

К ВОПРОСУ О СОДЕРЖАНИИ ПОНЯТИЯ “ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО”

© 2010 М.В. Антонов

Санкт-Петербургский государственный университет

Рассматриваются различные подходы к определению понятия “правовое государство”, изучение которых может иметь существенное значение для формирования юридической практики.

Понятие правового государства возникло около 200 лет назад в Западной Европе. Впервые оно появилось в Германии в 1798 г. в работе малоизвестного немецкого юриста Иоганна Вильгельма Пладидуса “*Litteratur der Staatlehre. Ein Versuch*”, впоследствии было введено в широкий научный оборот Робертом фон Модем, который определял правовое государство как “организацию общежития людей таким образом, что каждый максимально поощряется и поддерживается в свободном и разумном употреблении и использовании своих сил”¹. Немалую роль в распространении доктрины правового государства сыграл Иммануил Кант, который хоть и не использовал данный термин в своих работах, но отстаивал близкое по значению понимание государства как множества лиц, объединенных справедливыми законами. В дальнейшем в Германии данное понятие употреблялось преимущественно в узком (если воспользоваться терминологией В.С. Нерсисянца, “легистском”) значении - доктрина подчинения власти формальному закону - вплоть до середины XX в.², когда печальный опыт фашизма привел Г. Радбруха и многих других немецких исследователей к переоценке классических правовых концепций с позиций юснатурализма, а понятие “правовое государство” нашло закрепление в ст. 28 Основного закона Германии. Во Франции понятие “правовое государство” долго не находило места в конституционно-правовой доктрине: введенное в оборот еще в начале XX в. Леоном Дюги, оно первоначально воспринималось как типично англосаксонский правовой институт. В дальнейшем аналогии между французской правовой доктриной и германским государственным правом, где концепция правового государства приобрела достаточно сильное влияние, позволили реабилитировать данный термин и использовать его во французском конституционализме. В английской правовой теории классическим считается определение право-

вого государства, данное Альбертом Венн Дайси в 1885 г.: “абсолютный авторитет и главенство действующего законодательства, противопоставленные произвольным распоряжениям властей и исключаяющие не только произвол со стороны правительства, но и саму возможность действовать в каких-то ситуациях по своему усмотрению”³. Схожее определение правовому государству дает Фридрих Хайек, находя таковое там, где “правительство ограничено в своих действиях заранее установленными гласными правилами, дающими возможность предвидеть с большой точностью, какие меры принуждения будут применять представители власти в той или иной ситуации”⁴. Следовательно, эти правила должны быть выражены в общих нормах публично, заблаговременно, применяться равно ко всем лицам, быть ясными и стабильными. Этот подход к понятию правового государства (как государства, власть в котором ограничена правом) в течение длительного времени доминировал в англосаксонской правовой доктрине⁵.

³ *Dacey A.V.* Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Oxford, 1885. P. 120 (цит. по: Хайек Ф.А. Дорога к рабству. М., 1992. С. 31). Это определение отражает существенные аспекты, которые стали базовыми для последующего развития концепции *Rule of Law* в англосаксонской правовой доктрине: 1) наличие обязательных для всех правовых норм; 2) равная ответственность перед судом и законом; 3) наличие правовых гарантий неприкосновенности личности; 4) наличие общеправовых принципов, сдерживающих произвол властей, включая и законодательный произвол.

⁴ Хайек Ф.А. Указ. соч. С. 31.

⁵ См. также: Фуллер Л. Мораль права. М., 2007. Фуллер называет восемь критериев правового государства (*Rule of Law*): всеобщность, публичность опубликования, запрет обратного действия, ясность, постоянность (непротиворечивость), реалистичность, соответствие правоприменительной практике (гл. 2 “Мораль, делающая возможным право”). Очевидно, что далеко не все эти критерии имеют практическую значимость, поскольку законы нередко оказываются противоречивыми, неясными, непостоянными даже в государствах, обычно причисляемых к правовым. Кроме того, как подчеркнуто Хартом и Разом, применительно к этим критериям речь может идти лишь о функциональных свойствах действующего права, но никак не о некоей “внутренней морали права”, выражающейся в данных свойствах (*Hart H.L.A.* Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford, 1983. P. 349ff; *Raz J.* The Rule of Law and its Virtue // *The Authority of Law*. N.Y., 1979. P. 225ff.). Развернутую критику названных фуллеровских критериев см. в работе: *Marmor A.* The Rule of Law and its Limits // *The Age of Pluralism*. Oxford, 2007.

¹ *Mohl R.* Nach den Grundsätzen des Rechtsstaat. Tübingen, 1844. S. 8.

² Характерна в этом отношении критика Ганса Кельзена, который считал понятие “правовое государство” плеоназмом, поскольку любое государство является правовым в силу того, что его деятельность строится и осуществляется именно через правовые нормы (*Kelsen H.* Reine Rechtslehre. Wien, 1961. S. 314).

В современной правовой теории нет единого образного подхода к определению понятия “правовое государство”. Можно выделить два основных направления, которые, соответственно, делают акцент либо на материальном, либо на процессуальном (процедурном) аспекте данного понятия. В рамках первого направления базовыми условиями для признания государства правовым называются стабильность, предсказуемость и иные качественные характеристики законов, подчиненность деятельности государственных органов праву, т.е., следуя расхожей метафоре Хайека, “власть законов, а не лиц”. В рамках второго (материального) подхода указывается на необходимость использования не только формальных, но и содержательных критериев. Здесь подчеркивается важность тех механизмов, которые обеспечивают справедливость функционирования системы⁶, соответствие содержания закрепленных в нормах правил тому содержанию, которое они получают в реальной правоприменительной практике. В этом аспекте важны не столько формальные свойства права, сколько соответствие права существующим социальной и политической структурам общества, от которого зависит эффективность правового регулирования и, в конечном итоге, роль права в жизни государства и общества.

Но в данном ракурсе остается без ответа вопрос о том, почему формальное наличие подобных механизмов в развивающихся странах еще не дает основания называть эти государства правовыми, даже если там функционируют конституционные суды и если формально такие государства строят свои системы права по европейскому образцу, иногда даже заимствуя законы бывших колониальных держав без изменения их содержания (либо с незначительным изменением). Очевидно, что формальный анализ существующей правовой системы государства не позволяет ответить на данный вопрос, а двух вышеперечисленных критериев оказывается явно недостаточно. Во-первых, такой анализ зиждется на оценочных критериях, которые при приложении к эмпирической действительности вызывают спо-

ры, неизбежные хотя бы по причине несовпадения мировоззренческих позиций исследователей. Во-вторых, ни одно общество не может полностью реализовать ценности, заложенные в идеале правового государства, окончательно преодолеть издержки бюрократии, коррупционные связи между экономическими, политическими группами и правотворчеством (правоприменением). Поэтому здесь можно говорить лишь о степени, в которой общество приближается к некоему идеалу; а между крайними проявлениями “чистых типов” правового и неправового государств - широкий диапазон “переходных” государств, которые нельзя однозначно отнести к той или иной категории.

Вышеприведенные варианты определения понятия “правовое государство” зиждутся преимущественно на идеологии классического либерализма, который, в свою очередь, опирается на рационалистическую иллюзию о человеческом существе как автономной, самодостаточной личности, разумно использующей свою свободу для получения выгод и преимуществ. Правовое государство в этом контексте понимается как средство защиты индивидуальной свободы за счет подчинения индивидов единым правовым нормам. Утверждается, что субъекты правового общения обладают знанием о праве, способны и должны соотносить свои действия с юридическими предписаниями. Из этого утверждения вытекает, что правовые предписания должны обладать общезначимостью, стабильностью, предсказуемостью, ясностью. Следовательно, правовое государство возможно только там, где право применяет ко всем лицам равные критерии; там, где правовые предписания известны субъектам правового регулирования заранее; там, где эти предписания издаются правомочными органами⁷. Но эти попытки дать определение понятия “правовое государство” основываются на унифицированной модели общества и государства, которая не учитывает, что формально одинаковые правовые структуры приводят к различным результатам в разных странах в зависимости от особенностей менталитета, культуры, правовых обычаев того или иного народа. Да и само

⁶ Показательной в этом отношении является позиция Дж. Финниса (*Finnis J. Natural Law and Natural Rights. Oxford, 1980. P. 272*), который считает, что термин “правовое государство” обозначает “такое состояние дел, при котором правовая система с легальной точки зрения является хорошо оформленной” (*legally in good shape*).

⁷ См. анализ данных формальных свойств права и их относительной ценности применительно к разным юридическим казусам в работе Фредерика Шауера: *Schauer F. Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford, 1991*.

право в разных правовых семьях понимается по-разному, и поэтому традиционное для континентальной правовой семьи понимание права как “писаного разума” (*ratio scripta*), исходящего от государства и воплощающего в законе волю народа, наполняет понятие “правовое государство” иным содержанием, чем англосаксонская правовая доктрина, где акцент делается на свободном нахождении права судьей применительно к конкретным случаям.

Одна из трудностей классического подхода к разбираемому понятию заключается в том, что (если брать в качестве теоретической основы этатистское правопонимание) государство, государственные чиновники должны подчиняться правовым нормам, которые они сами и создают. Следовательно, основное требование в рамках “узкого” подхода к правовому государству (государство и его должностные лица в своих действиях обязаны руководствоваться правом) в рамках этатистского позитивизма означает лишь то, что государственным чиновникам следует поменять позитивное право перед тем, как предпринять некое действие, выходящее за пределы дозволенного по действующему праву. То есть государство оказывается связанным лишь само собой - противоречие, на которое обратил внимание еще Гоббс. Если в рамках англосаксонской правовой модели, где право не сводится к писаному закону государства, это противоречие не столь заметно, то в континентальных правовых системах оно проступает отчетливее⁸.

Классическая правовая доктрина пыталась найти выход из этого противоречия путем расширения понятия правового государства за счет материальных критериев - обеспечения минимума прав и свобод, соответствия нормам и принципам международного права, иным “объективным” правовым ценностям. Такой подход применим в правовых системах, преимущественно построенных на идеях юснатурализма, где законотворчество предполагается декларированием базовых естественных прав, составляющих внеконституционные ограничения законодательной власти. Но эта позиция утратила свою актуаль-

⁸ В этой связи интересно отметить, что Дайси - один из основоположников концепции правового государства - утверждал, что правовое государство является институтом, возможным только в английской правовой системе, и что для Франции и других континентальных государств этот институт неприменим.

ность вместе с обрушением естественно-правовой доктрины под напором позитивизма в конце XIX в.: в современном научном дискурсе в качестве бесспорной данности воспринимается постмодернистский тезис о необходимой субъективности любой теории и любой нормы, что делает крайне призрачной возможность найти некий объективный критерий для оценки действующего права.

Нельзя упускать из виду и вопрос о границах и принципах правового регулирования. Далеко не все аспекты социальной жизни регулируются правом (правом государства), и в любом социуме существует множество норм религиозного, морального, корпоративного порядка. Вторжение норм и принципов права государства в эти порядки далеко не всегда бывает необходимым и эффективным. В те исторические периоды, когда государство было относительно слабо и регулировало только ограниченный (как правило, “силовой”) блок отношений, семья, брак и многие другие вопросы были отнесены к компетенции канонического права, корпоративных право порядков и иных регулятивных общественных механизмов. Современный подход к государству и праву как к “всеобъемлющим” регуляторам влечет перевод подобных вопросов из сферы канонического и иных право порядков в сферу государственно-правового регулирования, но такое положение дел в исторической перспективе является скорее исключением из правил, чем правилом. Далее, возникает проблема конфликтов между правовыми предписаниями государства и нормами религии, этики, традиции и обычаев либо практическая неразумность и даже невыполнимость некоторых правовых предписаний, что вынужденно ставит большинство граждан в категорию правонарушителей. Особенно актуальна эта проблема в тех странах, где позитивное право заимствуется из других, более развитых обществ (право также может формулироваться на языке, непонятном для значительной части населения, к примеру, законодательство франкоязычной Центральной и Западной Африки). Более того, нормы законодательных актов могут утратить свою социальную значимость, в связи с чем буквальное применение таких норм само по себе может быть расценено как противоправное (к примеру, знаменитый спор о правомерности исполнения правовых предписаний, требовавших стрелять в тех, кто пытался

перебраться через Берлинскую стену⁹). Не говоря уже о том, что право государства как формальный механизм регулирования социальных отношений с помощью заранее сформулированных и законодательно оформленных предписаний не в состоянии предвидеть все возможные социальные отношения и ситуации, принимать во внимание будущее развитие этих отношений. В этих аспектах требование о безукоснительном соблюдении законов не может приниматься буквально и толковаться в качестве абсолютного принципа¹⁰.

Важно проводить границу между разными ролями, которые могут быть предназначены понятию “правовое государство”: оно может выступать либо как научное понятие, необходимое для анализа отдельных правовых систем и институтов, либо как идеологическое понятие, призванное легитимировать определенный политический строй. Неслучайно, развивая свою теорию в этом направлении, Харт считал возможным заменить понятие “правовое государство” понятием “легальность”. И только в этом, втором, аспекте обоснованно включение в него таких ценностей, как демократия, рыночная экономика, права человека и т.п. Поэтому в научном плане нельзя согласиться с позициями тех теоретиков, которые пытаются определить правовой или неправовой характер государства в зависимости от соблюдения прав человека или уровня демократических свобод¹¹. Сами по себе данные ценности, несомненно, являются идеалом для развития обществ западного типа и идущих за ними обществ. Но это не абсолютные ценности, наличие которых могло бы безусловно указывать на

правовой характер государства. Существуют страны с высоким уровнем правовой защищенности граждан, где, тем не менее, не развиты демократические институты, а права человека не признаются в качестве элемента национальной системы права (к примеру, монархии Персидского залива). Является ли это аргументом в пользу того, чтобы отрицать правовой характер указанных монархий? Либо стоит предположить, что названные ценности (права человека, демократические свободы и т.п.) не являются правовыми применительно к данным обществам, и оценивать эти общества следует исходя из иных - местных культурных и социальных - предпосылок и соответствующей формы понимания права¹².

Таким образом, абстрактные критерии оказываются недостаточными для определения того или иного государства (или общества) как правового - существует множество культурологических, социологических, психологических аспектов, которые необходимо принимать во внимание¹³. В частности, верят ли граждане в справедливость (официального) права, в его способность эффективно регулировать социальные отношения и защищать субъективные интересы и притязания граждан¹⁴. Очевидно, что в тех государствах (недостаточно юридически, культурно или социально развитых), где такая вера и такое состояние защищенности отсутствуют, нормальной будет тенденция граждан основывать свои отношения на внеправовых (этических, корпоративных и т.п.) нормах. А государство, которое все же добивается соблюдения своих предписаний вопреки отсутствию веры людей в справедливость офици-

⁹ Alexy R. Maaerschützen. Göttingen, 1993.

¹⁰ См.: Raz J. The Rule of Law and its Virtue. P. 211; Фуллер Л. Указ соч. Особенно резко данный вопрос был поставлен в работе немецкого исследователя Михаэля Штоллейса, который указал на наличие многих формальных признаков правового государства при нацистском режиме в Германии (Stolleis M. Recht im Unrecht: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus. Frankfurt, 1994). См. также исследования английского правоведа Дэвида Дайзенхауза о правовых основах южноафриканского апартеида: Dyzenhaus D. Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in Perspective of Legal Philosophy. Oxford, 1991; Dyzenhaus D. Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order. Oxford, 1998.

¹¹ См. попытку обоснования такой позиции в сборнике статей по вопросу связи демократии и правового государства: Democracy and the Rule of Law / eds. by J.M. Maravall, A. Przeworski. Cambridge, 2003.

¹² Интересен сравнительный анализ понимания свободы в России и в Западной Европе, проведенный Исайей Берлином на примерах отдельных политико-правовых концепций: (Берлин И. История свободы. Россия: общественно-политическая литература. М., 2001; Его же. Философия свободы. Европа. М., 2001.

¹³ Voigt S. How to Measure the Rule of Law. URL: ssrn.com/abstract=1420287.

¹⁴ Это достаточно убедительно с позиций правового реализма доказывает в своих работах Брайан Таманайя, считающий, что единственной опорой правового государства может быть сильная правовая традиция и вера людей в то, что право действительно обладает значительным регулирующим влиянием в их обществе. С этой точки зрения, правовое государство оказывается формой коллективной веры в то, что право может применяться только в интересах всех членов общества и не может служить инструментом злоупотреблений со стороны государственных лиц (см., например: Tamana B. The Rule of Law for Everyone // Current Legal Problems. 2002. № 55).

ального права, скорее может быть классифицировано как тоталитарное (или авторитарное), но не как правовое. Формальное, позитивное право в таких государствах может стать опасным орудием для подавления личной и социальной свободы. Нормальной ситуацией для таких государств представляется именно слабое правовое регулирование, невмешательство в те социальные отношения, которые могут саморегулироваться (либо регламентироваться иными регулятивными механизмами) и функционировать без государственной поддержки¹⁵. В этом смысле слабость официаль-

ного права не может рассматриваться в качестве критерия для утверждений о неправомерном характере такого государства - критерием правового состояния может считаться существование независимой, уважаемой населением судебной власти¹⁶, которая способна применять не только законодательные предписания, но и внеправовые нормы (договор, обычай, деловая практика), вместе с тем по возможности оставаясь в стороне от политических дебатов и позиций и не вмешиваясь в отношения, которые в данных обществах регулируются иными механизмами¹⁷.

Поступила в редакцию 01.12.2009 г.

¹⁵ Именно в этом смысле, практически совпадающем с понятием гражданского общества, Хайек в своих поздних работах понимал правовое государство - как не подчиненный централизованному контролю саморегулирующийся спонтанно формирующийся порядок, который служит благом всех, обеспечивая постоянно обновляющуюся правовую структуру для взаимодействия (*Hayek F. Law, Legislation and Liberty. Chicago, 1973. Ch. 4.*)

¹⁶ Джозеф Раз вполне обоснованно утверждает, что первичным критерием правового состояния государства является именно правоприменительная деятельность судебных инстанций, а не законодательная деятельность парламента или соответствие принимаемых законов формальным критериям качества (*Raz J. Practical Reason and Norms. Oxford, 1990. P. 134ff.*)

¹⁷ Уже давно отмечено, что судебно-процессуальные институты по-разному функционируют в разных правовых системах в зависимости от доминирующих приемов и ценностей (см.: *Cardozo B.N. The Nature of the Judicial Process. New Haven, 1921; Holmes O.W. The Path of Law // Harvard Law Review. 1897. № 457.*)