовестно (как они полагают) действуют в публичных интересах.

Принцип верховенства права требует, чтобы объем предоставленной свободы действий при принятии официального решения не был больше, чем это строго необходимо для достижения поставленных целей: объем полномочий должен ограничиваться посредством установленных надлежащих целей, поскольку эти цели определяются посредством толкования уполномочивающего закона. В случае возникновения спора соответствующие цели должны быть определены независимым судом, чье толкование закона будет обязательным для исполнительной власти¹². Правовые ограничения не могут затрагивать сферу применения, но, однако, должны распространяться на порядок осуществления дискреционных полномочий. Свобода, понимаемая как независимость, диктует необходимость не только управления на основе ясных и обнародованных правил, которые ограничивают свободу действий при принятии официального решения в конкретных случаях, но применения строгих стандартов надлежащей правовой процедуры. Принцип надлежащей правовой процедуры лежит в основе верховенства права: он требует, чтобы каждое притязание со стороны принудительной власти государства было оправданно с точки зрения точности и обоснованности применения общих правил к каждому конкретному случаю. Принципы процессуальной беспристрастности или естественного правосудия должны быть дополнены ограничениями

¹² См., например: *Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997.

рациональности или разумности: рассматриваемые полномочия должны использоваться только для достижения предписанных законом целей, отражая убедительную связь между целями и средствами. Хотя должностное лицо или орган могут обладать правом на принятие окончательного решения, суды играют важную конституционную роль в ограничении законных рамок их выбора: решение должно основываться только на относящихся к делу обстоятельствах, игнорируя любой вопрос, который (в соответствии с окончательным решением суда) является посторонним или не связанным с установленной законом функцией¹³.

В этом есть близкая аналогия с разбирательством в рамках уголовного судопроизводства, в ходе которого человек, обвиняемый в преступлении, наделен правом на беспристрастное слушание дела непредубежденным судьей (или судьей и жюри присяжных) на основе надлежаще собранных доказательств. Предписание *nulla poena sine lege* является главным для верховенства права: никто не должен быть наказан за правонарушение, опираясь на деяния, запрет в отношении которых не был заранее установлен в явной форме. Общий закон воздвигает барьер между гражданином и репрессивным вмешательством со стороны прокуроров или иных должностных лиц, испытывающих желание наказать его за правомерное действие, оппозиционное по отношению к проводимой государственной политике или за высказанное им критическое мнение относительно состояния общественных дел. Должны существовать правила представления доказательств и процедура, направленные на предупреждение вынесения обвинительного приговора в отношении невиновных лиц, по ошибке обвиняемых в преступлениях, которых они фактически не совершали. Справедливый суд – тот, в рамках которого прокуратура и защита имеет равную возможность представлять свидетельства и доводы, относящиеся к обвинению; и судья должен быть справедливым и беспристрастным. Никто не может быть осужден за преступления, если не будут соблюдены два близких между собой требования верховенства права: должна существовать общая норма, принятая и обнародованная до совершения преступления; и должна быть соблюдена должная правовая процедура в процессе применения этой нормы к конкретному случаю.

«Парламентский закон о конфискации имущества и лишении прав состояния», применявшийся ранее английским парламентом, является примером нарушения принципа верховенства права. Этот закон, который предусматривал наказание для определенного человека (или группы

¹³ В особенности см.: *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

людей), вызвал недовольство законодательного органа: введение в силу такого закона отрицает принцип разделения властей, поскольку парламент действует как законодатель, прокурор и судья. Парламентский закон о конфискации имущества и лишении прав состояния являет собой полную противоположность верховенству права в двух главных аспектах. Первое: рассматриваемый нарушитель лишается средств защиты со стороны общей нормы, устанавливающей запрет на определенное поведение до момента совершения с его стороны действий и применяемой к любому, совершившему указанное преступление. Второе: виновное лицо или жертва лишается права на справедливое судебное разбирательство, в рамках которого проводится беспристрастное исследование всех обстоятельств с целью установить, виновен ли человек в совершении запрещенных законом деяний. Лишая своих жертв защиты со стороны верховенства права, парламентский закон о конфискации имущества и лишении прав состояния является «законом» только по названию: по сути, это исключительно карательная мера, которую суд должен аннулировать как противоречащую конституционному принципу. При злоупотреблении правовыми средствами, направленном на достижение целей, которые посягают на само существо и дух верховенства права как основополагающей гарантии свободы, суд должен решительно противостоять такому злоупотреблению: в противном случае он, по сути, перестает функционировать как суд, действующий по нормам общего права¹⁴.

Аналогичной по своему содержанию парламентскому закону о конфискации имущества и лишении прав состояния и, соответственно, в равной степени противоречащей верховенству праву является мера, которая, допуская рассмотрение дела судьей, искажает обычный уголовный закон с целью обеспечения наказания отдельных людей. В деле *Лианэге* Судебный комитет Тайного совета отменил действие Закона (специальные положения) об отправлении правосудия по уголовным делам 1962 года, принятый парламентом Цейлона (Шри-Ланки), по причине нарушения принципа разделения властей, вытекающего из положений Конституции (принятой на основании «Королевского указа в совете» о Конституции Цейлона 1946 г. и Акта о независимости Цейлона 1947 г.)¹⁵. Закон 1962 года был разработан, чтобы наказать участников неудавшегося государственного переворота: он ретроспективно установил новый со-

¹⁴ Дополнительное обсуждение этого вопроса см.: *Allan T. Constitutional Justice*, сноска выше 6, at 146-157, 244-246; *Allan T. The Sovereignty of Law*, сноска выше 2, at 140-143.

¹⁵ *Liyanage v R* [1967] 1 AC 259.

став преступления и предусмотрел наказание минимум в 10 лет лишения свободы и конфискацию имущества. Он также предусматривал возможность определенных нарушений процедуры уголовного судопроизводства, а также санкционировал использование признания вины как доказательства совершения преступления, которое признавалось недопустимым в обычных случаях. Установленные поправки применялись только в рамках уголовного процесса над данными лицами и утратили юридическую силу впоследствии. Соглашаясь с точкой зрения о том, что закон представлял собой вмешательство в сферу судебной власти, Судебный комитет признал его недействительным как «законодательный замысел, имеющий обратную силу, направленный на то, чтобы обеспечить осуждение и повышение наказания для отдельных лиц»¹⁶. Хотя суд воспользовался формальным поводом для использования своей власти – поправки к конституции, предусматривающей принятие решения квалифицированным большинством голосов (не менее двух третей голосов от установленного числа депутатов), – это дело, в более общем смысле, выступает в качестве иллюстрации судебного сопротивления атаке на основную идею и конструкцию верховенства права.

Заключение под стражу без судебного разбирательства подозреваемых в терроризме иностранных граждан на основании британского Закона о борьбе с терроризмом, преступностью и о национальной безопасности 2001 года представляет собой слишком отдаленную аналогию с парламентским законом о конфискации имущества и лишении прав состояния, но тем не менее проливает свет на основные свойства верховенства права. Министерство внутренних дел было уполномочено выдавать приказы о заключении под стражу любого иностранного гражданина, подозреваемого в терроризме, но чья депортация (в соответствии с миграционными правилами) подвергнет его риску применения пыток или бесчеловечного отношения за границей, риск, который нельзя допустить в соответствии с требованиями статьи 3 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, имеющей юридическую силу внутри страны в соответствии с Актом о правах человека 1998 года¹⁷. Британское правительство издало распоряжение, подразумевающее частичный отказ от положений статьи 5 Конвенции, которая в противном случае не позволила бы помещать под стражу без судебного разбирательства. В соответствии со статьей 15 умаление прав было возможно во время войны

¹⁶ Там же. С. 290.

¹⁷ Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 1950 г.).

или «другой общественной чрезвычайной ситуации, угрожающей жизни страны», но только в объеме, который «диктуется остротой положения». Палата лордов в качестве высшей апелляционной инстанции указала, что даже если на самом деле существовало чрезвычайное обстоятельство общественной жизни, такие чрезвычайные меры не были «остро необходимы»: порядок, следовательно, не имел законной силы и заключение подозреваемых под стражу нарушало положения статьи 5¹⁸.

Законодательство представляло собой форму лишения здравого смысла дискриминации между иностранными гражданами и гражданами Великобритании: не могло существовать никаких оснований для применения таких специальных мер к первой категории лиц, которые пользовались ограниченным правом проживания. Угроза терроризма исходила не только от граждан зарубежных стран, но также и от определенных граждан Великобритании, известных своей поддержкой «Аль-Каиды», которые при этом не попадали под действие режима превентивного заключения под стражу. Если отсутствовала необходимость применять такие специальные меры в отношении граждан Великобритании, которые в некоторых случаях представляли не меньшую угрозу, правительству было трудно показать, что они были необходимы в случае их применения в отношении иностранцев. Эти меры не были «остро необходимы» в том смысле, что они не были пропорциональны тяжести последствий для пострадавших. В результате задержанные лица были лишены не только справедливого суда, удовлетворяющего всем требованиям надлежащей правовой процедуры (беспристрастное судебное разбирательство, направленное на установление истинности выдвинутых против них обвинений), но и защиты, предоставляемой в соответствии с общим правилом всем, кто представлял такую же опасность для национальной безопасности.

Этот пример показывает, что верховенство права не сводится только к установлению формального равенства перед законом (равное подчинение каждого, будь то частное или должностное лицо, закону страны), но и простирается к более требовательному в содержательном плане равенству. Различия, проводимые между людьми или группами людей, в части, касающейся отношения к ним со стороны органов публичной власти, должны быть обоснованными и легитимными. Они должны быть обоснованы, опираясь на разумный взгляд на общее благо, согласующийся с существующей правительственной политикой и общим конституционным принципом. Если мы признаем личную свободу в качестве важной конституционной ценности, которая вообще-то запрещает превентивное за-

¹⁸ A v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56.

ключение под стражу, мы должны относиться с уважением к этой ценности во всех случаях: произвольные различия между отдельными людьми, не связанные с общественным благом, являются недопустимыми. Универсальность, обеспечиваемая строгим соблюдением общих правил, точно и последовательно применяемых, является одной из разновидностей равенства – фундаментального равенства статуса граждан и в конечном счете всех тех, на кого распространяется власть государства. Идеал равенства является отражением уважения человеческого достоинства, признавая неотъемлемые ограничения власти государства – пределы, присущие его легитимности.

Признавая фундаментальную идею равенства, лорд Бингхем сослался на знаменитую аргументацию судьи Джексона, который рассматривает равенство как принцип, имеющий обязательную силу в отношении американских местных и федеральных органов власти:

«Создатели Конституции знали... что не существует более эффективной практической гарантии от произвольного и неразумного правления, чем требовать, чтобы принципы права, которые должностные лица устанавливали бы в отношении меньшинства, были установлены в отношении всех. С другой стороны, ничто так эффективно не создает предпосылки для произвольных действий, как предоставление должностным лицам возможности выбирать лишь некоторых, к кому они будут применять положения законодательства и, таким образом, освобождение их от политической ответственности, которая могла бы настигнуть их в случае, если их действиями было затронуто большое число людей. Суды не могут предпринять лучшего действия, чтобы удостовериться, что законы будут справедливыми, чем требовать, чтобы законы были равными в их применении»¹⁹.

Мы можем ясно увидеть, как верховенство права воздвигает мост между правом и правосудием. Оно не обуславливает определенного понятия правосудия, которое зависело бы в значительной степени от местных традиций и демократического выбора, но удерживает публичные власти в рамках определенной схемы правосудия, справедливо и последовательно применяемого к каждому. Дифференцированное отношение к отдельным людям или группам людей должно быть обосновано причинами, признаваемыми всеми совместимыми с подлинным общественным благом, способным вызывать широкую поддержку. Демократия, таким образом, сама по себе связана с верховенством права, в том смысле, что равное гражданство нечто более фундаментальное, чем просто одинаковая весо-

¹⁹ Railway Express Agency Inc v New York (1949) 336 US 106, 112-113.

мость голоса в политических вопросах: политическое большинство должно соблюдать права меньшинств, чьи интересы подлежат справедливому учету при обсуждении вопросов правосудия и государственной политики.

В палате лордов лорд Бингхэм прямо выступил с возражением о том, со стороны судов было недемократичным вмешиваться в вопрос, касающийся национальной безопасности, отклонив мнение, согласно которому суд должен считаться с правительством и парламентом как «демократическими институтами» при проверке законности режима превентивного заключения под стражу. Бингхэм справедливо подтвердил, что «деятельность независимых судей, призванных толковать и применять закон, получила всеобщее признание в качестве характерной черты современного демократического государства, краеугольного камня самого верховенства права»²⁰. По общему признанию, суд должен принимать во внимание точное «разграничение функций» с точки зрения разделения сфер ответственности между различными государственными органами и должен иногда признавать несоразмерность в «относительной установленной компетенции». Признавая, что существование чрезвычайного обстоятельства общественной жизни (в значении, предусмотренном статьей 15) было вопросом «исключительно политического решения», учитывая сложность необходимой оценки риска, суд взял на себя ответственность за определение обоснованности установленного различия между подданными и иностранцами. Вопросы основополагающего равенства касаются реализации основных конституционных прав в конечном итоге являются предметом судебного решения как неотъемлемой части соблюдения и исполнения закона.

III

Если верховенство права устанавливает основные стандарты в отношении надлежащей правовой процедуры и конституционного равноправия, то даже законодательные акты, принимаемые представительным органом, должны соответствовать его требованиям. Управление на основе права влечет за собой соблюдение принципов верховенства права. Следовательно, не может существовать «суверенного» парламента, свободного от всех ограничений на основании текущей воли большинства его членов. Английская доктрина «парламентского верховенства», которая формально предлагает обратное, должна быть интерпретирована вместо этого как принцип *законодательного верховенства парламента*: парламент обладает широкими законодательными полномочиями, зани-

²⁰ A v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56, para 42.

мает привилегированное положение по отношению ко всем другим органам, но связан необходимостью обеспечивать соответствие безусловных гарантий для граждан, предусмотренных верховенством права. В деле Анисминик палата лордов не была лишена возможности аннулирования ошибочного административного решения посредством подразумеваемого Законом об иностранных компенсациях 1950 года лишения суда его юрисдикции²¹. Парламент установил в разделе 4, что ни одно решение Комиссии по иностранным компенсациям «не должно быть подвергнуто сомнению ни в одном суде, действующем по нормам общего права»; однако было установлено, что, выйдя за пределы отведенной ему юрисдикции, административный трибунал не мог принимать настоящее «определение» в значении, предусмотренном данным положением. Его «предполагаемое определение» могло быть аннулировано судом в силу его неотъемлемого права обеспечивать соблюдение правовых норм, включая установление правовых ограничений в реализации административным трибуналом любых полномочий, предоставленных ему парламентом. Парламент не мог в практическом плане разрешить осуществление административных полномочий без соответствующего судебного контроля: освобождение от судебного контроля означало бы оставить гражданина во власти потенциально дискреционных полномочий.

Усмотрение правительства должно осуществляться в порядке, который соответствует требованиям надлежащей правовой процедуры и принципу равенства, принимая во внимание законные интересы общества и связанные с этим различия между людьми и группами людей. Конкретизация общественных интересов, однако, всегда должна соотноситься с конституционным принципом: существование основных прав и гарантий этих прав, внутренне присущих демократической конституции, основанной на верховенстве права. Не должно существовать вмешательства со стороны политического руководства, например, в сферу судебной власти; на правовую процедуру не должны оказывать влияние соображения внеправового характера, не имеющие отношения к справедливости или разумности юридических требований, выдвинутых в защиту права или обвинений в совершении нарушения. Когда министр внутренних дел Великобритании был наделен парламентом правом устанавливать минимальный срок заключения (до отбытия которого невозможно досрочное освобождение – ред.) в отношении несовершеннолетнего преступника, осужденного за убийство, суды верно указали, что министр должен был сформулировать критерии обоснованности, подобные тем, что требуют

²¹ *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

ся от судей при принятии решений²². Хотя такой преступник формально подвергался заключению на неопределенный срок «на усмотрение Ее Величества», по сути, «минимальный» приговор, вынесенный министром внутренних дел, представлял собой реальное наказание. При назначении наказания, являющегося типично судебной процедурой, было недопустимым для министра уступать давлению общественного мнения, сопровождаемого агрессивным натиском, в пользу непропорционально жесткого приговора. Вместо этого министр должен был ориентироваться на судебную рекомендацию относительно общеприменимых стандартов: на него не должно оказывать влияние «общественное недовольство»²³.

Следует указать, что парламент предпочел предоставить право назначения наказаний правительственному министру, а не судьям (как специально подчеркнули двое судей, выступивших с особым мнением); но суды отметили, что выполнение с его стороны «классической функции суда» представляет собой угрозу для установленного Конституцией разделения властей: парламент должен был заведомо иметь в виду, что он не должен действовать «вопреки основным принципам, регулирующим отправление правосудия»²⁴. Когда законодательство «суверенного» парламента является предметом независимого судебного толкования, регулируемого на основе стандартов надлежащей правовой процедуры и фундаментального равенства, присущего верховенству права, свобода гражданина становится устойчивой к притязаниям произвола власти. Никто не может подвергаться государственному принуждению иначе как в соответствии с правовыми нормами и принципами, применяемыми против нарушающих их должностных лиц беспристрастными и независимыми судами, действующими по нормам общего права. Угрозы общественному благосостоянию должны регулироваться посредством общих правил, применимых ко всем гражданам, на основании обнародованных и оправданных критериев. Когда правила дают простор для усмотрения, отдельные случаи должны регулироваться на основании общих принципов, сокращая сферу для политических действий, которые отражают массовое враждебное отношение или предвзятость. Подлинная свобода – это свобода действовать в рамках закона, даже когда другие, хотя и не без основания, могут категорически осуждать это; и наказание за нарушение

²² R v Secretary of State for the Home Dept, ex p Venables and Thompson [1998] AC 407.

²³ См.: Allan T. Constitutional Justice, сноска выше 6, at 142-148.

²⁴ ex p Venables and Thompson [1998] AC 407, 526.

закона должно быть пропорциональным в соответствии с неукоснительно и последовательно применяемыми различимыми критериями.

«Принцип законности» в английском праве часто понимается как наличие только предполагаемого принуждения, которое может быть преодолено только посредством ясно выраженного закона, принятого парламентом. Твердая, обоснованная презумпция в пользу сложившихся прав, свойственных системе общего права, может оказаться уязвимой при столкновении с однозначно высказанной противоположной позицией законодательной власти. В деле Симмса лорд Хоффманн высказал предложение о том, что законодательство всегда должно рассматриваться как «имеющее своей целью приверженность основным правам человека», по крайней мере, «в отсутствие явного указания или необходимости обратного»²⁵. Вместо того чтобы признать, что парламент может ограничивать основные конституционные права в нарушение принципа верховенства права, мы должны, однако, настаивать на том, что должна существовать надлежащая согласованность между индивидуальными правами и более широким общественным интересом – согласованность, которая отражает двойной императив демократического обсуждения и принятия решения и уважения правового принципа. Основные права, такие как свобода слова, право на объединение или право на неприкосновенность частной жизни, бесспорно, абстрактны по своей природе. Реализация права человека в конкретных случаях влечет за собой рассуждение о его обоснованности и применимости в рассматриваемом контексте. Не существует никакого нарушения и, следовательно, не возникает никакой необходимости действовать вопреки – если право человека находится в полной совместимости с разумными действиями исполнительной власти, направленными на достижение легитимных общественных целей.

Законность положения, которое позволяет начальнику тюрьмы читать и перехватывать корреспонденцию заключенного, соответствие его принципу верховенства права, зависит от оснований для такого вмешательства²⁶. Общее полномочие устанавливать правила в сфере управления тюрьмами и поддержания дисциплины в них, предусмотренное Законом о тюрьмах 1952 года, не могло оправдать любые ограничения, которые министр внутренних дел мог установить по своему выбору, независимо от содержания таких ограничений. Это не могло, в частности, оправдать ограничение права заключенного на доступ к своему адвокату для получения конфиденциальной юридической помощи. Конфиденциаль-

²⁵ R v Secretary of State for the Home Dept, ex p Simms [2000] 2 AC 115, 131.

²⁶ R v Secretary of State for the Home Dept, ex p Leech [1994] QB 198.

ность, гарантированная привилегией на сохранение адвокатской тайны, в общем праве являлась общепризнанным элементом более фундаментального права на доступ к правосудию: юридическая помощь являлась необходимым шагом к учреждению судебной процедуры как способа защиты своих прав. В то время могло существовать ограниченное полномочие по проверке корреспонденции с единственной целью убедиться, что письма действительно посвящены вопросам юридической помощи, но не более того, то есть без права вникать в суть переписки, без любого дальнейшего неоправданного вмешательства, которое стало бы серьезным нарушением права на конфиденциальность общения с адвокатом. Хотя права человека могли быть ограничены с использованием так называемого «необходимого смысла», подразумеваемого в структуре и тексте закона, – министр испытывал серьезные сложности с обоснованием такого ограничения: «Чем более фундаментальное право затрагивается вмешательством и чем решительнее такое вмешательство властей, тем более сложным делом было обосновать этот необходимо подразумеваемый смысл»²⁷.

Здесь существует общий принцип пропорциональности, свойственный признанию основных прав и, таким образом, подразумеваемый верховенством права. Не могло существовать никакого притязания на установление общего полномочия читать и перехватывать законную корреспонденцию заключенного, если орган исполнительной власти не мог показать, для чего ему необходимо такое полномочие и, соответственно, доказать, что такое полномочие подразумевается при установлении компетенции в сфере управления тюрьмами и дисциплины в них. Вопрос заключался в том, «существовала ли явная и острая необходимость в установлении неограниченного полномочия на чтение писем между заключенным и солиситором» и запрещение их в случае признания переписки неприемлемой. Если суд не мог установить такую «объективную потребность», полномочия не существовало²⁸. Презюмируется, что парламент не может предоставлять более широкий объем полномочий, затрагивающих реализацию основных конституционных прав, например, права на доступ к правосудию, чем это строго необходимо для обеспечения рассматриваемых общественных интересов. Умаление фундаментального права человека при иных обстоятельствах означает нарушение принципа верховенства права: такого рода действие со стороны правительства продемонстрировало бы презрение или безразличие к правам, несовместимое

²⁷ Там же. С. 209.

²⁸ Там же. С. 212. – *Выделено авт.*

с уважением к личности, которое составляет самую главную ценность верховенства права²⁹.

Принцип пропорциональности ставит суды в дискомфортно близкое положение к процессу выработки политических решений, который почти полностью находится в сфере ведения парламента и правительства. Суд должен убедиться, что дальнейшая реализация надлежащих целей закона на самом деле оправдывает ограничение рассматриваемых прав. Исполнительные органы государственной власти обычно должны демонстрировать, что не менее ограничительное или навязчивое вмешательство в сферу индивидуальных прав было бы необходимым для достижения соответствующих общественно значимых целей; и должен существовать полностью пропорциональный баланс: указанные общественно значимые цели должны, в принципе, иметь основания, позволяющие оправдать серьезное вмешательство в сферу индивидуальных прав. Естественно, суд должен учитывать административную компетенцию и опыт: иногда может возникнуть необходимость предоставить органу государственной власти право самостоятельно решать вопрос об актуальности общественных интересов или обоснованности различных стратегий, направленных на решение конкретных задач. Независимость суда и от органа государственной власти, и от частного лица, как бы то ни было, является принципиальной основой для беспристрастного судебного решения. Вопрос о балансе публичных и частных интересов не должен быть предметом ничем не ограниченного решения органа государственной власти, полностью или по большей части сосредоточенного на решении своих собственных задач.

Верховенство права несовместимо с актом государственной власти, безразличным или враждебным по отношению к основным правам, которые лежат в основе либерально-демократической конституционной традиции. Эти права включают в себя не только гражданские свободы, необходимые для осуществления демократического самоуправления, такие как свобода слова или собраний, но также и те права, как, например, неприкосновенность частной жизни или личности, которые подтверждают наше понимание независимого гражданина, свободного вести свой собственный образ жизни, который ограничивается только свободами других³⁰. Такие права могут быть ограничены на основании закона только в случае веских соображений необходимости, обусловленных настоя-

²⁹ Дополнительно см.: *Allan T. The Sovereignty of Law*, supra note 2, at 255-259.

³⁰ Ср.: *Dworkin R. Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (1996), at 15-35.

тельными интересами общества; и должно быть предусмотрено право на обращение за помощью к судебному надзору, позволяющему установить обоснованные жалобы на неконституционное действие. Исполнительная власть должна действовать в рамках полномочий, установленных парламентом, которые подлежат ограничительному толкованию со стороны судов, с тем чтобы исключить любое полномочие, нарушающее конституционный принцип. Английский «принцип законности» должен иметь больше, чем просто презумпцию силы, зависящую от предположений парламентского замысла, который может быть искажен посредством явно выраженного нормативного предписания. Хотя обычно не возникает никаких трудностей в согласовании цели закона и конституционного принципа, иногда может возникнуть необходимость «прочитать до конца» или уточнить язык закона, с тем чтобы предотвратить нарушение принципа верховенства права. Устанавливая в отношении судов требование толковать законы, сообразуясь с положениями Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, каждый раз, когда такое толкование «возможно», британский Закон о правах человека 1998 года подтверждает основной принцип устоявшегося общего права: надлежащее толкование закона должно обеспечивать согласованность между целью следования закону конституционным принципом, приспособленным ко всем обстоятельствам³¹.

Естественное правосудие или надлежащая правовая процедура как одно из фундаментальных прав человека (право на объективное разбирательство, проводимое независимым и беспристрастным судом или трибуналом, связанным нормами и принципами права) является наглядным свидетельством. Хотя точные требования, предъявляемые к объективному разбирательству, могут меняться в зависимости от природы осуществляемой власти и серьезности последствий для людей, они должны быть адекватными с учетом всех обстоятельств для обеспечения защиты затронутых прав и интересов. Нельзя ожидать, что производство по жалобе, поданной в связи с аннулированием лицензии, будет соответствовать высоким процедурным требованиям, предъявляемым к уголовному судопроизводству; но жалоба должна быть рассмотрена объективно, учитывая серьезность потери для обладающего ею лица. Должны быть предусмотрены адекватные возможности давать объяснения и возражать против встречных доказательств. Когда раскрытие конфиденциальной ин-

³¹ См.: *Allan T. Parliament's Will and the Justice of the Common Law: The Human Rights Act in Constitutional Perspective*, 59 *Current Legal Problems* (2006), 27-50.

формации представляет угрозу для национальной безопасности или некоторой другой важной сферы общественных интересов, суд может быть обязан адаптировать обычные требования справедливой процедуры; но существуют ограничения тому, как далеко такая адаптация может законно пойти. Если, в частности, человек не будет ознакомлен с существом предъявленных ему обвинений достаточно подробно, любая попытка возразить или опровергнуть их будет явно напрасна.

В случае, когда в соответствии с британским Законом о предотвращении терроризма 2005 года подозреваемый террорист подпадал под действие «приказа о мерах ограничения свободы», резко ограничивающих его обычные права, палата лордов постановила, что подозреваемый был лишен справедливого судебного слушания, на которое он имеет право. Решение министра внутренних дел сделать приказ предметом судебного надзора согласно закону; и его решение не могло, как было указано, в сущности, основываться преимущественно на «закрытых материалах», недоступных для подозреваемого по соображениям национальной безопасности³². Следуя рекомендациям Европейского Суда по правам человека, применившего Европейскую конвенцию в сходной ситуации, было установлено, что человек не может рассчитывать на справедливое судебное разбирательство, если у него нет возможностей достаточно подробно ознакомиться с существом выдвинутых против него обвинений, чтобы иметь возможность возражать против них. Лорд Скотт подтвердил высокую важность, придаваемую естественному правосудию английским общим правом; и лорд Хоуп подтвердил, что обязательное раскрытие сведений или уведомление были требованием верховенства права. Хотя законодательные нормы, казалось, при их формальном толковании, установили запрет на раскрытие информации, наносящей ущерб национальной безопасности, они были «прочитаны до конца» (в соответствии с Законом о правах человека 1998 года), чтобы сохранить конституционный принцип. Запрет на разглашение секретных материалов был приведен в соответствие с выраженным в неявной форме положением, позволяющим в случае необходимости раскрывать информацию для обеспечения справедливого судебного разбирательства.

IV

Когда принцип верховенства права узко толкуется как относящийся к внешней форме или процедурный принцип, диктующий необходимость правильного применения опубликованных общих норм к кон-

³² Secretary of State for the Home Dept v AF (№ 3) [2009] UKHL 28.

кретным случаям, его требования могут иногда уступать альтернативным соображениям правосудия или публичной политики. Придание обратной силы закону может понадобиться, например, для исправления ранее допущенного процедурного или юрисдикционного дефекта. Или есть основания считать, что правительство при помощи общей нормы должно иногда освобождать пространство для административного усмотрения, позволяя должностным лицам проводить различия между людьми и конкретными случаями, руководствуясь потребностями государственной политики, в порядке, не предусмотренном общими нормами. Можно даже сказать, что неправильно придавать слишком большой вес верховенству права, которое является всего лишь одной из ценностей среди других, которые могут иногда быть более насущными. По мнению Джозефа Раца, верховенство права имеет только *prima facie* силу:

«Оно всегда должно уравниваться альтернативными притязаниями иных ценностей <...> Соответствие верховенству права – это вопрос степени, и хотя, при прочих равных условиях, чем соответствие больше, тем лучше – прочие условия редко бывают равными. Меньшая степень соответствия часто предпочтительнее именно потому, что она помогает реализации других целей»³³.

Я утверждал, однако, что формальные предписания верховенства права составляют лишь только одну часть большего, более сложного идеала конституционной формы правления. Существуют принципы законности, которые определяют порядок осуществления административного усмотрения; и указанные принципы рациональности и пропорциональности не могут применяться абстрактно: их применение заставляет обратиться к более ценной и содержательной концепции верховенства права. Хотя верховенство права не может быть просто приравнено к какой-либо конкретной теории справедливости или прав, тем не менее оно требует последовательного применения установленных прав для всех в отсутствие несправедливой дискриминации. Любые состоятельные концепции свободы или равенства будут охватывать такие фундаментальные права, как право на свободу слова и совести, свобода объединений и передвижения, неприкосновенность частной жизни или личности, право на личную свободу и справедливое судебное разбирательство, в дополнение к тем гражданским правам, которые непосредственно связаны с управлением делами государства, такие как право избирать и быть избранным на государственные должности. Точное содержание и границы этих прав будут варьироваться от юрисдикции к юрисдикции, отражая местную историю

³³ *Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality (1979), at 228.*

и правовую традицию. Когда действует верховенство права, эти права будут рассматриваться как внутренне согласованный философский подход к свободе, применимый к любому, удовлетворяющему общему критерию, публично признанный и открытый к свободному обсуждению и оспариванию³⁴.

Предложенная Рональдом Дворкиным теория права как «целостности» имеет схожий характер, отражающий более широкую и содержательную концепцию верховенства права. Его «модель принципа» явно отличается от «основанной на своде правил» модели политической организации общества, в котором право состоит только из конкретных норм, принятых с целью достижения компромисса между антагонистическими интересами или точками зрения. Предложенная Дворкиным модель принципа предполагает более глубокое, более содержательное понимание общей приверженности конституционной форме правления:

«Она настаивает на том, что люди являются членами подлинного политического сообщества, только когда они признают, что их судьбы связаны следующим, вполне определенным способом: они признают, что они руководствуются общими принципами, а не только правилами, созданными в рамках политического компромисса. Политика носит различный характер для таких людей. Это арена для обсуждения того, какие принципы сообщества должны быть приняты в качестве системы, с точки зрения которой следует рассматривать справедливость, беспристрастность и надлежащее отправление правосудия. <...> Члены общества принципов признают, что их политические права и обязанности не исчерпываются конкретными решениями, достигнутыми их политическими институтами, но зависят, в более общем плане, от схемы принципов, которая заранее определяет и разрешает эти решения»³⁵.

Перевод А. Помазанского
Текст © Trevor Allan, 2013

³⁴ Дополнительно см.: *Allan T. Constitutional Justice*, ch. 9; *Allan T. The Sovereignty of Law*, ch. 8.

³⁵ *Dworkin R. Law's Empire* (1986), at 211.

Хазиев Шамиль Николаевич
*старший научный сотрудник Сектора проблем правосудия
Института государства и права РАН*

**НАУЧНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ
ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ
В КОНЦЕПЦИЯХ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА
И ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА**

Конституция Российской Федерации провозгласила Россию правовым государством. Верховенство права и правовое государство нередко смешивают в одно понятие или, наоборот, серьезно разграничивают. Как представляется, эти понятия не вполне совпадают, поскольку верховенство права проводится в жизнь, в первую очередь, судами, а в развитии правового государства более заметна роль государственной аппаратной бюрократии, в хорошем смысле этого слова.

Никто не будет спорить, что гарантии от необоснованного привлечения к уголовной ответственности и от необоснованного осуждения за якобы совершенное преступление являются одними из главных гарантий личности, и что их эффективность является основным показателем действительности как верховенства права, так и правового государства. Руководство Следственного комитета РФ не только любит рассуждать об объективной истине в уголовном процессе, но и пытается снова ввести такое понятие в российское уголовно-процессуальное законодательство. С точки зрения уголовной политики, можно согласиться с резкой, но справедливой оценкой Г. М. Резника: «Полагаю, что задача, решаемая Следственным комитетом с помощью института объективной истины, более приземлена, чисто прагматична: вернуть суд де-юре в единый строй со следователями и прокурорами, переложить на него ответственность за качество расследования, возратить советское правосудие «без оправдания»¹.

¹ Резник Г. М. Институт объективной истины как прикрытие репрессивности правосудия // Библиотека криминалиста. М.: Юрлитинформ, 2012. № 4 (5). С. 238-243.

Хотя рассмотрение вопроса заслуживает, в первую очередь, философско-правовой оценки, хотел бы отозваться на призыв Резника к «приземлению» и «прагматике». Ведь поскольку истина – сначала научная, а уже потом процессуальная категория, о ней нельзя говорить в отрыве от существующей научной методологии, применяемой в уголовном процессе с точки зрения научной обоснованности доказательств. В то же время исследованием особенностей судебной экспертизы в правовом государстве никто из отечественных ученых не занимался. Отдельные вопросы судебной экспертизы рассматривались в контексте правосудия в правовом государстве.

Как в доктрине верховенства права, так и в доктрине правового государства судебная экспертиза как основа научного обеспечения доказательств по уголовным делам поддерживает фундаментальные ценности, относимые к указанным правовым доктринам и к доктрине конституционализма – справедливость судебного разбирательства, недопустимость привлечения к ответственности справедливым и беспристрастным судом. В этом смысле специальные исследования, основанные на научно доказанных и однозначных методиках, являются критически важным условием реализации этих ценностей. Кроме того, «приземление» философской темы может показать, что разграничение доктрин носит несколько искусственный характер. Например, если суды не умеют работать с заключениями экспертов и специалистов, если они не могут дать им надлежащей оценки, не преувеличив, но и не преуменьшив их значения, трудно говорить о торжестве верховенства права, которое является в первую очередь судебской концепцией. Однако без надлежащей организации судебной экспертизы, что точно находится за пределами компетенции судов и является обязанностью государства, никакое государство правовым не станет. Необходимость совмещения должной организации и развития судебной экспертизы (правовое государство) и правильной оценки ее заключений в судах (верховенство права) показывает, что все же обе доктрины являются двумя сторонами одной медали.

В конечном счете, обе доктрины проверяются свободой невиновного человека, на которого пало подозрение в совершении преступления. В последние несколько лет в области судебной экспертизы замечены критически важные проблемы, с которыми ранее не сталкивалась следственная и судебная практика. Речь идет о выявившейся недостаточной научной обоснованности заключений судебных экспертов по некоторым видам экспертиз и неправильном использовании полученных с помощью

технических средств научных результатов исследования некоторых видов вещественных доказательств. Рассмотрим такие случаи на некоторых конкретных примерах и специально из практики стран, приверженность которых верховенству права довольно широко провозглашается. Сначала несколько конкретных примеров.

Дело Мэйфилда

В 2004 году произошло событие, взволновавшее все мировое дактилоскопическое сообщество. Брэндон Мэйфилд (Brandon Mayfield), 37-летний адвокат из Портленда (штат Орегон, США) был арестован в связи идентификацией его по следам рук на мешках, использовавшихся при подготовке к взрывам в Мадриде 11 марта 2004 года, унесшим жизни 191 человека.

Синий полиэтиленовый мешок был обнаружен в автомобиле – белом фургоне Рено Канго через несколько часов после взрывов в утренние часы пик, когда поезда были переполнены пассажирами. Фургон оставили около вокзала Алькалы де Энара (приблизительно в 20 милях на северо-восток от Мадрида), от которого отбыли три из четырех взорванных поездов. В мешке находилось семь детонаторов, аналогичных тем, что использовались для подрыва поездов. В фургоне была также обнаружена кассета с записью Корана.

Мэйфилд был арестован 6 мая в своем офисе после нескольких недель негласного наблюдения. В его доме был произведен обыск. Эксперты ФБР осуществили идентификацию Мэйфилда по переданным из Мадрида цифровым изображениям следов рук. При этом было установлено совпадение 15 деталей узора. Отпечатки пальцев Мэйфилда хранились в картотеке в связи с его армейским прошлым. Он никогда ранее не был причастен к уголовным преступлениям или иным правонарушениям.

Испанские полицейские эксперты провели исследование следов рук, обнаруженных на мешках, и отпечатков пальцев владельца автомобиля Рено Канго, в котором эти мешки от детонаторов были найдены. По оставленным на полиэтиленовом мешке тем же следам пальцев рук испанскими полицейскими экспертами-дактилоскопистами были идентифицированы два лица арабского происхождения, которые оказались причастными к преступлению. Мэйфилд содержался в одиночной камере в связи с большой значимостью преступления. Его освободили только спустя две недели. Это событие сильно подорвало авторитет дактилоскопического подразделения Лаборатории ФБР. В многочисленных

публикациях средства массовой информации критиковали экспертов и руководство ФБР за некомпетентность в области дактилоскопической экспертизы².

Дело Шерли МакКи. Шотландия

Другое событие, активизировавшее международное сотрудничество в области анализа и профилактики судебно-экспертных ошибок, произошло в Шотландии.

В 1997 году случилось экстраординарное событие в области дактилоскопической экспертизы, вызвавшее большой отклик в среде судебных экспертов и представителей криминалистической науки многих стран.

8 января 1997 года в Шотландии в городе Килмарноке в 30 милях к югу от Глазго в своем четырехкомнатном бунгало в ванной была обнаружена убитая женщина. На месте происшествия полиция обнаружила 428 следов рук. Из них 235 были фрагментарными и неполными. Шестнадцать полных и два частичных отпечатка оказались пригодными для идентификации. Два следа пальца оказались следами пальцев кузена убитой и его брата. Оба были допрошены и их алиби подтвердилось.

В убийстве Росс через некоторое время был заподозрен молодой человек в возрасте 21 года. Он не признавал своей вины и заявил, что был в это время в другом месте. При обыске жилища Асбери была найдена оловянная коробочка в виде домика, из-под бисквита, с деньгами в сумме 1400 фунтов стерлингов. Эксперты дактилоскопического подразделения шотландского полицейского уголовно-регистрационного офиса (Scottish Criminal Record Office – SCRO) дали заключение о том, что на этой коробочке имеется след пальца, который оставлен убитой Мэрион Росс.

Кроме того, банкноты, лежавшие в коробочке, были скручены специфическим способом. Бывшая коллега убитой по Королевскому Банку Шотландии при осмотре представленных полицией фотографий банкнот заявила, что покойная таким специфическим образом сворачивала и связывала банкноты. Выяснилось также, что Асбери вместе со своим дедом в 1995 году в течение 14 недель занимался расширением дома мисс Росс.

² В декабрьском номере Журнала судебной идентификации (США) был опубликован доклад руководителя подразделения по обеспечению качества и обучения Лаборатории ФБР Роберта Б. Стэйси (Robert B. Stacey) об ошибочной идентификации в деле о взрывах поездов в Мадриде с подробным изложением всех обстоятельств. См.: *Stacey Robert B. A Report on the Erroneous Fingerprint Individualization in the Madrid Train Bombing Case // Journal of Forensic Identification, 2004, vol. 54, No. 6, pp. 706-718.*

Один из свидетелей – отчим обвиняемого на суде заявил, что эту коробку он подарил Дэвиду три года назад и она никак не могла принадлежать потерпевшей. Эксперты обнаружили также отпечаток пальца Асбери на ярлыке от рождественского подарка, найденном в доме убитой. Обвиняемый пояснил, что неделю назад он проезжая мимо дома Росс, зашел к ней позвонить в автосервис, при этом отодвигал от телефона лежавшие на столе книги и подарки. Связывать деньги рулончиком его научил дед. Каким образом на коробке появился след пальца погибшей Мэрион Росс, он не знает.

В мае 1997 года Дэвид Асбери был признан виновным и осужден к пожизненному заключению. Дело рассматривалось в Верховном Суде в Глазго судьей Лордом Доусоном (Lord Dawson).

Однако в первые дни после убийства Росс следы пальцев рук, обнаруженные на месте преступления, не принадлежавшие убитой или ее родственникам, проверяли на возможность случайного оставления их участниками осмотра места происшествия и другими принимавшими участие в расследовании сотрудниками. При этом было установлено, что след пальца руки, обнаруженный на двери ванной комнаты, оставлен 34-летним полицейским детективом-констеблем Шерли МакКи (Shirley MacKie).

10 февраля 1997 года эксперт SCRO подтвердил, что след пальца на двери ванной комнаты оставлен Шерли МакКи. 11 февраля Шерли МакКи сообщили об обнаружении ее следа пальца внутри дома Мэрион Росс. Она категорически отрицала факт посещения когда-либо дома погибшей. Эксперт SCRO просит второго эксперта проверить его заключение, однако тот отказывается подтвердить вывод о тождестве. Тогда первый эксперт все же утверждает сделанные ранее выводы об идентификации и не сообщает команде, расследующей это убийство, об отказе второго эксперта согласиться с первоначальными выводами о тождестве. 12 февраля еще один эксперт подтверждает идентификационный вывод.

Шерли МакКи заявляют, что идентификация была корректной. Она продолжает отказываться от факта оставления ею следа пальца внутри дома. 17 февраля 1997 года еще два эксперта вновь исследуют след пальца и экспериментальные отпечатки пальцев Шерли и подтверждают вывод о тождестве. Тогда след пальца и отпечатки Шерли передаются для «идентификации втемную» (то есть без указания фамилии проверяемого лица и места обнаружения следа) другим четверем экспертам, ранее не принимавшим участия в исследовании. Эти эксперты не подтверждают выводы первых экспертов, однако об этом команду, расследующую убийство, в известность опять не ставят.

В марте четыре эксперта, считавших вывод о тождестве правильным, составляют общее заключение, в котором говорится о том, что след пальца оставлен Шерли МакКи.

В мае 1997 года во время суда над Дэвидом Асбери Шерли МакКи семь раз под присягой заявляла, что у нее нет оснований лгать относительно посещения дома жертвы и она никогда не входила в ее дом. Кроме того, Шерли МакКи сказала суду, что ее полицейское начальство оказывает на нее давление, заставляя признать, что она заходила в дом, но не помнит этого. Однако детектив отказывается идти на уступку и уже более четырех месяцев отстранена от своей должности. Защита Дэвида Асбери заявляет в суде, что имеются основания подозревать полицию в том, что оловянная коробка была негласно принесена к трупу Мэрион Росс в морге и приложена к ее пальцу для создания фиктивного отпечатка.

Шерли МакКи к тому времени работала в полиции уже 10 лет. Защита Асбери обнародовала факт случайного оставления отпечатка пальца Шерли МакКи во время расследования убийства ребенка в 1993 году, когда она случайно без перчаток дотронулась до полиэтиленового мешка, в котором находился мертвый ребенок. Это, по мнению защиты, свидетельствует, что Шерли МакКи ранее также неаккуратно действовала на месте происшествия и имела за это дисциплинарное взыскание.

В марте 1998 года Шерли МакКи была арестована по обвинению в лжесвидательстве. При этом она без веских оснований была подвергнута унижительным процедурам, применяемым к обычным преступникам (личный обыск с обнажением тела, помещение в клетку и т. п.). Затем ее отпустили под залог.

В мае 1998 года след пальца, приписываемый Шерли МакКи, исследуется экспертом МВД Великобритании. Этот эксперт сделал вывод, что след не является подделкой или «подброшенной уликой». В то же время он не дал в своем заключении комментариев относительно достоверности идентификационного вывода.

В отчаянии Шерли МакКи в поисках ответа на загадочную ситуацию с ее следом пальца начинает просматривать сайты по дактилоскопии в Интернете и выходит на связь с известным американским специалистом в области дактилоскопии Патом Верззимом (Pat Wertheim), который соглашается проверить достоверность идентификационного вывода. В марте 1999 года Пат Верззим и второй американский эксперт Дэвид Грив (David Grieve) исследуют фотоснимки спорного следа пальца и экспери-

ментальные отпечатки пальцев Шерли. Они приходят к выводу, что этот след пальца оставлен не Шерли МакКи³.

Впоследствии, будучи приглашенными в качестве экспертов защиты, Пат Верзэим и Дэвид Грив заявили свои подозрения о том, что SCRO «манипулировал» при представлении доказательств перед судом. Верховный Суд во время разбирательства дела по обвинению Шерли МакКи в лжесвидетельстве исключил заключение экспертов SCRO из числа доказательств по делу. Эксперты обвинения не смогли убедить присяжных, что след был оставлен Шерли МакКи в указанный период на месте преступления и она 14 мая 1999 года была единодушно признана невиновной в лжесвидетельстве.

Эксперты, давшие заключение о том, что след пальца на месте преступления был оставлен Шерли МакКи, были временно отстранены от экспертной деятельности, однако впоследствии они были восстановлены. В июле 1999 года Лорд-адвокат (Генеральный прокурор по делам Шотландии) отказался назначить внутреннее расследование в дактилоскопическом подразделении шотландского уголовно-регистрационного офиса. Дактилоскопическое подразделение продолжало настаивать на правильности своего вывода о тождестве.

В декабре 1999 года отделение Би-Би-Си в Шотландии приглашает четырех английских независимых экспертов для повторного исследования следа пальца, приписываемого Шерли МакКи. Все четыре эксперта единодушно заявляют, что этот след оставлен не ею.

В январе 2000 года 14 экспертов из шотландской области Лотиан (Lothian) и приграничных районов между Англией и Шотландией пишут Министру юстиции, что в лучшем случае ошибочная идентификация является свидетельством грубейшей некомпетентности не только одного, а сразу нескольких экспертов бюро. В худшем случае имеет место беспрецедентный в истории дактилоскопии тайный сговор экспертов.

7 февраля 2000 года эксперты SCRO проводят презентацию на заседании Ассоциации руководителей полиции Шотландии – Association of Chief Police Officers in Scotland – ACPOS) и настаивают на ранее сделанном выводе об идентификации Шерли МакКи по следу пальца на месте убийства. При этом они не сообщают аудитории о том, что 5 экспертов SCRO отказались подтвердить идентификацию. Главный Инспектор полиции Ее Величества под давлением общественного мнения за-

³ *David L. Grieve. Built by Many Hands // Journal of Forensic Identification, 1999, No. 49 (5), pp. 565-579.*

просил Ассоциацию руководителей полиции провести предварительную инспекцию SCRO.

В марте 2000 года Пат Верзэим и Дэвид Грив проводят исследование жестяной коробки, найденной в доме осужденного за убийство Асбери и делают вывод о том, что обнаруженный на ней след оставлен не потерпевшей Мэрион Росс, а другим лицом. В апреле опытный британский судебный эксперт Алан Бэйл (Allan Bayle) исследует эту коробку и также приходит к выводу, что след пальца на ней оставлен не Мэрион Росс. Эксперты Верзэим, Грив и Бэйл, исследовавшие заключения экспертов SCRO, соглашаются, что имеются доказательства подрезания изображения следа, некачественная разметка, фотографирование не в фокусе и другие действия, дающие основания заключить, что доказательством манипулировали.

В июне 2000 года два независимых международных эксперта сообщили Главному инспектору полиции Шотландии, что след был оставлен не Шерли МакКи и что правильное решение могло быть уже в ранней стадии процесса идентификации. Руководство полицией создало комиссию под руководством заместителя главного констебля области Тейсайд для установления обстоятельств, при которых SCRO дало два ошибочных дактилоскопических заключения. Министр юстиции и Лорд – Генеральный прокурор по делам Шотландии приносят в Парламенте Шотландии извинения Шерли МакКи и подтверждают, что оба заключения экспертов были неправильными.

В июле 2000 года два датских эксперта Кристиан Роккджаер (Kristian Rokkjaer) и Франк Рассмасен (Frank Rasmussen), будучи уполномоченными королевской властью, провели экспертное исследование всего экспертного производства, связанного с обнаружением следа пальца Мэрион Росс на оловянной коробке, и пришли к выводу о том, что идентификация экспертов SCRO является ошибочной.

В августе 2000 года экспертизы SCRO были представлены двум международным независимым экспертам в Шотландском полицейском колледже. Оба эксперта полностью отклонили заключения экспертов SCRO. Эксперты Национального судебно-экспертного учебного центра в Дареме совместно сделали вывод о том, что обе идентификации были недостоверными.

22 августа 2000 года Дэвид Асбери был временно до окончания разбирательства по факту ошибочного заключения освобожден из тюрьмы Апелляционным уголовным судом.

В октябре 2000 года полиция в своем рапорте рекомендует привлечь к ответственности экспертов и возможно других лиц из Шотланд-

ского уголовно-регистрационного офиса, однако Генеральный прокурор отказывается принять соответствующие меры.

В 2001 году Международная дактилоскопическая конференция проводит дискуссию на тему «Шотландские заплатки». Ответственные сотрудники SCRO никакого наказания не понесли. Фотоснимки следов и экспериментальных отпечатков пальцев, которые были показаны на презентации в Шотландском полицейском колледже, были разосланы экспертам многих стран и они смогли высказать свое мнение.

Сотни экспертов со всего мира приняли участие в осуждении экспертов SCRO через Интернет. В мае 2002 года мировое экспертное сообщество вновь выступило с осуждением действий группы шотландских экспертов по делу Шерли МакКи. 171 эксперт из 18 стран, включая экспертов из 26 штатов США, заявили о том, что идентификации по делу Шерли МакКи недостоверны. В августе 2002 года обвинительный приговор в отношении Дэвида Асбери был отменен: сторона обвинения не представила новых доказательств по апелляционной жалобе, однако заявила, что дактилоскопическое доказательство было ненадлежащим.

Сентябрь 2002 года – четыре всемирно признанных судебных эксперта обращаются в Шотландский парламент с ходатайством об обеспечении открытости деятельности SCRO и привлечении виновных к ответственности.

Лорд-адвокат – Генеральный прокурор по делам Шотландии Колин Бойд (Colin Boyd) констатирует, что программы Би-Би-Си в Шотландии помогли убедить его в том, что в деле Шерли МакКи в лучшем случае имела место экспертная ошибка. Для исключения в будущем подобных случаев он заявил, что власти должны разобраться с ситуацией в SCRO. Впоследствии после нескольких проверок и обсуждения вопроса на всех уровнях SCRO в 2005 году был реорганизован и его дактилоскопическое подразделение вошло в состав Судебно-экспертной службы (Forensic Services) Шотландского управления полицейских служб (Scottish Police Services Authority).

В декабре 2003 года Шерли МакКи удалось подать гражданский иск против Стратклайдской полиции, однако дело выиграть не удалось, и в марте 2004 года Стратклайдская полиция решила взыскать с Шерли МакКи затраты по делу в размере 13 000 фунтов стерлингов. Над Шерли нависла угроза банкротства и потери жилого дома. Обращение в Объединенное правление полиции с просьбой отказаться от иска к Шерли МакКи терпит неудачу. Тогда анонимный благотворитель вносит за нее 13 000 фунтов в счет погашения долга по иску полиции. В 2004 году Генеральная ассамблея церковей Шотландии обращается к руководящим должност-

ным лицам Шотландии с просьбой отнестись справедливо к Шерли МакКи. Всем шотландским начальникам полиции были разосланы письма с просьбой об оказании помощи Шерли МакКи, пострадавшей в результате ошибочного экспертного заключения. Ни одного ответа получено не было. В августе 2004 года из США поступило новое официальное экспертное заключение о том, что экспертные выводы по делу Шерли МакКи были неправильными.

Комитет по делам правосудия Шотландского Парламента в 2006 году обратился через Интернет и другие средства массовой информации к своему населению с сообщением о том, что он начал расследование эффективности деятельности дактилоскопической службы Шотландии и с просьбой направить в комитет свидетельские показания относительно деятельности дактилоскопического подразделения Шотландского уголовно-регистрационного офиса. В комитет поступило значительное количество писем с информацией по делу Шерли МакКи⁴.

7 июня 2006 года состоялось заседание комитета по делам правосудия Парламента Шотландии, полностью посвященное делу Шерли МакКи. На это заседание были приглашены известные судебные эксперты в области дактилоскопии из США и Голландии, а также эксперты-дактилоскописты шотландской полиции.

Первым по предложению председательствующего выступил с докладом приглашенный эксперт Эри Зееленберг (Arie Zeelenberg) из Национальной полиции Голландии. Он подробно описал процесс исследования следа пальца, обнаруженного на месте преступления, и экспериментальных отпечатков пальцев Шерли МакКи. Зееленберг показал, как он пришел к категорическому выводу о том, что данный след оставлен не Шерли МакКи. Кроме того, он подробно проанализировал заключение экспертов SCRO и экспертов, которые согласились с выводами о тождестве. Выступавшему задавалось множество уточняющих и теоретических вопросов.

После Зееленберга слово было предоставлено эксперту Питеру Сванну (Peter M. Swann), английскому частнопрактикующему эксперту в области дактилоскопии, ранее работавшему старшим полицейским офицером с экспертным стажем более 40 лет. Питер Сванн в своем заключении и выступлении в Парламенте отстаивал выводы экспертов SCRO и приводил собственные дополнительные аргументы. Ему также было задано множество вопросов со стороны членов комитета. В обсуждении докладов Зееленберга и Сванна приняли участие в качестве независимых

⁴The Scottish Parliament. Justice 1 Committee Scottish Criminal Record Office Inquiry.

экспертов Пат Верззим и независимый британский консультант-дактилоскопист Алан Бэйл (Allan Bayle)⁵, а также несколько экспертов из полицейских лабораторий Шотландии.

В 2006 году должна была состояться ежегодная конференция Дактилоскопического общества. Местом ее проведения по приглашению члена комитета Общества Роберта Маккензи (Robert McKenzie) – заместителя руководителя SCRO, был определен город Туллиаман, в котором расположен шотландский полицейский колледж. В свое время в этом колледже в 2000 году Маккензи провел презентацию результатов экспертного исследования отпечатков пальцев МакКи и пытался убедить руководство британской полиции в правоте экспертов, сделавших вывод о тождестве. Многие эксперты – члены Дактилоскопического общества отказались принимать участие в работе конференции в связи с категорическим отказом экспертов SCRO признать свою ошибку или вынести вопрос о деле Шерли МакКи на обсуждение конференции. Эксперты высказывали опасение, что проведение дактилоскопического форума в этом городе Шотландии способно легитимировать ошибочную практику экспертов SCRO⁶.

Настоящий убийца Мэрион Росс до сих пор не найден.

Отец Шерли – Иэйн МакКи прослужил в полиции 36 лет и перед уходом на пенсию дослужился до должности суперинтенданта в Стратклайдской полиции. Он принял активное участие в защите интересов Шерли: создал в Интернете сайт, посвященный делу дочери, встречался с представителями средств массовой информации, обращался во все юридические инстанции, выступал на научных конференциях, вел переписку с экспертами.

В феврале 2006 года Шерли МакКи согласилась пойти на мировое соглашение с властями Шотландии о компенсации материального и морального вреда в размере 750 000 фунтов стерлингов.

Эта история сильно подорвала здоровье Шерли МакКи. Дело о лжесвидетельстве Шерли МакКи и дело по обвинению Дэвида Асбери в убийстве Мэрион Росс привлекли внимание всего мирового судебно-экспертного сообщества. Две ошибочных идентификации удалось разоблачить исключительно благодаря вмешательству иностранных экспертов, не связанных обязательствами с полицейскими учреждениями Великобри-

⁵ Алан Бэйл ранее работал экспертом в полиции, и когда он стал настаивать на ошибочности идентификации Шерли МакКи, ему пришлось уйти в отставку.

⁶ *McDougall L. Fingerprint experts boycott conference over McKie affair SHIRLEY // The Sunday Herald, 2006, 12 March.*

тании. Кроме того, эти дела продемонстрировали огромные возможности использования Интернета для поиска независимых экспертов высокой квалификации и предоставления им необходимых изображений следов и других вещественных доказательств, а также сравнительных образцов для проведения повторного исследования.

Дело Шерли МакКи до сих пор обсуждается на страницах ведущих журналов, специализирующихся в области судебно-экспертной науки и практики. Общеизвестным является тот факт, что никаких сомнений в научности и достоверности самой дактилоскопической науки нет. Ошибки обусловлены сохранившимся у некоторых экспертов упрощенным подходом к оценке степени идентификационной значимости комплекса совпадающих признаков, а также игнорирование выявляемых различий в местоположении и взаимном расположении деталей папиллярного узора, отобразившегося в следе. Кроме того, большую роль играет не критическое отношение правоохранительных органов и судов к доводам защиты о недостаточной обоснованности или недостоверности выводов экспертов, находящихся на службе в органах полиции и других ведомств, ответственных за раскрытие и расследование преступлений.

Это дело также ярко иллюстрирует тот факт, что органы, ответственные за расследование преступлений, в большинстве случаев весьма настойчиво и упорно отрицают экспертные ошибки, допущенные их штатными полицейскими экспертами. Добиться признания экспертной, а соответственно и судебной, ошибки в таких случаях бывает очень трудно, а в странах с сохранившимся обвинительным уклоном в психологии судей зачастую и вовсе невозможно.

Дело грязных фельдшеров. США

В США в штате Калифорния в округе Санта-Клара в небольшом поселении Сан-Хосе 30 ноября 2012 года было совершено убийство 63-летнего миллионера Равиша Кумры индийского происхождения, проживавшего на своей вилле с семьей. Преступники проникли в дом, напали на миллионера и его жену. В ходе схватки миллионер был убит, а его жена, будучи жестоко избитой и связанной преступниками, осталась жива и впоследствии смогла вызвать полицию.

На руках убитого в его подногтевом содержимом были обнаружены следы ДНК постороннего человека, предположительно убийцы, с которым жертва боролась в момент нападения. Через неделю по результатам исследования ДНК был арестован 26-летний Андерсон Лукис.

Спустя 5 месяцев после ареста Андерсон Лукис был освобожден и все обвинения прокуратуры против него были сняты. Дело в том, что

у Лукиса было стопроцентное алиби. За два часа до убийства он, будучи мертвецки пьяным, был подобран полицией и практически без сознания доставлен скорой помощью в больницу, где и пробыл всю ночь. Он был настолько пьян, что содержание алкоголя в его крови в пять раз превышало предельно допустимый для водителей уровень.

Выяснилось, что бригада скорой помощи, прибывшая на место убийства после звонка жены жертвы и пытавшаяся реанимировать потерпевшего, была той самой бригадой скорой помощи, которая доставляла пьяного Андерсона Лукиса в больницу. ДНК Лукиса с рук (или перчаток) фельдшеров попала на руки мертвого миллионера. Убийство вскоре было раскрыто.

Казус с упаковщицей. Германия

В 2007 году в Германии была обнаружена убитой 22-летняя сотрудница полиции Мишель Кизеветтер. Полиция объявила, что на месте преступления были обнаружены следы ДНК, совпадающие с ДНК неизвестного преступника, обнаруженными на местах нескольких ранее совершенных преступлений, в том числе убийств, начиная с 1993 года. Исследование ДНК показало, что преступник является женщиной⁷. Женщина – серийный убийца является большой редкостью. Благодаря выявленным на местах преступлений и на жертвах следам ДНК было объединено 40 преступлений. За поимку убийцы была объявлена награда – 300 000 долларов США. Некоторые из этих 40 преступлений ранее были уже раскрыты и преступники, совершившие их, были осуждены на основании других доказательств. При повторных допросах все они отрицали причастность к этим преступлениям какой-либо женщины. Поэтому неизвестная маньячка получила прозвище «Призрак Хайльбронне» (Phantom of Heilbronn). Со всей Европы были призваны лучшие специалисты по составлению психологического портрета преступника. Полиция даже консультировалась у прорицателей и гадалок в надежде получить какие-либо ценные данные о ее личности. Дело о Призраке Хайльбронне попало в бюллетень самых загадочных серийных преступлений века.

⁷ В настоящее время по результатам исследования ДНК можно идентифицировать человека с высокой степенью достоверности, а также установить его половую принадлежность. Другие достоверные данные о человеке установить путем исследования ДНК пока не представляется возможным. Анализ ДНК Призрака показал, что ее предками являлись жители Восточной Европы.

Следы Призрака обнаруживались не только по делам об убийствах, но и по делам о кражах со взломом, из школ, угонах автотранспорта, а ее следы находили не только в Германии, но и в Австрии и Франции. В октябре 2001 года следы ее ДНК были обнаружены на шприце с героином. В 2008 году следы ДНК Призрака были обнаружены на камне, использовавшемся для взлома окна, а также после нескольких краж из автомобилей и мотоциклов в разных городах Германии и Австрии. При этом соучастниками Призрака по раскрытым преступлениям были словаки, сербы, албанцы, румыны, которые наотрез отказывались сообщить что-либо о своей «соучастнице». В общей сложности поиски Призрака обошлись приблизительно в 14 миллионов долларов США. По некоторым делам имелись очевидцы, которые утверждали, что преступник мужчина. Тогда полиция предположила, что Призрак – транссексуал или может маскироваться под мужчину.

Когда следы ДНК Призрака были обнаружены на ватном тампоне, которым полиция обработала отпечатки пальцев мужчины, подавшего заявление о предоставлении убежища много лет назад (это было сделано в попытке идентифицировать труп сожженного мужчины, найденного после пожара в 2002 году), полиция повторила тест с другим ватным тампоном и на этот раз не нашли никаких следов ДНК Призрака. Это вызвало подозрение, что ДНК, найденные на всех местах преступлений, приписываемых Призраку, могут быть связаны с одной невинной работницей фабрики, занятой упаковкой тампонов. Ватные тампоны стерилизуются перед использованием. Стерилизация уничтожает бактерии, вирусы и грибки, но, как оказалось, не разрушает ДНК. К сожалению, это предположение нашло свое подтверждение. Полиция Германии в 2009 году признала, что женщина-маньяк, на которую она охотилась в течение более чем 15 лет, на самом деле никогда не существовала.

По мнению немецких юристов, случай с Призраком Хайльбронне иллюстрирует риск судебных ошибок по делам, по которым приговор основывается на данных о совпадении ДНК. Нередки случаи, когда лицо, следы ДНК которого обнаружены на месте преступления или на теле жертвы, автоматически признается виновным, так как полиция и суды считают ДНК идеальным инструментом установления причастности человека к совершенному преступлению. При этом игнорируется общая картина преступления и другие противоречащие версии обвинения доказательства⁸.

⁸ Данный случай приведен в статье: *Himmelreich C. Germany's Phantom Serial Killer: A DNA Blunder // Time World. Mar. 27.2009.*

Можно сказать, что это все случайные казусные дела. Тогда приведем заголовок газеты «Вашингтон Пост»: «Прокуроры годами замалчивали ошибки экспертов ФБР». Далее говорится, что Министерство юстиции США длительное время скрывало от общественности системные ошибки государственных экспертов, которые привели к осуждению невиновных людей. Такие случаи насчитываются сотнями, причем некоторые были казнены. При этом, как отмечается в статье, это связано с субъективностью методического обеспечения экспертов ФБР, а также это происходит в результате представления прокурорами их заключений в суде как стопроцентно научно обоснованных, что особенно сильно влияет на присяжных. Американские ученые Брэндон Гарретт и Петер Нейфелд опубликовали в «Виргинском правовом обозрении» большую статью: «Недостовверные показания экспертов и ошибочные обвинительные приговоры»⁹. В статье приведены сотни примеров, когда поощряемые государственными обвинителями недостаточно научно обоснованные показания государственных экспертов в суде привели в итоге к осуждению невиновных. Автор данной статьи лично считает, что США опережает другие страны по уровню правосознания и развитию правовой культуры, поэтому приведенные факты показывают, что наличие верховенства права и правового государства должно воплощаться не только в высоких теоретических рассуждениях, но и в практическом внимании к каждой детали процесса привлечения граждан к уголовной ответственности с выстраиванием такой правовой системы, в которой осуждение невиновных становится невозможным. Конкретные примеры показывают, как важно привязывать обсуждение содержания доктрин правового государства и верховенства права к конкретным «земным» проблемам правоприменения.

Текст © Shamil N. Khaziev, 2013

⁹ *Brandon Garrett and Peter Neufeld, "Invalid Forensic Science Testimony and Wrongful Convictions", Virginia Law Review, Volume 95, March 2009, Number 1, pp.1-97.*

Дитмар фон дер Пфурдтен
Университет имени Георга-Августа, Гёттинген

ОСНОВЫ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА И ПРИНЦИПА ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА (RECHTSSTAAT)

Вступление

Верховенство права и принцип правового государства (*Rechtsstaat*, *État de droit*, *Stato di diritto*, *Estado de Derecho*) получили на сегодняшний день широкое признание как на национальном, так и на международном уровне. Верховенство права, к примеру, является центральным элементом британской и американской конституций, а принцип правового государства – основополагающий принцип Конституции Германии (ст. 28 I 1, 23 I 1, 20, 79 III Конституции). Во французской и итальянской конституциях данная концепция не получила явного закрепления, за исключением нескольких основных элементов¹. В международном праве мы находим верховенство права и принцип правового государства, например, в преамбуле и ст. 2 Договора о Европейском Союзе, преамбуле Устава ООН и в преамбуле Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций.

Закрепление, однако, не всегда означает реализацию обозначенных принципов. Ввиду идеологической путаницы и чрезмерного использования рассматриваемые концепции/принципы нуждаются в некото-

¹ См. преамбулу, ст. 1 I, 5 I, 34, 64 I Конституции Франции. Также в ст. 1 II Конституции Италии говорится: «Суверенитет принадлежит народу, который осуществляет его в формах и границах, установленных Конституцией». Перечень большого количества работ, посвященных верховенству права, см. в: *Pietro Costa/Danilo Zelo* (ed), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht 2007. Перечень фундаментальных исследований, посвященных правовому государству (*Rechtsstaat*), см. в: *Grzeszick*, in: *Maunz-Dürig, Grundgesetzkommentar*, München 2012, Art. 20, VII and *Katharina Sobota*, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen 1997.

рой корректировке². Для того, чтобы помочь расширить представление и сформировать ключевое понятие этих концепций и принципов, в этой статье будет предпринята попытка исследовать основы этих принципов. Это будет осуществлено в четыре этапа. Во-первых, будет поставлен вопрос: что включает в себя обязательство использовать определенное понимание права для принятия политических и административных решений? Во-вторых, будет исследована этическая основа обоих принципов. Затем после того как будут определены общие основания обоих принципов, в третьей части будет рассмотрен ряд более конкретных сфер применения, в которых эти два принципа совпадают между собой. Наконец, четвертая часть посвящена выявлению того, где эти принципы расходятся по причине культурных особенностей различных национальных правовых порядков.

1. Форма права

И верховенство права и принцип правового государства требуют, чтобы *политические и административные решения* – по крайней мере, в случаях особой важности³ – принимались в *форме права*⁴. Но в чем заключается смысл этого требования? Посредством чего политическое или административное решение облекается в форму права? Ответ на эти вопросы, очевидно, лежит в философской плоскости, позволяя отделить право от собственно политики и управления.

1.1. Для того, чтобы выяснить эти различия, в первую очередь необходимо понять, что из себя представляют политика, административ-

² Tom Bingham, *The Rule of Law*, London 2011, p. 5.

³ German Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 33, 125; 108, 282 (294ff.), теория закрепления за законодательным органом права принимать важные решения (*Wesentlichkeitstheorie*).

⁴ Платон переходит от мудрого, но неограниченного правителя-философа в *Politeia* к управлению на основе законов в *Nomoi*, что может рассматриваться как признание верховенства права / правового государства. См. четкое определение данного требования: *Aristotle*, *Politics*, Book IV, pp 117-18 (ed. Jowett Oxford 1885); *John Locke*, *Two Treatises of Government* II, § 3, 137. См. историю развития принципов верховенства права и правового государства (*Rechtsstaat*) в: *Pietro Costa*, *The Rule of Law: A Historical Introduction*, in: *Pietro Costa/Danilo Zelo* (ed), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht 2007, p. 73ff. На с. 87 он показывает, что концепция правового государства впервые возникла в Германии в конце XVIII века. Во Франции и Германии она появилась значительно позднее.

ные решения и право в общем. Все три понятия являются не только естественными, но и социальными явлениями, говоря точнее человеческими действиями и решениями в широком смысле, включающими в себя индивидуальные и коллективные решения, и последствия этих решений: являются ли они фактически запланированными или, по крайней мере, могут быть ожидаемыми⁵. Все три перечисленных выше понятия являются человеческими действиями в двух аспектах: как общий феномен и как отдельные (частные) проявления данного явления. Когда судья выносит решение, он совершает человеческое действие. Когда государственный чиновник издает правовой акт, он совершает человеческое действие. Когда парламент принимает закон, он совершает человеческое действие коллективного характера. Если политические, административные решения и право, в силу причинной обусловленности, являются формой человеческой деятельности, они могут быть объяснены, только если принимать во внимание необходимые свойства человеческих действий. В чем проявляются необходимые свойства человеческих действий? Человеческие действия состоят, по крайней мере, из двух необходимых элементов⁶: цель или намерение, и некоторые средства (в широком понимании), необходимые для осуществления этой цели.

1.2. В чем заключается цель политики, управленческих решений и права? Начиная от зарождения философии в древние времена и до позднего средневековья, основное внимание уделялось весьма строгим и определенным целям для того, чтобы отграничить политику, и особенно право, от других явлений. По мнению Платона и Аристотеля, целью права и политики являлось благо, определяемое как справедливость, и, как специально подчеркивал Аристотель, эвдемонизм и общее благо⁷. Сред-

⁵ *Gustav Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, ed. Ralf Dreier and Stanley Paulson, 2nd edn. Heidelberg 2003: «Recht ist Menschenwerk.» См.: *Dietmar von der Pfordten*, *What is Law? Aims and Means*, in: *ARSP (Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy)* 97 (2011), p. 151-168.

⁶ О необходимости существования цели для каждого действия см., например, *Aristoteles*, *Nicomachean Ethics* 1094a1; John Searle, *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge 1983, p. 107. Не все действия имеют одинаковую цель, но определенные виды действий, такие как право, могут характеризоваться одной универсальной, хотя по известным причинам довольно абстрактной целью.

⁷ *Plato*, *Politeia* 327a1, 433a; *Aristotle*, *Nicomachean Ethics* I 1, 1094a; V 1, 1129a; *Politics* 1328a36.

ства не играли большой роли. Цицерон также указывал справедливость в качестве цели права⁸. Фома Аквинский определял право следующим образом: право есть не что иное, как направленное на *общее благо* и обнародованное установление разума того, кто призван заботиться обо всем сообществе⁹. Аквинский при этом все еще упоминает *справедливость*, особенно в отношении позитивного права¹⁰.

В XVII веке упор на конкретные цели права и политики стал размываться. Благо, справедливость, эвдемонизм и всеобщее благоденствие более не рассматривались в качестве главной цели права и политики. На первый план вышел вопрос о средствах. Томас Гоббс предложил ограниченную, но все еще довольно определенную цель права и политики: *самосохранение*¹¹. Более того, он утверждал, что право в общем состоит из повелений¹², которые позже были интерпретированы Остином как приказы, которые сопровождаются санкциями за их несоблюдение¹³. Локк рассматривал *сохранение собственности* – понимаемую в широком смысле, включая жизнь, свободу и право собственности на материальные блага – в качестве главной цели политики и права¹⁴. Сторонники утилитаризма также рассматривали определенную цель, но в несколько усеченной форме: *максимизация счастья*, рассматриваемая как коллективное усилие, стимулирующее личные и зависящие от других условия состояния удовольствия и страдания¹⁵. Кант определял право, принимая во внимание либеральную и очень ограниченную цель: право понимается как *совокупность условий, при которых произвол одного лица совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы*¹⁶. Анало-

⁸ *Cicero*, *De Legibus*, I, 29.

⁹ *Thomas Aquinas*, *Summa Theologiae*, II-I, qu. 90. Финальное определение содержится в конце ответа на статью 4.

¹⁰ *Thomas Aquinas*, *Summa Theologiae*, II-II, qu. 57ff.

¹¹ *Thomas Hobbes*, *Leviathan*, Cambridge 1991, chap. 17, 1.

¹² *Thomas Hobbes*, *Leviathan*, chap 26, 1.

¹³ *John Austin*, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge 1995, pp. 12, 21-37.

¹⁴ *John Locke*, *Second Treatise on Government*, Cambridge 1991, §§ 3, 6, 7, 123, 124.

¹⁵ *Jeremy Bentham*, *The Principles of Morals and Legislation*, Buffalo 1988, chap. 1, I, pp. 1.

¹⁶ *Immanuel Kant*, *Metaphysik der Sitten*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, § B.

гично, по мнению Гегеля, целью права является свобода¹⁷. В XIX и XX веке скептицизм относительно необходимых целей, ценностный релятивизм, и общий позитивизм в философии науки привели к почти полному отрицанию определенных целей права и политики и почти полностью перенесли свое внимание на средства как фундаментальный аспект права. В Англии Джон Остин характеризовал право как «санкционированные повеления» («sanktionierte Befehle»)¹⁸. В Германии Рудольф фон Йеринг использовал чисто формальный подход к определению права. По его мнению, право есть совокупность имеющих юридическую силу принудительных норм государства¹⁹, а нормы и принуждение являются важнейшими средствами права. Хотя Йеринг также предложил свою цель права, пусть даже относительную и несколько неконкретную: сохранение основополагающих условий существования общества²⁰.

Ганс Кельзен не выделял определенной цели государства и права. Согласно его теории, право отличается от остальных социальных явлений только посредством специальных средств достижения цели: путем построения иерархической и динамичной системы принудительных норм, которые придают действительность иным, нижестоящим нормам посредством основной нормы, представляющей собой основание действительности правопорядка²¹. Право отличается от остальных социальных регуляторов, таких как мораль, только использованием специальных средств достижения цели: посредством обязательного использования принуждения, чтобы гарантировать подчинение и благодаря его свойству быть динамической системой, то есть благодаря тому факту, что иерархия действительности базируется не на согласованности в содержании, а на формальном одобрении²².

Герберт Харт, также, приходит к выводу, что отличительное свойство современного развитого права, «сердца правовой системы», заключается только в средствах, а именно в системе первичных и вторичных

¹⁷ *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt a. M. 1970, works 7, § 40, p. 98, § 4, p. 46.

¹⁸ *John Austin*, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 12, 21-37.

¹⁹ *Rudolf v. Jhering*, *Der Zweck im Recht* (1877), 3rd edn. Leipzig 1893, vol. 1, p. 320.

²⁰ *Ibid.*, p. 443. На с. 446, Йеринг подчеркивает относительность целей. На стр. 511, оба условия соединены вместе.

²¹ *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, pp. 3, 196.

²² *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, pp. 34.

правил²³. Он выделяет три формы вторичных правил: правила изменения, правила вынесения судебного решения и правила признания. Правило признания в особенности является необходимым средством для того, чтобы распознавать остальные нормы права²⁴. Цель права упоминается им исключительно мимоходом, и это совершенно неконкретная цель, которая относится и ко многим другим социальным явлениям. Харт говорит: «Я полагаю достаточно тщетным искать какую-либо более конкретную цель, которой служит право как таковое помимо обеспечения руководящих принципов человеческого поведения и стандартов для критики такого поведения»²⁵. Джозеф Рац в своем определении права отказывается от двухуровневого критерия и добавляет «авторитет» в качестве решающего элемента²⁶. Но «авторитет» все еще является иным средством – как нормы, санкции и правила второго порядка. Никто не принимает авторитет в качестве конечной цели права. Одним из немногих представителей философии права в XX веке, который выделял определенную и имеющую решающее значение цель права (из-за чего он заслуживает внимательного отношения), был Густав Радбрух. Встав на досовременный путь, Радбрух предложил справедливость в качестве необходимой цели или «идеи» права²⁷. По его мнению, справедливость (в широком смысле) охватывает три подцели²⁸: справедливость как формальное равенство (*formale Gleichheit*), целесообразность (*Zweckmäßigkeit*), и правовая определенность (*Rechtssicherheit*).

Каков результат этой краткой истории попыток установить определенную цель политики и права? Я полагаю, что нам следует отыскать цели политики и права, которые должны удовлетворять двум условиям: они не должны быть слишком абстрактными, поскольку в противном случае они не представляли бы никакой ценности в качестве необходимых целей политики и права в сравнении с другими человеческими действиями, т. е. были бы лишены какой-либо отличительной функции. Предложение Харта о том, что право «управляет поведением людей» может быть верным. Но при этом оно слишком абстрактное, чтобы выступать в качестве определенной цели права. Человеческим поведением управляют раз-

²³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 98.

²⁴ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 79.

²⁵ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 249.

²⁶ Joseph Raz, *Legal Positivism and the Sources of Law*, in Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979.

²⁷ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, pp. 34.

²⁸ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, pp. 54, 73.

личные факторы: например, возраст, местоположение, дружба и погода. В то же самое время, рассматриваемые цели не должны быть слишком конкретными, если они призваны относиться ко всем разновидностям политики и права, то есть если они призваны выступать в качестве необходимых характеристик понятия политики и права. По этой причине благо, справедливость или равенство не могут в концептуальном плане выступать в качестве необходимой цели политики и права. С одной стороны, благо, справедливость и равенство понимались и все еще продолжают пониматься по-разному. С другой стороны, мы предполагаем то, что даже плохое или несправедливое право или политика все еще остаются правом и политикой.

1.3. В чем заключается необходимая цель политики? Я думаю, что необходимая цель политики заключается в том, чтобы действовать *в интересах представляемого сообщества*²⁹. Даже такие диктаторы как Гитлер или Сталин с чисто формальной точки зрения выступали как представители своего народа. Это не означает, что такого рода представительство учитывает интересы представляемых граждан. Оно требует только общего фактического одобрения того, что кто-либо действует от имени народа или государства. В отличие от иных неполитических сообществ представительство политических сообществ требует того, чтобы решения этих представителей *претендовали на то, чтобы быть окончательным решением*. Это не означает, что окончательное решение всегда фактически принимается политическим сообществом, но организация политического сообщества требует решения о том, кто будет принимает решение.

1.4. В чем состоит необходимая цель права? Мое предложение заключается в следующем: Право имеет в качестве своей концептуально необходимой цели (и, следовательно, в качестве необходимого свойства своего понятия) *обеспечение согласования между потенциально противоположными, соперничающими интересами*³⁰. Например, законы обеспечивают баланс между различными интересами людей, судебные решения согласовывают различные интересы в конкретных спорах, административные акты обеспечивают согласование между конкретными желаниями отдельных людей и/или интересами органов публичной вла-

²⁹ См. *Dietmar von der Pfordten*, Politik und Recht als Repräsentation, in: *Jan C. Joerden und Roland Wittmann* (Hg.), *Recht und Politik*, Stuttgart 2004, p. 51-73.

³⁰ См. *Dietmar von der Pfordten*, What is Law? Aims and Means, in *ARSP* 2011, p. 151ff.

сти. Мы можем сформулировать четыре основных элемента необходимой цели права: (1) наличие по крайней мере двух интересов, (2) которые являются противоположными, (3) вероятность того, что эти интересы могут вступать в противоречие, и (4) форма разрешения этих противоречий. Что это означает? Должно существовать взвешенное либо продуманное разрешение противоречий между потенциально противоположными интересами. Это не означает, что право должно быть добродетельным и справедливым в идеальном смысле. Необходимым условием является только то, что субъекты права, которые представляют интерес, должны в какой-то мере приниматься во внимание. Если люди убиты или имеется распоряжение об их убийстве – то есть они убиты не на основании уголовного расследования или справедливого судебного разбирательства – это не может быть правом, поскольку это совершенно не обеспечивает согласование между существующими и потенциально противоположными интересами.

В этом смысле, убийства во время войны не обосновываются правом, хотя, конечно, они могут быть разрешены с точки зрения, например, международного права и морали, как способ самообороны. Аналогично, по концептуальным причинам полное лишение гражданских прав определенных групп населения не может быть обосновано правом. Будет ли, например, древнее рабство рассматриваться как право, зависит от того, учитываются ли интересы рабов, пусть даже и в самой минимальной степени. Характеристики права, представленные здесь, относительно абстрактны и неубедительны. Право не может удовлетворить все или, по крайней мере, основные требования морали и этики, в качестве своей необходимой цели. Но оно имеет концептуально необходимую цель, без которой невозможно идентифицировать социальное явление в качестве права. Мы можем обозначить эту цель как «справедливость» в несколько ослабленном смысле. Это должно рассматриваться, однако, не в качестве нормативного, этического стандарта, а в качестве концептуально неотъемлемого элемента понятия права.

Теперь мы понимаем значение и верховенства права, и принципа правового государства, поскольку политические и административные решения могут быть сведены к простому представительству граждан с их интересами со стороны правителей, обеспечивающих эти решения, что значит: решает тот, кто принимает решение. Тем самым, решения, принимаемые диктатором, также являются политическими и административными решениями. Эти решения могут фактически учитывать интересы всех людей. Но это является условным и концептуально необязательным. В этом заключается главная разница между политикой/управлением и правом: *Когда используется форма права, концептуально обязательным*

является, чтобы все люди с их интересами принимались во внимание. Это не гарантирует справедливого или единообразного решения в содержательном смысле. Но это создает первую необходимую предпосылку к тому, что такое решение будет справедливым и единообразным. В этом, таким образом, заключается ключевое улучшение для заинтересованных лиц.

1.5. Исходя из указанной цели, которая заключается в обеспечении согласованности и баланса между потенциально противоположными интересами, мы можем отделить право от множества других социальных явлений. Однако некоторые социальные явления имеют или могут иметь такую же или, по крайней мере, сходную цель. Это в особенности относится к морали, политике, религии, а также не относящимся к морали традициям. Эти социальные явления также в действительности часто обеспечивают согласованность и баланс между потенциально противоположными интересами. Право может быть отграничено от этих социальных явлений, которые имеют такую же или похожую цель, только если обратиться к его обязательным и отличительным средствам. Что отличает право как средство от политики?

Право во всех его проявлениях отличается абсолютной *формализованностью*, будь то процесс создания, официального опубликования или применения. Обычные политические действия, например решения, принимаемые во внешнеполитической сфере, выступающие даже в виде свода правил, как например Доктрина Монро или Доктрина Брежнева, указанным качеством не обладают³¹. Соответственно, отличительной чертой права, если сравнивать его с политикой, является *формализованность* на всех этапах его реализации (т. е. закрепление в документах, определенные, четко закрепленные процедуры и т. д.). Эта формализованность способствует правовой *определенности*.

Верховенство права и принцип правового государства, следовательно, не только диктуют необходимость обеспечения *согласования между потенциально противоположными интересами*. Они также требуют того, чтобы это *согласование и решение осуществлялись надлежаще оформленным и, следовательно, более надежным способом*. В этом состоит другое важнейшее достижение верховенства права и принципа

³¹ См. фундаментальное исследование относительно формализованности права: *Robert Summers, Form and Function in a Legal System, Cambridge 2006*. Предложенная Саммером концепция формализованности во многих отношениях шире, чем было бы необходимо для отделения права от политики.

правового государства. Но эти требования пока еще являются чисто умо-
зрительными. Они объясняют только то, что в обязательном порядке проис-
ходит, если мы облакаем политическое или административное решение
в правовую форму.

2. Этическая основа верховенства права

Если мы знаем, что значит облечь политическое или администра-
тивное решение в правовую форму, это не означает, что у нас есть по-
нимание, чем диктуется необходимость такой формы. Не имея такого по-
нимания, мы не можем понять верховенство права и принцип правового
государства. Для этого мы должны обратиться к *этике права*.

2.1. Высказано много теорий, затрагивающих сферу нормативной
этики. По крайней мере четыре альтернативные группы теорий особен-
но выделяются в рамках обсуждаемой темы: этика добродетели, утили-
таризм, деонтологическая этика, представленная, прежде всего, в лице
кантианства, и контрактуализм / этика дискурса. Каким образом следует
ориентироваться в этом множестве разных подходов к нормативной эти-
ке? Существует один перспективный способ, помогающий справиться с
множеством этических теорий. Этот вариант может быть обозначен как
«аналитическо-синтетический» метод. Мы можем проанализировать раз-
личные теории, разделив их на составные элементы, а затем оценить их
путем сравнения друг с другом. В случае необходимости могут быть до-
бавлены дополнительные или модифицированные элементы. Наконец,
они могут быть сведены воедино методом синтеза. Я попытался приме-
нить этот метод в другой публикации, а здесь представлю только основной
результат³²: все эти теории заключают в себе то, что можно было бы на-
звать принципом *нормативного индивидуализма*.³³ Этот принцип имеет
три составляющих:

(1) *Только индивиды* могут рассматриваться в качестве *отправной
точки для любого обоснования правомерности обязательств* и, следова-
тельно, источника права, морали и этики. Коллективные субъекты, такие
как нации, народы, общества, сообщества, кланы, семьи или экосистемы
и т. д., не могут служить в качестве такого обоснования.

³² *Dietmar von der Pfordten*, Five Elements of Normative Ethics – A General The-
ory of Normative Individualism, in: *Ethical Theory and Moral Practice* 15 (2012),
p. 449-471; *Dietmar von der Pfordten*, *Normative Ethik*, Berlin 2010.

³³ См. упоминание об индивидуализме: *Norberto Bobbio*, *L'età dei diritti*, in:
L'età dei diritti, Torino 1997, p. 59 and passim.

(2) В последней инстанции, при оценке правомерности действий и решений *все индивиды, затрагиваемые этим решением или действием*, т. е., все «моральные пациенты», должны приниматься во внимание. Мы можем назвать это «*универсальным принципом*» нормативного индивидуализма.

(3) Все люди должны рассматриваться изначально как *равные*.

2.2. Если этика нормативного индивидуализма требует в качестве обоснования правомерности того, чтобы *все индивиды* рассматривались изначально как равные, то тогда это в равной степени относится и к политике и административным решениям. Таким образом, политические и административные решения должны облекаться в такую форму, которая позволяет гарантировать то, что все люди с их собственными интересами рассматриваются как изначально равные. Лучшим известным нам способом осуществить и гарантировать это является право, поскольку оно, согласно упомянутому мной в предыдущем параграфе определению, является формой человеческой деятельности, призванной содействовать разрешению противоречий между различными интересами и обеспечивающей такое разрешение благодаря своей конкретной формализованности. Следовательно, этика нормативного индивидуализма требует от политиков и административного аппарата использовать форму права. Таким образом, верховенство права и принцип правового государства подкрепляются этическим принципом нормативного индивидуализма.

3. Ключевая точка соприкосновения верховенства права и правового государства

Помимо общего обоснования верховенства права и принципа правового государства мы можем использовать принцип нормативного индивидуализма для того, чтобы определить ключевую точку соприкосновения верховенства права и правового государства.

3.1. Если отдельные лица являются главным источником обоснования правомерности в соответствии с первым элементом принципа нормативного индивидуализма, то тогда эти лица должны рассматриваться правом в качестве *высшей ценности*: это подтверждает первую и самую важную составляющую верховенства права. Она уже содержится в ограниченном виде в Великой Хартии вольностей 1215 года:

«39. *Ни один свободный человек не будет арестован или заключен в тюрьму, или лишен владения, или объявлен вне закона, или изгнан, или каким-либо (иным) способом обездолен, и мы сами не применим*

силу против него и не пошлем других людей, без законного приговора равных ему в соответствии с законом страны. 40. Никому не будем продавать права и справедливости, никому не будем отказывать в них или замедлять их»³⁴.

Важная составляющая верховенства права была прекрасно сформулирована Дайси: «Этим термином мы выражаем прежде всего ту мысль, что никто не может быть наказан и поплатиться лично или своим состоянием иначе, как за определенное нарушение закона, доказанное в рамках законной процедуры в общих судах страны»³⁵. Нормативный индивидуализм также объясняет, почему Дайси указывает право на личную свободу в качестве изначального и первостепенного выражения верховенства права, говоря другими словами, основы *личных прав человека*³⁶. Аналогично принцип правового государства охватывает *личные права человека*³⁷. Однако следует заметить, что это не было так в XIX веке, т. е. в начале развития принципа правового государства (*the Rechtsstaat*), а получило свое развитие во времена Веймарской республики и особенно после Второй мировой войны. Прежде правовое государство (*the Rechtsstaat*) носило формальный характер. В настоящий момент оно получило практическое воплощение³⁸. С этим корреспондирует «узкое» или «широкое» определение верховенства права. Как и правовое государство, принцип верховенства права в настоящее время понимается не только в узком, но и в широком смысле³⁹. Это означает, что он включает в себя также права человека: право на жизнь, запрет пыток, запрет рабства и принудительного труда, право на свободу и безопасность, право на справедливое судебное разбирательство, право на уважение частной и семейной жизни,

³⁴ См. *Tom Bingham*, *The Rule of Law*, p. 10.

³⁵ *A. V. Dicey*, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 10ed. London 1959, p. 188.

³⁶ *A. V. Dicey*, *Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 206. См. *Tom Bingham*, *The Rule of Law*, p. 66ff. См. также *Danilo Zolo*, *The Rule of Law: Критическую оценку см. в: Pietro Costa/Danilo Zelo* (ed.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, p. 8.

³⁷ BVerfGE 33, 367 (383); 34, 269 (286); 84, 90 (121); 111, 307; *Christoph Degenhart*, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, 28ed., Heidelberg 2012, p. 63; *Grzeszick*, in: *Maunz-Dürig, Grundgesetzkommentar*, München 2012, Art. 20, VII, Nr. 37; *Schnapp*, in: *v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar Bd. 1*, 6ed., München 2012, Art. 20, Nr. 37.

³⁸ *Christoph Degenhart*, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, p. 63.

³⁹ *Tom Bingham*, *The Rule of Law*, p. 66f.

свободу мысли, совести и вероисповедания, свободу выражения мнения, свободу собраний и объединений, право на вступление в брак и защиту собственности и т. д.

3.2. Согласно третьей составляющей принципа нормативного индивидуализма, все люди должны считаться *равными*. Это подтверждает второе значение верховенства права, предложенное Дайси: «Во-вторых, говоря о «верховенстве права», как о характерной особенности нашей страны, мы выражаем не только то, что у нас нет никого, кто был бы выше закона, но и нечто совершенно другое – именно, что у нас всякий человек, каково бы ни было его звание или положение, подчиняется законам государства и подлежит юрисдикции общих судов»⁴⁰. Принцип правового государства (Rechtsstaat) требует, чтобы никто не стоял над законом и чтобы каждый подчинялся требованиям закона⁴¹.

3.3. Право может достичь своей цели, заключающейся в согласовании потенциально противоположных интересов, и выполнить свою функцию в качестве обеспечения лучшей формализованности, если оно не состоит только из решений по конкретным случаям, то есть отдельных соглашений, отдельных судебных решений или отдельных муниципальных актов. Должны существовать *универсальные правовые нормы*, говоря другими словами, *правила/законы*⁴². Таким образом, и верховенство права и принцип правового государства (Rechtsstaat) охватывают также требование, согласно которому, по крайней мере, важные правовые решения должны оформляться в наиболее *общей универсальной форме*. Правовые системы развивались в различных направлениях для того, чтобы достигнуть такой формы универсальности. Одним из самых старых

⁴⁰ A. V. Dicey, Introduction to the study of the law of the constitution, p. 193. See Tom Bingham, The Rule of Law, p. 55ff. See also Danilo Zelo, The Rule of law. Критический оценку см. в: Pietro Costa/Danilo Zelo. The Rule of Law. History, Theory and Criticism, p. 7.

⁴¹ See Art. 20 II Grundgesetz and § 1 BGB. BVerfG NJW 1993, 997 (998); Grzeszick, in: Maunz-Dürig, Grundgesetzkommentar, München 2012, Art. 20, VII, Nr. 26 f.; Huster/Rux in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Art. 20, Nr. 137 f.

⁴² См. относительно требования об универсальности: Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, p. 9f.; H. L. A. Hart, The Concept of Law, 2ed. Oxford 1994, p. 21ff; Lon Fuller, The Morality of Law, 2ed New Haven 1969, p. 46ff.

способов является система прецедентов, то есть совокупность нескольких судебных решений, которые формируют общее правовое решение в общем праве. Другой путь состоит в закреплении обычая после заключения нескольких похожих контрактов. Третий путь – это законы, издаваемые парламентом или нормативные акты исполнительной власти. Писанные конституции являются четвертой формой достижения указанной цели универсальности права.

3.4. Согласование потенциально противоположных интересов посредством права учитывает потребности всех людей, причем оно не должно иметь *обратную силу*. Это в обязательном порядке относится ко всем формам уголовного судопроизводства. Никто не может соблюдать обязанности и запреты, если их не существует до совершения деяния. Таким образом, не должно быть наказания без указания об этом в законе (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*). Это правило в равной степени относится как к верховенству права, так и к правовому государству (*Rechtsstaat*) (см. ст. 103 II Конституции Германии)⁴³.

3.5. Для того, чтобы обеспечивать согласование между потенциально противоположными интересами на хорошем уровне и таким образом принимать во внимание всех лиц, упомянутая формализованность права должна содержать в себе ряд дополнительных требований: доступность/обнародование, стабильность, ясность, определенность. Это в равной степени относится как к верховенству права, так и к правовому государству (*Rechtsstaat*)⁴⁴.

3.6. Хотя Дэйси в значительной степени игнорирует принцип разделения властей и рассматривает суверенитет как полностью принадлежащий парламенту, почти все современные исследователи подчеркивают, что верховенство права включает в себя *принцип разделения властей*⁴⁵. Если политика и право являются двумя различными социальными явлениями, они также должны различаться в институциональном плане.

⁴³ См. относительно верховенства права: *Tom Bingham, The Rule of Law*, p. 73ff.

⁴⁴ См. относительно доступности *Tom Bingham, The Rule of Law*, p. 37ff. См. относительно стабильности, ясности, определенности: *Christoph Degenhart, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, p. 145ff.

⁴⁵ *T. R. S. Allan, Law, Liberty, and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford 1993, p. 3, 48ff.

И поскольку право должно содержать общие нормы, должно существовать разделение между процессом создания этих общих норм и процессом их применения. Таким образом, мы получаем классическую триаду властей (исполнительная, законодательная и судебная). Обращаясь к истории Англии, мы видим первоначальное разделение на исполнительную и судебную ветви власти. Законодательная власть появилась позднее. Принцип правового государства (*Rechtsstaat*) предусматривает разделение властей в качестве изначального ключевого элемента⁴⁶.

3.7. Если наличие независимой судебной власти является необходимым условием, эта судебная власть должна быть доступна для граждан и обеспечивать их эффективной и добросовестной правовой защитой. Это предусматривается как принципом верховенства права, так и принципом правового государства (см. ст. 19 IV Конституции Германии)⁴⁷. Справедливая правовая процедура включает в себя несколько элементов: свобода от политического или иного внешнего воздействия на судей, равноправное отношение ко всем сторонам (*audiatur et altera pars*), всестороннее исследование доказательств, применение права в рамках законной процедуры, гласность судебного разбирательства, отсутствие неоправданных задержек в судебном разбирательстве, осуществление правосудия только судом, отсутствие судов *ad hoc* и т. д.

3.8. В то время как предложенное Дэйси оригинальное толкование принципа верховенства права может быть легко и отчетливо увязано с принципом нормативного индивидуализма, ряд современных определений верховенства права упускают эту четкую связь с нормативным индивидуализмом. Примером этого может выступать предложение, высказанное лордом Бингхемом: «Суть известного принципа, я полагаю, заключается в том, чтобы все люди и власти в государстве, как публичные, так и частные, были наделены преимуществами и одновременно связаны законами, принятыми публично и с расчетом на будущее, при условии их публичного применения судами»⁴⁸. Здесь человек более не рассматри-

⁴⁶ См. ст. 20 II 2, III Конституции Германии; BVerfGE 3, 225 = BVerfG NJW 1954, 65 (66); *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz-Dürig, Grundgesetzkommentar, München 2012, Art. 20, V, Nr. 2; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 1, München 1977, p. 624ff.

⁴⁷ See *Tom Bingham*, *The Rule of Law*, p. 37ff., 90ff. *Christoph Degenhart*, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, p. 161ff.

⁴⁸ *Tom Bingham*, *The Rule of Law*, p. 8.

вается как важнейший среди ценностей права. С другой стороны, индивидуальные лица и власть, представляемая коллективными субъектами, как помещены в какой-то степени на один уровень.

4. Конкретные сферы применения, в которых различаются верховенство права и принцип правового государства

Некоторые более конкретные проявления верховенства права и принципа правового государства не могут быть отделены ни от цели и средства, т. е. формы права (*разрешение противоречий между противоположными интересами, соблюдение процедуры*) ни от – с одним важным исключением, к которому мы обратимся позднее – этического принципа *нормативного индивидуализма*. Соответственно они являются характерными для каждого конкретного правопорядка и не могут рассматриваться как последствия унифицированного транснационального верховенства права / принципа правового государства. Они являются частью конкретных исторических событий в различных правопорядках, различных культурах и в разное время. Здесь мной представлены только некоторые примеры.

4.1. Существование особенностей, относящихся к конкретному правопорядку, соотносится с третьей составляющей предложенного Дайси понимания верховенства права на примере того, как это применяется в Великобритании. Говоря другими словами, то обстоятельство, что общие конституционные принципы являются результатом *судебных решений*, а не деятельности конституционного собрания⁴⁹. Тем самым, Дайси утверждает, что такая ориентированность на судебную власть характерна для конституционного права Англии из-за традиции общего и прецедентного права и отличает ее от множества других иностранных конституций. Таким образом, нельзя предположить, что она не может применяться повсеместно.

4.2. Принцип правового государства (*Rechtsstaat*), наоборот, больше фокусируется на официальном законе. Он содержит две доктрины: доктрина необходимости закона (*Vorbehalt des Gesetzes*) и доктрина приоритета закона (*Vorrang des Gesetzes*). Доктрина необходимости закона (*Vorbehalt des Gesetzes*) предусматривает, что любое существенное

⁴⁹ A. V. Dicey, Introduction to the study of the law of the constitution , p. 196.

ограничение прав человека должно осуществляться только на основании официального закона, принятого парламентом⁵⁰. Доктрина приоритета закона (*Vorrang des Gesetzes*) предусматривает, что каждый закон обладает приоритетом по отношению ко всем индивидуальным актам, то есть судебным решениям и административным актам. Ясно, что эти доктрины совместимы только с законоориентированной правовой системой, такой как немецкая и, возможно, французская и итальянская, но не с системой общего/прецедентного права.

4.3. Такая ориентированность на официальный закон имеет в правовом государстве (*Rechtsstaat*) также ряд последствий в отношении административных предписаний (*Verordnungen*) и муниципальных актов (*Satzungen*). В соответствии со ст. 80 Конституции Германии все административные предписания (*Verordnungen*) должны быть санкционированы официальными законами. Учитывая печальный опыт ст. 48 Веймарской Конституции, в которой содержались бланкетные нормы, что приводило к устранению парламента, ст. 80 I. S. 2 Конституции строго ограничивает пределы усмотрения исполнительных и административных органов. Предел усмотрения должен быть четко определен посредством содержания (*Inhalt*), цели (*Zweck*) и объема (*Ausmaß*). Предмет муниципальных правовых актов, издаваемых городами и округами, прямо ограничивается вопросами местного значения, которые являются частью местного самоуправления. Если они ограничивают права человека, то такое ограничение должно быть санкционировано законом, например, в случае установления местных налогов.

4.4. Принцип правового государства (*Rechtsstaat*) также включает в себя принцип *пропорциональности* (*Verhältnismäßigkeit*). Он предусматривает, что правовые нормы должны содержать легитимную цель (*legitimer Zweck*). Они должны быть эффективными (*Geeignetheit*), они должны использовать наиболее умеренные средства (*Erforderlichkeit*) и цель и средства должны быть пропорциональными (*Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit* в узком смысле)⁵¹. Я полагаю, что это достаточно универсальные принципы рациональности, которые также применимы

⁵⁰ BVerfGE 58, 257 = BBerfG NJW 1982, 921 f.; *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz-Dürig, Grundgesetzkommentar, München 2012, Art. 20, VI, Nr. 99, VII, Nr. 26.

⁵¹ *Christoph Degenhart*, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, p. 396ff. See now *Oliver Lepsius* (ed.), *Verhältnismäßigkeit*, Tübingen 2013.

к системе верховенства права. Но они должны быть реализованы посредством политических решений.

4.5. Помимо различий в форме, процедуре и пропорциональности существует также еще одно существенное различие между верховенством права и правовым государством (*Rechtsstaat*): это защита человеческого достоинства. Англосаксонская правовая традиция не предусматривает, по крайней мере, в явной форме защиту человеческого достоинства, за исключением только некоторых основных его проявлений, таких как: запрещение пыток, рабство и т. д. Мы не находим человеческого достоинства первоначально ни в общем праве, ни в американской Декларации независимости, ни в 10 поправках к американской Конституции. Европейская конвенция по правам человека 1950 года, на разработку которой оказала сильное влияние Великобритания, не предусматривает защиту человеческого достоинства, за исключением отдельных норм, запрещающих пытки, рабство и унижающее достоинство обращение. Человеческое достоинство не упоминается даже в книге лорда Бингхема «Верховенство права» 2010 года⁵².

В континентальном праве ситуация выглядит иначе. Вслед за Всеобщей декларацией прав человека 1948 года множество европейских стран возвели человеческое достоинство в ранг высшей ценности. Например, в статье 1 Конституции Германии указывается: «Достоинство человека неприкосновенно». Также мы находим защиту человеческого достоинства и в Конституции Франции. Наконец, Хартия Европейского Союза об основных правах предусмотрела защиту человеческого достоинства в преамбуле и статье 1. Это также имеет значение для принципа правового государства. Если этот принцип понимается не только в формальном, но и в материальном смысле и включает в себя все права человека, он также включает в себя и наиболее важное из этих прав: защиту человеческого достоинства⁵³.

Человеческое достоинство в настоящий момент не только историческая или культурная особенность. Оно является главным результатом нормативного индивидуализма, поскольку выражает человеческую

⁵² Единственным исключением среди представителей философии права является Лон Л. Фуллер, который упоминает человеческое достоинство: Lon Fuller, *The Morality of Law*, 2ed. New Haven 1969, p. 162.

⁵³ См. также Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band 1, *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, Tübingen 1948, 2ed. § 20 III 1, p. 781.

свободу, т. е. отношение между человеческими потребностями второго и первого порядка⁵⁴. Таким образом, если верховенство права понимается не только в узком, но и в широком смысле, включая в себя все права человека, следовательно, оно должно в будущем развиваться таким образом, чтобы включать в себя также и защиту человеческого достоинства.

Текст © Dietmar von der Pfordten, 2013

Перевод А. Помазанского

⁵⁴ See *Dietmar von der Pfordten*, *Normative Ethik*, Berlin 2010, p. 74ff.; *Dietmar von der Pfordten*, *Some Remarks on Human Dignity*, in: *On Human Dignity*, ed. by Stephan Kirste, Stuttgart 2013, forthcoming.

Сергевнин Сергей Львович
*доктор юридических наук, профессор, советник
Конституционного Суда Российской Федерации,
Заслуженный юрист Российской Федерации*

**ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА
КАК ИПОСТАСИ ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВОГО
ОБОСНОВАНИЯ ПОЛИТИКО-ЮРИДИЧЕСКОЙ
РЕАЛЬНОСТИ (КОНСТИТУЦИОННЫЙ АСПЕКТ)**

Текущий этап развития социума как в глобальном, так и в национальном масштабе ставит перед исследователем задачи столь фундаментального свойства, которые не могут быть успешно разрешены без опоры на базовые философские категории и закономерности. Применительно к государственно-правовой сфере текущие проблемы нормотворчества и правореализации, включая судебное правоприменение, так или иначе затрагивают вопросы конституционной характеристики современного государства и права. При этом данная характеристика отнюдь не может быть ограничена апеллированием к позитивному тексту Основного закона. Существенно более важным представляется широкий подход к Конституции, не столько как к некоей совокупности норм, сколько как к высшей политико-юридической ценности, явлению особого порядка и качества, имплицитно раскрывающему важнейшие характеристики государства как правового государства, а права – в высоком контексте его верховенства. Таким образом, современное конституционное право, постепенно преобразуясь из позитивистской науки конституционного права в особый концепт конституционализма, естественным образом актуализирует потребность в философско-правовом осмыслении явлений и процессов политико-юридической реальности, находящих свое конституционное отражение.

При этом философия права представляет собой метанауку, совокупное интегрированное знание, призванное к изучению предельно широкого с точки зрения охвата правовых явлений и процессов объекта. Указанный объект может быть с известной долей условности обозначен как мир права. Такой широкий подход позволяет, с одной стороны, углу-

бляться в процессе научного познания к общественным основам, истокам права (его источникам в философско-правовом, а не в специально-юридическом значении) и, с другой стороны, возвращаться в социальную материю, выясняя общественные результаты действия юридических механизмов уже за рамками специально-правового (формально-догматического) анализа нормореализации в конкретном правоотношении.

Соответственно, философско-правовой подход к исследованию Конституции предполагает изучение мира Конституции в предельно широком охвате различных его проявлений, которые вместе с тем могут быть сведены к двум основополагающим «конституционным состояниям» общества. Во-первых, речь идет о конституционной норме в широком понимании феномена (не в смысле конкретного правила поведения в конституционной сфере, зафиксированного в конституционном тексте, а в смысле «общественного состояния конституционной нормальности»). Причем нормальное состояние конституционной материи предполагает как ее статический срез, т. е. непосредственную совокупность норм и принципов Конституции, как документально формализованных, так и вновь выведенных в контексте конституционного правоприменения в процессе деятельности конституционных судов, так и динамический срез, иными словами конституционную правореализацию.

Во-вторых, нельзя не видеть и другую, «оборотную» сторону, ипостась мира Конституции, которую можно охарактеризовать как конституционную аномалию, связанную с состоянием разбалансированности конституционно-правовой системы, со сферой конституционной правонарушаемости, с ситуациями возникновения юридического спора конституционного уровня, которые требуют включения специальных государственно-правовых механизмов, направленных на приведение давшей функциональный сбой конституционно-правовой системы в состояние юридического и социального равновесия, т. е. на разрешение конституционно-правового спора. В последнем случае, таким образом, речь идет о конституционной юрисдикции, реализуемой посредством особых институтов конституционной юстиции.

Конституционализм в его современном научном понимании предполагает наличие двух составляющих – праксиологической и мировоззренческой. В первом случае, когда мы ведем речь о конституционной праксиологии, по существу имеется в виду предмет конституционного права как особой отраслевой юридической науки, представляющей собой целостное учение о конституции в единстве составляющих его структурных элементов. При этом главным предметным вопросом в данном контексте становится проблематика механиз-

мов легализации и последующей легитимации государственной власти и ее институтов.

Необходимо в этой связи обратить внимание на важность определения основополагающего вектора научного анализа. И здесь нельзя не признать, что в рассматриваемом ракурсе конституционализм так или иначе не может не иметь национальную привязку. Поскольку отечественная правовая система не может быть вырвана из контекста континентальной правовой семьи с исторически приобретенными и достаточно ярко выраженными признаками романо-германского свойства, постольку упомянутый исследовательский вектор не может быть иным, чем законодательно (легистски) ориентированным и достаточно жестко связанным с государственно образующим (государственно обеспечительным) началом права в целом и конституционного права в частности. Однако недостаточность такого видения в рамках философско-правового подхода представляется очевидной.

Необходимость осмысления принципов верховенства права в качестве системно значимых для адекватного понимания мира Конституции предполагает также другой вектор конституционно-правовых исследований, который охватывает мир «живой» Конституции, рассматриваемый даже не столько в ракурсе социологического позитивизма, т. е. изучения реальной жизни (социальной практики реализации) конституционных норм, сколько в контексте юрисдикционной деятельности органов конституционной юстиции, в связи с чем в указанной плоскости конституционализм теряет жесткую привязку к национальной правовой системе, получая реальную возможность интеллектуального обогащения отечественного конституционализма за счет исследовательских достижений в познании иных правовых систем.

С учетом того обстоятельства, что не только, а в определенных случаях и не столько буква, сколько реальное социальное наполнение конституционных норм, принципов, конструкций («дух» Конституции) является основой правовой государственности, на повестку дня выходит проблема актуализации («оживления») действующей Конституции как формально-юридического источника ограниченного количества конституционных норм.

Конституция Российской Федерации не может рассматриваться в качестве застывшего юридического памятника. В противном случае существует реальная угроза существенного снижения уровня легитимности Конституции как показателя народного (национального) признания, одобрения, доверия к Основному закону в общественном сознании (обыденный (ординарный) уровень конституционного правосознания).

В то же время, если не будет адекватной современным общественным потребностям актуализации конституционного текста, неизбежным станет возникновение проблем реализации конституционных нормативных положений в правоприменительной практике. Под большим вопросом окажется реальность, жизненность конституционной нормы о прямом действии Конституции (статья 15). При этом выхолащивание нормативного содержания указанной нормы, превращение ее в пустую декларацию будет напрямую связано с понижением конституционного правосознания в среде правоприменителей, прежде всего в системе государственной службы, в более широком плане – в системе государственного аппарата (профессиональный уровень конституционного правосознания).

Очевидно, что неуважение к Конституции – явление весьма опасное как в конкретной социально-экономической ситуации, так и в отдаленной перспективе. С неуважения к Основному закону начинается поверхностное, несерьезное отношение к ординарному законодательству, становится проблематичной его надлежащая реализация. В условиях же достаточно низкого уровня знания догмы права населением, сопряженного (к великому сожалению) с отечественным – недвусмысленно несерьезным – отношением к таким азбучным способам правореализации как соблюдение запретов и исполнение позитивных обязанностей, с традиционной установкой либо на пассивно-индифферентное (мотивация – соблюдаю, ибо иначе буду наказан) либо на маргинальное (мотивация – соблюдаю, но нарушу при первой же возможности) поведение в правовой сфере – опасность размывания конституционно-правовых основ, а далее и собственно правовых основ правовой государственности становится довольно высокой.

Общество и государство обязаны выработать действенные общесоциальные и специально-юридические механизмы, позволяющие, с одной стороны, дезавуировать дефекты конституционно-правового сознания и, с другой стороны, обеспечить реальную защиту Конституции. При этом имеется в виду как нормативный текст, так и его социальное – реальное, актуализированное применительно к данной конкретной ситуации, уровню развития и качественным характеристикам общественных отношений – содержание (в известном смысле – «живая» Конституция).

Наиболее существенную, если не определяющую, роль в механизме охраны Конституции играет судебная система. Представляется, что суды общей и арбитражной юрисдикции в случае обнаружения предполагаемого несоответствия примененного либо подлежащего применению в конкретном деле закона Конституции должны более активно использовать право на обращение при рассмотрении указанного дела в любой ин-

станции с запросом в Конституционный Суд (с одновременным приостановлением производства по делу или исполнения вынесенного судом по делу решения) (статьи 101, 103 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Не менее важна роль самого Конституционного Суда. По большому счету он представляет собой уникальное изобретение юридической цивилизации в условиях именно правовой государственности, поскольку только орган конституционной юстиции в системе государственно-властного механизма, проверяя закон на соответствие Конституции, ставит точку в общесоциальном конфликте по поводу расхождения между государственно оформленной волей (законом как формально-юридическим источником права) и правом как связывающей государственную деятельность идеей, системной совокупностью принципов, нормативных предписаний высшей степени обобщения (в известном смысле grundnorm национальной Конституции, если использовать терминологию Г. Кельзена).

Можно говорить о трех подходах, трех уровнях понимания соотношения правовой идеи и правовой материи, идеологии юридической справедливости и ее нормативного воплощения в системе соответствующих правовых предписаний, права и закона в широком смысле.

Во-первых, может быть такое понимание, при котором не государственная воля связана правом, а напротив, само право по существу сводится к системе государственно-властных нормативных предписаний (этатизм; в худшей версии государственно-правового развития – тоталитаризм), хотя в классическом правопонимании государственно-волевой характер юридической нормы составляет лишь одну из ее качественных характеристик.

Во-вторых, существует представление (и на нем основывается соответствующая практика государственного строительства, нормотворчества и правоприменения), при котором государственная власть признает свою связанность им же созданным законодательством (своеобразный вариант юридического реализма), однако поскольку лишь за властью признается прерогатива правотворчества, постольку сохраняется опасность произвола в правотворческой деятельности государства по отношению к адресатам нормативных предписаний, сохраняется возможность разбалансировки в плане соблюдения фундаментального конституционного принципа равенства (статья 19 Конституции Российской Федерации). В этих условиях особенно важна роль Конституционного Суда как особого института, определяющего «меру права» в процессе проверки результата государственной нормотворческой деятельности (текущего, ординарного

законодательства) на соответствие Конституции как результату прямого правотворчества (референдума) суверена (народа).

В-третьих, существует понимание, при котором государство признает себя жестко связанным правом, а не просто самим им созданным законодательством, и подчиняет этой связанности всю систему государственной деятельности, в том числе свое нормотворчество, результатом которого предполагается юридически справедливый, правовой закон.

Так или иначе отмеченные три основных концептуальных подхода закономерно подводят к важнейшей философско-правовой проблеме правового государства, к характеристикам которого традиционно относят верховенство права как качественную особенность правовой системы, разделение властей как качественную особенность системы государственно-властного механизма с неперемным акцентом на особой роли судебной власти в системе властеразделения, наконец, наличие разветвленной системы конституционных и ординарно-законодательных гарантий, обеспечивающих подлинную реализацию прав и свобод человека и гражданина (иные характеристики правового государства, встречающиеся в литературе, в том числе взаимная ответственность государства и граждан, так или иначе взаимосвязаны, вытекают из содержания обозначенной триады).

В известном смысле можно утверждать, что юридическое (верховенство права) и институциональное (разделение властей) качества правового государства призваны обеспечивать реальность третьей – гуманитарной – его характеристики – гарантированность прав и свобод личности. С одной стороны, только связанная правом государственная власть в своем волеизъявлении (нормотворческом и правоприменительном) в состоянии признать права и свободы человека и гражданина в качестве определяющих смысл, содержание своей деятельности (статья 18 Конституции Российской Федерации).

С другой стороны, органы публичной государственной власти могут обеспечить реализацию своей обязанности по признанию, соблюдению и защите прав и свобод человека и гражданина (статья 2 Конституции Российской Федерации) лишь будучи самостоятельными и структурированными исходя из своей правовой природы – как создающими правила поведения субъектов права (законодательная власть), как участвующими в процессе реализации права в качестве правоприменителей (исполнительная власть), наконец, как обеспечивающими юрисдикционные процедуры (разрешение юридических споров – судебная власть).

Можно далее утверждать, что только в условиях правовой государственности возможна реализация подлинной глубинной сущности пра-

ва в его социологическом срезе – неразрывное единство объективной и субъективной составляющих правового феномена (Л. С. Явич). Лишь исходящее от правового государства законодательство (система нормативного правового регулирования, воплощающая исходные принципы юридического равенства и правовой справедливости – объективное право) способно субъективироваться в конкретных правах и обязанностях участников соответствующих правоотношений (субъективные права и обязанности) таким образом, что, с одной стороны, правовой закон при наличии вышеперечисленных механизмов правового государства не сможет превратиться в библиотеку мертвых предписаний либо в репрессивный кодекс произвола, а с другой стороны, субъективные права и юридические свободы как воплощенное, субъективно реализованное объективное право будут при помощи тех же механизмов надежно защищены.

Действующая отечественная Конституция 1993 года вполне адекватно воспроизводит принципиальные ценностные характеристики правового государства, провозглашая, например, человека, его права и свободы высшей ценностью (статья 2). Указанный конституционно-правовой принцип, представляющий собой одну из основ конституционного строя, получает свое закономерное развитие в иных нормативных положениях Конституции, в частности, в ее статье 17, провозглашающей признание и гарантированность прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии в самой Конституцией.

Положения статьи 18 Конституции Российской Федерации, провозглашая принцип непосредственного действия прав и свобод человека и гражданина, напрямую затрагивают другую важнейшую составляющую правового государства, а именно – фундаментальный принцип разделения властей при организации публичной власти. Содержание указанной конституционной нормы направлено на гуманизацию целеполагания в построении и функционировании государственного аппарата, поскольку именно права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, обеспечиваются правосудием.

Важной иллюстрацией конституционного закрепления еще одной фундаментальной характеристики правового государства является перечисление конституционно значимых целей, в пределах которых Конституция Российской Федерации в статье 55 допускает ограничение федеральным законом прав и свобод человека и гражданина. По существу в данном случае речь идет о связанности публичной власти правовым законом, т. е. о реальном верховенстве права, не допускающем издание

законов, отменяющих или умаляющих права и свободы человека и гражданина, обозначающего границы государственно-властной дискреции в гуманитарной сфере (защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства).

Конституция, поскольку она является конструктивной основой правовой государственности, требует чрезвычайно бережного к себе отношения. В этой связи возникает вопрос о возможностях конституционного развития и о том, в какой мере динамика конституционных правоотношений, диктующая, порой весьма настойчиво, необходимость модернизации Конституции, может затрагивать устойчивость конституционной системы как оплота правовой государственности.

В этом направлении видится два основных пути движения к адаптации существующего конституционного нормативного массива реальностям современного уровня общественного развития.

Во-первых, нельзя забывать о потенциальных возможностях внесения конституционных поправок и пересмотра Конституции (глава 9). Указанный путь (он условно может быть назван позитивистским) представляется малопродуктивным применительно к реальным отечественным условиям, поскольку Конституция сама по себе является сложным системным образованием и неосторожная частичная модернизация нормативного текста может повредить устойчивости глобальной конституционной конструкции. Поэтому в рамках данного пути конституционного развития (реформирования) более приемлемыми представляются точечные изменения отдельных нормативных конструкций.

Во-вторых, реализация регулятивного потенциала Конституции как нормативной основы правового государства возможна посредством деятельности Конституционного Суда Российской Федерации, в функционале которого (по сути – у единственного органа государственной власти в системе отечественного государственного механизма) закреплено полномочие легального толкования федеральной Конституции. Данное направление обновления формально-юридического конституционного текста невозможно при помощи позитивно-правовой методологии. Здесь неизбежным представляется более широкий подход к пониманию социально-правовых явлений и процессов, позволяющий выявить и артикулировать конституционные принципы, быть может, не имеющие своего непосредственного вербального воспроизведения в изначальном тексте Конституции Российской Федерации 1993 года.

При этом под конституционными принципами следует понимать «юридизированные» конституционно значимые ценности. Совершенно

очевидным представляется то обстоятельство, что сами по себе социальные ценности, имеющие конституционное значение, не могут не находиться в постоянной динамике. Именно по этой причине, оставаясь лингвистически неизменным, конституционный текст может и должен соответствовать реальным для данного конкретного исторического момента социальным ценностям. Это, однако, ни в коей мере не означает релятивизма Конституции.

Неизменность юридической Конституции сама по себе является существенной гарантией невозможности ревизии фундаментальных нормативных положений Основного закона. (Отметим, что отсутствие данной возможности прямо вытекает из содержания и смысла нормативных положений статьи 16 Конституции Российской Федерации). И лишь в этих жестко формализованных рамках в условиях подлинно правового государства может проистекать деятельность Конституционного Суда, направленная на адаптацию позитивной догмы Конституции к актуальным социальным ценностям, выработанным общественной жизнью до уровня принципов. Роль конституционной юстиции в данном случае сводится к поиску и анализу новых конституционных принципов (это, несомненно, и принципы правового государства) в целях их последующего включения в фактическую (реальную, живую) Конституцию посредством нормативного закрепления (юридизации) в соответствующих итоговых актах.

По существу аналогичная работа проводится Конституционным Судом при выработке новых правовых позиций в процессе выявления конституционно-правового смысла проверяемых нормативных положений ординарного законодательства. Ведь сохранить сомнительную с точки зрения сложившейся правоприменительной практики норму в правовой системе, придав ей новый содержательный смысл, можно лишь исходя из фундаментальных конституционных положений, которые, оставаясь в своем изначальном текстуальном воспроизведении, могут не поспевать за социальной реальностью, а потому требуют постоянной актуализации («оживления») и юридико-технической адаптации посредством решений Конституционного Суда.

В этой связи вновь возникает вопрос о перечне форм (источников) отечественного права и о возможности включения в этот перечень актов Конституционного Суда. Немало воды утекло с тех пор, когда сама постановка вопроса о допустимости судебного прецедента в качестве формального источника права применительно к отечественной правовой системе (в свое время социалистического типа, а теперь – по существу относящейся к континентальной правовой семье) считалась порочной либо, по крайней мере, несерьезной. Однако реалии глобализационных

процессов, в том числе в правовой сфере, постепенно расставляли все по своим местам, хотя опасения относительно «химеры судебного нормотворчества» продолжают существовать.

Мощный и, увы, неизбежный процесс конвергенции основных правовых систем современности (романо-германской и англо-саксонской) сопряжен с постоянным взаимопроникновением объективных свойств и характерных особенностей обеих семей, что не может не способствовать их взаимообогащению. Усиление роли судебной власти в системе государственного механизма, особенно в условиях правовой государственности, с одной стороны, помогает создать более совершенную и крепкую систему обеспечения конституционных прав и свобод граждан.

С другой стороны, сам факт подключения судебного нормотворчества к механизмам государственного нормообразования играет роль своеобразного стимулятора классической континентальной (европейской) модели формирования (санкционирования) нормативно-значимых правил общественного поведения людей в лоне «представительно-властного», законодательного «сектора» системы разделения властей, способствует динамизации процесса функционирования законодательной власти.

В то же время всемерное и неизбежное усиление роли статутного права в англо-саксонской правовой семье помогает в определенном смысле ограничить, дисциплинировать работу судебной системы, дискреция которой в условиях правовой государственности не может не быть лимитирована правовым законом.

Следует подчеркнуть, что включение в отечественную систему правовых источников (в их формально-юридическом смысле) судебной нормы, как результата нормотворческой деятельности Конституционного Суда, не отрицает ее субсидиарный характер по отношению к титульной деятельности органа конституционной юстиции, связанной с конституционным правоприменением.

Хотелось бы обратить внимание на то обстоятельство, что речь идет не о судебном прецеденте в его классическом понимании¹, как результате рассмотрения конкретного судебного дела и ставшего в силу определенных принципов, свойственных англо-саксонской правовой системе, обязательным, связывающим дальнейшую судебную практику

¹ В литературе справедливо обращается внимание на ограничения судебного прецедента в континентальной правовой семье. См.: *Арановский К. В., Князев С. Д.* Ограничения судебного прецедента в романо-германском праве // *Правоведение.* 2012. № 4. С. 51–66.

применительно к соответствующей категории дел, а именно о судебной норме как относительно новом юридическом явлении, возникшем примерно в середине прошлого века и находящемся в прямой взаимосвязи с возникновением института конституционной юстиции.

Иногда возникает ощущение, что нерешенность (научная и законодательно-практическая) данной проблемы в отечественной правовой системе связана с нежеланием постановки вопроса по причинам, находящимся в плоскости психологии. Никто до сих пор не смог ответить на вопрос о возможных негативных последствиях включения судебной нормы в число форм национального права, о том, что страшного должно произойти с нашей правовой системой в случае ее обогащения дополнительными юридическими возможностями позитивной регламентации социальных отношений, к тому же возможностями более динамичными по сравнению с традиционным законотворческим процессом, и уж во всяком случае не менее профессиональными. Представляется, что положительное разрешение перзревшей проблемы нашей теории и практики позволит, признав свершившийся факт юридической конвергенции (в чем также нет ничего фатального), открыть шлюзы для продвижения научного познания существующего положения дел в отечественной правовой системе, отказавшись от стыдливого замалчивания реально возникшего в ее структуре элемента.

Следует отметить, что наши соседи по постсоветскому пространству оказались менее закомплексованными в этом плане, хотя не вызывает сомнения отнесение правовых систем этих государств к континентальной семье. Так, например, Конституция Республики Казахстан (статья 4) провозглашает действующим правом нормы не только самой Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров, но также и нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики.

Нелепо отрицать огромное регулятивное значение, которое имеют, например, постановления пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Уровень нормативных обобщений в некоторых из них столь высок, что впору говорить об их нормативном содержании, о такой интерпретации ординарной нормы по результатам ее судебного применения, которая выливается в формулировку по сути нового правила поведения (см., например, Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23 июля 2009 года № 57 «О некоторых процессуальных вопросах практики рассмотрения дел, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением договорных

обязательств»²). Тем более это применимо к специфической форме конституционно-правового истолкования, осуществляемого в процессе герменевтической деятельности Конституционного Суда³.

В литературе⁴ высказывается позиция, в соответствии с которой судебные акты, являющиеся результатом обобщения судебной практики, обладают смешанной правовой природой – имеют нормативно-интерпретационный характер. Наука при этом до сих пор не выработала четких критериев разграничения правоприменительного (судебного) толкования, в результате которого восполняется пробел в правовом регулировании на основе принципов аналогии права, и правоприменительного (судебного) нормотворчества, результатом которого становится судебная норма⁵. Эта проблема имела слабую актуальность в условиях закрытости правовых систем и отсутствия института конституционного нормоконтроля (Россия до 1991 года), поскольку вопросы подобного свойства порождались лишь постановлениями пленумов Верховного Суда). В условиях активных процессов глобализации, сопровождаемой конвергенцией правовых семей, и особенно в связи с появлением конституционной юстиции настоятельная необходимость разрешения поставленных юридической практикой вопросов существенно возросла.

Ознакомление с текстами постановлений пленумов высших судов во многих случаях дает основания для размышлений о соотношении судебной интерпретации юридической нормы и собственно нормотворческого процесса. Зачастую грань между нормативной образующей и интерпретационной составляющей таких постановлений очень тонка и, являясь результатом обобщения судебной практики, эти акты по существу нормативно определяют вектор дальнейшего развития этой практики. В данном

² Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 9.

³ См. подробнее: *Сергеев С. Л.* Конституционно-правовое истолкование как особый вид юридической герменевтики: Некоторые общие соображения // Конституционное правосудие. 2013. № 1. С. 38–56.

⁴ *Лазарев Л. В.* Конституционный Суд и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. № 11. С. 7; *Тутынина Е. Г.* Постановления Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации как виды интерпретационных актов и средства судебной политики / Е. Г. Тутынина. // Актуальные проблемы правоправедения. 2012. № 2–3. С. 149–153.

⁵ Например, *Т. Я. Хабриева* допускает возможность формирования права в ходе интерпретационной деятельности Конституционного Суда. *Хабриева Т. Я.* Правовая охрана Конституции. Казань, 1995. С. 179.

контексте уместно вспомнить также о таких институтах гражданского и арбитражного процессуального права как обращение в суд в защиту прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц (статьи 45 и 46 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации) и рассмотрение дел об оспаривании (о признании недействующими) нормативных правовых актов (судебное производство в сфере нормоконтроля) (глава 24 ГПК Российской Федерации, глава 23 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Следует особо подчеркнуть ценность постепенного, но неуклонно проникновения в отечественную правовую культуру признания нормативности решений Конституционного Суда Российской Федерации, учета содержащихся в них правовых позиций при формировании общей и арбитражной юрисдикционной практики, включения прямых ссылок на соответствующие акты Конституционного Суда Российской Федерации в текст судебных решений в качестве их обоснования.

Продолжая рассуждения о судебном нормотворчестве, мы по существу ведем речь о вновь возникающей системе взаимного дискреционного сдерживания в паре «законодатель – суд», поскольку нормотворчество и того, и другого способствует очевидному качественному совершенствованию профессиональной деятельности каждого. Получая недвусмысленный нормообразующий сигнал от Конституционного Суда, Федеральное Собрание имеет возможность устранения дефектов, очищения системы правового регулирования от «юридического мусора». Причем вектор законодательной модернизации уже задается нормой судебного постановления, содержащей конституционно-правовой смысл той жизненной ситуации, того сплетения общественных отношений, регулирование которых в итоговом акте Конституционного Суда признается порочным.

Однако данная логика должна быть завершенной. Имеется в виду то немаловажное обстоятельство, что согласно положениям части 4 статьи 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» в случае признания решением Конституционного Суда Российской Федерации нормативного правового акта не соответствующим Конституции Российской Федерации полностью или частично либо в случае, если из содержания такого решения вытекает необходимость устранения возникшего пробела в правовом регулировании, до принятия соответствующего нового нормативного правового акта непосредственному применению подлежит Конституция Российской Федерации. Очевидным представляется то, что именно конституционно-правовые принципы, причем как текстуально воспроизводимые в соответствующих

нормах Основного закона, так и выводимые посредством имеющей особую правовую природу процедуры конституционного судопроизводства («дух Конституции»), положенные в обоснование неконституционности дисквалифицированной законодательной нормы – являются направляющими непосредственного применения Конституции. По сути именно эти принципы призваны создать каркас новой системы правового регулирования применительно к соответствующему участку общественных отношений. Законодатель не вправе осуществить в данном случае нормоустановление вне контекста либо, тем более, вопреки контексту выявленного конституционно-правового смысла спорной нормативной ситуации.

В случае же если Конституционный Суд при формулировании своего решения использует технико-юридический алгоритм восполнения правового пробела по принципу «до момента принятия законодателем соответствующего акта следует исходить из следующего нормоположения: ...», мы являемся свидетелями появления судебной нормы, обеспечивающей прямое действие Конституции, необходимость которого вытекает из предписаний части 1 статьи 15 Конституции Российской Федерации и части 4 статьи 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации». С одной стороны, данная судебная норма восполняет юридический пробел, неизбежно создаваемый в результате дисквалификации правовой нормы в конституционном процессе, следовательно, обеспечивает непрерывность правового регулирования соответствующей группы социальных отношений и стабильность функционирования общественной системы в соответствующем ее секторе.

С другой стороны, такое судебное нормативное предписание правомерно ограничивает дискрецию законодательной власти в ходе осуществления правового регулирования уже в процессе законотворческом.

При этом практика Конституционного Суда Российской Федерации в одних случаях идет по пути изложения судебной нормы в виде конкретного предписания, содержащегося в резолютивной части, в других случаях резолюция Конституционного Суда Российской Федерации дает предписание правоприменителю исходить из содержания правовых позиций, изложенных в мотивировочной части решения, освещая необходимость обеспечения непосредственного применения Конституции соответствующими конституционно значимыми ценностями.

Аналогичная оценка может быть распространена также на три основные формы самореализации права в рамках более общего процесса его осуществления (наряду с правоприменением) – осуществление субъективных прав, исполнение юридических обязанностей, соблюдение запретов, т. е. тех форм правореализации, при которых граждане достига-

ют соответствующих правовых результатов посредством разнообразных правоотношений, не прибегая к помощи структур государственного механизма. В этом случае «конституционно обновленная» решением Конституционного Суда Российской Федерации норма также не может быть реализована соответствующим субъектом (гражданином) вне ее нового (подлинного) конституционного контекста, поскольку иной подход затрагивал бы сами основы правопорядка.

Следует обратить внимание на то немаловажное обстоятельство, что решения Конституционного Суда Российской Федерации могут как признавать проверяемую норму не соответствующей Конституции, так и признавать ее «условно соответствующей» Конституции, т. е. сохраняющейся в правовой системе лишь постольку, поскольку это допускает выявленный Конституционным Судом Российской Федерации ее конституционно-правовой смысл (при условии ее применения в строгом соответствии с этим смыслом).

При этом в первом случае – полная дисквалификация нормы – решение Конституционного Суда Российской Федерации должно – в целях обеспечения принципа стабильного функционирования правовой системы – содержать меры, направленные на преодоление возникающего в такой ситуации правового пробела: определять порядок вступления решения в силу, а также порядок, сроки и особенности его исполнения и опубликования в соответствии с положениями пункта 12 части первой статьи 75 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»; давать соответствующие поручения (предложения) органам государственной власти, включенным в нормотворческий процесс, относительно принятия в необходимые сроки нормативных актов, восполняющих возникший пробел в правовом регулировании; устанавливать временное регулирование общественных отношений впредь до законодательного восполнения нормативного пробела в случае невозможности применения принципов аналогии закона и аналогии права (например, если нормативная дисквалификация произошла в сфере регулирования посредством императивных правовых средств административных, уголовных и иных отношений, имеющих соответствующую правовую природу). Последний вариант по существу наполняет содержанием известный постулат непосредственного применения Конституции до принятия нового нормативного акта в случае дисквалификации соответствующей нормы (часть 4 статьи 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

В другом случае – признание нормы «условно конституционной» – иными словами отвечающей критериям конституционности лишь в пре-

делах требований к ее содержанию, установленных соответствующим решением Конституционного Суда Российской Федерации, в котором норма признана соответствующей Конституции, но лишь в том смысле, который выявлен данным решением (в этом случае можно говорить также о частичной либо смысловой дисквалификации нормы) – формальный пробел в правовом регулировании отсутствует. Ведь в указанной ситуации дисквалифицированной по существу оказывается правоприменительная практика, поскольку последняя разошлась с подлинным конституционным смыслом нормы и ее сохранение означало бы признание правомерности неконституционного правоприменения, что со всей очевидностью является недопустимым. Пробел, таким образом, оказывается преодоленным самим решением Конституционного Суда Российской Федерации, содержащим новое и единственно возможное в последующей правоприменительной деятельности истолкование нормы, представляющее собой по сути новый нормативно-судебный текст. Однако отсутствие регулятивного пробела в случае смысловой дисквалификации нормы не означает отсутствия необходимости последующей государственно-властной деятельности по приведению частично дисквалифицированного нормативного материала (формально и текстуально сохраняющегося в нормативном акте) в соответствие с его новым конституционно-правовым смыслом. Следовательно, и в этом случае необходимым представляется включение механизма парламентского нормотворчества. Конституционно-судебное решение, имеющее свою ярко выраженную нормативную составляющую, инициирует титульное (легальное) нормотворчество, призванное, в свою очередь, обеспечить завершенность своеобразного процесса юридической инвентаризации, первоотчетником которого выступает возникший конституционно-судебный спор, вызванный, в том числе, причинами брака законодательной деятельности.

Возвращаясь к научному пониманию конституционализма, обратимся теперь к его второй – мировоззренческой – составляющей. В данном контексте основным философско-правовым вопросом становится проблема механизмов правового самоограничения государственной власти и в этой связи постановка проблемы конституционно-правового государства как результата функционирования таких механизмов.

В указанном контексте могут и должны быть исследованы такие фундаментальные вопросы конституционной теории как, например, проблема истоков государственной прерогативы законотворчества. В данном случае имеются в виду исходные основания исключительного права государственной власти по артикулированию общеобязательных правил поведения. Традиционно таким исходным основанием считается госу-

дарственный суверенитет. Однако качество внутреннего верховенства и внешней независимости государственной власти может быть приобретено путем, весьма далеким и не связанным с правовыми характеристиками, например, посредством насилия либо произвола. Но в этом случае говорить о возможном правовом самоограничении государственной власти представляется весьма проблематичным.

Философско-правовой подход к исследованию конституционализма как мировоззрения предполагает признание законотворческой прерогативы государства естественным правом последнего. При этом логика рассуждений выводит непредвзятого исследователя к идее правового самоограничения уже собственно законодательной власти, дискреция которой в правовом конституционном государстве жестко ограничена конституционными принципами. Необходимо при этом подчеркнуть, что в данном контексте также имеются в виду не только принципы, формализованные в тексте Конституции, но и так называемые выведенные принципы («дух Конституции») как нормативный результат деятельности органов конституционной юстиции. В самом деле, мы не найдем в тексте действующей отечественной Конституции позитивной формулировки, например принципа правовой определенности или принципа недопустимости различного обращения с лицами, находящимися в сходных ситуациях (применения различных режимов правового регулирования к сходным ситуациям), которые, равно как и многие другие правовые принципы, выявляются Конституционным Судом в процессе своей деятельности и кладутся в основу принимаемых решений.

Философско-правовое понимание конституционализма в его мировоззренческом срезе позволяет, наконец, обеспечить научное обоснование такому интереснейшему феномену конституционно-правовой действительности как подсудность государства собственному суду, что напрямую взаимосвязано с созданием института конституционного правосудия.

Обозначенные вопросы отнюдь не исчерпывают, а, напротив, стимулируют расширение круга конституционно-правовых проблем, исследование которых в философско-правовом аспекте должно привести исследователя к новым характеристикам современного правового государства и современной правовой системы в ракурсе фундаментального принципа верховенства права.

© Sergey L. Sergevnin, 2013

Мартин Крайгир

профессор права и социальной теории и содиректор по междисциплинарным исследованиям права юридического факультета Университета Нового Южного Уэльса, адъюнкт-профессор Комплекса учреждений нормативно-правового образования, Австралийский национальный университет (Австралия)

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА (И RECHTSSTAAT)

Во всех своих многочисленных версиях верховенство права связано с отношениями между правом и отпправлением власти, в особенности власти публичной. В качестве идеала оно сигнализирует, что право может способствовать и действительно способствует целям формулирования, направления, сдерживания и информирования – а не просто обслуживания – процесса отпправления власти. Но то, что им (верховенством права) запрещается или разрешается, а также то, от чего оно зависит и чем оно, по сути своей, является, – все это предметы разногласий, вытекающих из различий между политической и правовой историей и традициями, но также отражающих дилеммы и альтернативы, которые повторяются, в различных формах и значениях, во многих из этих историй и традиций. Эта энциклопедическая статья посвящена всем этим непреходящим темам, дилеммам и альтернативам, существующим прежде всего в рамках традиции общего права – «верховенство права» – с одной стороны, и континентальной традиции – Rechtsstaat – с другой.

Начиная с последней четверти XX века тема верховенства права стала занимать все большее место в дискурсе не только юристов, для которых она давно уже не нова, но и всех активных сторонников стимулирования экономического развития, защиты прав человека, демократизации, государственного строительства, а также политической и правовой реформы. Все чаще стали высказывать мнение, что верховенство права является ключевым элементом в достижении все этих, а также и иных благ. По замечанию одного автора:

«В среде множества различных агентств по вопросам развития и правовой безопасности появилось новое понятие – «консенсус по вопросу верховенства права». Этот консенсус состоит из двух элементов: (1) убеждения, что верховенство права имеет важное значение для практически каждой из таких внешнеполитических целей западного либерализма, как права человека, демократия, экономическая и политическая стабильность, международная безопасность от террористических и других глобальных угроз, а также свобода международной торговли и инвестиций, и (2) убеждения, что любое международное вмешательство, будь то с помощью денег, людей или идей, должно включать в себя компонент верховенства права» (Call, 2007: 4).

В процессе такой трансформации верховенство права стало весьма модным трендом, при этом почти (а точнее, вовсе никак) не прояснив свою суть. Но ясность никогда не была сильной стороной этой концепции. Как и у множества других важных моральных, политических и правовых идеалов, таких, например, как демократия, справедливость или свобода, – смысл, масштаб, условия и значение верховенства права – все в высочайшей степени (а возможно, и по существу) спорно (Waldron, 2002). И, как в случае с упомянутыми идеалами, здесь существуют не только постоянные общие темы, но также и общие осевые векторы дискуссий и споров, пронизывающих весь дискурс о верховенстве права. Как нами уже утверждалось (Krygier, 2011: 69), такие споры вовсе не делают эти концепции бессмысленными или бесполезными. Наоборот, некоторые из них являются наиболее важными из имеющихся в нашем распоряжении. Мы вряд ли разрешим эти споры – здесь ли, или где-либо еще, но нам может оказаться посильным прояснить некоторые из них, предположив то, почему же они – и верховенство права – так важны для нас.

Концепция верховенства права воплощает те идеалы, которые фигурировали в политическом и конституциональном дискурсе, по крайней мере, еще со времен Аристотеля, который противопоставлял верховенство права «верховенству какого-либо индивидуума». Те идеалы сейчас изменились – так же как и стратегии их достижения, а равно и их словесные формулировки. Они вращаются вокруг все тех же непреходящих тем и проблем, однако характер их чутко уловлен в лаконичном замечании Отто Кирхгаймера о том, что:

«...несмотря на все различия исторических корней и конкретных правовых традиций, их общий знаменатель заключен в той простой мысли, что безопасность личности обеспечивается лучше всего тогда, когда ее конкретные претензии могут быть адресованы учреждениям, скорее опирающимся на постоянный набор твердых правил, чем зависящим от

преходящих, по своей сути, личных отношений и ситуаций. Кроме того, значительная часть их общего успеха, возможно, кроется в смешении подразумеваемых обещаний и удобной неопределенности» (Kirchheimer, 1992; первая публикация в 1967: 244).

Во всех своих версиях *верховенство права* оказывается связано с отношениями между правом и отправлением власти, в особенности власти публичной. В качестве идеала оно сигнализирует, что право может способствовать (и действительно способствует) целям формулирования, направления, сдерживания и информирования – а не просто обслуживания – процесса отправления власти. Это уводит нас несколько в сторону от мнения тех, кто рассматривает право лишь как одно из средств, с помощью которых функционирует власть. Причем средство это ничем не лучше и не хуже любых прочих. Ведь существует множество способов отправления власти; сторонники же *верховенства права* настаивают, что оно помогает нам блокировать некоторые из этих способов – в том числе многие из наихудших (Rundle, 2007), а также направлять другие по благоприятным путям и направлениям. Но то, что им (*верховенством права*) запрещается или разрешается, а также то, от чего оно зависит и чем оно, по сути своей, является, – все это предметы разногласий. Это происходит по ряду причин, зачастую вытекающих из различий между политической и правовой историей и традициями, но также отражающих дилеммы и альтернативы, которые повторяются, в различных формах и значениях, во многих из этих историй и традиций.

1. Право и Государство

В наши дни и в современном языке слова «право» и «государство» почти всегда стоят рядом. Однако так было не всегда и не везде, да и сейчас имеет значение то, рассматривается ли их связь как необходимая или как случайная, и даже больше – рассматривается ли она, эта связь, скорее как понятийная, чем историческая. Ключ к ответу на этот вопрос лежит в терминах, используемых различными языками. В частности, существует очевидное семантическое различие между «верховенством права» (термином, используемым в английском языке) и существующими во многих европейских языках терминами, которые описывают частично ту же (хотя и не всю) смысловую область. Каждый из них имеет свой контекст и свою историю, которые не могут быть проигнорированы или попросту пропущены, но в языках континентальной Европы есть понятие, повсеместно встроенное в концепцию, но при этом отсутствующее в английском «the rule of law», а именно: Государство. Будь то немецкое *Rechtsstaat*, французское *état de droit*, итальянское *stato diritto*, испан-

ское *estado de derecho*, польское *państwo prawa* или русское *правовое государство* – везде понятие право оказывается неразрывно соединенным с понятием *государство*. Это – тема (грамматически и онтологически) всех и каждой из вышеприведенных терминологических реализаций. Тем не менее в термине «*the rule of law*» (*верховенство права*) *государство* как таковое не упоминается. И это произошло далеко не случайно.

Понятие *государство* вообще не является частью английской конституционной юриспруденции, в то время как в Австралии и Соединенных Штатах оно относится лишь к тому, что немцы называют *Länder* (федеративными землями. – Прим. перев.) (см. *MacCormick, 1984: 65*). Заглядывая еще дальше, можно сказать, что английская традиция долгое время придерживалась плюралистского подхода в своей концепции источников права (*Rosenfeld, 2001*), с множеством взаимодополняющих и конкурирующих авторитетных источников, в том числе обычаев судебного обихода, судебных решений и писаных законов. Действительно, хотя суды общего права издавна и действовали в интересах британской короны, некоторые из наиболее мощных мифических соперничеств на поле английской традиции *верховенства права*, в частности, конституционные схватки XVII века, порой толкали эти суды на борьбу с теми, кто эту корону носил, причем даже ценой головы самого венценосца (например, как в случае с казненным по решению парламента Карлом I), который в других странах вполне мог бы именоваться главой Государства.

В соответствии с традицией общего права общепринятой практикой было на протяжении долгого времени считать, что «*издревле обретенное собрание неписаных заветов и обычаев*» (*Blackstone [1765–9] 1979, том 1: 17*) являлось главным источником права и «*единственным способом подтвердить, что та или иная сентенция есть норма общего права, показав, что она всегда соблюдалась согласно обычаю*» (*Blackstone [1765–9] 1979, том 1: 68*). В пользу такого обычая свидетельствовало (будучи не получено, но заявлено) наличие другого законодательного источника, а именно решений судов по конкретным делам, им представленным. Вот это и было «общее право» (*Krygier, 1998*), которое сторонники *верховенства права* в XVII веке предпочитали повелениям своего короля: «Право, сформированное сложившейся практикой, право, не созданное по воле, приказанию или праву самодержца, ограничивало его правление, лишая его возможности творить произвол» (*Reid, 2002: 12*). Правда, суды были королевскими судами, но законодательство, согласно которому они судили, по большей части вовсе не было творением самого монарха. Оно не было просто инструментом, с помощью которого монарх и государство могли бы направлять и регулировать проведение государствен-

ной политики. Ведь король, как и все его подданные, сам подчинялся «закону страны».

Продуманное, светское, целеустремленное, прозаическое (не священное) законодательство, по замечанию Макса Вебера, является главным и отличительным признаком современности в праве (см. *Weber, 1968: 760-768*). Конечно, сегодня в связи с его начавшимся в XVIII веке экспоненциальным ростом (см. *Lieberman, 1989*) законодательство перевесило обычаи судебного обихода и даже судебные решения, став главным и все более властным источником права также и в странах общего права, по аналогии с остальным миром. Однако убеждение, что верховенство права опирается на источники, отличные от законодательных приказов, что судебная система является одним из основных его хранителей и что все, даже самые влиятельные персоны, должны ему подчиняться, глубоко укоренено в традиции общего права и не потеряло своего резонанса. Это убеждение выражалось разными способами на протяжении многих веков, но каноническая связь между термином «верховенство права» и этими мыслями вытеснила в итоге другие дескрипторы – в первую очередь благодаря чрезвычайно влиятельному труду А. В. Дайси, появившемуся в конце XIX века (*Dicey, 1959, 1-е изд. – 1885*). В формулировках Дайси дистиллировалась (а в некоторых отношениях и деформировалась) давнишняя английская правовая традиция.

Она не нашла себе параллели в концепции *Rechtsstaat*, существовавшей в XIX и начале XX века. Причем сам этот термин появился лишь в самом конце XVIII века (*Heuschling, 2002: 29*) для фиксации нового феномена – современного государства с его монополией на отправление власти. Вот это государство и стало предметом данной концепции, а также юридическим источником права. *Rechtsstaat* управляется правом и через посредство права, тогда как другие типы упомянутого современного государства, такие как *Machtstaat* (властное государство) или *Polizeistaat* (полицейское государство) (см. *Raeff, 1983*), могут вполне обходиться и без права, отправляя власть другими способами. Отличительной чертой *Rechtsstaat* было не то, что государство подчинялось праву, у которого, кстати, были и другие источники и иные независимые хранители, а то, что оно действовало правовым (*rechtlich*) образом, поскольку «в соответствии с некоторыми конструкциями XIX (и начала XX) века существует отношение почти полной идентичности между государством и его правом... в системе государственного управления заключен стандартный способ выражения государства – сам его язык, сама среда, необходимая для его деятельности» (*Poggi, 1978: 102*). Этим мы и признаем его как *Rechtsstaat*, в отличие от прочих типов государства. Не осталось никакого концептуаль-

ного пространства, чтобы повторить государству то, что сэр Генри Брэктон уже сказал в XIII веке:

«Над королем есть старший по званию – Господь Бог. Кроме того, есть право, по которому он был сделан королем. Кроме того, есть его курия, а именно графы и бароны. Потому что если у него не будет узды, то есть права, то им надлежит ее на него надеть» (цит. по Reid, 2002: 11; см. также Palombella, 2010, везде).

Такова важная претензия верховенства права.

2. Власть произвола: бесконтрольная или непокорная

То, что даже самые влиятельные люди и учреждения должны подчиняться закону, является давнишней темой английской правовой традиции. *Верховенство права* (тракуемое в этом случае как равенство всех перед законом) обычно противопоставляется властному произволу, который прежде всего и является тем злом, которое *верховенство права* призвано обуздать. Это ведет к еще одному отличию, на этот раз замаскированному, а не выявленному, семантикой. *Произвол* сам по себе – понятие неоднозначное. Является ли он, например, «несанкционированным вмешательством» или «помехой, не подпадающей под установленные правила» (Pettit, 2012: 58)? Это – два из нескольких (см. Richardson, 2002, гл. 3) представлений о данной концепции. Они имеют прямое отношение к праву: первое обычно именуется «управлением в соответствии с правом», а второе – «управлением посредством права». Если бы пришлось выбирать, то существуют сильные аргументы в пользу предпочтения первого второму (см. Pettit, 2012), но в идеале мы сталкиваемся с первым постоянно, а в случаях отправления государственной власти – также и со вторым. Однако не всякий, желающий противостоять «произволу власти», имеет в виду оба эти смысла.

Как мы убедились, традиция общего права, по меньшей мере начиная с XIII и почти до конца XVIII века, утверждала, что король должен подчиняться закону, не им изданному, т. е. тому закону, который, собственно, и сделал его монархом. Для короля – да и для кого бы то ни было – игнорировать или пытаться обойти этот закон означало действовать по произволу (см. Reid, 2004, Palombella, 2010). Сами личные свободы и процедуры для их защиты, такие как право на неприкосновенность личности (*habeas corpus*) и на надлежащую правовую процедуру (*due process*), закреплялись в том же законе, и любые посягательства на эти свободы запрещались даже монарху, *по закону*. При этом то, что упомянутый закон часто не был выражен в форме ясных, ожидаемых, общих правил (см. Maitland, 1965, 1-е изд. – 1908: с. 383) – что сегодня рассматривается как самая

суть верховенства права, – было не вполне уместно (Reid, 2002). Действительно, учитывая традиционный, динамичный, безостановочный и эволюционный характер общего права, теоретически сформулированный его адептами, это было даже совсем некстати (см. *Postema, 1986, гл. 1*). Вся проблема была заключена в его верховенстве.

Однако начиная с XVIII века право стало все чаще рассматриваться в качестве прямого или косвенного продукта деятельности политического законодателя, «суверена», а в английском праве не существовало ничего (по крайней мере, возможно, до изменений самого последнего времени в результате вхождения Великобритании в ЕС), что было бы в правовом отношении выше суверенного законодателя. Концепцию *верховенства права* постепенно стал более занимать характер правил, принятых сувереном: которые должны были стать ясными, ожидаемыми, непротиворечивыми и т. д.

Потрясенные таким понижением статуса права, ранее имевшего верховенство над сувереном, и тем, что они сочли «произволом» по отношению к себе со стороны суверенного британского парламента (Reid, 2002), американские колонисты вначале устроили революцию, а затем применили прорывную инновацию – писаную конституцию, обязательную для законодателя и регулярно контролируруемую независимым Верховным Судом, чьи решения со временем также стали обязательными для законодателя. Это было новаторским способом реабилитировать давнишний правовой принцип. В Англии старые представления выстояли, но начали испытывать все большее давление со стороны современных трендов в законодательной сфере.

На континенте же дело обстояло иначе. *Rechtsstaat* было не просто государством любого типа, как мы уже видели, но таким государством, которое функционирует на основе правовых норм, сконфигурированных определенным образом. «В самой сердцевине теории *Rechtsstaat* находится вопрос о произволе власти, о потенциальном насилии, вписанном во все отношения господства и доминирования, будь то отношения частные или общественные» (Heuschling, 2002: 42). Тем не менее сторонники *Rechtsstaat* не предусматривали права, стоящего *над* государством, что давало бы основание для апелляции к более высокому понятию или другому источнику права. Право было характерной чертой *правового государства*, но при этом оно являлось *продуктом* этого государства. Лишенная всякого произвола правовая (*rechtlich*) природа государства представляла собой вопрос о том, в какой степени указы этого государства принимают форму общих правил, которые бы соответствовали конкретным формальным критериям и были бы, в частности, годны для обеспечения

определенности и предсказуемости. В таком понимании «*Rechtsstaat* означает, что право представляет собой структуру самого государства, а во все не полученные извне его (государства) ограничения... Тогда свобода является следствием, а не предпосылкой права. Власть, заключенная в этом консервативном аристократическом государстве, защищала гражданские свободы, в качестве некоего сервиса, предоставляемого через посредство этого Государства» (*Palombella, 2010: 11-12*).

Мнение о том, что государственные органы должны следовать праву, находящемуся *превыше* государства, появилось только в середине прошлого века с развитием писаных и юридически обязательных конституций, в особенности как реакция на бедствия, вызванные до этого нацизмом. А до тех пор – хотя «способствовать своему самоограничению путем привязки к правовым нормам было в интересах государства» (*Loughlin, 2010: 320*), да и в интересах его граждан также – государство само решало, стоит ли ему идти на самоограничение (*Selbstbeschränkung*). В то время как традиция общего права зачастую, а в XVII веке еще и громкогласно, провозглашала, что суд должен защищать права личности от *посягательств короны*, подобного противостояния просто не существовало в немецкой концепции *Rechtsstaat* (см. *Rosenfeld, 2001: 1319*), где, как показывает Леонард Кригер, прогнозировались «прежние национальные гипотезы, сделавшие идею свободы не полярной противоположностью, а исторической соратницей княжеской власти» (*Krieger, 1957, 5*). Налицо глубочайший контраст. Как отмечает Гоцци:

«В Германии <...> доктрина Rechtsstaat исключает возможность примата права над государством. Действительно, именно в отношениях между правом и государством – которые в случае Германии привели к принятию примата государства над правом – проявляется наиболее важная особенность Rechtsstaat. Напротив, английская доктрина правительств законов наиболее ярко отличается постановкой верховенства права на основание его превосходства [над государством], что и провозглашено тамошним правосудием» (*Gozzi, 2007: 238*).

С точки зрения тех, кто подвергается воздействию власти, важно как само управление, так и способ его осуществления, т. е. управление в соответствии с правом и посредством права. Но это далеко не одно и то же. Государство может быть управляемым, но действовать в соответствии с указами, имеющими вполне конкретные цели, хранимые в тайне от граждан, либо противоречащие друг другу или имеющие обратную силу, – либо же быть управляемым вообще без каких-либо указов, не говоря уже о законах. С другой стороны, государство может, напротив, быть неконтролируемым, но действовать посредством законов, которые являются

общедоступными, четкими, непротиворечивыми и т. д. И в том и в другом случае отсутствует нечто весьма значительное. Ибо там, где произвол в любом из двух значений оказывается связан со значительной властью, он, по крайней мере, вызывает разумные опасения, что это приведет к посягательству на свободу лиц, подчиненных такой власти, к вселению в этих лиц осознанного и устойчивого *страха*, а также к лишению граждан возможности прогнозировать свое будущее, с утратой ими *согласованности* в общении как друг с другом, так и с государством. И, как подчеркивали Лон Фуллер (1969) и Джереми Уолдрон (2011а), такое сочетание власти с произволом угрожает *человеческому достоинству* каждого, кто оказывается простым объектом приложения власти по прихоти или капризу других лиц.

Это – четыре достаточно хороших довода в пользу того, чтобы оценить снижение возможности властного произвола (см. *Krygier 2011: 79-81*). Вполне могут существовать и многие другие, например, из числа тех, что импонируют экономистам как имеющие отношение к предполагаемому вкладу верховенства права в экономическое развитие (*DAM 2006*). Насколько верховенство права способно помочь в таком снижении, настолько имеет смысл его ценить. Оно, конечно, выражается не только в отрицательном аспекте, как нечто, помогающее расправиться со злом, но может быть выражено и положительно. Общество, в котором право способствует обеспечению свободы, уверенности, согласованности и достоинства, находится на достаточном положительном отдалении от множества прочих альтернатив. Есть и другие вещи, которых мы ждем от права, и многие другие вещи, которых мы могли бы ждать от идеального общества, но пути обретения этих ценностей неизмеримо труднее без институционализации ограничений на произвол (в обоих имеющих смысл) власти.

По мнению одних мыслителей, подобные размышления о том, что хорошего может проистечь из сокращения произвола в отправлении властных функций и какие там могут быть аргументы «за», выводят нас за пределы аналитической задачи понимания того, что есть верховенство права. По мнению других – это даже не подводит нас к тому, что на самом деле важно. Первые предпочитают «тонкие» счета. Вторые, напротив, заполняют счета верховенства права большим числом ингредиентов самого разного вида. В литературе такие счета любят именовать «толстыми».

3. Тонкие или толстые

Помимо освещения вопросов контроля в сравнении с характером права пишущие о верховенстве права часто различают его «тонкие» или

«формальные» концепции, с одной стороны, и «толстые», «существенные» или «материальные» концепции – с другой. Первые ограничиваются формальными свойствами законов и правовых институтов, ставящих своей целью формирование верховенства права. Вторые же требуют включения существенных элементов более широкой концепции идеального общества и государства – демократического, с рыночной экономикой, уважением прав человека или чего-либо подобного.

Современные правоведы-аналитики предпочитают первый путь. Они зачастую даже принимают (*Hart, 1969: 273-274*) или расширяют (*Raz, 1974; Walker, 1988*) восемь известных принципов Лона Фуллера, относящихся к тому, что сам он называл «этикой права», в том смысле, что эти принципы являлись определяющими характеристиками верховенства права, даже если эти правоведы не соглашались с Фуллером относительно того, заслуженно ли эти принципы именуются морально-этическими. По словам Фуллера (1969), эти принципы заключались в том, что должны существовать некие правила, которым нужно быть общеизвестными, предсказуемыми, понятными, непротиворечивыми, принципиально выполнимыми и достаточно стабильными – с тем чтобы граждане могли ориентироваться на них в своих действиях, – а также осуществляемыми посредством методов, совпадающих с их условиями. Ведется спор относительно того, существуют ли надежные связи между такими «тонкими» принципами и существенными ценностями, находящимися за их пределами (см. *Krygier, 2010: 114-120*). Однако каким бы ни было мнение по этому вопросу, на фоне «тонкой» концепции эти более широкие значения представляются чем-то явно отличным от верховенства права.

Опять же доктрина *Rechtsstaat* колебалась между «толстыми» и «тонкими» в течение всех двух веков своей эволюции. Она была впервые оформлена немецкими либеральными теоретиками конституционного и административного права, такими как Карл Роттек, Карл Теодор Велькер и Роберт фон Моль, которые стремились охарактеризовать правопорядок с точки зрения ценностей, которым служили (эти ценности, в свою очередь, должны были реализовываться *в государстве*, а не *против государства*). После падения нацизма доктрина *Rechtsstaat* вернулась, в изрядно усиленном виде, к своей нормативной характеристике, основанной на фундаментальной ценности, сформулированной в статье 1 Основного Закона Германии 1949 года, а именно ценности человеческого достоинства. Тем не менее в период после неудачи революций 1848 года, в особенности в правление Бисмарка и после него, версии доктрины *Rechtsstaat* конца XIX и начала XX века были очищены от нормативных спаек и строго посвящены разработке формальных компонен-

тов того правового порядка, который мог бы должным образом именоваться *Rechtsstaat*.

Не только философы права, но и правоведы-компаративисты (см. *Peerenboom (ред.), 2004*), как правило, склоняются в пользу «тонких» версий концепции, которые было бы уместно назвать «облегченными» версиями верховенства права и которые были проще в определении и дальнейшем развитии, ибо чем меньше с собой багажа, тем легче ехать. Многие правительства, особенно авторитарные, также предпочитают, когда их оценивают по «тонким» формальным критериям, которые куда легче выполнить, чем «толстые» с их многочисленными морально-этическими запросами. Сегодня международные предприниматели, не желая ввязываться в далеко не однозначные споры о демократии, правах человека и других основополагающих ценностях при ведении коммерческих дел, скажем, в Сингапуре или Китае (или же делая бизнес с обоими), также зачастую предпочитают формальную, «тонкую» концепцию.

Многие, однако, находят «тонкие» концепции весьма неадекватными. Рональд Дворкин, например, скептически относился к концепциям верховенства права как простого «свода правил», утверждающим, что «настолько, насколько возможно, власть государства никогда не должна применяться в отношении отдельных граждан, кроме как в соответствии с правилами, явно заданными в доступном для всех своде правил... Те, кто принял эту концепцию верховенства права, заботятся о содержании правил в их своде, но они же говорят, что это вопрос самосуществующей справедливости и что таковая является независимым идеалом, ни в каком смысле не принадлежа к идеалу верховенства права» (*Dworkin, 1985: 11*). Он (Дворкин), напротив, рассматривал верховенство права как воплощение идеала – в высшей степени положительного и существенного – «идеала правления с помощью точной общественной концепции прав личности» (*Dworkin, 1985: 11-12*).

У социолога Филипа Селзника имелась более сложная комбинация «тонких» и «толстых» концепций. Он соглашался с теми политическими реалистами, которые подчеркивали важность строгого соблюдения законности как средства сдерживания власти, при этом рассматривая верховенство права как совершенную защиту от злоупотреблений властью (*Selznick, 1992: 174*). С другой стороны, Селзник настаивал, что «верховенство права таит в себе большие обещания» и что «толстый, более позитивный взгляд может говорить о большем, чем просто злоупотребление властью. Он реагирует на значения, которые могут быть реализованы, а не просто защищены, в рамках правового процесса. Эти значения включают уважение достоинства, честность и моральное равенство людей

и групп населения. Понятое таким образом верховенство права расширяет горизонты, даже неся в себе идею ограничения» (Selznick, 1999: 26).

В Германии обстоятельства, которые перевели преобладание концепций *Rechtsstaat* с «тонких» на «толстые», были более существенны, чем те, которыми были заняты Дворкин и Селзник. На самом деле они были трагическими. Уже в Веймарской республике Герман Геллер отклонил сформулированную его современником Хансом Кельзенем позитивистско-правовую формальную концепцию *Rechtsstaat*, которая годилась для любого государства. Геллер настаивал, что только демократическое государство, вначале полагающееся на фундаментальные этические принципы, а затем их институционализирующее, могло именоваться *Rechtsstaat* (дебаты между Карлом Шмиттом, Кельзенем и Геллером относительно природы *Rechtsstaat* см. в Dyzenhaus, 1997). Хотя Геллер умер в 1933 году, он уже тогда видел, что фашизм представляет серьезную угрозу для такого государства. И действительно, в последующие годы его кошмарные предчувствия сделались реальностью.

В перспективе немецкой постнацистской ретроспекции и самоанализа «тонкие» концепции начали казаться не просто неадекватными, но сами по себе определенно опасными. Доктрина *Rechtsstaat*, воплощенная в послевоенной немецкой юриспруденции, таким образом, несет в себе твердую приверженность основополагающим правам и посвященной сохранению человеческого достоинства преамбуле Основного Закона Германии 1949 года (Grote, 1999). Все это закреплено в подлежащей пересмотру статье 1 *Grundgesetz*. Там говорится: «Человеческое достоинство неприкосновенно. Его уважение и защита являются долгом и обязанностью всех органов государственной власти». В особенности через интерпретации в Федеральном конституционном суде Германии это породило богатую судебную практику защиты основных прав, что, в свою очередь, характеризует современный уровень понимания в Германии государства *Rechtsstaat*, или, как его зачастую расширительно (а порой и усложненно) именуют, *sozialer Rechtsstaat*, объединяя, таким образом, с идеей социального государства (*Sozialstaat*).

Проблемы, как всегда, накапливаются в крайностях. Что может дать нам определение концепции, несущей в себе множество нормативных откликов, в терминах, которые игнорируют любые вопросы на тему возможного смысла и просто фокусируются на характеристиках институтов и практик? Особенно когда не ясно, настолько ли относятся такие характеристики, выбранные «тонкими» теоретиками, к тому, что право делает и должно делать в мире, насколько они относятся к неравномерно информированным адвокатским интуитивным догадкам в этих вопросах.

Опять же что тогда делать с отправлением власти внеправовыми силами, такими как социальные сети? Если они свободны действовать по своему произволу или капризу, то что говорит закон и имеет ли смысл настаивать на том, что верховенство права все же существует только лишь ввиду того, что присутствуют определенные формальные элементы правового порядка? Чрезмерно «тонкие» концепции зачастую кажутся такими «худыми», что вызывают мысли об острой необходимости их усиленного кормления. И, наоборот, счита, предназначенные быть «худыми, как щепка», довольно часто «распухают» больше, чем предполагалось: особенно там, где – как это часто бывает в случае с полными благих намерений вмешательствами стран первого мира (т. е. наиболее развитых держав. – *Прим. перев.*) в дела «погруженных во мрак» стран-изгоев – они воплощают местнические допущения относительно того, какие черты знакомого правового порядка порождают дружественные результаты применения принципа верховенства права. Когда собрание юридических *bric-à-brac* просят совершить путешествие в другие земли, то часто оказывается, что этот *правовой антиквариат* ведет себя по-другому (или вообще никак не ведет) там, куда он приземлился (*Krygier, 2011*). Также может случиться, что институты и практики того сорта, что вовсе не известен в домах уверенных в себе экспортеров принципа верховенства права, оказываются адекватно работающими у себя дома, даже если и кажутся гостям довольно странными. Так это или нет – должно стать предметом спокойного изучения, а вовсе не всесокрушающего легалистского высокомерия. Слишком часто, однако, импортированные допущения по поводу действительно работающих правовых институтов, имеющих под собой долгую историю, традиции, структуры и практики, оказываются ввезенными контрабандой, а затем перепроданными под видом повсеместно применимых. И когда они «не приживаются», происходит ли это потому, что-де верховенство права является ложным идеалом, или же все-таки потому, что экспортировалось не само верховенство права, а чужие местнические институты, сочтенные необходимыми для получения ценностей, пока еще не достигнутых, и которые могут (и должны) быть обретыны другими способами?

С другой стороны, приверженцы «тонких» версий часто связывают «толщину», на которой так настаивают моралисты, с комбинацией местничества и империализма в отношении ценностей и институтов. Почему мы должны предполагать – в качестве факта или ценности, – что все культуры хотят от права одного и того же? Метаэтические споры, возникающие из-за этого, слишком велики, чтобы быть решенными здесь, но есть и другое опасение по поводу слишком «толстого» счета верховенства права. Как писал Джозеф Рац, «толстые» концепции имеют тенденцию смыывать все

различия между верховенством права и всем прочим, чего мы могли бы хотеть. Это делает их уязвимыми для критики в том, что «если верховенство права является нормой идеального права, тогда объяснение его природы будет сродни предложению законченной социальной философии. Но если это так, то у этого термина отсутствуют какие-либо полезные функции. Нам нет нужды претерпевать обращение в верховенство права лишь только для того, чтобы обнаружить, что верить в него – то же, что верить в неизбежность победы Добра над Злом» (Raz, 1979: 211).

Такая критика высвечивает и другую неадекватность предлагаемого выбора: дихотомия между скудной и формальной «худобой», с одной стороны, и «пышным тортом» из всего, что мы хотели бы иметь в идеальном обществе, – с другой, совсем не исчерпывает данного поля. Существует пространство для ценностей, особо связанных с отправлением власти, которые вполне можно было бы назвать отчетливо *правовыми* ценностями, если бы не тот факт, что различия между ними и другими ценностями вряд ли так уж принципиальны и заключаются, скорее, в глубине своих акцентов и оттенков. Многие правовые порядки несут с собой и передают долгую историю наблюдений, опыта и размышлений над патологией неограниченного и/или непредсказуемого отправления власти, а также над тем, что можно сделать, чтобы избежать такой патологии или умерить ее. Различные типы правового порядка обычно воплощают и создают ценности, связанные с тем, к чему тот или иной порядок предназначен, как в их одушевлении принципов и идеалов, так и в жалобах, которые они провоцируют, когда их практики попирают источники их же легитимности (см. *Selznick, 1999; Waldron, 2011a*). К их числу относятся такие ценности, как соблюдение законности или естественной справедливости, идеалов справедливого обращения и уведомления, а в конкретных правовых традициях и многое другое. Они касаются уважительного обращения с субъектом власти как с личностью, а не как «с бешеной собакой или домом, предназначенным под снос» (*Waldron, 2011a: 16*). Верховенство права вполне можно признавать неполным до такой степени, что некоторые из ценностей, относящихся к власти и имеющих отношение к тому, как организовывать и осуществлять потенциально вредные взаимодействия между ней и ее субъектами (которых слишком часто рассматривают в качестве объектов), оказываются обесщеченными. Попытки оправдать такие ценности, часто неявно подразумеваемые во многих правовых принципах и традициях, если не во всех правовых нормах, можно было бы считать услугой верховенству права, даже если они выходят за рамки чисто формальных аспектов законов и несмотря на то, что они могут отставать от правосудия, задуманного более целостно. Согласно одной точке зрения,

особым заболеванием, с которым частично борется верховенство права, является склонность неограниченной власти отправлять свои функции в столь же произвольной манере. Это – весьма широко распространенное заболевание.

4.Анатомия или телеология

Более фундаментальным вопросом, чем споры о «телесной полноте» верховенства права, является вопрос о том, с чего нам нужно начинать: с концентрации ли на его анатомии – т. е. тех институциональных особенностях, которых мы ожидаем найти в такой сущности, или на его свойствах – т. е. причинах, по которым нам важно именно это, а не что-нибудь иное. Давние традиции общего права очень мало зациклены на конкретных институтах, и еще меньше на точности характера правовых норм. Как показывает Райд, все это было слишком нечетко, слишком затуманено: «Как ни странно, средневековое конституционное право, из которого развились нормы сегодняшнего права, не выдержало бы требований к себе в отношении ясности и точности. Там всегда витала атмосфера неопределенности, неясности, словно дымовой завесой окружавшей всеобъемлющее сдерживающее «право» английского конституционализма. Даже его авторитет как права был окутан неизмеримостью» (*Reid, 2002: 16*). Но в одном вопросе традиция общего права всегда была предельно ясна: «Это, как заявил в XVIII веке виконт Болингброк, – вопрос сдерживания власти, а вовсе не вопрос типа и структуры правительства». Была ли власть возложена на одного монарха, или *на главных представителей сообщества*, или же *на весь народ*, не имело ровно никакого значения». Важно было то, находится ли эта власть под внешним контролем или нет. «Такие правительства являются правительствами произвола», – утверждал виконт (*Reid, 2002: 42*). Болингброк, вероятно, был бы весьма озадачен инструментарием, который сегодня возят с собой по миру промоутеры верховенства права из ООН и Всемирного банка, – инструментарий, единообразный по своему характеру, разнообразный по своему приложению и, по видимому, универсальный в своем применении. Почему именно эти конкретные институты священны? Какой в этом смысл? О чем вообще речь и в чем суть дела? Повлиял ли тип задачи на состав инструментария? Даже для тех из нас, кто уже давно оставил занятия мифологией и агиографией общей теории права, эти вопросы вовсе не так уж и плохи.

Похожие варианты выбора обнаруживаются в традиции *Rechtsstaat*. Ранние пропагандисты концепции были совсем не правовыми анатомами, а – в основной своей массе – протолибералами, многие из которых под влиянием Канта стремились к установлению порядка равенства

перед законом тех (и для тех) граждан, чья личная автономия и собственность находились под защитой закона. Государство признавалось как *Rechtsstaat* лишь в той степени, в какой оно достигало этих целей, а во все не потому, что имело ту или иную форму государственного устройства. Как выразился фон Моль, «логически цель *Rechtsstaat* не переплетается с конкретной формой правления, но, напротив, всякое установление общественной власти, гарантирующее гражданам права личности и развитие всех видов их деятельности, является приемлемым» (цит. по Heuschling, 2002: 59; перевод с французского мой. – Прим. авт.). Эти писатели не скрывали, что самым значимым было достижение того, что они считали смыслом верховенства права, а вовсе не вопрос, было ли оно примером особой формы институциональной архитектуры. Это понимание не выдержало испытания временем и менее чем через столетие было вытеснено формальной, анатомической концепцией, подчеркивающей позитивистски характеризующие особенности государства, которые квалифицировали его как могущее носить звание *Rechtsstaat*.

По телеологическому счету, однако, верховенство права не может быть адекватно объяснено с помощью списка, где детально перечисляются особенности и функции правовых институтов, правил и практик. Ведь верховенство права наступает тогда и в той мере, когда существует некое социальное завоевание, которое обеспечивается правом. И когда мы, например, говорим, что верховенство Сталина было неоспоримо и что он всегда был прав, но это не означало, что при нем существовало верховенство права, то мы не высказываем ничего такого, что можно было бы оспорить, и вам не нужно быть знатоком Дайси или Фуллера, чтобы с этим согласиться. Так что, по крайней мере, для несведущих в праве и философии понятие верховенства права связано с тем, на что право реально влияет, а вовсе не с тем, что кто-то где-то и как-то его (верховенство права) охарактеризовал.

Кроме того, если праву поручено делать вещи, которые мы связываем с верховенством права, но его миссия проваливается, то можно сказать, что была предпринята попытка обеспечить верховенство права, но она оказалась неудачной: законы были из числа тех, что мы связываем с верховенством права, все старались, но по какой-то причине сил не хватило. Сказать, что в обществе существует верховенство права, означает признать наличие достижения, а для сторонников верховенства права – даже ценного завоевания, означающего, что идеал, которому должно способствовать право, был приближен.

С этой точки зрения верховенство права не является такой физической сущностью, как, например, дерево, ожидающее ботаническо-

го описания, или даже как искусственное ухищрение, типа нормы права в своде законов, которая может быть идентифицирована путем простого на нее указания. Верховенство права существует в той мере, насколько в мире существует такое положение дел, при котором власть отправляется хотя бы относительно без произвола. Право должно вносить свой вклад, хотя оно никогда не будет делать этого по собственной инициативе. Стремление или идеал удовлетворяется лишь постольку, поскольку реализуются некоторые цели или задачи права. В то время как такое достижение, в принципе, может рассматриваться как имеющее нейтральную ценность (или вообще никакой) и ставшее (верховенство права также имеет сторонников – сегодня, пожалуй, даже слишком много, – которые считают его ценным) идеально подходящим для права. Если мы ценим такой идеал, то мы, конечно, должны попытаться определить, что может понадобиться для его создания. Но это – второй шаг. Без какого-либо принципа отбора, пусть только молчаливого, мы нигде не найдем такую груду правовых осколков, которая будет лежать «где-то там» и безошибочно узнаваться всеми как верховенство права.

Тогда предметом телеологического раздора является то, что для того, чтобы понять, что требует верховенство права, мы в первую очередь должны начать с его смысловой сути, а не с более распространенного перечисления якобы определяющих его правовых и институциональных особенностей, будь то особые институты вроде судов общего права (*Dicey, 1959*), особые формальные качества нормативных правил, такие как, например, прогнозируемость, ясность и т. д., или даже традиции и процедуры, такие как судебная защита, *habeas corpus* и т. д. (*Waldron, 2011a*), хотя последнее уже близко к явной обеспокоенности по поводу конкретного смысла верховенства закона.

На первый взгляд это выглядит повторением различия между «тонкими» и «толстыми», и действительно – анатомические счета верховенства права зачастую «тонки», поскольку сосредоточены на очерчивании характера правовых институтов. Но есть два отличия. Во-первых, особенно среди промоутеров верховенства права, редко случается, что у кого-то есть «тонкие» амбиции, чаще они просто путают идеи относительно того, что представляет собой верховенство права. Пропаганда верховенства права – это, в конце концов, как бы попытка подрядить верховенство права на то, чтобы творить в мире добро, а не только штамповать копии учреждений, имеющих у пропагандистов дома. Однако промоутеры верховенства права бывают зачастую ограничены общепринятым уподоблением верховенства права или *Rechtsstaat*, особому набору ухищрений и начинают скорее пытаться оправдывать некие цели с помощью

априорного каталога того, что необходимо для достижения верховенства права, нежели стараются сами признать, что для такого достижения им могут понадобиться некие новые ухищрения. Осознание того, что надо, образно говоря, начинать с конца, т. е. именно с цели, а вовсе не с предполагаемых средств ее достижения, могло бы помочь избежать многих огорчений по поводу того, что трансплантация таких средств не в состоянии обеспечить того, что от нее ждут, а именно продвигать принцип *верховенства права*.

Более того, различия между «тонкими» и «толстыми», с одной стороны, и анатомическим и телеологическим, с другой стороны, не лежат в одной плоскости. Телеологический счет не обязательно нормативно «толст», он вполне может заниматься какой-либо одной малой целью, скажем, предсказуемостью правовой среды. Насколько нормативно обогащенным может быть смысл верховенства права, является предметом дебатов, но это – дебаты все же идут в телеологической плоскости. В этой плоскости вопрос состоит в первую очередь не в том, какой нормативный вес несет концепция, а в том, где следует начинать думать о верховенстве права – либо перечисляя предполагаемые (и, как правило, универсальные) признаки, либо задаваясь вопросом о том, для чего верховенство права может лучше всего пригодиться. И поскольку трудно знать наперед, какие из особенностей имеют большее значение, то предлагается все-таки начать с конца.

5. Правовое или социально-правовое

Если речь идет об основополагающих ценностях, вдохновляющих приверженцев верховенства права, это может иметь серьезные и несколько парадоксальные последствия для того, где следует искать оправдания того, чем, как считают, должны быть такие ценности. В поиске их высвобождения, скорее всего, придется децентрализовать само право. В конце концов, имеется в принципе открытый и, вероятно, изменяемый вопрос о том, что в мире лучшего всего минимизирует произвол при отправлении власти, и то же можно сказать о любой другой ценности, которую нам помогает оправдать право. Все же если важны конечные цели, тогда не ясно, следует ли нам предположить, что право всегда служит ключом к достижению вдохновляющих ценностей верховенства права, и даже менее – государства. Все это справедливо, независимо от ценностей, имеющихся в виду, и будет тем более справедливо, по мере того как будут накапливаться ценности, ассоциируемые с принципом верховенства права. Идеальное общество можно считать большим достижением, но право вносит в его построение лишь малую, хотя и драгоценную, лепту.

Все это приложимо практически на любом уровне. Если авторитарной власти нам следует опасаться, то везде, где власть настолько сильна, чтобы ее боялись, уместны опасения верховенства права. Таким образом, сосредоточение на государстве не всегда обосновано, особенно в условиях, когда многие источники сдерживания произвола власти, а также многие опасности, из этого вытекающие, и многие блага, полученные путем такого сдерживания, лежат вне государства, а многие из средств достижения этих благ лежат и за пределами права (см. Krygier, 2011: 85-91). Если это так, то неочевидно, что знакомые институты, ассоциируемые правовыми анатомами с принципом верховенства права, всегда будут работать наилучшим образом. Право само по себе никогда не добьется многого в мире, и ключевым сопровождением при исследовании верховенства права должно быть (но редко было) изучение того, что же еще, вне права, может потребоваться для достижения его целей.

Придерживаясь этой точки зрения, право следует рассматривать не как всегда необходимый центральный элемент власти-ограничительной политики, которой подчиняются или которую дополняют все прочие меры, но как одно из нескольких орудий разной значимости, и в некоторых отношениях и обстоятельствах потенциально уникальной важности, чей успех тем не менее зависит от многих других вещей, возможно, не столь важных для достижения своей собственной цели, как они. Похожие рассуждения справедливы – и, пожалуй, даже в еще большей степени – для государства, исповедующего доктрину *Rechtsstaat*.

Нужно что-то сказать и о правовом плюрализме, воплощенном в старой традиции общего права и вытесненном ростом современного государства: в принципе, в *Rechtsstaat*, но также и в целом с учетом государственных тенденций современности. Даже с его господством, и особенно там, где оно подается как «обанкротившееся», «слабое» или «перестраивающееся», государство никогда не остается без альтернативы. Это банальность социологическая, но она должна была все-таки больше повлиять на правовые банальности, чем это ей удалось. Адвокаты, естественно и привычно, фокусируют свое внимание на государственно-правовых органах, но тем из них, кто заинтересован в продвижении ценностей, лежащих в самой основе верховенства права, а также в том, чтобы сделать его по-настоящему полезным, придется заглядывать гораздо дальше.

Если вышеизложенные соображения приемлемы в рамках существующих национальных государств, то они должны быть еще более привлекательными для тех, кто хочет говорить (так, как многие сегодня делают) о возникающем на наших глазах «международном верховенстве

права» (*Palombella 2009; Waldron, 2011b*). Что бы это ни означало, пока нет международного *Staat*, могущего стать законодательным и правоохранительным источником для всех. Возможно, спорен вопрос, является ли хорошей идеей стремиться к расширению верховенства права в международной сфере, но это покажется странным усечением аргумента в таком споре, если кто-то исключит негосударственно-ориентированное верховенство права, просто по определению.

Это указывает на потребность в социологической осведомленности и чуткой восприимчивости – т. е. тех качествах, которые не так уж сильно присущи юристам, будь то специалисты по верховенству права или знатоки *Rechtsstaat*. В обществе есть и совсем иные секторы, которые повлияют на степень достижения ценностей, лежащих в самой основе верховенства права. Парадоксально, но для того чтобы приобрести эти ценности, мы должны смотреть далеко за пределы тех институтов, с которыми мы обычно чаще всего их связывали.

Все это не делает ни право, ни государство малозначимыми. Однако это может позволить нам увидеть их важность в перспективе, уделить должное внимание другим явлениям, которые нужно будет привлечь для обслуживания таких целей, и освободить нас от власти мантры то ли верховенства права, то ли *Rechtsstaat*, которые в своей модной повсеместности грозят скрыть те ценные – и воистину благородные – цели, ради которых они и были брошены в бой, вместо того чтобы без разбора служить практически любой цели, какую бы им ни назвали.

Использованная литература:

1. *Blackstone W.* (1979) *Commentaries on the Laws of England*. Chicago: University of Chicago Press.
2. *Call C. T.* (2007) «Introduction» to Call, ed. *Constructing Justice and Security after War*. Washington, D.C., United States Institute of Peace Press.
3. *Dam K. W.* (2006) *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brookings Institution Press.
4. *Dicey A. V.* (1961) *Introduction to the Law of the Constitution*, 10th edition, London: Macmillan.
5. *Dworkin R.* (1985) *Political Judges and the Rule of Law*, in *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
6. *Dyzenhaus D.* (1997) *Legality and Legitimacy*. Schmitt C., Kelsen H., Heller H. in Weimar. Oxford: Oxford University Press.
7. *Fuller L. L.* (1969) *The Morality of Law*, revised edition. New Haven: Yale University Press.

8. *Gozzi, G.* (2007) Rechtsstaat and Individual Rights in German Constitutional History, in Pietro Costa and Danilo Zolo, eds. *The Rule of Law. History, Theory and Criticism.* Dordrecht, Springer Verlag, 237-259.
9. *Grote R.* (1999) Rule of Law, Rechtsstaat and «Etat de droit», in Christian Starck (Ed.). *Constitutionalism, Universalism and Democracy: A Comparative Analysis.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 269-306.
10. *Hart H. L. A.* (1967) Problems of Philosophy of Law, in 5 *The Encyclopedia of Philosophy*, 264-276.
11. *Heuschling L.* (2002) *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law.* Paris: Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Éditions Dalloz.
12. *Kirchheimer O.* (1967) The Rechtsstaat as Magic Wall, in Scheuerman W. E. ed. *The Rule of Law under Siege. Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer.* California: University of California Press, 1996, 243-263.
13. *Krieger L.* (1957) *The German Idea of Freedom.* Chicago: University of Chicago Press.
14. *Krygier M.* (1998) Common Law, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 10 volumes, ed. Edward Craig, London: Routledge. Vol. 1, 440-446.
15. *Krygier M.* (2010) The Hart-Fuller Debate, Transitional Societies and the Rule of Law, in Peter Cane, ed., *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century.* Oxford: Hart Publishers, 107-134.
16. *Krygier M.* (2011) Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares? in Fleming J. E. ed., *Getting to the Rule of Law.* New York: New York University Press, 64-104.
17. *Lieberman D.* (1989) *The Province of Legislation Determined.* Cambridge: Cambridge University Press.
18. *Loughlin M.* (2010) *Foundations of Public Law.* Oxford: Oxford University Press.
19. *MacCormick D. N.* (1984) Der Rechtsstaat und die rule of law, 50 *Juristenzeitung* 50, 65-70.
20. *Maitland F. W.* (1965) *The Constitutional History of England.* Cambridge: Cambridge University Press.
21. *Palombella G.* (2009) The rule of law beyond the state: Failures, promises, and theory, 7, 3 I • CON, 442-467.
22. *Palombella G.* (2010) The Rule of Law as Institutional Ideal, in Morlino L., Palombella G. eds., *Rule of Law and Democracy.* Brill, Leiden.
23. *Peerenboom R.* ed. (2004) *Asian Discourses of the Rule of Law.* London: RoutledgeCurzon.
24. *Pettit P.* (2012) *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy.* Cambridge: Cambridge University Press.
25. *Postema G.* (1986) *Bentham and the Common Law Tradition.* Oxford: Clarendon Press.
26. *Raeff M.* (1983) *The Well-Ordered Police State: Social and Institutional*

Change Through Law in the Germanies and Russia, 1600-1800. New Haven: Yale University Press.

27. *Raz J.* (1979) *The Rule of Law and its Virtue*, in *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.

28. *Reid J. P.* (2004) *The Rule of Law*, De Kalb: Northern Illinois University Press.

29. *Richardson H. S.* (2002) *Democratic Autonomy. Public Reasoning about the Ends of Policy*. Oxford: Oxford University Press.

30. *Rosenfeld M.* (2001) *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, 74 *Southern California Law Review*, 1307-1352.

31. *Rundle K.* (2009) *The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the Holocaust*, 59 *University of Toronto Law Journal*, 65-125.

32. *Selznick P.* (1992) *The Moral Commonwealth*, Berkeley. CA: University of California Press.

33. *Selznick P.* (1999) *Legal Cultures and the Rule of Law*, in Martin Krygier and Adam Czarnota, eds., *The Rule of Law after Communism*. Ash-gate/Dartmouth, Aldershot, 21-38.

34. *Waldron J.* (2002) *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?* 21, 2 *Law and Philosophy*, 137-164.

35. *Waldron J.* (2011a) *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in James E. Fleming, ed., *Getting to the Rule of Law*. New York: New York University Press, 3-31.

36. *Waldron J.* (2011b) *Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?* 22, 2 *The European Journal of International Law*, 315-343.

37. *Weber M.* (1968) *Economy and Society*. Vol. II. New York: Bedminster Press.

38. *Walker G. de Q.* (1988) *The Rule of Law. Foundation of Constitutional Democracy*. Carlton: Melbourne University Press.

All rights reserved Martin Krygier and Elsevier Publishers
(перевод Б. Мещерякова)

Мишина Екатерина Августовна
*к.ю.н., доцент кафедры конституционного права
факультета права НИУ-ВШЭ*

КЫРГЫЗСТАН: НЕЛЕГКИЙ ПУТЬ К ОСНОВАМ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА

Создавать основы правового государства в посттоталитарной стране, не имевшей ранее опыта национальной государственности, в стране, где состояние экономики на тот момент было близко к катастрофическому, – это непростая и амбициозная задача. Именно эта задача стала национальным приоритетом в бывшей Киргизской ССР после ее выхода из состава Советского Союза. Цель данной статьи – проследить первые шаги этой страны в направлении создания основ правового государства, охарактеризовать проводившиеся реформы и оценить результаты.

Как и для остальных среднеазиатских советских республик, для Кыргызстана развал СССР и внезапно обретенная независимость стали событием достаточно неожиданным. Несмотря на тот факт, что на момент подписания Беловежских соглашений Киргизская, Узбекская, Туркменская и Таджикская советские социалистические республики уже стали суверенными государствами (Казахстан провозгласил независимость последним 16 декабря 1991 года), официальное прекращение существования Советского Союза было настоящим шоком. По сравнению с другими советскими республиками активность национально-освободительного движения в этом регионе была достаточно невысока. Независимость стала для среднеазиатских республик качественно новым состоянием, и возникшая ситуация была беспрецедентной, поскольку лишь Узбекистан имел некоторый опыт национальной государственности. К «уходу в свободное плавание» эти страны были практически не готовы как политически, так экономически и психологически. Неудивительно, что по инерции предпринимались попытки сохранить ряд знакомых атрибутов советского прошлого. В Кыргызстане же все обстояло несколько иначе.

В октябре 1990 года президентом тогда еще Киргизской ССР был избран физик Аскар Акаев, и политическая жизнь страны начала радикальным образом трансформироваться. Бывший ранее одной из наи-

более консервативных советских республик, Кыргызстан стал предпринимать активные попытки по созданию демократии западного образца. Первым знаком перемен стала персона самого Акаева на посту главы государства (в остальных четырех молодых среднеазиатских государствах президентами были избраны республиканские партийные руководители советского периода). В Кыргызстане на президентский пост также баллотировались два хорошо известных кандидата советского образца, один из которых был ранее председателем Совета Министров Киргизской ССР, а другой – первым секретарем коммунистической партии республики). Ни один из этих кандидатов не получил большинства голосов в республиканском Верховном Совете, где проходили выборы. По доселе неясной причине депутаты предпочли Акаева, который и выглядел, и говорил очень нетипично для советской номенклатуры того времени. Доктор наук, защитивший диссертацию в Московском инженерно-физическом институте, в 1989 году он возглавил Академию наук Киргизской ССР. В определенной степени избрание Акаева на пост главы государства навевало ассоциации с теорией Платона о философе на троне. Ожидания, возлагавшиеся на Акаева, были огромны.

Проблемы, осложнявшие политическое развитие Кыргызстана, были еще масштабнее. Членство в политических партиях (за исключением Коммунистической партии) строилось в основном по этническому принципу. Кыргызстан был и остается многонациональной страной, и вновь избранный президент ясно сознавал опасность межэтнической вражды, в особенности с учетом того, что последний жесткий конфликт между кыргызами и узбеками произошел летом 1990 года в Ошской области, расположенной в южной части страны практически на границе с Узбекистаном. Именно поэтому Акаев был намерен создать такую модель управления государством, которая отражала бы многонациональную суть Кыргызстана. Стремясь обеспечить поддержку своей программы политических реформ и экономической либерализации всеми этническими группами, проживавшими в стране, Акаев применил право вето в отношении законопроекта о земельной реформе (принятого в сентябре 1991 года кыргызским Верховным Советом), в соответствии с которым предполагалось провозгласить всю землю Кыргызстана собственностью кыргызской нации. При этом Акаев не только ветировал законопроект, но и проинформировал парламент о том, что попытка принять подобный закон неизбежно спровоцировала бы очередной всплеск межнациональных конфликтов.

Прокоммунистически настроенные консерваторы не смирились с фактом избрания Акаева на пост президента. Либералы при этом ут-

верждали, что сторонники жесткой линии старого образца даже пытались побудить русскоязычное население страны взбунтоваться против нового режима, поскольку славянский сегмент населения не мог равнодушно воспринимать стремительный рост кыргызского национального самосознания, последовавший за избранием Акаева.

Во время путча 1991 года кыргызские коммунисты предприняли попытку организовать местный мини-путч и свергнуть Акаева, выразившего активную поддержку российскому президенту и демократическим силам. Затея не удалась: Акаев узнал о заговоре и принял соответствующие меры. В результате глава республиканского КГБ, намеревавшийся арестовать группу соратников Акаева, был уволен. Обеспечение безопасности ключевых правительственных зданий и коммуникационных центров, включая центры теле- и радиовещания, было поручено одному из ближайших сподвижников Акаева Феликсу Кулову. Несмотря на полученные инструкции ГКЧП, Акаев велел каждые два часа повторять трансляцию обращения Ельцина по республиканскому телевидению. Сам он также выступил в телеэфире и охарактеризовал происходящее в Москве как военный и коммунистический путч.

В тот же самый день Акаев приступил к сведению счетов с коммунистической партией, активно стремившейся саботировать президентские реформы. Акаев действовал примерно по той же модели, что и Ельцин: был издан ряд указов, в том числе и указ о деполитизации, при этом Генеральной прокуратуре республики было поручено инициировать расследование в отношении руководящей верхушки киргизской коммунистической партии. Деятельность партии была запрещена, ее активы конфискованы, сама же партия была на определенное время выбита из политического процесса. К этому моменту в рядах недовольных Акаевым уже были не только коммунисты. Партии демократического толка, сформированные в основном из этнических кыргызов, также имели претензии к президенту, который, по их мнению, не отдавал должный приоритет интересам коренного населения страны. Акаев, со своей стороны, настаивал на том, что Кыргызстан – это многонациональное государство, а значит все этнические группы должны играть свою роль в создании нового имиджа Кыргызстана. Этот новый имидж тоже не всем нравился. С одной стороны, Акаев и его сподвижники желали, чтобы их воспринимали как квази-европейцев. Именно поэтому, в частности, президент призывал немецкий сегмент населения не покидать страну. С другой стороны, Кыргызстан незамедлительно стал налаживать экономическое взаимодействие с Китаем, результатом чего стало подписание ряда соглашений об экономическом сотрудничестве. Южноко-

рейские деловые круги также стали проявлять возрастающий интерес к Кыргызстану.

В 1992 году стартовала амбициозная программа приватизации государственных активов и перехода к рыночной экономике. К сожалению, реализация этой программы оказалась под угрозой из-за катастрофического состояния экономики страны. Кыргызстан был очень тесно связан с экономикой СССР, возможно, более тесно, чем другие среднеазиатские республики, и, соответственно, сильнее пострадал в результате прекращения привычных поставок из центра. Политическая элита полагала, что усугубляющийся экономический кризис являлся одним из основных препятствий для создания в стране образцовой демократии. К концу 1992 года спад промышленного и сельскохозяйственного производства достиг 20%. Массовая безработица постепенно превращалась в реальную угрозу, в особенности с учетом того обстоятельства, что программа приватизации подразумевала закрытие убыточных предприятий. Состоявшаяся в сентябре 1992 года либерализация цен обернулась акциями протеста недовольных граждан. Политические и экономические пертурбации сопровождалась серией природных катаклизмов, обрушившихся на Кыргызстан весной и летом 1992 года. Наиболее разрушительным стало землетрясение в горах Сузамир, в результате которого страна понесла огромные убытки. Неоднократно в течение этого тяжелого года руководство республики выражало опасение, что без помощи из-за рубежа выживание страны может оказаться под вопросом.

В 1993 году парламент Кыргызстана принял Конституцию. В качестве формы правления была избрана смешанная (полупрезидентская республика), а в тексте Основного закона присутствовал ряд трогательно знакомых положений, вызывавших четкие ассоциации с Конституцией России. Например, часть 7 статьи 71 гласила, что в случае, если Жогорку Кенеш (однопалатный парламент) Кыргызской Республики в течение трех месяцев повторно примет решение о вотуме недоверия Правительству Кыргызской Республики, президент объявляет об отставке Правительства или распускает Жогорку Кенеш. Часть 3 статьи 42, как и часть 3 статьи 80 Конституции РФ, нивелировала принцип разделения властей посредством воспроизведения сакральной формулировки «Президент определяет основные направления внутренней и внешней политики государства». Более того, предыдущая Конституция Кыргызстана содержала положение, в соответствии с которым президент давал Правительству указания в этой сфере без согласования с представителями других ветвей государственной власти (статья 71, часть 1, гласила, что президент вправе выступать на заседаниях Правительства, ставить перед ним цели и задачи по до-

стижению основных направлений внутренней и внешней политики государства). При этом статья 7 Конституции Кыргызстана, разумеется, устанавливала в качестве одного из основополагающих принципов принцип разделения властей.

В 1994 году постепенно назревавший конфликт между президентом и парламентом страны стал явным. Когда находившееся в оппозиции президенту парламентское большинство призвало к бойкоту парламентской сессии, президент нанес ответный удар, объявив, что парламент фактически совершил самороспуск. В октябре состоялся спешно организованный референдум по вопросу изменения действующей Конституции, в ходе которого избиратели одобрили предпочтительную для президента редакцию поправок. В мае 1995 года прошли парламентские выборы, победу на которых получили сторонники действующего президента. В декабре того же года Акаев одержал сокрушительную победу на президентских выборах. На время внутривнутриполитические конфликты замерли.

Внешняя политика Кыргызстана носила ярко выраженный миролюбивый характер. Неоднократно обозначив свои намерения создать демократию европейского образца, Акаев стремился сделать страну неким среднеазиатским аналогом нейтральной Швейцарии. В качестве приоритета международных отношений были провозглашены мирное сотрудничество и партнерство. Во внешнеполитической сфере президент открыто заявлял о том, что создание истинной демократии невозможно без политического плюрализма, и поощрял создание и функционирование оппозиционных политических партий. Еще более активно президент приветствовал сознание и деятельность независимых средств массовой информации. Отдельного упоминания заслуживают усилия Акаева по предотвращению эмиграции из страны русскоязычного населения. Сначала был основан Славянский университет, в 1994 году была создана Ассамблея народов Кыргызстана, провозгласившая единство интересов всех этнических групп, проживающих на территории страны. Принятые в 2001 году поправки к Конституции наделили русский язык статусом официального языка Кыргызской республики (государственным языком был провозглашен кыргызский язык).

В экономической сфере Акаев последовательно проводил политику создания основ рыночной экономики. Команда президента в достаточно короткие сроки ввела в стране национальную валюту, предприняла значительные усилия по установлению контроля над инфляцией, установила частную собственность на землю, поощряла создание частных фермерских хозяйств и проводила политику приватизации промышленности. Кыргызстан первым из стран СНГ стал членом ВТО. Политические оппо-

ненты Акаева заявляли, что главной целью президента было обогащение его семьи, родственников и ближайших сподвижников. Вторым аргументом оппозиции было утверждение, что экономическая политика Акаева была первопричиной роста социальных проблем в стране. Помимо этого, звучали обвинения в стремительном повышении уровня коррупции в государственном аппарате и в нарастании авторитарных тенденций. В 2002 году взаимные обвинения команды президента и оппозиции сменились действиями. После осуждения в марте 2002 года одного из главных политических оппонентов Акаева Азимбека Бекназарова в Жалал-Абаде, одном из крупнейших городов в южной части страны, начались массовые демонстрации протеста, которые были жестоко подавлены властями. В мае восстания начались в Бишкеке, в ходе которых зазвучали призывы к свержению Акаева. Новое обострение внутривнутриполитической ситуации произошло в начале 2005 года после парламентских выборов, в результате которых большинство мандатов в Жогорку Кенеш вновь получили сторонники президента, в том числе его сын Айдар и дочь Бермет. Оппозиция незамедлительно выступила с жесткой критикой результатов выборов, объявила руководство страны в фальсификации итогов голосования и призвала к акциям протеста против президента Акаева и его команды. Население, чей жизненный уровень катастрофически упал в результате рыночных реформ действующего президента, горячо откликнулось на призыв оппозиции. В южной части страны начались восстания, которые очень быстро достигли столицы. 24 марта протестующие захватили президентский дворец, но президента в нем не оказалось: за несколько часов до этого Акаев с семьей срочно вылетел в Россию. 4 апреля Акаев встретился с парламентской делегацией и подписал заявление об отставке. Главой государства стал Курманбек Бакиев.

Очень яркой вехой развития Кыргызстана после обретения независимости является судебная реформа. Определенные изменения в судебной системе и иных правоохранительных органах были инициированы руководством страны еще в начале 1990-х годов и были проведены посредством принятия пакета нового законодательства, изданием ряда указов президента и актов Правительства страны. Судебная реформа в Кыргызстане характерна тем, что она всегда являлась составной частью масштабной программы реформ, и ее основные направления обычно устанавливались в государственных программах (например, в Стратегии развития Кыргызской Республики до 2010 г.). Помимо принятия нового законодательства о судах и статусе судей в качестве основных достижений кыргызской судебной реформы можно выделить следующее:

- запрет смертной казни и замена ее пожизненным заключением;
- значительное повышение доступности правосудия посредством освобождения истцов от уплаты судебных пошлин;
- существенное увеличение числа судей;
- создание Конституционного суда (1993);
- создание Национального совета по делам правосудия в целях улучшения процедуры отбора кандидатов на судебские должности (2004);
- создание органов судебсого самоуправления (Съезд судей и Совет судей);
- создание третейских судов (2002).

Уникальной чертой кыргызской судебной реформы является сохранение и совершенствование такого традиционного для страны института, как суд аксакалов¹. Суды аксакалов возобновили свою деятельность в 1993 году, а в 2002 году был принят соответствующий закон, регулирующий их деятельность и компетенцию. Согласно статье 4 этого закона, суды аксакалов рассматривают и разрешают:

- направляемые местными судами материалы по гражданским делам в порядке, предусмотренном гражданско-процессуальным законодательством;

- направляемые судами, прокурорами, органами следствия и дознания с санкции прокурора материалы, по которым были прекращены уголовные дела, для применения мер общественного воздействия в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством;

- дела по заявлению самих граждан (с согласия сторон) для разрешения имущественных и семейных споров с целью достижения примирения сторон и иные предусмотренные настоящим Законом дела.

При этом суды аксакалов не вправе рассматривать материалы, по которым уже были вынесены судебные решения, наложены административные взыскания или состоялось решение суда аксакалов, принятое в пределах его компетенции.

Аксакалы рассматривают дела в соответствии с Конституцией страны, Законом о судах аксакалов и действующим законодательством Кыргызстана. Специфика деятельности, моральные стандарты и принципы, которыми руководствуются аксакалы, уходят корнями в традиции и обычаи народов страны, при этом они должны соответствовать кыргызскому законодательству. По сути суды аксакалов порой выступают

¹ Аксакалы – наиболее почтенные и уважаемые граждане соответствующего региона, как мужчины, так и женщины.

в роли местных омбудсманов, в особенности в небольших селах, где нет ни квалифицированных юристов, ни доступа к юридической информации. В отсутствие правовой помощи в таких небольших селах незначительные споры легко могут трансформироваться в большие конфликты с участием сочувствующей родни с обеих сторон. Если такие конфликты не будут быстро и надлежащим образом разрешены, дело может дойти до кровной мести. Чтобы избежать этого, суды аксакалов выполняют также важную функцию медиаторов, дают советы и содействуют решению наиболее сложных и запутанных проблем. Решения судов аксакалов обязательны для сторон; они могут быть обжалованы в общие суды в течение 10 дней после вынесения.

Патриархальная природа судов аксакалов, отсутствие юридических познаний и доступа к правовой информации (в особенности в удаленных горных районах) вызывали определенный скептицизм в перспективах и эффективности этого института. Решению этой проблемы был посвящен проект, проведенный совместными усилиями офиса ОБСЕ в Кыргызстане и местного НКО «Фонд содействия и поддержки правовых и экономических реформ в Кыргызстане», расположенного в г. Ош. Проект осуществлялся в южной части страны, в которой проживают многочисленные этнические группы, конфликты между которыми не раз заканчивались кровопролитием. Роль и возможный вклад судов аксакалов в дело мирного разрешения конфликтов в этой в взрывоопасной части страны вряд ли можно было переоценить.

Ключевыми задачами проекта стали:

- оптимизация деятельности судов аксакалов посредством систематических тренингов, в рамках которых преподавались основы материального и процессуального права страны;
- разработка и распространение специального опросного листа с целью выявления насущных потребностей и уязвимых зон в деятельности судов аксакалов;
- проведение серии обучающих семинаров, в рамках которых аксакалов снабжали текстами основных кодексов и ключевых законов Кыргызстана, включая Гражданский кодекс, Семейный кодекс, Земельный кодекс, Трудовой кодекс, Кодекс об административных правонарушениях, закон «О судах аксакалов», закон «О социально-правовой защите от насилия в семье».

Деятельность этого весьма результативного проекта стала первым убедительным примером активного участия международной организации в продвижении судебной реформы в Кыргызстане.

В середине 2009 года был разработан проект Концепции реформы судебной системы и иных правоохранительных органов. Приоритетами судебной реформы в Кыргызстане были названы:

- совершенствование законодательства о судах и правоохранительных органах;
- усиление независимости судей при принятии решений и создание надлежащих условий для отправления правосудия в Кыргызстане;
- повышение правосознания населения;
- совершенствование профессионального правосознания и повышение правовой культуры судей и сотрудников аппарата судов;
- принципиальное улучшение взаимодействия судов и правоохранительных органов в сфере защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц;
- повышение доступности и транспарентности правосудия посредством эффективного и высокопрофессионального рассмотрения дел;
- повышение эффективности исполнительного производства;
- профилактика неуважительного и унижительного обращения со сторонами в судебном заседании;
- быстрое, беспристрастное и эффективное расследование случаев применения пыток или угрозы их применения;
- повышение эффективности деятельности правоохранительных органов в сфере борьбы с преступностью и профилактики правонарушений;
- улучшение условий содержания заключенных;
- создание надлежащих условий для лиц, отбывших наказание, в целях содействия их реинтеграции в общество.

До публикации проекта Концепции стартовали еще два международных проекта, ориентированных на поддержку судебной реформы в Кыргызстане. Особенно примечательны оказались результаты одного из них, проекта Европейского Союза, реализованного немецкой компанией GTZ. Цели проекта включали анализ действующего законодательства страны и разработку концепций поправок, поддержку реформы пенитенциарной системы, совершенствование исполнительного производства и обучение судей. Проект осуществлялся в масштабе всей страны и помимо двух международных и нескольких национальных конференций, ряда круглых столов и семинаров включал в себя мощную обучающую компоненту. В рамках обучения судей были проведены:

- тренинги по судебской психологии, судебной риторике и судебной этике;

- тренинги по написанию юридических текстов с акцентом на технику подготовки мотивировочной части судебного решения;

- обучающие семинары по судейской этике в странах Европейского Союза;

- тренинги по уголовному праву и уголовному процессу, включая новые методы судебной экспертизы;

- пилотные тренинги для судей Конституционного суда (прямое действие Конституции, задачи и роль конституционной юстиции и ее вклад в процесс законотворчества, международный опыт конституционной юстиции, взаимоотношения со СМИ).

В результате обучение на тренингах проекта прошли 70% судей, 65% судебных приставов и 57% сотрудников службы пробации.

Особенно следует отметить неожиданно высокую результативность такого обучающего компонента, как ознакомительные поездки судей. Одна из поездок, в которой приняли участие судьи судов разных уровней, включая нескольких судей Верховного суда страны, Председатель ВС КР и председатель парламентского комитета по судебным вопросам, была посвящена изучению существующей в странах Европейского Союза практики отбора и подготовки кандидатов на судейские должности. По результатам изучения западноевропейского опыта участники поездки составили отчет и представили его президенту страны. Итогом стало издание 14 декабря 2009 года Указа главы государства о первоначальном обучении и отборе кандидатов в судьи согласно европейским моделям.

2010 год стал годом огромных перемен в Кыргызстане. Апрельская революция завершилась сменой власти в стране, и уже в июне была принята новая Конституция. Нарастание авторитарных тенденций, в котором вначале обвиняли Аскара Акаева, достигло кульминации в период пребывания на посту главы государства Курманбека Бакиева, пришедшего к власти в результате Тюльпановой революции. Полупрезидентская система, основанная на конституционной модели Пятой республики Франции, предусматривающей поистине имперские полномочия для президента, в условиях Кыргызстана работала в направлении неуклонного усиления режима личной власти. Именно поэтому авторы новой Конституции отдали предпочтение парламентской республике. Тем не менее, по данным Freedom House на 2012 год, Кыргызстан по-прежнему остается страной с консолидированным авторитарным режимом несмотря на смену формы правления².

² <http://www.freedomhouse.org/report/nations-transit/2012/kyrgyzstan>

В сфере судебной власти первым последствием революции 2010 года стало прекращение существования независимого органа конституционной юстиции. В качестве причины была обозначена чрезмерная политизированность Конституционного суда. Вместо замены судей новое руководство страны пошло по пути изменения судебной системы, в результате чего функция конституционного контроля была передана Верховному суду страны. Но внутривнутриполитические пертурбации ненадолго отвлекли внимание от судебной реформы. В январе 2012 года указом президента была учреждена Комиссия по выработке согласованных предложений по дальнейшей реформе судебной системы Кыргызстана. В указе было отмечено, что «преобразования, начатые с принятием Конституции Кыргызской Республики 2010 года, в качестве одной из важнейших составляющих предусматривают судебную реформу»³. Перед Комиссией была поставлена задача в максимально сжатые сроки подготовить пакет законодательных предложений и инициатив, предусматривающих конкретные меры и направленных в частности на:

- избрание и назначение новых судей Кыргызской Республики в соответствии с новой Конституцией с принятием мер по очищению судебного корпуса от недостойных высокого звания судьи;

- совершенствование судостроительства, процессуального законодательства и судебного надзора, состязательности судопроизводства с созданием равных возможностей для сторон обвинения и защиты;

- обеспечение судов необходимыми финансовыми средствами и материально-техническими ресурсами с привлечением возможностей донорской помощи и программ международных организаций в установленном порядке;

- обеспечение условий для безопасности участников судебных процессов и исполнения судебных решений с подготовкой и рассмотрением законопроекта, регламентирующего основы и деятельность института судебного пристава;

- улучшение подготовки юридических кадров, укрепление судебной системы высококвалифицированными кадрами судей и работников аппаратов судов;

- повышение требовательности к судьям по выполнению ими своего профессионального долга и соблюдению Кодекса чести судьи

³ Указ Президента КР «Об образовании Комиссии по выработке согласованных предложений по дальнейшему реформированию судебной системы Кыргызской Республики» от 17 января 2012 г. УП № 6.

Кыргызской Республики, внедрение эффективного механизма ответственности судей;

- дальнейшую компьютеризацию судов, создание их интернет-сайтов для обеспечения прозрачности их деятельности и принимаемых ими судебных решений с формированием единого информационного пространства всех судов и системы Судебного департамента при Верховном суде Кыргызской Республики;

- либерализацию уголовного законодательства и декриминализацию преступлений, не представляющих большой общественной опасности, в том числе в экономической сфере, с переводом их в категорию административных правонарушений и усилением административной ответственности за их совершение, а также переоценку степени тяжести отдельных преступлений;

- расширение сферы применения наказаний, не связанных с лишением свободы, а также мер пресечения, альтернативных заключению под стражу;

- дальнейшее упрощение досудебного производства по уголовным делам, повышение его оперативности, в том числе посредством введения поощрительных норм в отношении обвиняемых, сотрудничающих со следствием;

- расширение примирительных процедур в уголовном судопроизводстве, в том числе развитие института медиации, а также расширение категории уголовных дел частного и частно-публичного обвинения;

- регламентацию порядка освобождения лиц от уголовной ответственности в связи с примирением сторон, установление ограничений для применения меры пресечения в виде заключения под стражу к лицам, совершившим экономические преступления небольшой тяжести и менее тяжкие преступления, а также их освобождение от уголовной ответственности в случае добровольного погашения причиненного ущерба⁴.

После полугода работы и консультаций Комиссия представила проект Концепции судебной реформы на 2012–2017 годы, в котором в качестве ключевых приоритетов были определены модернизация национального законодательства и приведение его в соответствие со стандартами Европейского Союза, транспарентность судебной системы, а также роль сильной судебной власти как гаранта стабильности национальной

⁴ Указ Президента КР «Об образовании Комиссии по выработке согласованных предложений по дальнейшему реформированию судебной системы Кыргызской Республики» от 17 января 2012 г. УП № 6.

экономики. В Концепции отмечалось, что «преобразования, проведенные в 1994–2009 годы, не позволили судебной системе стать полностью самостоятельной ветвью власти, стоящей вне политики и гарантирующей верховенство права». Поэтому основными целями новой стадии кыргызской судебной реформы были определены:

- усиление независимости судебной власти;
- повышение эффективности отправления правосудия и обеспечение транспарентности судебной системы;
- предоставление системы гарантий судебной защиты прав и законных интересов человека и гражданина;
- повышение квалификации судей и персонала судов;
- повышение ответственности судей за надлежащее и высокопрофессиональное отправление правосудия;
- приведение кыргызского законодательства в соответствие с международным правом и международными стандартами в сфере защиты прав человека.

В числе приоритетов нынешней стадии судебной реформы были указаны:

- гуманизация правосудия;
- учреждение современной системы подготовки кандидатов на судебские должности;
- ужесточение требований к судьям, в особенности в сфере судебской этики, и введение эффективной системы дисциплинарной ответственности за нарушение положений Кодекса чести кыргызского судьи;
- повышение уровня доверия населения к судам и судьям;
- введение альтернативных методов разрешения споров;
- формирование демократического правосознания и правовой культуры.

В сфере законотворчества были определены следующие задачи:

- введение эффективных мер, направленных на исправление судебных ошибок;
- эффективная защита и восстановление нарушенных прав физических и юридических лиц в судебном процессе;
- либерализация уголовного права и декриминализация ряда составов преступления, не представляющих высокой общественной опасности, в особенности в экономической сфере, с возможным переводением этих декриминализованных составов в категорию административных правонарушений (с соответствующим

усилением административной ответственности за совершение таких правонарушений).

В систему организации судов предполагалось внести следующие изменения:

- суды второй инстанции станут судами только апелляционной юрисдикции;
- кассация станет исключительной функцией Верховного суда КР;
- военные суды будут упразднены;
- будет введен институт мировых судей.

Помимо учреждения института мировых судей, еще одной серьезной новацией может стать введение суда присяжных⁵. Статья 26.6 новой Конституции устанавливает право каждого «на рассмотрение дела судом с участием присяжных заседателей в случаях, предусмотренных законом».⁶ Закон «О присяжных заседателях в судах Кыргызской республики» был принят в 2009 году и предусматривал возможность рассмотрения дела судом с участием присяжных для лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений. В законе предусматривалось поэтапное введение судов присяжных в 2012–2014 годах. По ряду причин, начиная со смены формы правления и руководства страны и заканчивая финансовыми и административными сложностями, закон пока не начал применяться. 30 мая 2012 года в него были приняты поправки, в соответствии с которыми введение суда присяжных в Кыргызстане начнется 1 января 2015 года в судах Бишкека и Оша. В 2016 году суды присяжных предполагается ввести еще в трех районах страны, а к 1 января 2017 года по замыслу кыргызских законодателей суды присяжных должны начать функционировать на всей территории страны. Несмотря на демократический характер предстоящего нововведения, далеко не все (в первую очередь, национальные эксперты) дают оптимистическую оценку перспективам суда присяжных в Кыргызстане. В стране, в которой проживает чуть более 4 миллионов человек, для которой характерны исторически тесные и разветвленные родственные связи, формирование непредвзятых жюри присяжных может стать практически нерешаемой задачей.

Подводя итоги кыргызских реформ последних двух десятилетий, можно отметить следующее:

⁵ Закон КР «О присяжных заседателях в судах Кыргызской республики» от 15 июля 2009 года № 215.

⁶ Конституция Кыргызстана, 2010.

- политическая, экономическая, правовая и судебная реформы не проходили изолированно, а напротив, проводились в рамках единой общенациональной программы. Вектор реформ корректировался с учетом имеющихся позитивных и негативных результатов проведенных изменений;

- в сфере преобразований конституционного уровня Кыргызстан прошел непростой путь. Провозглашение в начале 1990 годов курса на создание в стране демократии западного образца и несколько лет последовательного продвижения в этом направлении не удержали руководство страны от соблазнов авторитаризма. После серии убедительных доказательств непригодности полупрезидентской республики для данного региона необходимость изменения формы правления стала очевидна. В итоге Кыргызстан стал одним из немногих постсоветских государств, сделавшим свой выбор в пользу парламентской республики;

- в процессе реформ не просто принимались во внимание, но и реально учитывались интересы этнических меньшинств;

- в сфере судебной реформы Кыргызстан отличают следующие особенности:

1) программные документы судебной реформы включали не только общие абстрактно-декларативные положения – в них всегда указывались реальные болевые точки (улучшение условий содержания заключенных, профилактика унижительного обращения со сторонами в судебном процессе и т. д.);

2) поддержание традиций и сохранение наилучших практик, применимых к условиям транзита к демократии и рыночной экономике (в первую очередь, это относится к судам аксакалов);

3) готовность представителей судейского корпуса к переподготовке и повышению профессиональной квалификации. Особо следует отметить тот факт, что эта готовность регулярно демонстрировалась судьями судов всех уровней, начиная от судов первой инстанции и заканчивая членами Верховного суда и Конституционного суда страны;

4) понимание необходимости разного типа подготовки для прокуроров, судей, следователей и адвокатов (ярким примером является государственный юридический институт в г. Ош, где для желающих получить указанные выше профессии созданы отдельные факультеты);

5) активная роль международных организаций и национальных институтов гражданского общества.

Подводя итоги, следует отметить, что два с небольшим десятилетия независимого существования Кыргызской республики – это период до-

статочного последовательного, пусть и не всегда успешного, продвижения в направлении демократии и рыночной экономики. Было бы преждевременным говорить об огромных достижениях в этой сфере и о полном соответствии сегодняшней ситуации в стране Копенгагенским критериям. Некоторые события периода реформ могут вызывать только негативную реакцию. Речь идет в первую очередь о ситуации с упразднением Конституционного суда и об уголовном преследовании судей, что вызвало обеспокоенность и критику со стороны Венецианской комиссии. Тот факт, что один из судов г. Бишкека еще в 2010 году располагался в здании Министерства юстиции, тоже довольно слабо укладывался в существующие представления об институциональной независимости судов. Но несомненно, что в случае Кыргызстана провозглашение курса на создание в стране основ правового государства не было голословным утверждением, чему имеются убедительные доказательства.

Текст © Ekaterina A. Mishina, 2013

Аугусто Циммерман

*зав. кафедрой теории права и старший преподаватель конституционного права в Murdoch University Law School (Западная Австралия); адъюнкт-профессор права в Universitas Kristen Maranatha (Индонезия); член комиссии по правовой реформе (Западная Австралия); президент Ассоциации правоведов Западной Австралии (WALTA) **

БРАЗИЛИЯ В ОЖИДАНИИ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ЮРИДИЧЕСКИЕ И ВНЕЮРИДИЧЕСКИЕ ПРИЧИНЫ, ТОРМОЗЯЩИЕ РЕАЛИЗАЦИЮ ПРИНЦИПА ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В БРАЗИЛИИ

Para os amigos tudo, para os indiferentes nada,
e para os inimigos a lei!

(«Друзьям – всё; посторонним – ничего; врагам – закон!»)

Бразильская поговорка

1. Вступление

У всякого, кто сталкивается с современной бразильской действительностью, как-то сразу слабеет вера в «юридические рецепты», предлагаемые миру для реализации принципа верховенства права. И тем не менее в Бразилии пока мало что сделано для эмпирического изучения в правовом поле внеюридических препон, стоящих на пути утверждения верховенства права. В данной главе приведено общее описание некоторых из таких препятствий. Делая это, мы полагаем, что невозможно понять и оценить преграды, стоящие на пути реализации принципа верховенства права в Бразилии, если мы ограничимся только лишь формальным наблюдением юридических проявлений.

Эмпирический анализ бразильской действительности являет нам общество, полное глубоких перекрестных взаимосвязей, сверху донизу живущее по антиправовым (*contra legem*) правилам. То есть не по тем формальным правилам, которым учат на юридических факультетах, а по утвердившимся в самом обществе правилам, которые могут весьма силь-

но отличаться как от кодексов и законов государства, так и от решений его судебных органов. Из-за зияющей пропасти, которая существует между законом на бумаге и «законом» в реальной жизни, любой, кто захочет понять, как функционирует государство, должен будет изучить те пути, следуя которым кое-кто способен обеспечить себе судебную-правовую иммунитет. Таким образом, нам следует обратить внимание на те модели поведения, которые подавляют традиционное уважение граждан к нормам и принципам права, а также к правовым институтам.

2. Определение принципа верховенства права

Хотя значение такой концепции, как принцип верховенства права, до сих пор дебатруется, существует некое общее единодушие в том, что она коренным образом связана с защитой граждан от непредсказуемого и произвольного посягательства на их жизненные интересы. Такое посягательство может исходить как от правящих институтов государства, так и от других его граждан. Таким образом, можно сказать, что любая общность людей живет под защитой «принципа верховенства права», если каждый человек в ней огражден от проявлений насилия и произвола и если существующие в ней законы охраняют мир, не допуская такого состояния общества, которое английский философ Томас Гоббс называл «войной всех против всех»¹.

Также есть широкое понимание того, что принцип верховенства права означает нечто большее, чем получение правовых санкций на каждое решение государства. В отличие от «правления людей», которое равносильно «произволу власти», идеал верховенства права состоит в том, чтобы свести общественный и частный произвол к минимуму, так, чтобы государство формально признавало и действительно соблюдало права каждого своего гражданина. Соответственно, принцип верховенства права должен включать в себя и идею существенного разделения государ-

* Образование: LLB (PUC-Rio), LLM cum laude (PUC-Rio); степени: PhD (Monash); должности: зав. кафедрой теории права и старший преподаватель конституционного права в Murdoch University Law School (Западная Австралия); адъюнкт-профессор права в Universitas Kristen Maranatha (Индонезия); член комиссии по правовой реформе (Западная Австралия); президент Ассоциации правоведов Западной Австралии (WALTA); автор книги *Curso de Direito Constitucional* (4th ed. 2006) по теории и истории бразильского конституционного права. Хочу поблагодарить Фрэнка Га-шумбу за его замечания к ранней версии этой работы.

¹ *Hobbes T.* (1651) *Leviatha*. Гл. XIII, разд. 62.

ственных функций, чтобы эти функции исполнялись в ясном, постоянном и всеобщем соответствии нормам права. Такие нормы должны публиковаться до начала их применения и приводиться в исполнение независимой и беспристрастной судебной властью. Принуждая государство следовать нормам и процедурам права, закон призван удерживать государство от любых неправомερных посягательств на жизнь, свободу и имущество своих граждан.

В этом смысле общество, живущее в соответствии с принципом верховенства права, должно полностью лишиться свое государство «права на уничтожение, порабощение или намеренное разорение своих членов»². Вместо этого государство обязано действовать только посредством закона, а закон должен сдерживать власть государства³. Отсюда концепция верховенства права может быть связана с «неким идеалом, без сомнения берущим начало от идеи свободы личности, понимаемой как свобода от [неправомерного произвольного] посягательства на права личности кого бы то ни было, включая представителей власти»⁴. И действительно, по справедливому замечанию Худа Филипса, «Исторически эта фраза [т. е. верховенство права] использовалась в отношении веры в существование закона, обладающего властью – божественной или естественной – выше власти земных правителей, т. е. закона, эту их власть ограничивающего»⁵. В таком контексте термин «верховенство права», впервые появившись у древнегреческих философов Платона и Аристотеля, был в эпоху Средневековья заново открыт и развит христианскими философами, в частности, св. Фомой Аквинским, как «комплексная концепция, включающая целый ряд правовых и институциональных инструментов по защите граждан от власти государства»⁶.

Среди наций континентальной Европы принцип верховенства права традиционно ассоциируется с идеалом государства, власть которого «в его взаимоотношениях с гражданами ограничена законом: иными словами, власть эта ограничена необходимостью соблюдения личных прав

² *Locke J.* (1689) *Second Treatise on Civil Government*. Разд. 135.

³ *Schor M.* *The Rule of Law in Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives*; Clark D. S. ed. (2005). С. 231.

⁴ *Leoni B.* (1972) *Freedom and the Law*. С. 76.

⁵ *Phillips O. H., Jackson P.* (7th ed. 1987) *O Hood Phillips» Constitutional and Administrative Law*. С. 37.

⁶ *Bedner A.* (2010) *An Elementary Approach to the Rule of Law*, 2 *Hague Journal on the Rule of Law*. С. 50.

и свобод граждан»⁷. Например, немецким эквивалентом принципа верховенства права является термин «правовое государство» (нем. *Rechtsstaat*), впервые появившийся в XIX веке в работах Р. фон Моля, Э. Брандеса, А. В. Реберга, Ф. К. Дальмана и других ганноверских юристов, стремившихся к продвижению в своем княжестве ограниченных прав государства и подданных. В то время курфюрст ганноверский был также и королем Англии, отсюда очевидная связь между двумя народами. Вдохновленный традицией английских вигов, фон Моль придумал термин *Rechtsstaat* для отстаивания такого верховенства правовых принципов, которое, по его мнению, «безоговорочно определяет и фиксирует направления и границы деятельности государства»⁸. По мнению профессора Эрнста-Вольфганга Бёкенфёрде, *Rechtsstaat* до сих пор в значительной степени остается ведущим принципом немецкого конституционализма. Бёкенфёрде затем пишет, что этот принцип «в первую очередь» ассоциируется с «признанием необходимости соблюдения основных гражданских прав – таких как гражданские свободы (защита свободы личности, свободы совести и вероисповедания, свободы слова, свободы перемещения, свободы договоров и свободы выбора профессии), – а также принципа равенства всех перед законом и гарантии права (приобретенной) собственности»⁹.

Следуя той же немецкой традиции *Rechtsstaat*, бразильские теоретики права описывают свою версию принципа верховенства права, названную ими по-португальски *Estado de Direito* (правовое государство), в свете ценностей и принципов, связанных с традиционным либеральным идеалом «государства под контролем закона»¹⁰. По словам Карлоса Ари Зундфельда, *Estado de Direito* подразумевает развитие законодательно закрепленного принципа разделения властей и защиту «основных прав человека»¹¹. В своей книге *Fundamentos de Direito Público* («Основы государственного права») Зундфельд в качестве базовых элементов *Estado de Direito* предлагает следующие: а) верховенство закона (*supremacy of the law*); б) разделение властей; в) институционально-правовая защита прав личности. Так, он заявляет, что первые два элемента – верховенство закона

⁷ R. C. van Caenegem. (1995) An Historical Introduction to Western Constitutional Law. С. 15.

⁸ Robert von Mohl. Die Philosophie des Rechts (1837). Т. II, ч. II; цит. в Friedrich Hayek A. Constitution of Liberty (1960). С. 483.

⁹ Böckenförde E. (1991) State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law. С. 50.

¹⁰ См. выше: Caenegem, сноска 7. С. 15.

¹¹ Sundfeld C. A. (4th ed. 2008) Fundamentos de Direito Público. С. 37-58.

и разделение ветвей власти – включают принципы, с помощью которых можно гарантированно обеспечить «эффективную, постоянную и нерушимую» защиту основных прав личности от любых форм государственного произвола¹².

Таково преобладающее понимание данного предмета в Бразилии. По мнению Манозля Гонсалвеша Феррейры Фильо, *Estado de Direito*, в своем наиболее классическом определении, связано с либеральной традицией законности, целью которой является предоставление личности защиты от любого произвола, посягающего на ее основные права и свободы. По его словам, эти права и свободы включают в себя: а) формальное равенство всех граждан перед законом; б) свободу совести и вероисповедания; в) свободу слова; г) свободу передвижения; д) свободу договоров; е) свободу объединений¹³. Пользование этими правами и свободами, продолжает Феррейра Фильо, может быть гарантировано гражданам лишь после начала использования особой формы государственного управления, целиком основанной на соблюдении принципа верховенства права¹⁴.

3. Принцип верховенства права в качестве культуры законности

Как было показано выше, бразильские ученые-правоведы довольно хорошо понимают традиционное значение термина «верховенство права», по крайней мере, в его классической либеральной перспективе. Эти специалисты в области права предпочли формалистской концепции верховенства права более нетривиальную и содержательную концепцию, связав этот термин в первую очередь с ценностями ограничения власти государства и законодательной защитой прав и свобод личности¹⁵.

И все же хорошее теоретическое понимание может оказаться недостаточным для осознания того, что же есть верховенство права. В конце концов, каждая правовая система должна работать в динамической

¹² Id. С. 48.

¹³ Filho M. G. F. (1999) *Estado de Direito e Constituição*. С. 13.

¹⁴ Более подробный анализ *Estado de Direito* см.: Zimmermann A. (4th ed. 2006) *Curso de Direito Constitucional*. С. 59-71, 228-231. См. также: Reale M. (1999) *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. С. 1-13.

¹⁵ Анализ формальной и содержательной концепций верховенства права см.: Craig P. (Autumn 1997) *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*, 16 *Public Law*. С. 467. См. также: Craig P. (Spring 2003) *Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy*, 22 *Public Law*. С. 93. См. также: Zimmermann A. (2013) *Western Legal Theory: History, Concepts and Perspectives*. С. 85-91.

взаимосвязи с окружающей ее социальной, политической и культурной средой. Чтобы реализоваться на практике, а не только в теории, принцип верховенства права должен полагаться на должную взаимосвязь между правовыми нормами и социальным поведением. Поэтому любая возможность антиправового поведения должна отвергаться в принципе, иначе всему зданию законности будет грозить разрушение¹⁶. Независимо от того, какая из концепций верховенства права будет использоваться, ее практическая реализация потребует наличия культуры законности, обладая которой и рядовые граждане, и государственные мужи должны демонстрировать свою приверженность к соблюдению законодательства: 1) неукоснительно следуя всем правовым нормам, принципам и установлениям; 2) порицая тех, кто не делает этого; 3) принимая в итоге меры к недопущению любого противозаконного поведения.

К сожалению, далеко не каждое общество можно считать полностью готовым к принятию всех последствий государственного управления, основанного на соблюдении принципа верховенства права. Зная это, Джон Стюарт Милль как-то размышлял о том, что утверждение принципа верховенства права в повседневной жизни во многом «определяется социальными факторами»¹⁷. Поскольку Милль полагал, что эти факторы поддаются изменениям, причем как в хорошую, так и в плохую сторону, он сделал вывод, что людей можно научить демократическому поведению и следованию принципам верховенства права. При этом Милль продолжал настаивать на том, что некоторые модели поведения являются решающими в деле реализации верховенства права. Так, он объяснял:

«Люди, которым предназначена эта форма управления, должны с готовностью принять ее; или, по крайней мере, не противиться ее введению настолько, чтобы создать для этого непреодолимые препятствия <...> Люди грубые <...> могут оказаться не способны к той терпеливой сдержанности, которую диктует... [верховенство права]: их страстность может перейти в буйство, а их гордость оказаться чересчур притязательной, чтобы избежать прямого конфликта, передав закону право отмщения за нанесенные им истинные или мнимые оскорбления»¹⁸.

Сегодня многие адвокаты, похоже, придерживаются тенденции предъявлять довольно завышенные претензии к тому, что позитивное право могло бы обеспечить в плане утверждения принципа верховен-

¹⁶ Reale M. (1999) O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias. С. 9.

¹⁷ Mill J. S. (1861) Considerations on Representative Government. С. 31.

¹⁸ Id. С. 29.

ства права. И все же Мартин Кригер смог привлечь наше внимание к собственной корреляции между верховенством права и его социо-политико-культурной средой¹⁹. Как он замечает, утверждение принципа верховенства права «зависит от специфики общества ничуть не менее чем от самого законодательства, а также от разных видов их взаимодействия»²⁰. Поэтому Кригер поясняет, что верховенство права является на деле не просто предметом «детального институционального замысла», но также и «взаимосвязанной совокупностью ценностей», которых можно добиваться путем использования целого ряда узаконенных способов²¹. К тому же тот кажущийся алогичным факт, что верховенство права «более всего преуспело там, где на него менее всего рассчитывали»²², кажется, обеспечивает наилучшее (эмпирическое) свидетельство тому, что этот идеал законности скорее ставит перед собой «социальные цели» (т. е. ограничение государственного произвола), чем представляется нам простым «правовым механизмом»²³. По сути дела, для своего утверждения на практике верховенство права должно в первую очередь полагаться на внеправовые обстоятельства «социальной предсказуемости», а уже потом на чисто формально-институциональные механизмы²⁴.

Здесь оказывается полезным рассмотреть тот факт, что закон во все не обязательно является основным источником политической легитимности²⁵. Помимо позитивного права существуют и другие пути, следуя которым политический режим может социально легитимизироваться.

¹⁹ См.: *Krygier M. Ethical Positivism and the Liberalism of Fear, in Judicial Power, Democracy, and Legal Positivism*; Campbell T., Goldsworthy J. eds. (2000). С. 64. См. также: *Krygier M. Transitional Questions about the Rule of Law: Why, What, and How?* Работа представлена на конференции East Central Europe: From Where to Where? East Central Institute for Advanced Study, Будапешт, 15-17 февраля 2001 г. См. также: *Krygier M. Institutional Optimism, Cultural Pessimism and the Rule of Law, in The Rule of Law After Communism: Problems and Prospects in East-Central Europe*; Krygier M., Czarnota A. eds. (1999).

²⁰ *Krygier M. False Dichotomies, True Perplexities, and the Rule of Law.* Работа представлена в Center for the Study of Law and Society, University of California, Berkeley, 2003. С. 11.

²¹ *Krygier M. Rule of Law, in International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Smelser N. J., Baltes P. B. eds. (2001). С. 13404.

²² *Krygier M. Compared to What? Thoughts on Law and Justice, Quadrant Magazine*, дек. 1993. С. 52.

²³ *Krygier*, см. выше сноску 21, с. 13404.

²⁴ Id

²⁵ *Tamanaha B. Z. (2001) A General Jurisprudence of Law and Society.* С. 140.

В качестве примера другого пути можно назвать харизматичность лидера. Макс Вебер в свое время объяснял, что политическая власть в первую очередь утверждает себя посредством «исключительной святости, отваги или других образцовых черт личности своего лидера, а также путем установленного им порядка или введения им нормативных моделей поведения»²⁶. При таком варианте развития возникает такая социальная среда, в которой «харизма» лидера становится гораздо более важным фактором, чем соблюдение этим лидером правовых норм, отсюда верховенство права в таком обществе не видится как элемент признания власти, наиболее приемлемый для большинства его членов. Сэр Айвор Дженнингс как-то заметил:

«Общество, полагающее, что индивидуум обретает наивысшее счастье или наилучшим образом самореализуется в могущественном и сильном государстве, государство которого стремится <...> объединить нацию вокруг мудрого и человеколюбивого вождя, несомненно, сочтет принцип верховенства права вредной доктриной»²⁷.

Похоже, то, что дарует «настоящую жизнь» идее верховенства права, заложено в социальном окружении, которое, по словам Фридмана, «постоянно корпит над законом: здесь уничтожая, там возрождая; здесь укрепляя, там омертвляя; избирая те части, что будут работать, и те, что – нет; определяя, какие понадобятся подкобы, объезды и обходы, и что в итоге изменится»²⁸. Отсюда следует, что даже если «просвещенный» законотворец составит «идеальную» – с точки зрения соблюдения прав личности – конституцию, то для общества, получившего ее в дар, все равно останется проблемой развитие в себе культуры законности, без которой сей «добрый закон» может быть побит козырем внеправовой (политической) логики, гласящей, например, что «всякий, кто победил на выборах, может отныне править страной и народом как ему вздумается»²⁹.

Это весьма очевидное наблюдение приводит нас к моральному вопросу о соблюдении законов. Ведь если соблюдение законов не зиждется на прочном фундаменте общественной морали, то верховенство права неизбежно становится «невыполнимым и даже нежелательным идеалом, а <...> общество возвращается к прежнему состоянию тиранического

²⁶ Weber M. (1948) Theory of Social and Economic Organization. С. 215.

²⁷ Jennings I. (1959) The Law and the Constitution. С. 46.

²⁸ Friedman L. M. (1975) The Legal System: A Social Science Perspective. С. 193-194.

²⁹ O'Donnell G. (1994) Delegative Democracy, 5 Democracy. С. 54.

произвола»³⁰. В самом деле, верховенство права более всего основано на «внутреннем сдерживающем начале при отсутствии волевого произвола и принуждения, исходящего от государства или других лиц или групп»³¹. Верховенство права может существовать лишь в такой среде, где каждый гражданин относится к своим законным правам серьезно, почитая соблюдение правовых норм, принципов и установлений за свой моральный долг и высшую обязанность³². Напротив, непризнание преимущества закона над личной властью может объяснить упорную неспособность некоторых обществ сопротивляться произвольным (внеправовым) попыткам их государств покушаться на жизнь, свободы и собственность своих граждан. По утверждению Рейнолдса:

«Верховенство права всегда проигрывает в тех обществах, где оно не является тем, чего народ ждет от своего государства в первую очередь <...> Если люди не добиваются верховенства права и не настаивают на его соблюдении, когда чиновники начинают отступать от него, то оно вскоре вырождается, сменяясь верховенством произвола. Верховенство права должно пользоваться взаимностью у народа, ожидающего себе выгод от его применения»³³.

4. Неэффективность законов

Правовая система Бразилии основана на европейской континентальной традиции позитивного права. Соответственно, законодатель предлагает законодательные акты в попытке заранее предсказать каждый из сценариев социального конфликта. Законодатель рассматривает общество как нечто искусственно созданное, как некую инертную массу, которая получает всю свою жизненность, упорядоченность и моральность лишь из рук законодательной власти государства. Как следствие этого, у законодателей проявляется тенденция вмешиваться во все аспекты жизни граждан³⁴. С другой стороны, бразильцы давно научились смягчать за-

³⁰ *Hayek*, см. выше сноску 8, с. 206.

³¹ *Walker G. de Q.* (1988) *The Rule of Law: Foundations of Constitutional Democracy*. С. 2.

³² *Selzenick P.* *Legal Cultures and the Rule of Law*, in *Rule of Law after Communism*. Krygier M., Czarnota A. eds. (1998). С. 37.

³³ *Reynolds N. B.* *Grounding the Rule of Law*, *2 Ratio Juris* (March 1989). С. 7.

³⁴ Кит Розен замечает: «Бразильская правовая культура является в высшей степени легистской; т. е. общество делает акцент на всеохватности регулирования социальных отношений законодательством. Существует сильное убеждение в том, что новые общественные институты или практики долж-

коны путем ненадлежащего их исполнения – и это притом что они позаимствовали у своих португальских колонизаторов довольно наивную веру в то, что соблюдение законов является панацеей от всех болезней общества³⁵. Эта вера заключается в том, что люди надеются, что когда-нибудь все без исключения начнут соблюдать существующие законы, и когда это «чудо» произойдет, законы смогут разрешить все имеющиеся у государства проблемы. Поэтому по Бразилии гуляет остроумное изречение: «Нам нужен еще один закон, требующий неукоснительного соблюдения всех уже существующих».

Несомненно и то, что бразильский законодатель демонстрирует нежелательную практику принятия новых законов, которые зачастую имеют настолько отвлеченный и нереалистичный характер, что просто не могут быть реализованы на практике. В колониальную эру, например, бразильские законы попросту копировались с португальских, без какой-либо попытки приспособить их к местным условиям. В течение трех веков главным португальским законом, принятым и для Бразилии, был *Ordenação Filipinas* (1603), кодифицированный свод, отличавшийся путанностью и противоречивостью содержащихся в нем положений³⁶. Явно не созданный для условий Бразилии, он тем не менее оставался ее основным гражданским кодексом вплоть до принятия нового, что произошло лишь в 1917 году³⁷. Как замечает Нардофф:

«Излюбленное португальцами предпочтение формы над содержанием, глубоко коренящееся в римском и каноническом праве, привело к образованию невероятно формализованной правовой системы... В португальской правовой системе монарх делал вид, что правит, а его

ны вводиться в обиход, лишь если это разрешено уже существующим законом. Как и в случае с немецким легализмом, в бразильском легализме столь же сильна «боязнь правового вакуума». В Бразилии существует множество законов и указов, подробнейшим образом регулирующих не только встречающиеся в ней, но и совершенно чуждые ей аспекты жизни. Зачастую кажется, что если что-то не запрещено конкретным законом, то это «что-то» считается обязательным к исполнению». *Rosenn K. S. (1971) The Jeito, Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications, 19 American Journal of Comparative Law. С. 528.*

³⁵ *Rosenn K. S. (1998) O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira. С. 54.*

³⁶ Португальское право было кодифицировано (точнее, скопировано) в *Ordenações Afonsinas* (1446-1457), затем пересмотрено в 1521 году как *Ordenações Manuelinas* и закреплено в 1603 году как *Ordenações Filipinas*, также известных как *Código Filipino*.

³⁷ *Rosenn*, см. выше сноску 35, с. 35-36.

поданные притворялись, что повинуются <...> В то время как Лиссабон получал удовольствие от принятия томов эзотерических и нереалистичных законов, бразильские колонисты радовались любой возможности их обойти»³⁸.

Кто-то возразит, что дело в том, что с тех пор бразильские законодатели зачастую не принимали во внимание социальную среду, в которой предполагалось применять издаваемые ими законы³⁹. Результатом этого стала огромная пропасть между законами и действительностью, причем законы эти калькировались без какого-либо внимания к перспективам их местного применения на практике⁴⁰. Поэтому не будет ошибкой сказать, что законодатели принимали некоторые из этих установлений, заведомо зная, что они не будут выполняться теми, кому они предназначены. Так, по разъяснению Розена, «для бразильцев закон – то же, что для других вакцинация. Одни делают прививки, а другие – нет»⁴¹. Розен приводит чудесный пример, когда министр юстиции Франсишку Кампуш, отвечая в 30-х годах прошлого столетия на критику принятия нового закона, в точности повторявшего другой, введенный год назад в силу тем же государством, сказал: «Сынок, ну какой же тут вред? Мы публикуем этот новый, поскольку тот старый *não pegou* (не прижился)»⁴².

Проблема с законами, которые «не приживаются», может быть отнесена на счет недостатка их актуальности, что заставляет приносить прагматичные решения в жертву к алтарю утопических постулатов. Покойный историк Хосе Онорио Родригес как-то заметил, что «одним из наиболее стойких элементов бразильской политической жизни всегда было принятие решений, больше соответствующих общим принципам, чем конкретным ситуациям»⁴³. По его мнению, этот недостаток практичности вызван неспособностью законодателя реагировать на возникающие вызовы подготовкой конкретных решений вместо составления отвлеченных теорий⁴⁴. И действительно, проблема утопического подхода видна даже

³⁸ *Nardoff N.* (Fall 2001) Book Review: *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*, 32 *University of Miami Inter-American Law Review*. С. 607.

³⁹ *Duarte N.* (1950) *A Ordem Privada e a Organização Política Nacional*. С. 221-22.

⁴⁰ *Faoro R.* (1975) *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. С. 745.

⁴¹ *Rosenn*, см. выше сноску 34, с. 530.

⁴² *Id.* С. 531.

⁴³ *Rodrigues J. H.* (1967) *The Brazilians: Their Character and Aspirations*. С. 57.

⁴⁴ *Id.* С. 63.

в Конституции Бразилии, Основном Законе государства. В таких странах, как Бразилия, пишет Розен:

«Конституции обычно содержат целый ряд желаемых, но утопических положений, которые либо невозможно, либо крайне трудно соблюсти. В некоторых из этих положений содержатся такие формулировки социальных прав, которые более уместны в предвыборной платформе или церковной проповеди, чем в конституции»⁴⁵.

Утверждение Розена особенно справедливо по отношению к Конституции Бразилии. Хотя в этом документе признается огромное число «фундаментальных прав», столь же очевидно, что все они легко побиваются козырем совсем не эгалитарного построения общества. При анализе положения дел с правами человека в Бразилии нетрудно увидеть яркий контраст между этими правами, закрепленными на бумаге, и тем, как они работают на практике. Великий парадокс ситуации состоит в том, что, несмотря на «правильную (правовую)» конституцию, основные права человека в Бразилии далеко не всегда соблюдаются. Ясно, что закон признает каждое из таких прав как «фундаментальное», но отсюда совсем не следует, что соблюдение такого права будет полностью гарантировано; власти могут его либо нарушить, либо просто проигнорировать, да что власти – даже и другие граждане⁴⁶. Конечно, одной из ведущих причин нарушения прав человека является проблема безнаказанности – один из критических факторов падения доверия к идее верховенства права в Бразилии⁴⁷. Интересно то, что сами бразильцы часто говорят, что единственный закон, которой могут применить к человеку богатому и влиятельному, это – *a lei da impunidade* («закон безнаказанности»).

⁴⁵ Rosenn K. S. (1990) The Success of Constitutionalism in the United States and Its Failure in Latin America: An Explanation, 22 University of Miami Inter-American Law Review. С. 36.

⁴⁶ См.: Zimmermann A. Constitutions without Constitutionalism: The Failure of Constitutionalism in Brazil, in The Rule of Law in Comparative Perspective, Mortimer Sellers and Tadeusz Tomaszewski eds. (2010). С. 101-145. См. также: Zimmermann A. (2007) Constitutional Rights in Brazil: A Legal Fiction? 14(2) Murdoch University Law Review. С. 28-55.

⁴⁷ Prillaman W. (2000) The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law. С. 76.

5. Подчинение закона социальному статусу

Бразилия – страна, страдающая от сильного недостатка приверженности букве закона. Больше из всего, что происходит в таких странах, как Бразилия, лежит вне томов законодательных актов и сборников судебных решений. Налицо резкий контраст между законами и текстом конституции, с одной стороны, и повседневной реальностью отношений между гражданами и властью – с другой⁴⁸.

Говоря о глубине неуважения к закону, Роберто де Матта объясняет, что бразильское общество проникнуто «двойной этикой». В то время как в теории бразильцами правят общие и отвлеченные нормы права, на практике они гораздо больше повинуются неписаным законам общества, которые «проводят и охраняют этику привилегий и тех, кто живет и действует по ней»⁴⁹. Такие правила проистекают из целого ряда факторов, связанных с финансовой состоятельностью, социальным статусом, а также семейными и дружескими узами⁵⁰. Они основаны на исторических и культурных прецедентах, приведших к социальным практикам, согласно которым некоторые лица считают себя стоящими над законом⁵¹. Как подметил Родригес, в Бразилии «узы личной привязанности ставятся выше закона»⁵². Отсюда и бразильская поговорка, вынесенная автором в эпиграф: «*Para os amigos tudo, para os indiferentes nada, e para os inimigos a lei!*» (Друзьям – всё; посторонним – ничего; врагам – закон!)⁵³.

Поэтому бразильское общество всегда подчеркивает прямые контакты, основанные на личных предпочтениях, как противоположность формальных отношений. Поскольку наличие влиятельных друзей оказывается более значимым, чем соблюдение закона, каждый бразилец больше всего боится оказаться в общественной изоляции. Такой отверженный попадает в жалкое положение, когда ему остается искать защиту «лишь» у закона и по закону. Такой бедняга зависит «только» от закона; в то время как тот, у кого есть «хорошие друзья», чувствует себя больше чем «просто» гражданином, пользуясь «особым» расположением как государства,

⁴⁸ Eder P. J. (1937) *Law and Justice in Latin America*. С. 57.

⁴⁹ Id. С. 296.

⁵⁰ DaMatta R. (1991) *Carnivals, Rogues, and Heroes: An Interpretation of the Brazilian Dilemma*. С. 187-88.

⁵¹ DaMatta R. *The Quest for Citizenship in a Relational Universe, in State and Society in Brazil: Continuity and Change*, Wirth J. D., Nunes E. O., Bogenschild T. E. eds. (1987). С. 317.

⁵² Rodrigues, см. пред. сн., с. 57.

⁵³ DaMatta, см. выше сноску 51, с. 319.

так и других влиятельных организаций. В конце концов, всем в Бразилии известно, что некоторые бюрократические «неудобства» можно обойти только посредством «дружеских услуг», оказываемых государственными чиновниками из государственных ведомств. В самом деле, часть той значимости, которую бразильцы придают таким понятиям, как «блат» или «своя рука», идет от неспособности бюрократического сектора работать, как положено. Хотя нет, работать, как положено, бюрократы очень даже могут, однако только для «своих»⁵⁴.

В отличие от США, где первые европейские переселенцы обладали достаточным правосознанием и уважали закон, первые европейские переселенцы в Бразилии всячески старались закон не соблюдать и не признавали даже таких основополагающих гражданских понятий, как «общественное служение» и «общественная собственность». Эти колонисты, пишет Розен, «оставили бразильской нации в наследство слабое чувство верности и долга по отношению к своему государству, но сильное чувство верности и долга по отношению к своей семье и друзьям»⁵⁵. В колониальную эпоху португальская корона более всего опиралась на крупных землевладельцев-аристократов, и не только для развития национальной экономики Бразилии, но и в вопросе ее военной безопасности. Землевладельцы сами следили за соблюдением общественного порядка на своих землях, содержа для этого собственные вооруженные формирования⁵⁶. Будучи независимы от законов метрополии, они стали по-отечески опекать людей, живших вокруг их усадеб⁵⁷. Как пишет Валенса:

«Отношения «патрон–клиент» основывались на взаимовыгодном обмене услугами, причем обе стороны рассчитывали и на будущие прибыли. Patrão (патрон – порт.) предоставлял ресурсы, защиту и связь с окружающим миром <...> «Клиент» обещал поддержку и послушание <...> Патрон-клиентская система целиком зависела от теплых и довери-

⁵⁴ Miller C. I. The Function of Middle-Class Extended Family Networks in Brazilian Urban Society, in Brazil: Anthropological Perspectives: Essays in Honor of Charles Wagley, M.L. Margolis and W.E. Carter eds. (1979). С. 136.

⁵⁵ Rosen, см. выше сноску 34, с. 523.

⁵⁶ Boxer C. R. The Bay of All Saints, in History of Latin American Civilization. Vol. 2. Hanke L. ed. (1967). С. 164.

⁵⁷ Freire G. The Patriarchal Basis of Brazilian Society, in Politics of Change in Latin America, Joseph Maier and Richard W. Weatherhead eds. (1964). С. 164.

тельных отношений между конкретными индивидуумами, всячески поощряя гибкое и по-дружески неформальное общение между ними»⁵⁸.

Когда 7 сентября 1822 года старший сын португальского короля Педро Первого объявил о даровании Бразилии независимости, он тут же создал слой могущественной бюрократии, куда вошли члены семей крупнейших землевладельцев-аристократов. Но уже в 1885 году либеральный политик Жоахим Набуко горько жаловался, что бюрократы сотворили «гнилую систему», которая высасывает из страны все ресурсы, чтобы «перераспределить их между своими клиентами»⁵⁹. Эта печальная ситуация сохранялась и после падения португальской монархии 15 ноября 1889 года. Землевладельцы-аристократы по-прежнему держали в своих руках все бразды правления на своих территориях и так же требовали от всех, находящихся под их отеческим покровительством, безоговорочной преданности⁶⁰. Экономическая безопасность и общественное благосостояние клиента полностью зависели от расположения его патрона, хотя и патрон, в свою очередь, ценил верность своего клиента, сам действуя по отношению к нему в соответствии с принципом *noblesse oblige* («положение обязывает», т. е. «кому много дано, с того много и спросится». – Прим. перев.). Как замечал Уэгли:

«Часто местный политический лидер <...> выглядит чем-то вроде *patrão* для своих сторонников, которые получают от него блага и ожидают новых благ в будущем. Работник из низов, у которого нет покровителя-*patrão* в том или ином виде, выглядит человеком, которого уже никто не сможет защитить в пору невзгод. *Patrão* обеспечивал своим клиентам нечто похожее на социальную защиту – обычно это было единственным, на что мог рассчитывать представитель низших классов»⁶¹.

В этом смысле процесс индустриализации, начавшийся в 30-х годах прошлого столетия, обещал порвать с такой традицией, поскольку при этом создавался многочисленный класс городского пролетариата, уже независимый от землевладельческой аристократии. В 30-е около 70% бразильцев проживало в сельской местности, в то время как сегодня почти

⁵⁸ Valença M. M. Patron-Client Relations and Politics in Brazil: An Historical Overview. Работа представлена в London School of Economics and Political Science, January 2000, 8, режим доступа: <http://www.lse.ac.uk/collections/GeographyAndEnvironment/research/Researchpapers/rp58.pdf>

⁵⁹ Levine R. M. Jeitinho Land. Brazzil Magazine, January 1998, режим доступа: <http://www.brazzil.com/content/view/8072/75/>

⁶⁰ Chevigny P. (1995) Edge of the Knife: Police Violence in the Americas. С. 151.

⁶¹ Wagley C. (1971) An Introduction to Brazil. С. 99.

85% населения Бразилии живет в городах. Сейчас Бразилия – одна наиболее индустриально развитых стран мира. Однако приходится признать, что новая общественно-экономическая реальность так и не смогла изменить пресловутую традицию «кумовства», рожденную системой отношений «патрон–клиент». Причиной этому стал тот факт, что люди, переехавшие в город из сельской местности, принесли с собой и модели общения с вышестоящими, включая госчиновников, основанные на глубоко личных, а вовсе не безличных (правовых) отношениях.

Любопытно, что первый политический лидер, сумевший с выгодой для себя использовать сохранение городским пролетариатом «крестьянского» образа мыслей, сам был крупным землевладельцем. И тем не менее он – Гетулио Варгас, адвокат и землевладелец, начавший свою политическую карьеру как ставленник земельных олигархов из своего родного штата Рио-Гранде-до-Сул, был достаточно мудрым политиком, чтобы понимать, что набирающий темпы процесс индустриализации уже вскоре сильно сократит влияние и власть землевладельцев. В 1937 году он осуществил государственный переворот, названный им *Estado Novo* (Новое государство). Варгас, ставший диктатором, сразу начал играть роль «отца нации», подававшего себя народу в качестве благодетеля всех трудящихся. Как объясняет Пейдж:

«Став президентом <...> он стал создавать зависимые отношения не только между государством и частным бизнесом <...> но и между государством и пролетариатом. Эти отношения оказались точной копией отношений между имущими и неимущими, принятых в сельской Бразилии. Крестьяне, переехавшие в города, встретили там непривычную и чуждую им социальную структуру. Они должны были жить в хаосе трущоб и трудиться в обезличенной индустриальной среде. Поэтому Варгасу было совсем не сложно представить государство как фигуру власти, которая заботится о своих подчиненных – точно так же, как землевладелец <...> о своих арендаторах»⁶².

Президент Варгас сотворил себе образ патерналистского правителя, скопированного с образа *pater familias* (отца семейства (лат.). – Прим. перев.). Он выдавал себя за великого благодетеля и защитника рабочих, ожидая от них взамен лояльности настолько безоговорочной, что с 1937 по 1945 год бразильское законодательство было не более чем инструментом проведения его личной воли. Отменив выборы, независимость суда и даже свернув процесс законотворчества, Варгас мог приказывать государственному аппарату арестовывать, пытаться и убивать всех, кого хотел.

⁶² Page J. (1995) *The Brazilians*. С. 203.

Играя роль «защитника бедняков», он создал трудовое законодательство, основанное на муссолиниевской *Carta del Lavoro* (Хартия труда (итал.). – Прим. перев.), и получил за этот акт щедрости абсолютную преданность рабочих, граничившую с преклонением перед вождем⁶³. Посетив Бразилию в 1938 году, Левенштайн заметил, что ценнейшим активом диктатуры является сам диктатор, взваливший тяжесть режима «на свои плечи»:

«Любая диктатура персоналистична. Но здесь она совершенно иная, чем европейские тоталитарные режимы. Ее не защищает никакая правящая партия, никакая силовая идеология не поддерживает ее. За исключением армии, не видно никаких опор, на которых стоит этот режим. Похоже, что он держится [не на законе, но] на популярности лишь одного человека»⁶⁴.

В сегодняшней Бразилии еще остались такие, кто полагает, что их политические вожди должны оказывать им за их поддержку некие внеправовые «любезности». Бразильцы готовы ждать от своего государства практически чего угодно. Ожидаемые «любезности» могут принимать любую форму: футболок с надписями, продовольственных наборов, мешков с цементом, упаковок пива, телефонных линий, музыкальных инструментов, краски для стен, стабильных цен, дешевых кредитов, субсидий на проведение карнавала и т. д. Как замечает Розен, «едва ли существует на свете что-либо, чего не ждут здесь от государства»⁶⁵. И все же, несомненно, чаще всего голосующие бразильцы рассчитывают стать «бюджетниками». «Должности госслужащих» стали у бразильских политиков самой «расхожей валютой», служа чем-то вроде «доходной собственности» для вознаграждения своих сторонников на выборах и их посадки в такие кресла в госаппарате, где они еще не раз смогут сослужить своему политическому боссу хорошую службу⁶⁶. По замечанию Розена:

*«Политические отношения типа «патрон–клиент», ведущие свое происхождение от системы *patrão*, широко принятой в сельской Бразилии, до сих пор доминируют в бюрократических структурах. Тот, кто получил работу от своего политического патрона, вряд ли откажется оказывать «услуги» семье и друзьям. Более того, приток большого числа необразованного и неквалифицированного персонала создает новые рабочие*

⁶³ *Burns E. B.* (1970) *A History of Brazil*. С. 298.

⁶⁴ *Loewenstein K.* (1967) *The Age of Getúlio Vargas in Brazil*, in *History of Latin American Civilization*. Vol. 2. L. Hanke ed. С. 446.

⁶⁵ *Rosenn*, см. выше сноску 34, с. 526.

⁶⁶ *Clapham C.* (1982) *Clientelism and the State*, in *Private Patronage and Public Power*, Christopher Clapham ed. С. 25.

места для самих бюрократов, частично для того, чтобы лишним работникам было хоть чем-то заняться, частично для того, чтобы сложнее было отыскать виновного за некомпетентность в работе <...> Большое число госслужащих имеет, по крайней мере, еще одно место работы в дневное время, в то время как существенное число других является на работу лишь в дни выдачи зарплаты»⁶⁷.

6. Всесилие бразильского государства

Здесь следует заметить, что государство является главным агентом социальной трансформации бразильского общества. Это происходит не потому, что правящая элита Бразилии состоит исключительно из госчиновников, но скорее потому, что государственная бюрократия является тем основанием, к которому крепятся все остальные социальные группы – либо по типу альянса, либо по типу зависимости. Поскольку государство выступает как главный податель всех существующих благ, они же – ресурсы, «граждане надеются жить за счет государства и целиком под его защитой»⁶⁸. В результате этатизм (также известный как «государственный централизм». – Прим. перев.) равно поддерживается старомодными социалистами, неомеркантилистскими бизнесменами, реакционными консерваторами (противниками свободного рынка), авторитарными военными, привилегированными бюрократами, интеллектуалами, охочими до государственных дотаций, и еще целым множеством «сочувствующих» лиц, верящих, что большое государство может уменьшить социальное неравенство⁶⁹.

Но для того чтобы лучше понимать корреляцию между этатизмом и искажением принципа верховенства права, нужно в первую очередь рассмотреть как реалию государство, исторически возвышающееся над обществом⁷⁰. Бразильский этатизм является побочным продуктом старой системы «дележа добычи» (т. е. распределения государственных

⁶⁷ *Rosenn*, см. выше сноску 34, с. 535.

⁶⁸ *Heitor de Paola*. The Concept of Democracy in Latin America, Hispanic American Center for Economic Research – HACER, July 2006, режим доступа: <http://www.hacer.org/current/Brazil109.php>

⁶⁹ *Prado N.* (1994) Razões das Virtudes e Vícios da Constituição de 1988. С. 59. Для целей данной работы этатизм определяется как идеология, отдающая государству предпочтительную роль в обществе и ставящая государство на место главного агента преобразований в обществе.

⁷⁰ *DaMatta*, см. выше сноску 51, с. 296.

должностей за оказанные услуги. – Прим. перев.), унаследованной от португальцев, в чьей стране монарх одаривал своих любимцев из числа придворных и просто подданных самыми разными милостями и любезностями в нарушение принципа верховенства права. Эта реальность существовала в Бразилии с первых дней ее существования в качестве португальской колонии⁷¹. Известно, что мореплаватель Перо Вас де Каминья, сообщая королю Португалии Мануэлю в своем письме от 22 апреля 1500 года об открытии Бразилии, считал возможным, что называется, «ради такого дела» попросить у монарха «какую-нибудь хорошую должность для племянника»⁷².

Неудачи принципа верховенства права в Бразилии также изначально коренятся в нелюбви Португалии к свободе личности и частной инициативе. В традиционной португальской католической иерархии класс предпринимателей (торговцев) занимал самую нижнюю ступень социальной лестницы. В этой иберийской стране, «как в марксистской России и красном Китае, купец-негоциант считался посредничающим паразитом и спекулянтom, единственной целью которого было нажиться за счет окружающих»⁷³. В колониальную эру португальская корона владела огромным числом самых разных коммерческих монополий – от импорта сахара до контроля над мыловарением. Монарх отдавал региональные и окружные монополии в аренду своим придворным и фаворитам, следуя лишь собственным желаниям⁷⁴. Боксер пишет:

«Будет слишком долго перечислять все заморские источники богатств, которыми так или иначе пользовалась португальская корона, будь то в форме (теоретически) строгой монополии, будь то в виде доли от прибылей, будь то в виде ввозных или вывозных таможенных пошлин <...> В Португалии, возможно, более чем где бы то ни было, корона занималась практикой <...> по отдаче в аренду даже самых мелких присутственных мест, способных дать какой-либо доход; та же практика продолжилась и в Португальской Бразилии»⁷⁵.

Начиная с 7 сентября 1822 года, т. е. после получения независимости от Португалии, количество жалоб на чрезмерное вмешательство

⁷¹ Clapham, см. выше сноску 65, с. 5.

⁷² Dellasoppa E. E. (2001) Corruption in Brazilian Society: An Overview. С. 2.

⁷³ Boxer C. R. (1969) The Portuguese Seaborne Empire. С. 319.

⁷⁴ Id. С. 321.

⁷⁵ Id. С. 322.

государственных органов и их попытки регулировать частный бизнес ничуть не уменьшилось. Они были настолько обычным делом, что еще в 1853 году измученные и отчаявшиеся предприниматели вроде Виконта де Мауа замечали, что «все нужно ждать от государства, а частной инициативы попросту не существует»⁷⁶. Де Мауа утверждал, что продолжение любых видов экономической деятельности полностью зависит от «официальных настроений» и что большинство людей рассматривает государство как своего «наставника» или защитника общества⁷⁷. В результате даже самые успешные бизнесмены были не более чем обычными «клиентами» «патрона» – правящей государством землевладельческой аристократии, – обязанными терпеть «невыносимые попечения государства»⁷⁸. Эти люди видели, что так им было проще добиться богатства, чем посредством труда и производства. Например, в 1870 году либеральный политик Тавареш Бастуш объяснял, что в стране силен «страх перед компаниями», который он тогда приписывал «устаревшей традиции деспотизма, отрицающей современный дух свободы»⁷⁹.

Вся эта реальность ничуть не изменилась и дожила до наших дней. В самом деле, самые успешные бизнесмены Бразилии остаются нео-меркантилистами, практикующими различные виды картельного сговора при непосредственном участии государства. Под предлогом так называемой «защиты национальных интересов» эти так называемые «предприниматели» часто добиваются от своего государства привилегированных условий ведения бизнеса, включающих особые процентные ставки по кредитам и целевые займы у государственных банков и других госструктур, которые обычно даже не надо возвращать. В результате, пишет Уильям Прилламан, «начинающим предпринимателям вообще не стоит искать судебной защиты, поскольку принятие решений в экономической сфере основывается на политических соображениях, а вовсе не на финансовой рациональности верховенства права»⁸⁰.

⁷⁶ *Graham R.* (1968) *Britain and the Onset of Modernization in Brazil: 1815-1914*. С. 223.

⁷⁷ *Id.* С. 216.

⁷⁸ *José Ignácio Silveira da Motta.* (1869) *Degeneração do Sistema Representativo*. С. 21.

⁷⁹ *Bastos A. C. T.* (1870) *A Província: Estudo sobre a Descentralização no Brasil*. С. 264.

⁸⁰ *Prillaman*, см. выше сноску 47, с. 9.

7. Этатизм и коррупция

В Бразилии существует видимая связь между этатизмом и коррупцией⁸¹. Конечно, каждому известно, что чем больше государственного вмешательства в экономику, тем больше возможностей для коррупции, поскольку «большое государство» может обеспечить более плодородную почву для злоупотребления властью. Это особенно справедливо для таких глубоко интерперсональных обществ, как бразильское, где истинная власть, кажется, заключается в способности некоторых людей работать в пространстве над законом. Как подметил Монтанер, говоря о латиноамериканской действительности применительно к Бразилии: «Это как будто политиков избирают не для того, чтобы они соблюдали законы, а для того, чтобы они становились автократами, соревнующимися друг с другом в том, кто какой закон сможет нарушить»⁸². Так, по мнению Деласоппы:

«Можно сказать, что [коррупция] присуща Бразилии эндемически, будучи тесно связана с ее политической системой, в особенности с системой отношений «патрон–клиент»; она полностью пронизывает все бразильское общество на самых разных уровнях его учреждений и чиновников. С ней крайне трудно бороться, ибо большая часть коррупционных дел, даже самых скандальных, обычно заканчивается освобождением от наказания»⁸³.

Еще раз: проблема коррупции в Бразилии имеет глубокие исторические корни и связана с историей колонизации этой страны. Португальские колонисты были «более чем кто-либо другой» сторонниками правила, говорящего о том, что «подарок создает для человека пространство»⁸⁴. Документы колониальной эпохи свидетельствуют, что госслужащие, включая чиновников самого высокого ранга, постоянно были замешаны в грабежах, нанесении увечий, убийствах, изнасилованиях

⁸¹ Этимологический корень слова «коррупция» происходит от латинского *corruptus*, буквально означающего разрушение чего-либо. Концептуально оно описывает любой из случаев злоупотребления властью ради личного обогащения и с использованием мошенничества, подкупа, вымогательства (плата за принятие нужного государственного решения) и хищение (кража государственных средств).

⁸² *Montaner C. A. Culture and Behavior of Elites in Latin America*, in *Culture Matters: How Values Shape Human Progress*, Lawrence E. (2000) Harrison and Samuel Huntington eds. С. 58.

⁸³ *Dellasopa E. E. (2001) Corruption in Brazilian Society: An Overview*. С. 3.

⁸⁴ *Boxer*, см. выше сноску 72, с. 209.

и т. п. Все эти преступления, как сказано в официальном документе той поры, совершались против людей злодеями, «не убоявшимися ни Бога, ни Короля»⁸⁵. Подобные жалобы являются общим местом в официальной переписке на протяжении трех веков колониального правления. Поэтому, когда король Иоанн IV (1640–1656) спросил в 40-х годах XVII века у Антонио Вьейры о том, нужно ли отделить область Мараньян от области Пара, честный иезуит ответил, что лучше бы все оставить как есть, ибо «один вор в присутственном месте все-таки лучше, чем два»⁸⁶. Одна англичанка заметила в 1820-х годах, что злоупотребление властью «было болезнью, охватившей всю Бразилию целиком», сказав также, что «[бразильские] губернаторы <...> практически не несут никакой ответственности [за свои преступления]» и что «извращенное применение законов соперничает там лишь с пороками управления»⁸⁷.

Если даже губернаторы вели себя так устрашающе дурно, то большинство судей, магистратов, судебных приставов и казначеев ни в чем им не уступали⁸⁸. Ходила даже поговорка, что всякий высоконравственный португалец, переезжая в Бразилию, должен оставлять свою мораль дома, чтобы при возвращении в Европу вновь показать себя порядочным человеком⁸⁹. В результате бразильцы просто привыкли к повсеместной коррупции и аморальности. Как в фольклоре, так и на практике, они традиционно считали коррупцию «до некоторой степени обычным делом»⁹⁰. Любопытно, что в качестве одной из главных причин свержения президента Жоао Гуларта 31 марта 1964 года, осуществившие военный переворот офицеры назвали необходимость, наконец, покончить с коррупцией. Однако два десятилетия спустя оказалось, в результате правления «борцов с коррупцией» коррупция даже выросла. Авторы переворота взяли власть, обещая уничтожить коррупцию, но через двадцать лет им пришлось уходить, поскольку, среди всего прочего, результатом их правления стали

⁸⁵ Id. С. 144.

⁸⁶ Id. С. 324.

⁸⁷ *Graham M. D.* (Lady Maria Calcott) (1969) *Journal of a Voyage to Brazil and Residence There. During Part of the Years 1821, 1822, 1823.* С. 30.

⁸⁸ *Diffie B. W., Winius G. D.* (1977) *Foundations of the Portuguese Empire 1415–1580.* С. 419.

⁸⁹ Id.

⁹⁰ *Gordon L.* (2001) *Brazil's Second Chance: En Route Toward the First World.* С. 159.

«возросшие уровни коррупции, а также очевидный подрыв престижа вооруженных сил»⁹¹.

После начала демократического периода правления в марте 1985 года коррупция выросла еще больше, достигнув невиданных прежде уровней при президенте Лула да Силва (2002–2010)⁹². Ни одно государство во всей бразильской истории не было источником такого огромного количества коррупционных скандалов с участием партийных вождей, депутатов, министров и функционеров за такой короткий промежуток времени⁹³. Каждый день бразильские СМИ полнятся сообщениями обо всё новых коррупционных делах политиков и госчиновников. Хотя многих радует то, что в стране нормально существует свободная пресса, расследующая и разоблачающая случаи коррупции в верхних эшелонах власти, сохранение масштабов коррупции на протяжении уже стольких лет демократического правления «свидетельствует скорее о высокой степени безнаказанности и всеобщей толерантности к этому явлению»⁹⁴. К сожалению, в Бразилии, по словам Гутьереса,

«эту продажность ничто не сдерживает, поскольку мало кто из представителей политической элиты был когда-либо обвинен и наказан за коррупцию. Это означает, что в обществе существует серьезная проблема с соблюдением принципа верховенства права. В результате факти-

⁹¹ *Gutierrez A.* Bush Should Use Brazil's Corruption to Show Real Friendship, *Brazzil Magazine*, 14 сен. 2005 г., режим доступа: <http://www.brazzil.com/content/view/9399/76/>

⁹² *Otis J.* Government Corruption c. New Heights in Brazil, *Houston Chronicle*, October 16, 2005, режим доступа: <http://www.chron.com/cs/CDA/ssistory.mpl/headline/world/3399089>

⁹³ По словам профессора социологии Джеймса Петраса, «каждый из секторов Рабочей партии президента Лулы [был] вовлечен во взяточничество, мошенничество, покупку голосов на выборах, расхищение общественных фондов, сокрытие сведений о незаконном финансировании избирательной кампании и в целый ряд других серьезных преступлений... Все ближайшие и наиболее доверенные советники президента Лулы, а также лидеры парламентских фракций и партийные боссы [были замешаны в] переводах средств в особо крупных размерах с целью незаконного финансирования избирательных кампаний, личного обогащения и подкупа госчиновников». *Petras J.* Lula's Workers Regime Plummets in Stew of Corruption, *Counterpunch*, July 30-31, 2005, режим доступа: <http://www.counterpunch.org/petras08012005.html>

⁹⁴ *José Murilo de Carvalho.* (2000) *The Struggle for Democracy in Brazil, Possible Lessons for Nigeria.* С. 11.

чески денонсируется всякое доверие к политикам и уважение к процессу принятия политических решений, равно как и соблюдение уже принятых законов, что должно послужить барьером для внеправового поведения. В итоге из пепла аморальности и несправедливости родилось неэффективное государство»⁹⁵.

8. Заключение

Данная работа была задумана как скромная попытка объяснить значимые аспекты правовой культуры и гражданского общества Бразилии. Задачей автора было показать, насколько неформальные «понятия» бразильского общества могут отличаться от того, что можно видеть в текстах законов. Хотя во всех странах существует некий разрыв между статутным правом и правом на практике, в такой стране, как Бразилия, этот разрыв намного шире, чем, например, в США или Австралии. Отсюда следует, что проблема с реализацией принципа верховенства права в Бразилии состоит не только в отсутствии «хороших» законов, хотя тут есть и изрядное количество «плохих»; проблема эта коренится, скорее, в тех факторах, которые можно назвать социологическими и поэтому внеправовыми по своей природе, что подтверждает ту предпосылку, что недостатки реализации принципа верховенства права в Бразилии составляют проблему столь же общественно-политическую, сколь и институционально-правовую.

Перевод Б. Мещерякова

Текст © Augusto Zimmerman, 2013

⁹⁵ Id.

Мазаев Владимир Дмитриевич

*д. ю. н., профессор Национального исследовательского
университета «Высшая школа экономики»*

ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО, ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ ЭКОНОМИКИ

1. *Общее представление.* Российская Конституция 1993 года восприняла принцип правового государства (ч. 1 ст. 1 Конституции РФ) и как член Совета Европы обязалась признавать принцип верховенства права (ст. 3 Устава Совета Европы, Преамбула Конвенции о защите прав человека и основных свобод). Эти два принципа нашли свое определенное отражение в российском законодательстве, судебной практике и правовой науке. Весь вопрос заключается в том, насколько российское представление о содержании этих принципов соответствует общепризнанным мировым стандартам. Эта проблема усугубляется тем, что универсальных стандартов содержания названных принципов не существует. Более того, принцип правового государства и принцип верховенства права имеют свою историческую судьбу и назначение, свой механизм осуществления¹.

Признание определенных концептуальных различий понятий «правовое государство» и «верховенство права» имеется как в западноевропейской, так и в российской правовой науке. Так, концепция «правового государства» сосредоточена на природе государства и зародилось благодаря письменным конституциям. Верховенство права зародилось в залах суда и требует, чтобы все официальные лица относились к любому человеку с уважением его достоинства, соблюдая принцип равенства, рационально и на основе права, а также чтобы у каждого была возможность обжаловать любые решения в независимых и беспристрастных судах².

¹ Доклад «О Верховенстве права», утвержденный Венецианской комиссией на ее 86-й пленарной сессии (25–26 марта 2011 года); *Баренбойм П. Д.* Соотношение доктрин верховенства права и правового государства как главный вопрос философии права и конституционализма. М., 2013.

² См.: Доклад «О Верховенстве права». П. 13.

В российской правовой науке правовое государство связывают с идеями государственного союза, в котором взаимоотношения между личностью и государством строились бы на незыблемых основах права и исключали бы взаимный произвол. К наиболее важным признакам правового государства относят: 1) суверенитет народа; 2) верховенство закона (права), что предполагает правовую организацию верховной государственной власти, юридическую форму ее осуществления, правовые принципы взаимоотношений личности и власти; 3) ведущую роль закона в регулировании наиболее важных общественных отношений; 4) принцип разделения властей; 5) признание и обеспечение основных прав и свобод человека и гражданина. Выделяют также такие черты как верховенство конституционного закона, роль суда как основного средства обеспечения закона, соответствие законов праву, наличие развитого гражданского общества и др.³ Основной чертой в характеристике правового государства обычно выделяется возвышение права над государственной властью. В этом смысле право становится самостоятельной и высшей ценностью, которая связывает государство и его органы правовой формой, ограничивает его произвол по отношению к обществу и личности.

В концепции верховенства права отмечается ее основание – институт сильного независимого суда и роль судебной практики. В верховенстве права акцент делается на защите либеральных ценностей (свободу, собственность), на ограничении государства в частной сфере. Эти цели достигаются прежде всего доступом к справедливому беспристрастному и независимому суду, обоснованным и разумным законом и на равной основе.

Исторически правовое государство (в классическом немецком варианте) есть «воплощение определенного правопорядка», «государство правопорядка». Верховенство права предполагает ограниченное государство и свободное правовое общество с обращением к государству в качестве арбитра правовых конфликтов⁴.

Вместе с тем, эти принципы имеют единую философско-правовую и нравственную субстанцию, которая выражается в обеспечении достоинства и свободы личности в государстве, связанности государства правом, справедливости закона и практики его применения.

³ Например, см.: История государственно-правовых учений: Учебник / Отв. ред. В. В. Лазарев. М.: Спарк, 2006. С. 376–380; Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. К. Бабаева. М.: Юристъ, 1999. С. 146–152.

⁴ См.: История государственно-правовых учений: Учебник / Отв. ред. В. В. Лазарев. С. 380–381.

Определенное единство этих принципов дает возможность использовать их в одном контексте. Так, в прецедентной практике Европейского Суда по правам человека верховенство права – это такая концепция, которая заложена в любой статье Конвенции (и при этом Суд использует термины не только «верховенство права», но и «правовое государство»⁵.

2. *Общее и отдельное в соотношении понятий.* Закономерно возникает вопрос о возможности «примирения» таких понятий как «верховенство права» – «Rule of Law» и правовое государство «Rechtsstaat». Как правило, в российской теории права и конституционном праве принцип верховенства права рассматривают составной частью принципа правового государства. Так, В. Д. Зорькин к числу сущностных признаков правового государства относит: 1) верховенство права (включая приоритет прав человека и верховенство правового закона); 2) народовластие; 3) разделение властей⁶. В. А. Виноградов представляет верховенство права одним из субпринципов общего конституционного принципа правового государства, наряду с приоритетом прав человека, судебной системой как гарантом справедливости и правосудия и др.⁷ В понятии правового государства воплощаются политико-правовые идеи: 1) верховенство права (закона) в обществе как главный принцип правового государства; 2) реальность прав личности; 3) взаимная ответственность государства и личности.⁸ В правовом государстве «вся жизнь должна основываться на господстве права и закона (в широком смысле слова)»⁹, верховенство права является важнейшим составным элементом и ориентиром деятельности органов государства¹⁰.

Признание верховенства права составной частью более общего принципа правового государства можно объяснять разными причинами, в том числе традиционным представлением о соотношении государства и

⁵ См.: Доклад «О Верховенстве права» (п. 23).

⁶ См.: Зорькин В. Д. Конституционно-правовое развитие России. М.: Норма: ИНФРА, 2011. С. 53.

⁷ См.: Основы конституционного строя России: двадцать лет развития. М.: Институт права и публичной политики, 2012. С. 31.

⁸ См.: Мосин О. В. Политико-правовые идеи и концепции правового государства. М., 2007 // <http://www.i-u.ru/forum/>

⁹ См.: Авакьян С. А. Конституционное право России. Учебный курс. 2-е изд. В 2-х т. Т. 1. М.: Юристъ, 2007. С. 347.

¹⁰ См.: Васильева, Виноградов, Мазаев В. Д. Конституционное право России: Учебник. 2-е изд. М.: Эксмо, 2011. С. 131.

права в России. Право рассматривается как важнейший признак государства и его наиболее эффективный инструмент. Даже если представления о праве поднимаются над позитивным правом и наполняются естественно-правовым содержанием, то право сложно отделить от государства, противопоставить государству. В этом смысле верховенство права представляется как дополнительный политико-правовой и нравственный прием сдерживания произвола государства, в том числе по вопросам создания и применения позитивного права.

На наш взгляд, соотношение принципов правового государства и верховенства права нельзя понимать узко как соотношение общего и частного. Их следует рассматривать составными частями общего представления о современном конституционализме. Существуют общие сущностные свойства элементов системы конституционализма. На этом уровне рассматриваемые правовые принципы имеют единую философско-правовую природу, которая выражается в достижении справедливой модели государственного устройства, направленного на обеспечение достоинства и свободы личности, соотношении интересов государства, общества и личности на основе права и ограничении государственного (и частного) произвола правовой формой.

На этом системном (сущностном) уровне правовое государство и верховенство права тесно взаимосвязаны (и взаимообусловлены) с такими принципами как суверенитет народа, демократизм (в том числе достаточная легитимность власти (выборность, реальная роль представительных органов, политический и экономический плюрализм и др.), приоритет прав человека, разделение властей, дееспособное гражданское общество и др. Первоосновой единства этих принципов является право как ценность (как в позитивном, так и в естественно-правовом смысле).

Как отдельные элементы системы, рассматриваемые принципы имеют свое назначение и характеристики. Так, смысловое содержание правового государства направлено на упорядочение государственной власти, обустройство (организацию) государства, его органов. Верховенство права отражает правовой механизм защиты конкуренции между различными институтами публичной власти, уровнями и видами источников права. Этот способ основан на наличии самостоятельности и определенной автономности всех институтов власти и общества, отсутствии жесткой иерархии источников права, авторитете суда и свободе судебного усмотрения. Верховенство права больше направлено на возможности права в процессе его применения.

На уровне «правовой технологии» (условий, правовых приемов и методов) осуществления принципов правового государства и верхо-

венства права имеется ряд объединяющих черт: 1) наличие закона (в широком смысле слова), отвечающего требованиям легитимности (наличие дееспособного представительного органа, демократический характер принятия); 2) правовая определенность, ясность и предсказуемость (оценка эффективности правового акта); 3) справедливость содержания; 4) законность как полное и точное осуществление правовых норм; 5) наличие институтов и уровней публичной власти, действующих на основе разделения властей, полномочия которых основаны на законе; 6) приоритет прав человека, равенство перед законом; 7) доступ к правосудию (независимость, беспристрастность и ответственность судов, открытость правосудия, квалифицированная юридическая помощь, в том числе малоимущим); 8) признание роли судебного прецедента и свободы судейского усмотрения, справедливость в осуществлении правосудия; 9) иные требования и принципы, например, запрет произвола (как правило, это относится к актам исполнительной власти, принятым без должного обоснования); соразмерность и разумная достаточность правового регулирования. Таким образом, принципы правового государства и верховенства права в рамках общей системы ценностей конституционализма имеют общую природу и цели осуществления. При этом они имеют свои особенности, которые следует учитывать в процессе обеспечения достоинства личности и справедливой организации государственной власти. Эти принципы на уровне правовой технологии их осуществления имеют много общих характеристик, которые позволяют рассматривать их как взаимоинтегрирующие явления.

3. Направления интеграции. Верховенство права как самостоятельный элемент в конституционно-правовой системе имеет особые свойства, которые могут дополнять, делать более гибким и эффективным правовое воздействие и тот же принцип правового государства. К таким свойствам относятся: а) более свободное усмотрение в применении права; б) значительная роль судебной практики; в) самостоятельность, беспристрастность суда и доверие к нему.

Одним из направлений преодоления позитивистского направления в применении права, расширения свободы усмотрения является ценностный подход¹¹, внедрение в правовую материю конституционно-

¹¹ См., например: *Витрук Н. В.* Конституция Российской Федерации как ценность и конституционные ценности: вопросы теории и практики // Конституционные ценности: содержание и проблемы реализации: Материалы международной научно-практической конференции 4–6 дек. 2008 г.: В 2 т. Т. 1. М., 2010. С. 9–13.

правовых ценностей¹². С помощью конституционных ценностей происходит «приращение и актуализация нормативного содержания соответствующих норм и институтов, а также установление их сбалансированного взаимодействия»¹³.

К сожалению, единственным субъектом обращения, формирования и применения таких ценностей является Конституционный Суд России. Хотя согласно ч. 1 ст. 15 и ст. 18 Конституции РФ Конституция имеет прямое действие, непосредственное действие прав и свобод человека и гражданина обеспечивается правосудием. Эта конституционная идея о прямом применении конституционных норм судами была ограничена правом Конституционного Суда РФ¹⁴. В этом положении присутствует боязнь расширения границ судебного усмотрения, недоверие уровню и компетентности судей. Широкая судебная практика по применению конституционных норм могла бы способствовать обогащению реального содержания конституционных положений и одновременному обучению, воспитанию судей. Конституционный Суд РФ при этом мог бы выполнять функцию основного аккумулятора и контролера этой практики, устранять неизбежные издержки и направлять судебную практику.

Вторым направлением интеграции является признание и расширение роли прецедентных начал в применении права. Это относится прежде всего к решениям и правовым позициям Конституционного Суда РФ, а также к судебным актам высших судов. В этой связи принципиальной является позиция Конституционного Суда РФ, в которой он признал право Высшего Арбитражного Суда России давать абстрактное толкование применяемых судами норм права и формировать соответствующие правовые позиции¹⁵. Нельзя не согласиться с Г. А. Гаджиевым, что толкование

¹² См: Зорькин В. Аксиологические аспекты Конституции России // Конституционные ценности в теории и судебной практике: Сборник докладов. М., 2009. С. 47–48.

¹³ См.: Бондарь Н. Конституционные ценности как судебно-правовой фактор разрешения социальных противоречий и конфликтов: из практики Конституционного суда Российской Федерации // Конституционные ценности в теории и судебной практике: Сборник докладов. М., 2009. С. 71.

¹⁴ КС РФ установил, что если суд приходит к выводу о несоответствии закона Конституции РФ, он не вправе, а обязан обратиться с запросом в Конституционный Суд РФ о конституционности данного закона. См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004.

¹⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П.

закона высшими судебными органами является одной из главных идей становления прецедентных начал в российской правовой системе, необходимой среды для возвращения верховенства права¹⁶.

Третьим направлением является укрепление самостоятельности и авторитета суда. Несмотря на масштабную критику судебной системы и судей авторитет суда имеет тенденцию к накоплению (особенно по отношению к иным органам государственной власти). Так, мониторинг отношения истцов, ответчиков, их представителей к мировым судьям, проведенный в 2011 году в ряде регионов страны, показал высокий уровень доверия к деятельности и решениям мировых судей (от 95 до 98% опрошенных оценили решения мировых судей как непредвзятые и беспристрастные)¹⁷.

4. Верховенство права и конституционные основы экономики. Сдерживание государства в экономической сфере традиционно лежит в основе либерального понимания верховенства права. Принцип верховенства права наиболее соответствует системе рыночных ценностей, которые закреплены в российской Конституции. Более того, он признается важным условием и средством успешного экономического развития в рамках рыночной модели. В Декларации Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях (19 сентября 2012 года) выражено убеждение в том, что верховенство права имеет особо важное значение для устойчивого и всеохватывающего экономического роста, устойчивого развития¹⁸. По мнению ведущих российских экономистов, принцип верховенства права является необходимым условием и движущей силой формирования новой модели экономического роста в России¹⁹.

¹⁶ См.: *Гаджиев Г. А.* Судебная доктрина верховенства права в России // *Международные правовые доктрины: поиск взаимопонимания. Сборник статей / Отв. ред. Е. Г. Тарло, Д. В. Кравченко.* М., 2013.

¹⁷ Мониторинг проводился Институтом права и публичной политики в рамках проекта «Повышение доступности правосудия для малоимущих и социально незащищенных групп населения Российской Федерации» // www.ilpp.ru

¹⁸ <http://cyberpeace.org.ua/files/>

¹⁹ См.: *Ясин Е. Г., Акиндинова Н. В., Якобсон Л. И., Яковлев А. А.* Состоится ли новая модель экономического роста в России? [Текст] докл. к XIV Апр. междунар. науч. конф. по проблемам развития экономики и общества. Москва, 2–5 апр. 2013 г.; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. С. 4–5.

Осуществление верховенства права в России в сфере экономики предполагает учет ряда объективных и исторических факторов: 1) роль государства в экономическом развитии. Традиционно эта роль в России всегда была большая или чрезмерная. В современном мире свобода усмотрения государства в экономических вопросах расширилась (демократизация и социализация, глобализация и др.), что является значительным аргументом в поддержке идеи сильного российского государства; 2) социализация общественного развития обусловила переоценку понятий, например, «умаление индивидуалистической доктрины» (Л. Дюги), формирование доктрины социального правового государства²⁰; 3) формирование позиций о социальной справедливости как важнейшем элементе российской демократии, «нравственном измерении» экономических процессов (против нищеты и неравенства); 4) неустойчивость, переходность российской конституционно-правовой модели экономики от либерально-демократических ценностей образца Конституции РФ 1993 года до «олигархического капитализма» и «государственного капитализма с патриотическим лицом». Примером такой неустойчивости являются неудавшиеся попытки принять закон о национализации. Восемнадцать законопроектов по этой теме было внесено в российский парламент, но ни один не был принят. Парламент не смог до конца определиться в назначении национализации: или это инструмент экономической политики государства (и одновременно защиты частной собственности) или способ восстановления социальной справедливости.

С учетом приведенных замечаний успешная реализация конституционных основ российской экономики (принципы рыночной экономики, формы и уровни собственности, институты власти и полномочия в сфере экономики) требуют постоянного соизмерения с содержанием рассматриваемых правовых принципов и преодолением наиболее значимых проблем. В числе наиболее значимых можно назвать следующие:

1) легитимность выбора экономического развития. Имеется в виду определение стратегических задач развития на длительную перспективу. Единственным субъектом такого выбора является президент, который согласно Конституции РФ определяет основные направления внутренней и внешней политики. Они являются обязательными для всех органов госу-

²⁰ См.: Государственное право Германии. Сокращенный перевод с немецкого семитомного издания. Т. 1. М.: Институт государства и права РАН. 1994. С. 58–59.

дарственной власти. Следует перераспределять ответственность за такой выбор. С позиции верховенства права парламенту должно принадлежать право принимать законы о стратегическом планировании экономики и право контролировать установленные показатели;

2) государство как суверен и главный хозяйственник. Правовое государство является планирующим, управляющим, производящим, распределяющим (Конрад Хессе). Российское государство в последнее десятилетие проводит активную экспансию в экономику: государственная собственность (и государственный сектор) составляют более 50 процентов, под фактический контроль взяты основные отрасли экономики. Огосударствление экономики вносит дисбаланс в реализацию конституционных принципов свободы экономической деятельности, равной правовой защиты форм собственности и защиты конкуренции. Одним из результатов этого в экономике является слабая конкурентоспособность экономики²¹, отток капитала из страны, недостаточность темпов экономического развития. Второй важнейшей проблемой чрезмерного вмешательства государства является деформирование его статуса в гражданском обороте, что порождает несбалансированность соотношения публичных и частных интересов, административных и рыночных механизмов²². Верховенство права требует более обоснованных, соразмерных и легальных критериев государственного вмешательства в экономическую деятельность;

3) «проблемные» формы и методы государственного участия в экономике. Государственная экспансия в экономику осуществляется через такие организационно-правовые формы как государственные корпорации, государственные компании, единые хозяйствующие субъекты (например, ОАО «Российские железные дороги»). Эти субъекты на основании

²¹ По словам главы Правительства РФ Д. Медведева, несмотря на принятые законы, уровень конкуренции остается низким. См.: <http://premier.gov.ru/news/item/19276>

²² Этой тенденции Конституционный Суд РФ пытается противопоставить ценности верховенства права, конституционные принципы. Так, в Постановлении КС РФ от 27 апреля 2001 г. № 7-П формулируется правовая позиция, согласно которой федеральный законодатель обязан исходить не только из публичных интересов государства, связанных с его экономической безопасностью, но и из частных интересов физических и юридических лиц как субъектов гражданских правоотношений // Собрание законодательства РФ. 04.06.2001. № 23. Ст. 2409.

законов наделены особым статусом в хозяйственной деятельности, что нарушает принципы равной защиты всех форм собственности, равных условий коммерческой деятельности. Верховенство права обязывает обеспечить равенство тех же госкорпораций с остальными участниками гражданского оборота. Одной из острейших проблем является использование неадекватных, «не вполне правовых» методов государственного воздействия, например, доведение до банкротства, неадекватное использование гражданско-правовых институтов; недобросовестная конкуренция; административные барьеры, направленные на «захват» бизнеса. Перестройка взаимоотношений между бизнесом и всем блоком право-силовых органов – важнейшая часть реализации верховенства права в экономике и условие ее подъема²³;

4) социальная и правовая справедливость. Доктрина социального правового государства требует наполнения принципа формального правового равенства элементами социальной справедливости с учетом конкретных социальных условий и факторов. Высокий уровень социального расслоения²⁴, экономическое неравенство, в том числе созданное неравенство экономических прав (например, разный уровень реальных гарантий прав собственности крупного и малого бизнеса), несправедливость в появлении первоначального капитала и т. д. являются факторами негативного давления на всю систему конституционных ценностей²⁵. Одним из действенных направлений выравнивания данного положения является судебная практика. Так, Конституционный Суд России выработал ряд правовых позиций по вопросам социальной справедливости, ее правового содержания²⁶. Но, к сожалению, только

²³ См.: Ясин Е. Г., Акиндинова Н. В., Якобсон Л. И., Яковлев А. А. Состоится ли новая модель экономического роста в России? С. 34–35.

²⁴ См.: Путин В. В. Россия сосредотачивается – вызовы, на которые мы должны ответить // Известия. 2012.16.01.

²⁵ По мнению О. Е. Кутафина, несправедливость проведенной приватизации породила основные проблемы построения конституционного, правового государства. См.: Кутафин О. Е. Российский конституционализм. М., 2008. С. 342.

²⁶ Конституционный Суд РФ использует и уточняет содержание принципов правовой справедливости и равенства, например, в Постановлении КС РФ от 29 января 2004 г. № 2-П // Собрание законодательства РФ. 09.02.2004. № 6. Ст. 450; Постановлении КС РФ от 23 декабря 2009 г. № 20-П // Собрание законодательства РФ. 04.01.2010. № 1. Ст. 128.

Конституционный Суд РФ осуществляет толкование и применение принципа социального государства²⁷. В заключение следует отметить – действие принципов правового государства и верховенства права в России в сфере экономики осложняется проблемой несбалансированности конституционных основ рыночной экономики и действующей переходной (и неустойчивой) экономической модели (с доминирующей ролью государственного начала).

Текст © Vladimir D. Mazaev, 2013

²⁷ См.: Основы конституционного строя России: двадцать лет развития. Институт права и публичной политики, 2013. С. 180–181.

ПОСЛЕСЛОВИЕ

Баренбойм Петр Давидович
*первый вице-президент Международного союза
(содружества) адвокатов,*
к.ю.н.

ОТ ГИПОТЕЗЫ К ДОКТРИНЕ

Лорд Бингхам писал о «разных гипотезах конституционализма». Возможно, могут быть не только, как пишет Гадис Абдуллаевич Гаджиев, разные концепции правового государства, но и разные гипотезы правового государства. Гипотеза предшествует концепции. Концепция (о чем будет сказано дальше) предшествует доктрине. Где мы сейчас: в районе гипотез или концепций? Доктрина Правового государства осваивается не только философией права, конституционным правом, конституционной экономикой, но и политологией, социологией и т. д. Это в значительной мере междисциплинарная доктрина.

Какая методология должна быть применена? Существует ли она в данном случае? Нужно ли ее создавать или лучше воспользоваться подходом «методологического хаоса» нобелевского лауреата физика-теоретика Ричарда Фейнмана (1918–1988), который предлагал изучать проблему «наиболее недисциплинированным, непочтительным и оригинальным способом, каким только возможно»?¹ Я уже обращался к этой проблеме в своей недавней книжке «Соотношение доктрин верховенства права и правового государства как главный вопрос философии права и конституционализма» (издательство «Лум», 2013), поставив там больше вопросов, чем дав ответов. В данном случае реальное продвижение от гипотезы к концепции и далее к доктрине российского Правового государства может быть только результатом коллективных усилий.

Присутствие слова «государство» в понятии «правовое государство» в русском языке не дает лингвистически обоснованной возможности переводить это выражение на английский язык как «верховенство права» (Rule of Law). Философии и юриспруденции хорошо известно, что

¹ Наука в фокусе: Журнал. Апрель 2013. С. 45.

«государство» и «право» являются разными понятиями. Парламентская ассамблея Совета Европы в 2007 году почти разобралась и законодательно закрепила близкий к правильному перевод понятия «верховенство права». Полный успех не был достигнут, поскольку не было понято, что сейчас без параллельного анализа понятия правового государства нельзя сформулировать и точные параметры понятия верховенства права.

Доктрине Правового государства (*Rechtsstaat*), побывавшей в циничном употреблении у нацистской власти в гитлеровской Германии (1933–1945), требуется сейчас возвращение к своим живительным кантовским истокам – его философской и конституционалистской доктрине принципов Правового государства. Это будет не такой простой процесс – с учетом определенной архаичности кантовских текстов, а также из-за отсутствия в результате ошибки переводчиков во всех без исключения переводах Канта на русский язык активно используемого им термина «конституция» (*Verfassung*).

Если не указать Канта как главный и определяющий источник современной доктрины Правового государства, то ее дальнейшая разработка встретит значительные трудности из-за наложения послекантовской немецкой традиции, которая в итоге и скатилась к ногам нацистов. Снисходительное принятие правовых философов милитаристской Пруссии XIX века или прощение поддержавшего нацистов в 30-е годы Хайдеггера ведет к потере кантовского антимилитаристского и антидиктаторского смысла философской доктрины Правового государства.

Но может быть, мы обсуждаем искусственные проблемы и нужно просто объединить обе доктрины в одну и под международно доминирующим именем «верховенство права» разрабатывать и «реконцептуализировать» ее применительно к реалиям начала XXI века? Может быть, дать простые и понятные и англосаксонской, и континентальной правовой системе принципы верховенства права и образовать вокруг них общемировой правовой консенсус? В постановке этих вопросов есть резон.

На первый взгляд, почему нельзя пойти по простейшему пути и не объявить две доктрины двумя сторонами одной медали, включающими в себя одни и те же правовые характеристики? Ответ лежит не только в различии англосаксонского общего права и континентального римского права: первое развивается через решения судов, второе связано формальными рамками законодательного акта. Доктрина Правового государства сейчас, в начале XXI века, на основе принятия 4-го поколения конституций, затронувшего более половины стран мира и включающего в себя международные стандарты прав человека, обновляется и в значительной мере сливается с конституционализмом, ставшим, в свою очередь, базой

для современной философии права. Конституционный надзор через суды и/или другие органы конституционного надзора позволяет праву обуздать государство и его направленные на удобство госаппарата законы. Принцип прямого действия ряда конституций, как, например, Конституции РФ, предоставляет дополнительные теоретические и практические возможности защиты развития свободы и гражданского общества. Неполная совместимость доктрин Верховенства права и Правового государства требует не их механического объединения в некий общий принцип законности, а тонкого анализа их различий и путей возможного постепенного сближения и конвергенции. Иначе можно утратить важные значения каждой из доктрин, например, принцип стремления к миру, заложенный Кантом в доктрину Правового государства, или возможность оперативного применения доктринальных основ по любому каждодневному судебному делу, как в доктрине Верховенства права.

Лозунгами и восклицаниями, даже очень эмоциональными, нельзя заменить реальный анализ реального положения вещей. Нам в России нет никакого резона рядиться в пышные или, наоборот, слишком прозрачные одежды Верховенства права, чтобы не сыграть голую свиту голого короля. У нас есть другие понятные проблемы, связанные с доктринальным определением понятия «правовое государство», записанного в текст российской Конституции. Статья 1 Конституции РФ гласит: «Россия есть демократическое федеративное правовое государство». В то же время текущий текст Конституции РФ не раскрывает это понятие. В связи с этим председатель Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. Зорькин отмечает: «Континентальная система права базируется на понятии «правовое государство» – том, что взято за основу нашей Конституции. Нужно отметить, что это понятие во взаимосвязи с реалиями XXI столетия еще ждет своей доктринально-концептуальной разработки, что потребует тесного сотрудничества юристов и философов». В. Д. Зорькин считает, что хотя проблематика правового государства постоянно находится в центре внимания специалистов в области конституционного права, теории и философии права, «к настоящему времени еще ни по одному из принципиальных аспектов этой темы не сложилось того единства взглядов, которое позволяло бы говорить о наличии в российской юридической науке общепризнанной доктрины правового государства. Нет единства даже в вопросе о том, какие именно признаки правового государства в своей совокупности отражают его сущность».

Это важная конституционно-правовая задача, от которой все равно не уйти. Она определяет, точнее, может определять нашу каждодневную жизнь. Следующим вопросом уже станет выяснение вместе

с международным сообществом, что именно мы подписали в текстах международных договоров и обязались соблюдать под именем «верховенство права». Но, похоже, сейчас взаимное непонимание зашло слишком далеко, и поэтому определить «правовое государство» без разграничения его с понятием верховенства права стало уже невозможным.

Разница языков, языковых смыслов и подтекстов крайне важна при лингвистическом и ментальном переводе, особенно конституционных терминов. Знаменитый американский философ права и судья высокого ранга Ричард Познер обратил особое внимание на перевод конституционных текстов и на аналогию лингвистического перевода и судебской интерпретации этих текстов. По его мнению, как в судебской интерпретации конституции есть элемент в хорошем смысле соавторства, когда судья пишет о правовых моментах, конкретно не записанных в конституции, так и переводчик, если он действует честно и хочет передать своему читателю-современнику понятный для него смысл, является такого же рода «соавтором» переводимого им конституционного текста².

К сожалению, такой «честный» подход привел к неправильному переводу на английский термина «правовое государство» из многих десятков конституций мира как «верховенство права» (Rule of Law), хотя в последнем словосочетании нет прямо указанного в первом слова «государство». Все было честно: переводчики конституционных текстов на английский не знали о Канте, *Rechtsstaat*, правовом государстве. Это честное незнание привело к созданию отнюдь не лингвистической, а правовой и международно-политической проблемы интерпретации международных договоров и многих национальных конституций в соотношении понятий правового государства и верховенства права.

Кроме того, будет неправильно говорить только о понятиях, так как нужно идентифицировать или разрабатывать доктрины. Правовые доктрины. У нас (кстати, как и в английском языке) не особо различают «концепцию» и «доктрину». Хотя их, вероятно, можно и нужно разграничивать. Концепцию может выдвинуть любой ученый с обязанностью, конечно, мотивировать ее научными доводами. Когда же мы говорим о доктрине, следует ожидать систему научных взглядов, получившую определенное или всеобщее признание в академическом и практическом профессиональном сообществе. (Интересно, но, на мой взгляд, не совсем правильно написал профессор Николас Рус (Nicholas Roos) о правовом государстве как о «доктринальной концепции».)

² Posner R. *Overcoming Law*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995. P. 492–497.

«Правовая доктрина» является обособленным термином английского языка. «Правовая доктрина является валютой права, – пишут американские профессора и продолжают: – Зачастую доктрина в форме прецедента становится правом, по крайней мере, когда исходит от судов. Судебные мнения, высказанные при вынесении решения, создают правила или стандарты, которые составляют содержание правовой доктрины. Пока природа и влияние правовой доктрины недостаточно изучены. Академические юристы и политологи могут проводить интенсивные исследования в области права, но они в основном игнорируют достижения друг друга... Правовая доктрина устанавливает на будущее рамочные условия для решения судебных дел... Исследователи-юристы интенсивно рассматривают вопросы нормативного значения доктрины, но уделяют мало внимания тому, как она применяется на практике. Ученые других наук могут делать важную описательную работу реального функционирования судов, но в основном игнорируют значение правовой доктрины. Соответственно, мы создаем плохое понимание наиболее важного вопроса: как право функционирует в обществе»³. Конечно, эта интересная характеристика проблем, связанных с созданием и применением правовых доктрин, относится к прецедентной системе общего англосаксонского права. При этом нужно помнить и замечание Ричарда Познера: «Большинство судей лучше обращаются с фактами, чем с доктринами»⁴.

Наши российские проблемы с правовой доктриной заключаются в почти полном отсутствии воли к ее созданию. Судьи у нас не создают прецеденты, а ученые-юристы не всегда стремятся к такой высокой степени философско-правовой абстракции. Похоже, в России юристы в рамках юриспруденции не смогут разобраться с вопросами доктринального определения правового государства и верховенства права без активного участия философии права.

Применительно к США судья Познер пишет о «депрофессионализации правовых исследований», в первую очередь в сфере конституционного права⁵. Он обратил внимание, что доктринальные исследования сокращаются, особенно среди молодых ученых в элитных юридических вузах, поскольку снизился уровень консенсуса в рамках профессии, а также потому, что результаты доктринальных исследований и их методология нередко ставятся под сомнение.

³ *Tiller E.H., Cross F.B. What is Legal Doctrine // Northwestern University Law Review. 2006. Vol. 100. № 1. P. 518.*

⁴ *Overcoming Law. P. 195.*

⁵ *Overcoming Law. P. 84.*

Познер пишет, что монополию «юридических доктриналистов» за последние 30 лет значительно потеснили экономисты, которые своим вторжением в область права «революционизировали профессиональное понимание» в сферах корпоративного права, финансового права, банкротств, антимонопольного регулирования, взяв многие отрасли права (включая конституционное право) под свою опеку⁶. Влиянию континентальной традиции Познер приписывает усиление академической работы по интерпретации права с позиций философии права и моральной философии, а также с социальных позиций, в связи с чем ученые-юристы оказались в толпе политологов, философов, экономистов и социологов⁷.

«Конституционное право остается наиболее престижной сферой для академических юристов. Она привлекает много способнейших доктриналистов. Но они потеряли свою главную аудиторию – судей. Они сейчас пишут друг для друга... Во все возрастающей степени традиционные правовые исследователи неспособны отвечать на наиболее острые вопросы о праве»⁸.

Эта картина, нарисованная одним из авторитетнейших судей высшего звена, крупнейшим теоретиком и философом права США, для нас скорее утешительна, так как дает надежду, что мы еще не опоздаем, если включимся в поток мировой юридической мысли. У них идет интенсивная научная междисциплинарная работа по нахождению новых путей, по которым право проникнет в наиболее острые проблемы современности. У нас продолжается затянувшаяся постсоветская доктринальная спячка. Но так же как они не смогли дать доктринальное объяснение своему верховенству права, так и мы далеко не ушли в создании доктринальных основ своего правового государства. А сейчас уже наша доктрина нужна им для определения своей, а нам нужно определять свою через систему координат совпадений и расхождений с верховенством права. Мы бы предложили рассматривать понятие доктрины как более высокую и систематизированную разработку важного проблемного вопроса права по сравнению с понятием концепции. Доктрина, кстати, может включать в себя и несколько близких, но не полностью совпадающих концепций.

Российской доктринальной удачей, конечно, является конституционная экономика, развитая за последние уже почти полтора десятилетия. Наши экономисты отстали от юристов в осмыслении применения конституционной экономики к нашим российским реалиям.

⁶ Overcoming Law. P. 84–85.

⁷ Overcoming Law. P. 86.

⁸ Overcoming Law. P. 87–88.

Ценность доктрин Правового государства и Верховенства права для правовой системы Российской Федерации неоднократно подчеркивалась флагманом нашего конституционализма - Конституционным Судом Российской Федерации (напр., Постановления от 17.10.2011 № 22-П, от 13.07.2010 № 15-П, от 19.03.2010 № 7-П и др.).

Вопрос о разделении или конвергенции доктрин Правового государства и Верховенства права еще предстоит решить научной юридической общественности. В то же время для нас, в первую очередь, является важным и неотъемлемым вопросом разработка российской доктрины Правового государства, выделение его составных частей, основных принципов и признаков.

Будем надеяться, что наша книга, где приняли участие вместе с 14 российскими конституционалистами пять ученых из Германии, 3 из Австралии, 2 из США и по одному из Великобритании, Испании, Италии и Южной Африки, станет этапом на этом пути.

ПЕРЕЧЕНЬ АВТОРОВ

Алан Тревор – профессор Кэмбриджского университета (Великобритания)

Баренбойм Петр Давидович – кандидат юридических наук, адвокат, Первый Вице-президент Международного союза (Содружества) адвокатов, Председатель Международной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы

Вентер Франсуа – доктор права, профессор, Декан Факультета Права Северо-Западного Университета (ЮАР)

Виноградов Вадим Александрович – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации

Гаджиев Гадис Абдуматович – доктор юридических наук, профессор, Судья Конституционного Суда Российской Федерации

Грот Райнер – доктор права, профессор, старший научный сотрудник Института публичного сравнительного права и международного права Макса Планка (Германия)

Дедов Дмитрий Иванович – доктор юридических наук, профессор, Судья Европейского Суда по правам человека

Зорькин Валерий Дмитриевич – доктор юридических наук, профессор, Председатель Конституционного Суда Российской Федерации

Кашкин Сергей Юрьевич – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой права Европейского Союза Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина

Кеттер Матиас - Свободный университет Берлина (Германия)

Кравченко Дмитрий Валерьевич – кандидат юридических наук, адвокат, Вице-президент МОФ «Фонд развития права», Председатель Совета молодых юристов Московского отделения Ассоциации юристов России

Крайгир Мартин – профессор кафедры права и социальной теории, Университет Нового Южного Уэльса, адъюнкт-профессор Комплекса

учреждений нормативно-правового образования, Австралийский национальный университет (Австралия)

Лафитский Владимир Ильич – кандидат юридических наук, Заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, член-корреспондент Международной академии сравнительного права

Мазаев Владимир Дмитриевич – доктор юридических наук, профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Масферрер Анисето – Президент Европейского общества истории сравнительного права, профессор юридического факультета Университета Валенсии (Испания)

Мишина Екатерина Августовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Недзел Надя – профессор Правового Центра Южного Университета (США)

Паломбелла Джанлуиджи – профессор юридического факультета Университета Пармы (Италия)

Пфордтен Дитмар фон дер – доктор права, профессор, Университет Гёттингена имени Георга-Августа (Германия)

Сергевнин Сергей Львович – доктор юридических наук, профессор, Советник Конституционного Суда Российской Федерации

Тайцлин Анна - доктор права, Австралийский национальный университет и Университет Канберры (Австралия)

Тидеманн Пауль – доктор права, профессор, судья Административного суда г. Франкфурта-на-Майне, почетный профессор Гессенского Университета имени Юстуса Либиха (Германия)

Хабриева Талия Яруловна – доктор юридических наук, профессор, Директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Вице-президент Российской академии наук, член-корреспондент Международной академии сравнительного права

Хазиев Шамиль Николаевич – кандидат юридических наук, доцент, адвокат, старший научный сотрудник Сектора проблем правосудия Института государства и права РАН

Циммерман Аугусто – доктор права, Школа права Университета Мердока (Австралия)

Шарандин Юрий Афанасьевич – кандидат юридических наук, Заместитель руководителя Аппарата, начальник Правового управления Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации

Шупперт Гуннар Фольке - профессор Социального исследовательского Центра в Берлине (WZB), профессор Школы управления Hertie в Берлине (Германия)

LIST OF CONTRIBUTORS

Allan, Trevor, Prof., University of Cambridge (United Kingdom)

Barenboim, Petr, PhD, advocate, First Vice-President of the International Union (Commonwealth) of Advocates (Russia)

Dedov, Dmitry, Prof., Dr., Justice of the European Court of Human Rights (Russia)

Gadzhiev, Gadis, Prof., Dr., Justice of the Constitutional Court of the Russian Federation (Russia)

Grote, Rainer, PD, Dr., Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Public Comparative Law and International Law (Germany)

Kashkin, Sergey, Prof., Dr., Head of Department of the EU Law of the Kutafin Moscow State Law University (Russia)

Khabrieva, Talia, Prof., Dr., Academy Fellow, Head of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Associate Member of the International Academy of Comparative Law (Russia)

Khaziev, Shamil, Prof., PhD, Advocate, Senior Research Fellow of the Sector of Justice Problems of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences (Russia)

Koetter, Matthias, Berlin Free University (Freie Universität Berlin) (Germany)

Kravchenko, Dmitry, PhD, advocate, Vice-President of the Law Development Foundation, Head of Young Lawyers Division of the Moscow Branch of the Association of Lawyers of Russia (Russia)

Krygiel, Martin, Prof., University of New South Wales (Australia)

Lafitsky, Vladimir, PhD, Deputy Head of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Associate Member of the International Academy of Comparative Law (Russia)

Masferrer, Aniceto, Comparative Legal History, Faculty of Law, University of Valencia (Spain)

Mazaev, Vladimir, Prof., Dr., Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the National Research University Higher School of Economics (Russia)

Mishina, Ekaterina, Prof, PhD, Associate Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the National Research University “Higher School of Economics” (Russia)

Nedzel, Nadia, Prof., Associate Professor of Law, Southern University Law Center (USA)

Palombella, Gianluigi, Legal Department, University of Parma (Italy)

Pfordten, Dietmar von der, Prof., Dr., The University of Göttingen (Germany)

Sergevnin, Sergey, Prof., Dr., Counsel of the Constitutional Court of the Russian Federation (Russia)

Sharandin, Yury, PhD, Deputy Chief of Staff, Head of Legal Department of the Council of the Federation of the Federal Assembly (Parliament) of the Russian Federation (Russia)

Silkenat, James, the President of the American Bar Association

Schuppert, Gunnar Folke, professor at the Social Science Research Center Berlin (WZB). Adjunct Professor at the Berlin Hertie School of Governance. (Germany)

Taitslin, Anna, Dr., the Australian National University & the University of Canberra (Australia)

Tiedemann, Paul, Prof., Dr. iur., Dr. phil., Justus Liebig University Giessen (JLU) (Germany)

Venter, Francois, Prof., Dr., Professor of North-West University (South Africa)

Vinogradov, Vadim, Prof., Dr., Head of Department of Constitutional and Municipal Law of the Russian Law Academy of the Ministry of Justice of the Russian Federation (Russia)

Zimmerman, Augusto, Dr., Murdoch University School of Law (Australia)

Zorkin, Valery, Prof., Dr., President of the Constitutional Court of the Russian Federation (Russia)

**ДОКТРИНЫ
ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА
И ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ**

Сборник статей

*Ответственные редакторы:
В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм*

Художественное оформление Миронова Мария
Корректоры: Кроль Инна,
Поварова Светлана, Староверова Юлиана
Цветокорректор Сухоцкая Снежанна
Верстка, пре-пресс Прока Светлана

Подписано в печать 26.09.2013
Формат 70x100/16
Бумага Бумага Maxi Offset 80 г/м2
Печать офсетная. Объем 35 усл. п. л.
Тираж 500 экз.

Издательство Юстицинформ
Издательство ЛУМ/LOOM
109387, Москва, ул. Люблинская, 42
Отпечатано Балто принт
www.balto.lt

ISBN 978-5-906072-05-4



9 785906 072054