

МЕЖДУНАРОДНЫЕ
ПРАВОВЫЕ ДОКТРИНЫ:
ПОИСК
ВЗАИМОПОНИМАНИЯ

Сборник статей

УДК 341-027.21
ББК 67.412
М43

М43 **Международные правовые доктрины: поиск взаимопонимания /
Сборник статей под редакцией Е.Г. Тарло, Д.В. Кравченко.**
– М.: ЛУМ, 2013. – 208 с.
ISBN 978-5-906072-06-1

Уникальность настоящего издания подчеркивается тем, что оно подготовлено по инициативе молодых юристов Московского отделения Ассоциации юристов России с участием студентов юридических вузов. Большинство авторов являются ведущими конституционалистами, отозвавшись на призыв молодежи прояснить и углубить понимание содержания доктрин Верховенства права и Правового государства, тем более что Правовое государство является стержневым принципом Конституции России, к 20-летию которой приурочена книга.

В книге подняты и важные вопросы ошибок и неточностей в переводах понятий Верховенства права и Правового государства в официальных текстах ООН и Совета Европы.

Книга будет полезна для всех интересующихся проблемами воплощения в жизнь принципов Конституции РФ, вопросами конституционализма, философии права и международного права.

УДК 341-027.21
ББК 67.412

**The Problem of Mutual Understanding of International Legal Doctrines /
Collection of articles under editorship of E.G. Tarlo, D.V. Kravchenko.**
– LOOOM Publishing House. Moscow, 2013. – 208 p.

This collection of articles includes submission of the President of the American Bar Association James Silkenat and leading Russian constitutionalists on the issue of modern content of doctrines of the Rule of Law and the Legal State. Last is the basic principle of the Russian Constitution. In this book authors have tried to make clear the content of the Rule of law through the distinction vis à vis the Legal State. Some authors arise a problem of wrong translation of the term «Rule of Law» into other languages in the UN and the Council Of Europe.

ISBN 978-5-906072-06-1

Оформление
© ЛУМ/LOOOM, 2013

Межрегиональный общественный фонд
«Фонд развития права»
Междисциплинарный центр философии права
Совет молодых юристов
Московского отделения Ассоциации юристов России

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРАВОВЫЕ ДОКТРИНЫ: ПОИСК ВЗАИМОПОНИМАНИЯ

Сборник статей

Ответственные редакторы:
Е.Г. Тарло, Д.В. Кравченко

ЛУМ
Москва,
2013

СОДЕРЖАНИЕ

<i>Д. Силкенап</i> Верховенство права и его понимание	7
<i>J. Silkenat</i> The Rule of Law and What It Means	10
<i>Г.А. Гаджиев</i> Судебная доктрина Верховенства права в России	13
<i>К.В. Арановский</i> Отдельные замечания о корреляциях и различиях между Правлением права и Правовым государством . . .	45
<i>Ю.А. Шарандин, Д.В. Кравченко</i> Верховенство права и Правовое государство: лингвистические аспекты конвергенции и разграничения	65
<i>С.Л. Сергеевнин</i> Некоторые философско-правовые вопросы современного конституционализма	73
<i>П.Д. Баренбойм, Д.В. Кравченко</i> Доктрина российского Правового государства: составные части, принципы, признаки	98
<i>В.И. Лафитский</i> Право как высшая ценность конституционного развития (очерк исторического и сравнительно- правового исследования)	126

Д.В. Кравченко, Д.М. Кирюхин
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) 168

Е.Г. Тарло
Вместо заключения. Пример принципа справедливости судебного разбирательства в контексте соотношения правовых доктрин 178

ПРИЛОЖЕНИЕ
Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels 185

Декларация Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях 195

Джеймс Р. Силкенат,
*Президент Американской ассоциации юристов
(2013–2014), Партнер Sullivan&Worcester LLP*

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ЕГО ПОНИМАНИЕ

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 исключать, 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.

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.

James R. Silkenat,
President (2013–2014), American Bar Association
Partner, Sullivan&Worcester LLP

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.

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 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.

Гаджиев Гадис Абдуллаевич,
Судья Конституционного Суда Российской Федерации,
доктор юридических наук

СУДЕБНАЯ ДОКТРИНА ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В РОССИИ

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. *В.Д. Зорькин практически отождествляет общепризнанный принцип верховенства (господства) права и принцип правового государства².*

Решая познавательные задачи под определенным углом зрения, вполне можно обнаружить сходство между правовым государством, Rechtsstaat и верховенством права — Rule of Law. Однако вполне можно допустить иную когнитивную установку, направленную на поиск различий

¹ Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России. М., 2012. С. 109.

² Зорькин В.Д. Верховенство права и конституционное правосудие // Журнал российского права. — 2005. № 12. — С. 30.

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 неопитов.

В качестве исходных предварительных замечаний следует обратить внимание на то, что верховенство права в России развивается прежде всего как судебная док-

³ Баренбойм П.Д. Соотношение доктрин Верховенства права и Правового государства как главный вопрос философии права и конституционализма. М., 2013.

трина, 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 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 был назван философ И. Кант. В его понимании правовое государство должно быть связано правом, для того чтобы высокочтимый 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.

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

⁴ Дайси А.В. Основы государственного права Англии. М., 1907. С. 210.

жизнепонимания. 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 жизнепониманию, 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, испол-

⁵ Спекторский Е. К спору о реальности права // Юридический вестник, 1914. Кн. 5.

нительной 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.

Вера в априорные принципы является отличительной чертой метафизики и является традицией философского реализма. Сущность спора о реализме и номинализме была сформулирована 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 формируют убеждение о необходимости новой философской идеологии, порывающей с эпистемологией Платона–Декарта–Канта и взглядом на философию как на отражение мира.

⁶ Хабермас Ю. Расколотый Запад. М., 2008. С. 127–128.

Ричард Рорти считает, что наука не описывает реальность, а приспособливается 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 своего времени⁷.

Как видим, духовные истоки доктрины Верховенства права и концепции Правового государства явно не совпадают и включают в себя такие глубокие философ-

⁷ Рорти Р. Философия и зеркало природы. Новосибирск, 1997.

ские 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 мир 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.

Сугубо юридические идеи попали в поле зрения Канта через публицистику Руссо и Монтескье. Теория разделения властей Монтескье и теория народного суверенитета

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.)

Руссо были для Канта политическими аксиомами, перед которыми он всегда покорно склонял голову. Примечательно, что доктрина Верховенства права Кантом не исследовалась. Его интересовали принципы, устремления, дух правления. В «Метафизических началах учения о праве» (1797 г.) он осуждал английский парламентаризм и, наоборот, сочувствовал Фридриху II, умевшему быть всего лишь «высшим слугою государства»¹⁰. Прагматичные юридические проблемы, сейчас составляющие основные элементы верховенства права, его особо не интересовали. Он был увлечен идеей «долженствования».

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 верховенство права связано с верховенством парламента, то в Веймарской республике, благодаря интеллектуальным усилиям Карла Шмитта,

¹⁰ Соколов А.Н. Правовое государство: от идеи до ее материализации. Калининград, 2002. С. 40.

в системе органов власти центральной оказалась фигура рейхспрезидента¹¹. 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 — это 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 популярности так называемой *realpolitic*. 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 политическо-

¹¹ Соколов А.Н. Указ. работ. С. 69.

го», 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, как оказалось, эйфория, сопровождаемая головокружением от быстрых успехов. Но потом вдруг оказалось, что выборной системой овладели энергичные люди с деньгами. На беду, большая часть из них оказалась 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 государство — все это придумано в интересах криминальных авторитетов. В этом находятся истоки вынужденной смены параболы внутренней политики. Правовое государство в начале 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 организацион-

ная 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 и объект последующего доказательства 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. (Не знаю, буду ли я прощен читателем за чрезмерную высокопарность.) 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 основ-

ных свобод благодаря Конституции стала, в соответствии с решениями Конституционного Суда России, не просто актом, превышающим силу обычных федеральных законов, 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 стенографией¹². 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,

¹² Гаджиев Г.А. *Онтология права*. М., 2013. С. 237.

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 закона упоминается в статье 24 (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 не востребовавшей, 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 конкретных правовых культур на основе конкретных правовых теорий. Часто не существует адекватных терминов для перевода определенных юридических понятий на другой язык¹³.

«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

¹³ *Нуесбергер А.* Восстановление Вавилонской башни / Сборник докладов «Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия». М., 2007. С. 22.

«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 вольется 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 конституционализма¹⁴.

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 интеграции¹⁵. С самого начала становления нового российского конституционализма российские

¹⁴ См.: *Бондарь Н.С.* Судебный конституционализм в России. М., 2011.

¹⁵ *Зорькин В.* Интеграция европейского конституционного пространства: вызовы и ответы / Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия. С. 134.

юристы и экономисты обращают внимание на взаимосвязь между процессом экономической глобализации и спонтанным сближением правовых систем различных стран, особенно на 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, если образно оценивать 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 Сената¹⁶.

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, 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 не

¹⁶ См.: *Тютрюмов И.М.* Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената. СПб., 1911.

предложным объективным фактом является то, что оно справилось с самой важной задачей: проявляя свой конституционный статус самостоятельной ветви власти (статья 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, когда в 2007 году Конституционный Суд рассматривал дело о проверке конституционных норм процессуального законодательства, 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, институционализировало 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, предпринятых 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 предназначения 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 возвращения 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, представляет собой конфликт, в рамках которого 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 целиком заполнены пчелами, 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 штывы. Достаточно вспомнить о так называемой «политической симфонии», системе взглядов, появившихся в императорской Византии, согласно которым она была идеологическим государством, или государством единого духа, политической симфонией, как это называлось в Византии¹⁷. 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.

¹⁷ Бибихин В.В. Введение в философию права. М., 2005. С. 190.

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 позитивации в законодательстве, или можно признать правовую реальность протоправ, то есть притязаний людей на свободу, как некую правовую реальность? Роберт Алекси поставил хороший вопрос о существовании прав¹⁸. 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 единственно 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 (статьи 17 (2), 55 (1), 2 Конституции России). Можно высказать онтологическую гипотезу, согласно которой протоправа образуют правовую реальность, а прошедшие позитивацию, т.е.

¹⁸ Алекси Р. Существование прав человека // Правоведение. – 2011. – № 4.

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.

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 реализмом. Современный российский судебный конституционализм в своем стрем-

лении 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 народа¹⁹. 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, веру в добро и справедливость.

Вера в справедливость, добро присутствует в правовой реальности в виде правопритязаний активных людей, которые и создают открытое общество толкователей конституции, о котором писал П. Хаберле. Именно эти носители протоправ являются инициаторами будущих судебных толкований, признающих новые права и превращающих правовую реальность в реальность прав человека. Это они, инициативные субъекты права, наделенные талантом и чувством новизны, излучают энергию убеждений, создавая новое правовое гравитационное поле, привлекающее внимание и убеждающее судей.

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 нормот-

ворчеству, 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 нерешенный вопрос, благодаря чему соты пока еще не заполнены. 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 элементов рассматривает принцип соразмерности между преследуемыми государством целями вводимых ограничений прав и используемыми правовыми средствами.

¹⁹ Государственное право Германии. Т. I. М., 1994. С. 12.

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»²⁰.

Замечу, что в США, в которых доктрина Верховенства права чрезвычайно почитаема, вообще стараются не говорить о принципе соразмерности, подчеркивая имманентно присущие этой судебной технологии риски²¹. 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 статье 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

²⁰ Государственное право Германии. С. 14.

²¹ Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 2; Шлинк Б. 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; Косла М. Пропорциональность: посягательство на права человека? Ответ Ставросу Цакиракису // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 5.

целей, нежели те, для которых они были предусмотрены. Так, свобода выражения мнения (статья 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, в целях уважения которых эти права могут быть ограничены. Иная юридическая техника применена в статье 55 (3) Конституции России.

Суть разногласия сводится к следующему. В части 3 статьи 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 статьи 55 Конституции РФ, которое исходит из месторасположения статьи 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 статьи 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 статья 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 статьи 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 статьи 29 Конституции РФ) и правом избирать (часть 2 статьи 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 толкования нормативного содержания части 3 статьи 55 Конституции РФ может послужить и положение части 4 статьи 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 статьи 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, статья 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 (статуей). 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 ООН 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 явля-

ются 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 право-

ту 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 плане²². 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 рынка²³.

²² Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. М., 2010.

²³ Buchanan J.M. (1975) *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*. Chicago / London. The University of Chicago Press.

Арановский Константин Викторович,
Судья Конституционного Суда Российской Федерации,
доктор юридических наук

ОТДЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ О КОРРЕЛЯЦИЯХ И РАЗЛИЧИЯХ МЕЖДУ ПРАВЛЕНИЕМ ПРАВА И ПРАВОВЫМ ГОСУДАРСТВОМ

Слова и устойчивые выражения, без которых люди не могут обойтись и которыми изъясняться вынуждает сам язык, иной раз внушают больше доверия, чем собственно говорящий и сказанное им. Оставаясь на первый взгляд просто средством выразить задуманное, идиомы и слова не позволяют слишком далеко уйти от своего условленного смысла. Произнесенные или, напротив, упущенные слова сообщают о предмете и о самом говорящем больше и вернее, чем он собирался, пробовал сказать или внушить сообразно своим побуждениям. Так бывает и в праве, которое не знает жизни вне языка.

Суждение о том, что правление права и правовое государство едва ли не тождественны друг другу, обращается в юридической, особенно в научной мысли в явном или подразумеваемом виде и больше всего заметно в обыкновении переводить английское *правление права* — *rule of law* на языки европейского континента как *Rechtsstaat*, *Etat du droit*, правовое государство. То в подспудном предположении, то в ясном убеждении европейцы континента произвольно или намеренно сообщают эту мысль не иначе как под впечатлением или с ожиданием родства и даже единства в представлениях о правовой государственности и в самом ее устройстве по обе стороны пролива.

Но оговорки и пояснения, которые расходуя в изложении будто бы очевидного, не дают этим убеждениям выйти из тени сомнения. Свидетельством тому, во-первых, сами эти выражения, прямой смысл которых делает названное родство или тождество неочевидным и вынуждает его объяснять, а во-вторых — слова, которые тратят на то, чтобы «переговорить» или «заговорить» навязанную сложившейся речью и слишком заметную разницу между правлением права и правовым государством.

Эти стойкие выражения будто бы отталкивают добавленные значения, приписанные им помимо и сверх буквально-словесного их смысла, понуждают вновь и вновь эти поправки повторять, не позволяют им себя затушевать и в итоге оставляют какое-то такое впечатление, что в уравнении правления права с правовым государством не все учтено или сказано лишнее. Истраченные при этом мыслительные усилия и речевые средства дают верный знак тому, что здесь сила слова, логики и сама действительность противостоят усилиям воли, умозрительным учениям, этическим системам с их притязаниями на универсальность, политическим идеям, объединительным проектам и надеждам на правовое государство и на верховенство права, которые, бесспорно, умеют собою вдохновить, обнадежить и вооружить решимостью.

Люди вообще обычно вмешивают в буквальный смысл произносимых слов свои предпочтения, память, воображение, опыт и проч. и делают это по большей части безотчетно, довольно искренне для себя самих, отчего и вовлеченному в переживания и представления о верховенстве права или правовом государстве кажется, что достоверны именно они. Здесь же учтем доверие к авторитетам и сложившимся привычкам, как и расчет на узнаваемость поощряемых или модных идей и выражений,

которая кому-то помогает стать своим в политической и научной обстановке — войти, как теперь говорят, в дискурс. И тогда понятно, сколь многое можно услышать и прочесть о правовом государстве и верховенстве права по отдельности и вместе, и до чего разными могут стать отнесенные к ним смыслы.

Однако и в субъективном разнообразии обсуждаемые понятия и явления не теряют смысловой определенности, потому что субъективны они только в том, что произносят и носят их в себе люди. Но поскольку человек не свободен в том, чтобы определять и навязывать окружающим значение произносимых слов и устоявшихся (синтаксических) связей между ними, они остаются объективными в способности сохранять свое значение вопреки его воле. И даже с собою наедине человек не в состоянии произвольно распоряжаться речью, потому что ее слова и выражения достаются мыслящему и говорящему в основном с готовыми, заданными значениями. Отступить от них иной раз располагают текущие, ситуационные побуждения, но для того надо сделать усилие, чтобы убедить себя и окружающих, а потому посторонние слову значения с него слетают, лишь только усилие это истощится или станет ненужным с прекращением насущной в нем нужды. Слова, которыми обозначены *правление права* и *правовое государство*, доказывают не только совпадения, но и довольно точно передают смысловые расхождения между этими понятиями и качественные различия между ними как социально-правовыми явлениями.

Обращает на себя внимание прежде всего то, что в *rule of law (supremacy of law)* нет английского *state*, которому в континентальных языках могло бы соответствовать государство, *dirjava* и еще больше однородные с ним *Staat, Etat, Stato, estado*. Недостаток этого члена европейцам

приходится либо не замечать, либо ошибочно заменять *rule of law* на исходящую от государства *законность*, или же ради узнаваемости, но вопреки достоверности перевода, искусственно пересиливать логику и добавлять к *правлению (верховенству) права* избыточное для него правотворяющее государство, подразумевать его или удерживать у границ *rule of law*. Если же читать или слышать *правление права* без подготовки, свободно от европейского воображения, то прояснится не только буквальное значение, но и его собственный смысл.

Примечательно, что в переводах с немецкого на русский и обратно *Rechtsstaat* и *правовое государство*, в отличие от *rule of law*, перемещаются довольно свободно. Отдельные смысловые потери не так при этом значительны и коренятся главным образом в разной этимологии русского *государства* и немецкого *Staat*, в производных от нее семантических отличиях. В словообразовании (и не только) государство ведется от «государя» как обустроенное в пространстве господство лица, правящего на тех или иных, обычно на законных основаниях. В этом смысле государство стоит в одном ряду с княжеством, королевством, курфюршеством, губернаторством, раджастаном, султанатом и другими образованиями, которые рождает политико-правовое творчество в сходных и естественно присущих человеку движениях фантазии.

Образно продолжая личность правителя и фантастически с нею сливаясь, государство само обретает лицо, позволяя воображению непринужденно приписать ему в ассоциативном мышлении разум, волю, нравственные и другие одушевленные способности, достоинства и пороки. *Staat* же, наоборот, начинает свой смысл с пространственно обустроенного установления, которое, в отличие от русского *государства*, обезличено. Затем его тоже одушев-

ляют, как одушевляют, например, образы «земли», «страны», особенно «родной», а впрочем, и «чужбины», поселяя в них душу, память, скорбь, диалогически обращаясь к их покровительству, силе и отвечая им заботой, защитой, любовью. Но в «*состоянии-установлении*» личность все же не предрешена²⁴, что и выяснится в английской словесности и юриспруденции, где *state* (и *commonwealth*) с бедным своим лицом недалеко ушли от объекта-состояния²⁵,

²⁴ Например, в России казна — в каком-то смысле субъект, ибо сам закон сообщает о требованиях и обязательствах казны. Но этот субъект обделен лицом — в отличие от государства, именем которого, скажем, постановляют приговоры и которое, с другой стороны, можно обязать, например, решением Конституционного суда; казна не выступает в суде даже через представителей, и вместо нее туда являются представители властвующих органов и учреждений государства, муниципалитета. Не слишком ярки лица многих субъектов Федерации, вместо которых в правоотношениях иной раз лично сияют персоны и органы, предназначенные, казалось бы, представлять область или край.

²⁵ Так, один из самых распространенных американских юридических словарей *Black's Law dictionary* (см., напр., его издание West Group, 1996) определяет *state* как *систему правил, посредством которой осуществляются юрисдикция и власть над политически организованной общностью людей (body of people)*, как *политическую организацию или само сообщество людей; как самоуправляемую институцию внутри большего (чем она) политического образования (снова — body)*, имея в виду субъект Федерации; и даже краткое наименование обвинения от имени народа (публичного обвинения). В этих определениях государство выставлено больше в состояниях и функциях или в свойствах других известных субъектов — *организация людей, сообщество людей* (к ним добавить можно и *нацию, народ*), но не в собственной своей персоне, которая позволяла бы, например, говорить о «*государстве и народе*» по отдельности, как это бывает у европейцев (у англосаксов — «*правительство и народ*»). Но и в континентальном понимании,

особенно в сравнении с французским *Etat*, итальянским *Stato*, испанским *estado* и, конечно, с немецким *Staat*. На континенте это все деятельные субъекты со способностью к решениям и волевому отправлению власти. Но врождена личность в русское *государство* или добавлена в немецкое *Staat* — различие это со значительными смысловыми оттенками и политико-правовыми коррелятами до времени и подходящего случая их можно оставить без подробностей, потому что в обоих этих образах есть и пространственно-устроительная сторона, и дееспособная, властвующая личность.

Бессмысленно возражать привычке, тем более профессиональной и, видимо, удобной, переводить *правление права* через *правовое государство*. Но стоит заметить, что из этого перевода, с одной стороны, выпадает *государство*, а с другой — под *верховенством права* государство если и различимо, то не на особом положении, а заодно с частными лицами и властвующими учреждениями, которые, кстати, происходят скорее от сообщества граждан и от функций публичной власти, чем от государства-субъекта. Эти выражения не совпадают ни семантически, ни синтаксически: место, отведенное прилагательному «правовое», и его определяющее (предикативное) положение относительно «государства» — субъекта совсем не равнозначны тому синтаксическому и смысловому положению, какое занимает «право» в *rule of law*. Здесь оно, а не государство или кто-нибудь еще, держит место определяемого, и «правление» в переключке (в коннотации или в синонимии)

не исключая русского, государство, в образе которого правосубъектная личность преобладает, не вполне утратило свойства объекта. См., например: Шустров Д.Г. Государство как объект конституционно-правового регулирования. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2012.

с «верховенством» обозначает его собственное господство, ни от кого не производное. Это не просто переливывы словесности, потому что в *rule of law* положение права представлено именно так при всех смысловых вариациях, сопутствующих ему столько же, сколько сопутствуют они правовому государству.

Впрочем, на задворках английской речи обитают выражения *jural state*, *legal state* — противоречивые и небогатые в смысловом отношении, но достойные внимания по видимой их близости к *правовому государству*. Заметим, однако, что *правление права* делает юридическими (правовыми) всех признаваемых им субъектов и все объекты, ему небезразличные; оно всех ставит под власть суда, не исключая государства (когда признает государство субъектом), а потому *юридическое, юстиционное (судебно-правовое) государство* избыточно и тавтологично, каким бы был, к примеру, в нашей речи юридический порядок. Оно непопулярно, как непопулярно *legal person* — своего рода переключка с юридическим лицом континентального типа, тоже слабо представленным в англо-американской правовой словесности и, соответственно, списке правосубъектных фигур.

Ближе всего к *legal* и особенно к *jural state* располагается немецкое *Justizstaat*, которое к тому же упоминают и среди синонимов *Rechtsstaat*. При такой синонимии семантическое и синтаксическое сходство *Justizstaat* и *jural state* могло бы, вероятно, и *Rechtsstaat-Justizstaat* сблизить по смыслу с *rule of law*, будь немецкое и английское *юстиционное* государство столь же богато семантически, так же популярно и, главное, вполне аналогично правовому государству и правлению права. Действительно, *jural state* и *Justizstaat* обоюдно намекают на подчинение государства праву, изложенному судами, и тем самым — юстиции,

а с таким ударением общность *правового государства* и *правления права* можно было выводить из понятия *юстиционного* государства, которое напоминает «правление судей», известное у англосаксов и, между прочим, у ветхозаветных евреев (до образования царств). Но *jural state* и *Justizstaat* не так семантически сильны, как *Rechtsstaat* и *rule of law*, и не настолько известны, чтобы стоять с ними наравне и сближать их до полноценной синонимии.

Эту возможность ограничивает и многозначность *юстиции*, которая уже в латыни, откуда и поступила в поздние языки, выражала и деяния суда, и справедливость в значении руководящего начала. Европа удержала оба значения справедливости-юстиции и не позволила ей замкнуться в правосудии, как это вышло в Англии с *justice* и с *equity* (за вычетом *fair*) и не вполне еще изжито, несмотря на отказ от формулы «*no remedies — no rights*». Эта формула признавала только права, процессуально обеспеченные средствами судебной их защиты (причем в обеих частях англосаксонского права — в общем праве и праве справедливости). На континенте право и справедливость-юстиция шире рамок правосудия; их выражает «законодательная воля» и акты ее исполнения, а не только судебная защита — необходимая в обеспечении справедливости, но вспомогательная в ее изложении и понимании. Так что не только *Rechtsstaat*, но и *Justizstaat* отстоят от английского *jural state* и подразумевают в семантическом объеме и смысловых ударениях значительно больше, чем правосудие, делая упор на справедливость руководящую, а не привязанную к отдельным судебным случаям, и представленную в актах законодательной воли вернее, чем в разобренных актах правосудия. Стало быть, и смысловой объем справедливо-правового государства — *Justizstaat* больше, чем объем *юстиционной* государственности в *jural state*.

Значение идиом и слов не произвольно — его определяют мировидение, распространенные образы, стиль жизни и все прочее, что укоренилось в народе-носителе языка под влиянием его ценностных и других ориентирующих тяготений, таких как вера в право. На этой вере покоятся и *правление права*, и *правовое государство* и не только они.

Люди получили ее из наблюдений, впечатлений, опыта, в ассоциативных подозрениях и озарениях, намекающих и убеждающих во взаимосвязи предметов и явлений, во всеобщей зависимости от могущества и неотвратимости природных и социальных сил — стихий, циклов, судьбы, смерти, из пристального к ним внимания, почитания и страха перед ними. Они способны покорять людей, их волю и в то же время умножать их силы, если, отрекаясь от своеволия, взять сторону закона и дать его господству беспрепятственно исполниться во благо человека или на беду ему, но во всяком случае, неотвратимо. Покорность этого рода, в общем, не унижительна, если иметь в виду силу права и внутреннее достоинство этой силы, ибо становится на сторону благородных и сильных не так зазорно, даже если это люди, а тем более когда правая сторона не имеет лица и не может принижать так, как принимают человека высокопоставленные ближние. В германском эпосе, например, господство судьбы дает герою путь к славе и даже в трагическом фатуме не отнимает у него достоинства.

С конфессиональной стороны эта вера примыкает к магическому мировосприятию, предваряющему религию, и тем более — государственность. Здесь право или закон чувствуют и представляют в образе неумолимой силы — уже не безжизненной, но еще бездуховной и проступающей безлико или с неполным, стертým лицом, например,

в посланиях-фемидях, которые озаряли античного судью как шамана или мага в сообщении с высшими силами²⁶; как Фемиды, которая позже их воплотила и получила человеческий лик без главного, однако, его дара и вершит свое дело слепо — невзирая на лица и беспристрастно, даже бесстрастно; как путеводные звезды; как безымянные божки-наяды, которые воплощают силы природы; как безликие парки — то ли божества, то ли просто силы, которые плетут нити неотвратимой судьбы.

Из объективных в первую очередь обстоятельств европейские, в частности, языки ведут происхождение (этимологию) исходных юридических понятий, например, от действий, обозначаемых глаголами «ставить», а еще больше — «лежать», «располагать», «класть». Сообщают они о действиях, которые буквально ограничивают подвижность предметов и самой жизни, когда она *устойт*ся и *станет* во всех смыслах оседлой, получая в неизменности правил твердые *устои* и *уклад*. Они и закону придают первичное значение объективности, неперменной не только в магических и научных закономерностях, но и в объективном праве. Так, в старой и новой лексике закон, право — старогерманские *Lagi* (ст. англ.), *log* (ст. норв.), а затем романо-германские *law* (англ.), *loi* (фр.), *ley* (исп.), *legge* (ит.) — изначально связаны с глаголами «лежать», «положить» — протоиндоевропейским *leg^h*- и следующими за ним *léχος* (др. греч.), *lectus* (лат.), *ligjaną* (протогерм.), *liggja* (протонорман.), *ligan* (гот.), *licgan* (ст. англ.), *liggian*

²⁶ См.: Мэн Г.С. Древнее право. СПб., 1873. С. 7 и далее. Существа, или, скорее, сущности — фемиды не так нам известны, как наяды и парки, но относятся к этой породе безликих предбожеств и проявлений силы природы, стихии, закона — уже оживленных и отчасти одушевленных, но еще не отделившихся в личность со своим именем, как это случится с божествами.

(ст. сакс.), *liggen* (ст. дат., ст. верхнегерм., среднеангл.), *lidzia* и *lizze* (фриз.) вплоть до английского *to lie*. Того же происхождения глагол в сходном же звучании есть и в славянской речи — *лежати* (церк.-слав.), *leři*, *leg-ti*, *ležati* (ст. слав.), *лежа* (болг.), *ležati* (сербо-хорв.), *leżeć* (польск.), словацкое *ležat'*²⁷; и тем же образом с русским *лежать* связаны правоположения, законоположения, уложение и уклад как общность правил-установлений, а вместе с ними семантически близкие *установ*, *установление*.

Объективны и ориентирующие в пространстве понятия, которые, перемещаясь по ассоциации в область права, дают ему способность направлять в нужную сторону или определять верное положение. Во многих языках понятие права получено буквально из ориентации на правую сторону, вправо. Во французском языке *droit*, *droite* применительно к стороне или руке означает *правое*, а в общественном, этическом смысле — *правовое*. Английское *right*, немецкое *recht* ориентируют вправо и сообщают вместе с тем о праве, правоте, справедливости (англ. *rightness*, *righteous*; нем. *Richtigkeit*, *Gerechtigkeit*, *Rechtsprechung*, *rechtlich*). По-испански *derecho* означает в пространстве — *правый*, а в этике — *справедливый*, *невинный* и *само право*. Столь же ясно в русской лексике правостороннее сообщается с правотой, правдой, справедливостью, правосудием, правилом, исправлением и собственно с правом. Это легко связать с естественными предпочтениями, например, в ходьбе, с преимуществами более сильной и умелой правой руки, с нападением, которое обещает честную, между прочим, победу вернее, когда его ведут с открытой и сильной правой стороны, чем с ле-

²⁷ См., в частности: Merriam-Webster // <http://www.merriam-webster.com/dictionary/law>

вой — коварной и слабой²⁸. А затем и в этике, в самой вере у евреев, греков или в старо-, церковнославянском языке правую руку — десницу предпочитают левой — шуйце, как и правой (десной, одесную) стороне — левую (шуия), чтобы по молитве «...от шуия части спастися, стати же одесную со избранными Его...».

Позже язык местами меняет одностороннюю правоту на прямизну, не позволяя, впрочем, отклоняться налево²⁹. Так, хотя во французском *droit*, кроме ориентации

²⁸ Правосторонняя, как и прямая, ориентация не везде сообщается с правом. Тюркские языки кыпчакской группы, скажем казахский, эту связь не поддерживают: *оң қол* и *оң жақ* — это просто **правая рука** и **правая сторона**; *оң* — правый отступает от основного смысла не в право (*құқық*), а в область житейского везения — пожелание правой дороги равнозначно «счастливому пути», а сам правый путь означает везение, удачу в делах безотносительно к правоте и справедливости. Вместе с тем заметим без пояснений, что *заңы* по-казахски означает и закон природы, и юридический закон.

²⁹ Латинские *laevus, laeva* не только нейтрально определяли руку или сторону, но и обозначали неловкий, глупый, неудобный, зловещий, губительный. В греческих верованиях зловещие знаки и приметы являлись слева — человек лучше отражает опасность с правой стороны, и в древней простоте находили, что слева достается больше вреда. Левая рука у большинства действует хуже правой и, выходит, приносит меньше пользы. *Sinister* тоже означает в латыни как нейтральный ориентир влево, так и неправильный (кроме случаев, когда лево обращено к Востоку, откуда ждали счастливых предзнаменований), а также испорченный (нрав), недобрый (час), дурную (славу). В той же многозначности (полисемии) *sinister* попал в английский со значениями как левый, так и зловещий, страшный, мрачный, дурной, плохой. В испанской, французской, немецкой речи, как и в русской, предубеждение к *izquierdo, gauche, link* соответственно, то есть к левой ориентации слабее, но остается, например, в ожидании неудач, если «встать

вправо и правовых установлений, означает еще и прямой, вертикальный и отвесный (для углов и линий), праву такая прямота, как иносказательная честность, не противоречит. Иногда ее даже предпочитают: «...и чтобы не уклонялся он от закона ни направо, ни налево...» (Второзаконие, 17, стх. 18–20). В общем, стоять по правую сторону или руку (одесную), следовать правыми стезями означает примерно то же, что держаться прямых путей. Впрочем, уже прямизна дает намек на отступление от законных начал с тяготением к произвольному руководству, где правящая десница как бы пересиливает законно-правосторонние тяготения, а в итоге понятия *direction, Direktion* (директивы, направления, управления), удерживая с *right, recht* смысловую связь в корнях и питаясь их пространственно-этической правотой, изменяют им, чтобы дать прямой руководящей воле преимущество над правом.

В латыни, однако, *ius (jus)* не связано с правизной и прямоотой и вместе с *iustus* напоминает индоевропейский *yewes* (закон), в свою очередь похожий на санскритское *yos* в значении блага, добра, а не направления. Латинское «правый» (справа, направо) — *dextra (dextram, dextera, dexter)* может, кроме стороны и направления, иносказательно выражать силу, дружелюбие и честность протянутой (пожатой) руки или благоприятное начало в делах, но мало связано с этической правотой. И римское право, вероятно, не унаследовало правостороннего и прямого ориентира, хотя и получило из астрономии звездный ориентир срединного направления — *Norma* — созвездие между ветвями Млечного Пути (по-русски зовется геометрически Наугольником). Не столь популярная в Риме, впоследствии *norma*

с левой ноги», как и в тюркско-кыпчакском, *сол, солга* (лево, налево) прилагают и к плохому настроению, и к неудачному началу.

(норма) вошла в число основных правовых понятий, а с ней и *regula* (итал. *regola*) — не слишком влиятельная с прозаичным и едва ли судьбоносным своим исходным значением линейки и бруска. Русский, кстати, закон ведется от *кон* в мистическом значении жизненно важной межи — начала и *конца*, древнего и неизменного порядка и «ряда», что ведется *искони*, *испокон*, образует «*кон* земли нашей» и средоточие правил (игры), по которым саму судьбу иной раз ставят на *кон*.

В праве, изображенном с этими смыслами, нет места прихотям воли, и та должна покориться закону, чтобы в пустой с ним борьбе не остаться смешной и бесследной. Эта общая и юридическая вера не дает воле свободы и не признает произвола. В ней не отказать ни примитивным обществам, ни политически обустроенным народам и традициям — шариату, конфуцианству и даже социализму с его «научными» законами политэкономии, предпрещающими смену экономических формаций. Сама по себе универсальная, она, конечно, с неодинаковой силой выражена среди народов, в разнообразии убеждений и на разных участках исторического времени. Как любая вера, она уязвима тем, что бедна доказательствами, но не настолько, чтобы вполне отказать ей в достоверности. Она небезосновательна хотя бы потому, что все основное в праве образовано не прихотями разума или свободного желания, а тем, что человеку досталось, — контракт, иск, закон, суд, правило, право, обязанность, клятва (присяга), запрет, деликт, возмездие (возмещение), и подобное им никто не придумал и не изобрел.

За ней, однако, чтобы с нею войти в бесконечное соперничество и союзничество, приходят верования, где господствуют слово и дух, воля и разум, вообще психические способности, начиная со зрения. Чуть выше зре-

ние уже замечено в том, как оно исправляет «правоту» на «прямизну», ибо не только с даром зрения, но и с доверием к нему, а потом и к другим дарованиям можно предположить свободу от врожденных и от заведенных в мире зависимостей — от правохождения и деспотизма правил. Эти верования обнадеживают и побуждают оторваться от косных установлений и уложений, чтобы предпочесть им «разумные» краткие пути, которые глаз, в отличие от ног, проложит по возможности прямо, и в целом положиться на прямые решения, вплоть до современных директив, ордонансов и указов.

В конфессиональном и мировоззренческом смысле смешение двух верований обусловлено прямым и обратным движением от магически-ассоциативного самочувствия, где человек сливается с природой и остается под властью ее законов, к религиозно-гуманистическому мировидению, где рядом с неотвратимостью бездушной судьбы и могуществом других безличных сил, слабо олицетворяемых и одушевляемых неуверенно, встают божества³⁰, так или иначе уподобляемые человеку и потому вполне одушевленные, как и он. Их можно склонить на свою сторону, на сторону своих желаний, если, конечно, они сами того пожелают, а человек позволит себе свободу воли. Для этого в нем, кроме врожденной способности отвечать рефлексам на вызовы природной и общественной среды, должна была вырасти способность отвлеченно видеть себя и оценивать, рефлексировать — пусть несложно, но достаточно для того, чтобы распознать сначала в себе самом эмоциональные, умственные движения как нечто

³⁰ О соотношении магического и религиозного в мировосприятии, обоих типов поведенческой мотивации с последствиями для социального уклада в особенности см.: Фрезер Д. Золотая ветвь. Исследование магии и религии. — М.: Политиздат, 1980.

особенное, потом их обобщить и почувствовать в них движения души (духа), а затем допустить и ее (его) отдельную жизнь. В дальнейшем это позволяет представить души и дух, которые хотя бы отчасти умеют жить, желать и действовать вне тел и помимо сил природы.

Эти способности позволяют человеку войти в смутное поначалу предверие, а потом в постепенно растущее верование, где воля образует особую сущность и силу, в какой-то мере изъятую из цепи объективных ассоциативных зависимостей или законов причинности. В таком самочувствии можно не просто усвоить и развить представления о воле (саму волю несложно представить в любом живом, исполненном побуждениями организме), но о воле свободной. В этом виде ее и прочие духовные дарования можно образно представить самопричиной и даже первопричиной, не обусловленной ничем, кроме себя самой, готовой определять себя самое и действовать вместе с прочими силами и законами мироустройства, а то и преобладать над ними, устанавливая, пересиливая их и менять. Пределы этой свободы объективно обусловлены внутренним строем человеческой личности, в том числе мерой доставшейся ему дерзости или крепостью его религиозной веры. С постепенным ростом духовных способностей и самосознания, с предчувствием неисчерпаемости психических сил (разума, силы воли) кажется невозможным поработать их предрешенностью неизменных правил, особенно когда религиозный призыв велит выйти из их тесноты. Правда, в крайностях самоуважения и внимания к человеческим нуждам, к высоким движениям разума и к простым печалям и радостям можно зайти далеко, ослабеть в социальных рефlekсах и растерять не только святость правил, но и всякую святость, когда кажется, что господствует лишь воля, ничем в своей свободе не связан-

ная. Речь, однако, не о крайностях, но о капитальных мировоззренческих и этических тяготениях.

Религия (и христианство больше всех) поставила в основу мироздания не стихию и не закон, а слово и волю Творца, признавая эту благую способность и за человеком как за творением по образу Его и подобию. Тогда и волю определенно признали действующей силой и основанием прав и обязанностей. Наследственное право получило завещание, чтобы верующий актом последней воли мог отписать свое имущество церкви ради спасения души. Воля сторон стала основанием договора, который прежде выглядел материально-магической связью — контрактом (буквально связыванием)³¹. В новой вере и в этике духа воля доверителя сделалась основанием представительства, а воля народа со временем дала силу выборному публичному представительству и т.д.

Исполнение этических постулатов в таком мировоззрении необходимо предполагает образование институтов и процедур, условно способных на уровне больших человеческих групп, а с образованием наций — от их имени представить в серии политических решений фикцию или образ единой воли. Это можно представить в идеях Ж.-Ж. Руссо с его «общей волей» народа, а также как волю собственно государства, хотя и соотнесенного с нацией,

³¹ Контракт мог состояться силой клятвы, из которых каждая действительна только для присягающего и каждому в отдельности объективно грозит последствиями проклятия при отступлении от условий именно его клятвы. Кроме того, контракт, в отличие от позднего договора по согласию-соглашению, совершался ритуальными движениями, которые приводят предметы, символы и субъектов в отношения объективной принадлежности или обязательства, оставляя волю сторон как таковую без правовых последствий.

но все же в качестве отдельного субъекта. Наиболее выразительна его способность издавать законы.

Но до признания государства отдельным и господствующим субъектом добирается не всякая политико-правовая система и не каждый раз в той мере, в какой это сделано на европейском континенте. Англосаксам достаточно короны, парламента, президента, нации, народа, союза, правительства-правления (уже не совсем субъекта), чтобы описать политико-правовую картину в необходимом наборе участников. Более того, утвердить государство в надправовом и правотворящем значении верховной персоны не совсем в английском духе. Возведение такой правосубъектной фигуры на вершину правопорядка могло бы стать в известной мере подозрительным именно с точки зрения верховенства права. Другое дело — континент, где государство утвердилось в своем верховенстве пусть и не раньше, чем «естественное право» или «неотчуждаемые права», но не менее прочно, чем они. Поэтому, когда на волне Возрождения, гуманизма и протестантского индивидуализма (и не без английского влияния) возобновились идеи об устройстве жизни на правовых началах, осуществляться им пришлось уже не в условиях полиса, римской или германской общины, а в той обстановке, где государство вполне укоренилось как верховный субъект. Верховенству права при таких обстоятельствах нужно было хотя бы условно поладить с верховенством государства.

Компромиссной и противоречивой, как любой компромисс, и стала идея правового государства. В ней, с одной стороны, все, и в первую очередь государство, должно подчиниться праву (естественному праву), но с другой — суверенное, верховное государство поставлено в положение деятеля, который обладает привилегией

не только произносить, но даже создавать право. В нужных логических движениях эту мысль несложно изложить как подчинение государства своим решениям, а не праву, господствующему над государством. До такой логической точки, конечно, дело не доходит, но сама эта возможность таится в тени и порой проступает в правовой мысли. Еще больше она себя показывает в практической политике и не остается без последствий в прикладной юриспруденции.

Изложенное не претендует, разумеется, на завершенность и представляет собой эскиз, который, впрочем, не получил бы изложения, когда бы сказанное казалось совсем бессмысленным. Не исключено его продолжение и уточнение, а завершить его можно следующим предварительным выводом — правовое государство и правление права различаются не только на вид и не в одних лишь словах. Общее в обоих случаях тяготение к устройству политико-правовой, административной, экономической, гражданской действительности на правовых началах в первом случае осложняет признание государства, господствующего, быть может, над самим правом, а в другом — верховенство права оставлено без этих осложнений.

Понимать эти различия в представлениях о преимуществах или изъянах того и другого мировидения не то что неправильно, но довольно бессмысленно, потому что они неустранимы, во всяком случае, политическими, законодательными, воспитательными средствами. Кроме того, преимущества, как и уязвимые стороны, небесспорны. Так, небесспорна, по крайней мере в современных обстоятельствах, «угнетенная» и обезличенная государственность, ибо общество в Европе (и не только) не готово отказаться от притязаний к государству, а для этого государству нужно не просто слиться с правопорядком и сделаться политико-правовым состоянием или установле-

нием, но и быть субъектом, способным принимать на себя, например, социальные обязательства и отвечать за их исполнение. Исполнение общенациональных гуманитарных идеалов кажется европейцам предпочтительным с возложением именно на государство человеколюбивых задач и обязанностей. С другой стороны, возражений этим идеалам и взглядам со стороны верховенства права так много, что в этом изложении их нельзя сколько-нибудь внятно описать, если его не продлить. Их, однако, нелишне иметь в виду, как и другие слабые стороны и правового государства, и верховенства права.

Шарандин Юрий Афанасьевич,
*Заместитель Руководителя Аппарата —
начальник Правового управления Совета Федерации
Федерального Собрания Российской Федерации,
кандидат юридических наук*

Кравченко Дмитрий Валерьевич,
*адвокат, Вице-президент МОФ «Фонд развития права»,
Председатель Совета молодых юристов
Московского отделения Ассоциации юристов России,
кандидат юридических наук*

**ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА
И ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО:
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 наличии в праве глобализационных процессов. О проблемах конвергенции, разграничения, конкуренции различных мировых правовых систем в настоящее время говорят ведущие политики, эксперты-юристы, 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 более свойственной странам 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. По существу, сегодняшнее «мировое» Верховенство права существенно отличается от «англосаксонского» Верховенства права. Невозможно механически переносить некую основополагающую правовую концепцию на другие страны, такая правовая концепция в любом случае будет сталкиваться, противоборствовать и смешиваться с другими национальными правовыми концепциями. Более того, многие эксперты сейчас говорят о том, что доктрина Верховенства права может и должна восприниматься именно через ее сопоставление и противопоставление с основной «конкурирующей» правовой доктриной — Правового государства. И настоящая статья — лишь первичная постановка вопроса о таком сопоставлении, поскольку этот вопрос нуждается во всеобъемлющем, разностороннем анализе, включающем в себя, помимо собственно правовых, исторические, философские, географические, социокультурные и многие другие аспекты.

Интересно то, 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 на-

учно-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 в международном переводе эти термины смешиваются, в результате чего создаются такие «кентавры», как «the Rule of Law State», «Государство с диктатурой закона», «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 международных правовых доктрин может иметь при этом решающее значение, что мы можем наблюдать 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 одном из документов ПАСЕ 2007 года, инициированном Эриком Юргенсом и обсуждавшемся 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.

Эта тема была развита Европейской комиссией за демократию через право (Венецианской комиссией). Так, в Предварительном проекте Отчета «The Rule of Law and the Rechtsstaat» от 24.09.2009 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 Общего права, которое понимается как создаваемое судьями, и Гражданского права, основанного на законодательстве, имеются и соответствующие различия доктрин: в Общем праве используется индуктивный метод, в то время как в Гражданском — 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).

Из приведенных цитат можно сделать два важных вывода:

1. 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 права типа «социалистической законности». Но 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 в области базовых правовых принципов нуждается в определенной ревизии на предмет верности терминологии и выявления противоречий. В этом авторы настоящей статьи поддерживают позицию В.Д. Зорькина, выраженную им на III Петербургском международном юридическом форуме, о том, что противоречивые международные принципы нуждаются сегодня в доскональном анализе.

2. Ни доктрина Верховенства права, ни доктрина Правового государства на сегодняшний день надлежащим образом не изучены и не определены. 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. 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.

С учетом этого представляется необходимым объединение международного юридического сообщества для проведения всестороннего, многополярного, сбалансированного исследования поставленных проблем.

Сергеевич Сергей Львович,
*Советник Конституционного Суда
Российской Федерации, доктор юридических наук*

НЕКОТОРЫЕ ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ СОВРЕМЕННОГО КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА

Современные условия общественного развития, характеризующиеся порой весьма острым конфликтом между суверенным статусом государства, на страже которого стоит национальная Конституция, и стремительно ворвавшимся в суверенно-конституционное мировое государственно-правовое устройство вихрем глобализации, требуют в известном смысле отстраненного взгляда на вектор движения социальной материи. В этой связи философско-правовой угол зрения становится весьма актуальным и закономерно востребованным в лоне отечественной государственно-правовой науки в целом и в сфере конституционализма в частности.

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, углубляться 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 дей-

ствия 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 по-

следнем 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 праξιологии, 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 механизмов 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 адекватно-

го понимания мира Конституции предполагают также другой вектор конституционно-правовых исследований, который охватывает также 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 по-

ложений 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 инстанции 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 грунд-норм нацио-

нальной 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 непременным 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 при-

знать 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 права 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 гражда-

нина. 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 государственной власти 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 прием-

лемыми 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 воз-

можности 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 англосаксонской) 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 англосаксонской 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 понимании³², как результате рассмотрения конкретного судебного дела и ставшего в силу определенных принципов, свойственных англосаксонской правовой системе, обязательным, связывающим дальнейшую судебную практику 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 право-

³² 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.

вой 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 перезревшей 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»³³). Тем более это применимо к специфической форме конституционно-правового истолкования, осуществляемого в процессе герменевтической деятельности Конституционного Суда³⁴.

В литературе³⁵ 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 норма³⁶. Эта проблема имела слабую актуальность

³³ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 2009. — № 9.

³⁴ См. подробнее: *Сергеев С.Л.* Конституционно-правовое истолкование как особый вид юридической герменевтики: Некоторые общие соображения // Конституционное правосудие. — 2013. — № 1. — С. 38-56.

³⁵ *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.

³⁶ Например, *Т.Я. Хабриева* допускает возможность формирования права в ходе интерпретационной деятельности Конституционного Суда: *Хабриева Т.Я.* Правовая охрана Конституции. Казань, 1995. С. 179.

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 нормотворческим процессом. Зачастую грань между нормативной образующей и интерпретационной составляющих таких постановлений очень тонка, и, являясь результатом обобщения судебной практики, эти акты, по существу, нормативно определяют вектор дальнейшего развития этой практики. В данном 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 неуклонного 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 основание 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 стабиль-

ность 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, освящая 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 достигают 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 1 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 при-

менения 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 пределах 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, первотолчком 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 государственный 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.

Баренбойм Петр Давидович,
*Первый вице-президент Международного
Союза (Содружества) адвокатов,
кандидат юридических наук*

Кравченко Дмитрий Валерьевич,
*адвокат, Вице-президент МОФ «Фонд развития права»,
Председатель Совета молодых юристов
Московского отделения Ассоциации юристов России,
кандидат юридических наук*

ДОКТРИНА РОССИЙСКОГО ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА: СОСТАВНЫЕ ЧАСТИ, ПРИНЦИПЫ, ПРИЗНАКИ

Лорд Бигхам 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»?³⁷ Мы в данной статье постараемся больше поставить вопросов, чем дать ответов, но реальное продвижение от гипотезы к концепции и далее к доктрине может быть в данном случае 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 «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 государ-

³⁷ Журнал «Наука в фокусе», апрель 2013. С. 45.

ства, 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 поддерживавшего 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 обуздывать 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 по-

требует 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 понят-

ный для него смысл, является такого же рода «соавтором» переводимого им конституционного текста³⁸.

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 наш взгляд, не совсем правильно написал профессор Николас Рус (Nicholas Roos) о правовом государстве как о «доктринальной концепции».)

«Правовая доктрина» является обособленным термином английского языка. «Правовая доктрина является

³⁸ Posner R. Overcoming Law. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995. P. 492–497.

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»³⁹. 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»⁴⁰.

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 стремятся к такой высокой степени философско-

³⁹ *Tiller E.H., Cross F.B. What is Legal Doctrine // Northwestern University Law Review. — 2006. — Vol. 100. — № 1. P. 518.*

⁴⁰ *Overcoming Law. P. 195.*

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 права⁴¹. 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.

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 опеку⁴². 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 социологов⁴³.

«Конституционное право остается наиболее престижной сферой для академических юристов. Она привлекает много способнейших доктриналистов. Но они

⁴¹ *Overcoming Law. P. 84.*

⁴² *Overcoming Law. P. 84–85.*

⁴³ *Overcoming Law. P. 86.*

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»⁴⁴.

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. Ценность доктрин Правового государства и Верховенства права для

правовой системы Российской Федерации неоднократно подчеркивалась Конституционным Судом Российской Федерации (см., 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 и конвергенции доктрин Правового государства и Верховенства права еще предстоит решить научной юридической общественности. В то же время для решения этого вопроса является важным и неотъемлемым вопросом разработка российской доктрины Правового государства, выделение его составных частей, основных принципов и признаков.

Составные части Правового государства

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 необходимостью и приоритет расходов на культуру, образование и здравоохранение над любыми другими;

⁴⁴ Overcoming Law. P. 87–88.

— 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 права.

Признак конституционной дисциплины

Существенным признаком Правового государства является высокий уровень конституционной дисциплины, выражающийся главным образом в реализации прямого действия Конституции РФ, в том числе посредством решений Конституционного Суда РФ.

Решения Конституционного Суда РФ являются магистральным путем применения Конституции РФ 1993 г. и гарантией ее прямого действия. Конституция США 1787 г. состоит из пары десятков страниц текста и более 500 томов решений Верховного Суда США. Конечно, Конституционный Суд РФ за прошедшие после принятия Основного Закона 20 лет столько не наработал, но все же его судебную практику следует в целом признать успешной. Решения Конституционного Суда РФ, а также решения других судов являются важнейшим сегментом, например, антикризисного механизма, от скорости и добротности создания которого во многом зависит глубина и продолжительность любого экономического кризиса.

Оперативность исполнения решений Конституционного Суда РФ является неотъемлемой частью конституционной дисциплины. В этом смысле принятие поправок к закону «О Конституционном Суде Российской Федерации», предусматривающих увеличение срока исполнения решений Конституционного Суда РФ до 6 месяцев, нельзя признать способствующим конституционной дисциплине.

Российская Конституция начинается со следующей преамбулы: «Мы, многонациональный народ Российской Федерации, соединенные общей судьбой на своей земле, утверждая права и свободы человека, гражданский мир и согласие, сохраняя исторически сложившееся государ-

ственное единство, исходя из общепризнанных принципов равноправия и самоопределения народов, чтя память предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость, возрождая суверенную государственность России и утверждая незыблемость ее демократической основы, стремясь обеспечить благополучие и процветание России, исходя из ответственности за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями, сознавая себя частью мирового сообщества, принимаем **КОНСТИТУЦИЮ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**».

Казалось бы, это всего лишь лозунг, но надо понимать следующее: Конституция России 1993 года — это первая реальная Конституция нашей страны, первый юридический документ — Основной Закон, который имеет прямое действие. Прямое действие означает, что на основании этого документа, без всяких дополнительных законов, кодексов, инструкций и положений можно идти в суд, и не только в суд, и требовать выполнения той или иной статьи Конституции. А если действующий закон в чем-то, по мнению заявителя, противоречит ей (а Конституция — это и текст, и дух, и принципы, и содержание, и практика его применения), то не закон должен применяться, а положение Конституции.

Формулировку «Мы, народ...» в писаной Конституции впервые употребили Соединенные Штаты Америки. (Кстати, американцы заимствовали ее из документа о Союзе шести ирокезских племен. Более того, как мы обсуждали с авторитетным конституционалистом и переводчиком американской Конституции Василием Власихиным, правильной все-таки перевести «We The People...» как «Мы, люди...», что подчеркивает, что каждый является Автором Конституции сам по себе, а не только как часть такой общности, как Народ.) То есть мы авторы это-

го документа: Конституция России принята и действует от нашего имени.

Идея Правового государства обращена в первую очередь к молодежи. На лекции в Санкт-Петербургском гуманитарном университете профсоюзов один из авторов сказал студентам: «Вам необходимо усвоить одну простую истину: так как Конституция гарантирует всем права на благополучие, свободы, блага, которыми богата Россия, то вы должны все, что происходит в стране и в своем городе, оценивать с точки зрения своих прав как народа — автора Конституции, который выше органов власти. И если они ведут себя неправильно, то на это надо реагировать. Не нужно выходить на улицы — в России это плохо кончается, как показал 1917 год. Но высказываться по этим поводам необходимо. Почему в России при наличии денег в казне так ничтожно мало тратится на среднее и высшее образование, развитие общественных наук? Кто спрашивает с властей по этому поводу? Нужны и конституционные права, и соответствующие экономические возможности. Нельзя подходить к этим вопросам прямолинейно: есть конституционное право на что-то — значит, умрите, но немедленно дайте. Это не реалистическая, не государственная постановка вопроса. Но всегда надо точно рассчитать, провести экономический конституционный анализ, и только после этого принять государственное решение и требовать от власти отчета, что такой анализ был проведен, молодежь должна... Это и будет конституционная экономика в действии — то, что необходимо современной России. Если кто-то считает, что в этом есть что-то необычное или невозможное, то хотели бы процитировать лозунг, написанный в 1968 году на стене Сорбонны: «Будьте реалистами — требуйте невозможного».

Обеспечение прямого действия Конституции РФ и оперативного выполнения решений Конституционного Суда РФ представляет собой важный элемент конституционной дисциплины, которая является неотъемлемым, одним из основных признаков Правового государства.

Конституционный принцип правовой определенности и признаки правового государства

Одним из основных принципов правового государства является принцип правовой определенности. Он многократно назывался в качестве базового в решениях Конституционного Суда Российской Федерации. Необходимо отметить, что требование правовой определенности свойственно как доктрине Правового государства, так и доктрине Верховенства права.

Применительно к российским реалиям принцип правовой определенности выражается в ряде важнейших признаков, которые, на наш взгляд, являются неотъемлемыми признаками правового государства. Некоторые из них, например, недопустимость возложения бремени последствий ошибок государства на частных лиц, хотя и первоначально выводились из принципа правовой определенности, но сейчас приобрели самостоятельное значение.

Недопустимость возложения бремени последствий ошибок государства на граждан и организации

Одним из ключевых признаков правового государства является ответственность государства за его ошибки и недопустимость возложения бремени последствий этих ошибок на граждан и организации. Данный признак вы-

текает из общечеловеческих представлений о справедливости и морали, из высшей правовой идеи о праве людей на счастье, благополучие и процветание. Этот признак на сегодняшний день приобрел самостоятельное значение. Вместе с тем судебные обоснования указанного признака отталкиваются обычно именно от принципа правовой определенности. Этот признак формулируется Европейским судом по правам человека и Конституционным Судом РФ, о чем будет упомянуто далее.

Примеры несоблюдения в России этого правила наблюдаются достаточно часто. Так, возможна ситуация (и, по нашим данным, она встречается на практике), когда по прошествии нескольких лет после назначения граждан на должности нотариусов производится отмена результатов конкурса по «формальным» основаниям. В качестве таких оснований, например, можно назвать нарушение сроков объявления конкурса. Приведенная ситуация с очевидностью противоречит названному признаку правового государства.

Нотариат в России осуществляет публичные цели. Его задачей является обеспечение законных прав и интересов граждан и юридических лиц в соответствии с Конституцией Российской Федерации. Для этого он наделен соответствующими публичными функциями, делающими его роль в стране уникальной и незаменимой: фактически ни одна существенная сделка не проходит без участия нотариуса. Из этого в том числе следует необходимость обеспечения граждан и юридических лиц достаточным количеством нотариусов, позволяющим осуществлять необходимые юридические действия в надлежащие сроки.

Публичный характер деятельности нотариата и нотариальных палат неоднократно подчеркивался Конституционным Судом. Как отмечал Суд, осуществление нота-

риальных функций от имени государства предопределяет публично-правовой статус нотариусов и обуславливает необходимость организации государством эффективного контроля за их деятельностью, включая деятельность нотариусов, занимающихся частной практикой и в качестве таковых принадлежащих к лицам свободной профессии. В связи с этим Основами законодательства Российской Федерации о нотариате предусматривается создание во всех субъектах Российской Федерации нотариальных палат — некоммерческих организаций, представляющих собой профессиональные объединения, которые основаны на обязательном членстве нотариусов, занимающихся частной практикой, и организуют работу на принципах самоуправления в соответствии с федеральным законодательством, законодательством соответствующего субъекта Российской Федерации и своим уставом (части 1, 3 и 4 статьи 24) (Постановление Конституционного Суда РФ от 19.05.1998 № 15-П). Нотариальные палаты, организующие деятельность нотариата и осуществляющие контроль за нотариусами, вместе с тем не наделены самостоятельными полномочиями по отбору и назначению нотариусов, обладая лишь вспомогательной функцией, не позволяющей им влиять на решения, в том числе процедурные, государства в лице уполномоченных органов.

Действующая правовая практика фактически устанавливает правовой порядок, позволяющий государству осуществлять действия и принимать решения в отношении нотариусов, на которые не могут повлиять нотариальные палаты или нотариусы как публичные субъекты. Одновременно этот порядок возлагает бремя последствий за ошибочные и неправомерные действия государства непосредственно на граждан и их объединения — нотариусов и нотариальные палаты, что влечет для них неблагопри-

ятные последствия по независящим от них причинам. Эти неблагоприятные последствия в рамках рассматриваемой ситуации выражаются в отмене решения конкурсной комиссии, влекущей фактическое прекращение полномочий действующих нотариусов (с момента их назначения) и по существу признающей действия делегатов нотариальной палаты в составе конкурсной комиссии неправомерными. Такой порядок противоречит принципам верховенства права и правового государства, заложенным в статьях 1 и 2 Конституции России.

Указанные принципы предполагают защиту подчиненной (слабой) стороны в публичном правоотношении, что неоднократно отмечал Конституционный Суд РФ (см., напр., Постановление Конституционного Суда РФ от 21.01.2010 № 1-П).

Признание Конституцией Российской Федерации правовым государством, функционирующим на основе верховенства права, предполагает формирование законодателем условий для правовой определенности, необходимой для надлежащей защиты прав граждан. В международной практике принцип правовой определенности называется фундаментальным аспектом верховенства права (см. Постановление Европейского суда по правам человека от 09.04.2009 по делу «Эдуард Чистяков против Российской Федерации»). Европейский суд при этом отметил, что для полноценной реализации этого принципа необходимы существование и применение процессуальных гарантий в национальной правовой системе, способных исключить злоупотребление процедурой со стороны властей.

Признание принципа правовой определенности содержится и в Декларации Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи ООН о верховенстве права

на национальном и международном уровнях (24.09.2012, Нью-Йорк), в соответствии с которой принцип верховенства права предполагает «справедливую, стабильную и предсказуемую юридическую основу», необходимую для устойчивого и равноправного развития, экономического роста и т.д.

Из общеправового принципа правовой определенности, как отмечал Конституционный Суд РФ, вытекает принцип стабильности правового регулирования (Постановление Конституционного Суда РФ от 05.02.2007 № 2-П). Стабильность правоотношений, в том числе конституционно-правовых отношений между государством и гражданами, основывающаяся в первую очередь на стабильности правопорядка, неоднократно была упомянута Конституционным Судом РФ в качестве одного из основополагающих принципов, вытекающих из принципа верховенства права (см., напр., Постановления Конституционного Суда РФ от 14.07.2005 № 9-П, от 01.12.1997 № 18-П).

Требованием, позволяющим обеспечить названную стабильность, в том числе является формальная определенность правовой нормы, что предполагает, что участники соответствующих правоотношений должны иметь возможность быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, а также приобретенных прав и обязанностей (Постановление Конституционного Суда РФ от 21.01.2010 № 1-П).

Подобные правовые подходы содержатся в международных правовых актах и усиливаются в них. Так, как следует из толкования Европейским судом по правам человека статьи 4 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, правила о стабильности правового регулирования и стабильности правоотношений применимы не только к окончательным судебным актам,

но и к **иным способам официальной фиксации юридических фактов и их правовой оценки государством**. Так, в Постановлении от 09.04.2009 по делу «Эдуард Чистяков против Российской Федерации» Европейский суд отметил недопустимость ситуации, когда бремя последствий ненадлежащего проведения властями предварительного расследования было бы полностью возложено на заявителя. «Европейский суд полагает, что обвиняемый должен извлекать выгоду из ошибок национальных органов. Другими словами, ответственность за любую ошибку, допущенную органами преследования или судом, должно нести государство, и ошибки не должны устраняться за счет заинтересованного лица», — указывается в Постановлении (Бюллетень ЕСПЧ, 2010, № 1).

Таким образом, государственная защита прав более слабой стороны в рассматриваемом публичном правоотношении государства и нотариальных палат и нотариусов должна осуществляться посредством возложения ответственности за ошибки, допускаемые государством и его органами, на само государство, исключая бремя соответствующей ответственности более слабых участников правоотношений.

Действующий порядок, произвольно возлагающий такую ответственность на нотариальные палаты и нотариусов, противоречит принципам правового государства, верховенства права и конституционному праву указанных лиц на государственную защиту их прав на основе приведенных принципов, в том числе потому что нарушает базовый признак правового государства — недопустимость возложения бремени последствий за его ошибки на граждан и организации.

Другим ярким примером явного нарушения указанного признака правового государства является известная

ситуация с Институтом философии Российской академии наук. Директор этого Института был привлечен к административной ответственности за предоставление права безвозмездного пользования помещениями Института (которыми одновременно пользовался и сам Институт) одному из российских университетов якобы без согласия собственника имущества. При этом охранно-арендный договор Института на соответствующее здание был заключен с московскими уполномоченными органами. После этого права собственника были переданы Российской Федерации, однако представители нового федерального собственника в течение 5 лет не заключали новый арендный договор, оставляя Институт философии РАН в неопределенном правовом статусе. То есть Институт не имел правовой возможности получать согласования собственника в связи с отсутствием формальных договорных отношений.

В рассматриваемой ситуации Институт не смог бы согласовать заключение договора в связи со сложившейся по вине государства неопределенностью в вопросе о том, кто является лицом, ответственным за принятие соответствующего решения. При этом, не разрешая эту правовую неопределенность, государство возлагает бремя ответственности за нее на более слабую сторону публичного правоотношения, проводя в отношении нее проверки и, по сути, лишь подтверждая наличие неопределенности.

В соответствии с уже изложенными доводами в описанной ситуации явно нарушается правило о самостоятельной ответственности государства за свои действия. Однако такое нарушение базового признака правового государства не помешало признать состав административного правонарушения, возложив, по сути, ответственность за неправомерное бездействие государ-

ственных органов на слабейшую сторону, которая не могла в этой ситуации выполнить необходимые формальности.

Стабильность правопорядка и правоотношений и формальная определенность правовых норм

Принципы правовой определенности и стабильности правопорядка являются одними из наиболее часто нарушаемых принципов правового государства. Известно множество случаев, например, отъема (или попыток отъема) собственности (в том числе и государственными органами) у граждан на основании пересмотра состоявшихся десятки лет назад юридических фактов.

Другой пример относится к аренде, когда арендодатель, сначала дав заведомое и бессрочное согласие на сделки со сдаваемым в аренду имуществом, впоследствии пытается оспаривать заключение конкретной сделки субаренды из-за ее неодобрения им. По этому поводу в Обзоре практики разрешения споров, связанных с арендой (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66), указывалось, что если арендодатель дал согласие на субаренду и при этом не оговорил ее предельного срока, арендатор вправе возобновлять договор субаренды в пределах срока аренды без получения дополнительного разрешения арендодателя. Но даже наличие такого Информационного письма ВАС РФ не препятствует сегодня возникновению аналогичных претензий арендодателей, а также и владельцев имущества, передаваемого по аналогичным договорам (безвозмездного пользования и т.п.).

Надо отметить, что принцип правовой определенности проявляется не только в требовании о стабильности правоотношений, разумной стабильности правового регулирования и недопустимости произвольной отмены

определенного юридического статуса лица, но и в признаке формальной определенности правовой нормы, предполагающем в том числе и ее лингвистическую определенность и выверенность. Некоторые особенности законодательного процесса, в том числе недостаточная научная проработка текстов законопроектов, приводят часто к нарушению формальной определенности.

Так, статья 460 УПК РФ устанавливает возможность направления запроса о выдаче преступников на основе принципа взаимности по преступлениям, за совершение которых предусматривается наказание в виде лишения свободы на срок не менее одного года. Эта статья, исходя из ее буквального содержания, запрещает направление запроса по преступлениям, по которым не предусмотрен минимальный срок лишения свободы. Вместе с тем, по всей вероятности, инициаторы принятия данной нормы могли изначально подразумевать максимальный срок лишения свободы не менее года (так это предусмотрено, например, в Европейской конвенции о выдаче). В связи с произошедшей либерализацией уголовного законодательства и отменой минимальных сроков лишения свободы по многим статьям УК РФ теперь невозможно направление запросов о выдаче, в частности, по экономическим преступлениям. Таким образом, лингвистические неточности законодательства могут в дальнейшем приводить к непрерывным его корректировкам, что не способствует правовой определенности.

В российском законодательстве все еще можно найти значительное количество норм, не отвечающих требованиям формальной определенности и в связи с этим нарушающих принципы правового государства. Надо полагать, что это является одним из доводов в пользу проведения правовой реформы в России.

Разумность сроков судопроизводства

Важным признаком правового государства является разумность сроков судопроизводства. Наиболее наглядно возможно проиллюстрировать действие этого принципа в уголовном процессе.

Сам по себе статус обвиняемого по уголовному делу является фактором негативного уголовно-процессуального воздействия в отношении него. Термин «негативное уголовно-процессуальное воздействие» был предложен Конституционным Судом РФ (см., напр., Определение от 02.11.2011 № 1463-О-О). Как следует из правовых позиций, сформулированных Конституционным Судом, государство должно предпринимать все необходимые меры для того, чтобы такое «негативное уголовно-процессуальное воздействие», являющееся ограничением конституционного права гражданина, могло быть применимо только с соблюдением необходимых условий обоснованности воздействия с точки зрения защиты публичных интересов.

Осуществление уголовно-правового воздействия на обвиняемого сразу же обнаруживает свой негативный характер и влечет в случае отсутствия достаточных для привлечения к ответственности правовых оснований нарушение конституционных прав гражданина, которое не может быть в полной мере восполнено в процессе последующего уголовного судопроизводства и рассмотрения дела судом по существу. Указанные нарушения могут выражаться, в частности, в моральных страданиях лица, связанных с ведением в отношении него предварительного следствия, в репутационных издержках данного лица, в его невозможности покинуть территорию Российской Федерации и т.д. Нередко в российской практике, особенно по «предпринимательским» уголовным делам, за-

дачей возбуждения уголовного дела является не выявление преступления и наказание виновного, а оказание на конкретное физическое лицо давления в целях устранения его из бизнеса, невозможности эффективного ведения бизнеса и т.п.

При этом в рассматриваемом случае негативное уголовно-процессуальное воздействие на обвиняемого является длящимся, поскольку осуществляется в течение всего периода следствия, нередко усиливаясь по мере увеличения его сроков.

Важно отметить, что продление срока следствия, являясь одним из факторов негативного уголовно-правового воздействия, может осуществляться только при наличии необходимых правовых оснований. В существующей правоприменительной практике нередки случаи фактически немотивированного продления сроков следствия, когда указание на одни и те же планируемые следственные действия повторяется многократно в нескольких подряд постановлениях о продлении. При этом зачастую данные следственные действия фактически вообще не проводятся.

Нередко основанием для длительного продления сроков следствия является проведение экспертиз. В тех случаях, когда экспертизы проводятся без опубликованных сертифицированных методик, как это, например, обычно происходит по делам об «экономических» преступлениях (финансово-экономическая, финансово-аналитическая и др.), отсутствие таких методик не только уже само по себе нарушает конституционные права граждан⁴⁵,

⁴⁵ См.: Научное обеспечение доказательств по уголовным делам об экономических преступлениях как гарантия защиты бизнеса в России / под ред. Ш.Н. Хазиева. М., 2012.

но и влечет затягивание проведения экспертизы в силу необходимости выбора научных концепций, на которых основывается заключение эксперта.

Исходя из принципа презумпции невиновности, подразумевающего признание невиновности гражданина до доказательства обратного в судебном порядке и вынесения соответствующего приговора суда, следует признать недопустимость произвольного продления сроков следствия. Как отмечал Конституционный Суд РФ применительно к схожей по существу проблеме возобновления уголовных дел, при решении вопросов, связанных с возобновлением прекращенных уголовных дел, надлежит исходить из необходимости обеспечения и защиты как интересов правосудия, прав и свобод потерпевших от преступлений, так и прав и законных интересов лиц, привлекаемых к уголовной ответственности и считающихся невиновными до тех пор, пока их виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда (часть 1 статьи 49 Конституции РФ). В связи с этим недопустимо произвольное возобновление прекращенного дела, создающее для лица, в отношении которого дело было прекращено, постоянную угрозу уголовного преследования, и тем самым — ограничение его прав и свобод (Определение от 25.03.2004 № 157-О).

В Определении от 11.07.2006 № 352-О Конституционным Судом РФ сформулирована также важная правовая позиция, согласно которой норма части 6 статьи 162 УПК РФ не может рассматриваться как позволяющая прокурору неоднократно, тем более по одному и тому же основанию, продлевать срок предварительного следствия, если в результате общая его продолжительность будет более чем на один месяц превышать срок, установленные

которого в соответствии с частями 4 и 5 данной статьи относится к компетенции этого прокурора. Такое продление должно расцениваться как произвольное и нарушающее права, гарантированные статьей 46 Конституции РФ и пунктом 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Данные правовые позиции применимы к случаям продления срока следствия по уголовному делу, где существует значительный риск создания постоянной угрозы уголовного преследования гражданина. Поэтому для принятия решения о продлении сроков следствия следственные органы должны обладать достаточным обоснованием, позволяющим не нарушить грани разумного обеспечения публичных интересов уголовно-правовой защиты общества от преступлений.

С этой точки зрения негативное уголовно-процессуальное воздействие на гражданина подлежит судебному контролю в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса РФ как могущее причинить ущерб его конституционным правам и свободам.

Данные выводы подтверждаются, в частности, Постановлением Конституционного Суда РФ от 23.03.1999 № 5-П. В указанном Постановлении Конституционный Суд отметил, что такое процессуальное действие, как продление срока следствия, отдаляет перспективу судебного разрешения дела, приводит к сохранению неопределенности в правовом статусе участников процесса, продлевает применение в отношении граждан ограничительных мер, включая меры пресечения и отстранение от занимаемой должности. Кроме того, незаконное и необоснованное продление сроков предварительного расследования может стать причиной утраты доказательств по делу и тем самым привести к невозможности восстановления нарушенных

прав и законных интересов участников процесса, к нарушению гарантируемого статьей 52 Конституции Российской Федерации права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью на доступ к правосудию и компенсацию причиненного вреда.

В названном Постановлении Конституционный Суд также указал, что применение нормы о продлении срока следствия в соответствии с ее конституционным смыслом обеспечивается вытекающей из статьи 15 (части 1 и 4) Конституции Российской Федерации обязанностью органов, осуществляющих предварительное расследование, и судов следовать конституционным предписаниям, гарантирующим гражданам доступ к правосудию и судебную защиту (статьи 52 и 46), учитывая также положения международно-правовых актов, закрепляющих право каждого на рассмотрение его дела судом в разумные сроки и без неоправданной задержки (пункт 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; подпункт «с» пункта 3 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах).

Аналогичные правовые позиции применимы и к срокам иных видов судопроизводства, где негативное правовое воздействие и правовая неопределенность хотя и являются менее опасными, чем в уголовных делах, но все же существенно ограничивают права граждан.

Выявление и раскрытие принципов и признаков и составных Правового государства станет важным шагом в деле обеспечения подлинной разработки и реализации доктрины Правового государства в России.

Лафитский Владимир Ильич,
*Заместитель Директора Института
законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
кандидат юридических наук*

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 права⁴⁶ 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 исходу XX века они начинают постепенно сближаться друг с другом. Не

⁴⁶ Континентальное сообщество права охватывает правовые системы государств Европы трех основных семей: романо-германского, славянского и скандинавского права.

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»⁴⁷. Поэтому 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»⁴⁸.

⁴⁷ Модель «социалистической законности» сохранена в очень небольшом числе конституций современного мира — во Вьетнаме, Северной Корее, Кубе и некоторых других.

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»⁴⁹. Эти идеи три года спустя были развиты в Конституции Массачусетса 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...»⁵⁰.

⁴⁸ The Federal and State Constitutions. : Colonial Charters and Other Organic Laws of the States, Territories and Colonies Now or Heretofore 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.

⁴⁹ The Federal and State Constitutions. Vol. 5. P. 2628.

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

⁵⁰ Цит. по: США: Конституция и законодательные акты / сост. В.И. Лафитский. М., 1993. С. 50.

по делу «Виттингтон против Полка» (1802 г.), Верховный суд Мэриленда утверждал: «Право в последней инстанции определять законность актов legislatures 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, к «установлению деспотизма» и «извращению великого принципа разделения властей»⁵¹.

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»⁵². Провозглашенная

⁵¹ Haines C.G. The American Doctrine of Judicial Supremacy. Berkeley, 1932. Vol. 1. P. 150-165.

⁵² Подробнее см.: Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010. С. 340-342.

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 неисполнимыми⁵³. Наиболее полно британская доктрина Верховенства права была сформулирована профессором А. Дайси 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 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...

⁵³ См.: Berger R. Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory? // University of Pennsylvania Law Review. — 1969. — № 117.

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...»⁵⁴.

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 приспособливаться к различным проблемам общества»⁵⁵.

⁵⁴ 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.

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»⁵⁶. 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»⁵⁷.

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»⁵⁸.

Идеи О.В. Холмса, выраженные в формуле: «Жизнью права является не логика, а опыт»⁵⁹, оказали большое влияние на конституционное развитие в XX столетии и, несомненно, сохраняют определяющее влияние на судеб-

⁵⁵ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

⁵⁶ *Brody D.E.* The American Legal System: Concepts and Principles. Lexington, 1978. P. 6.

⁵⁷ Цит. по: *Carr R.R.* The Supreme Court and Judicial Review. N.Y., 1940. P. 17.

⁵⁸ *Gompers v. U.S.*, 233 U.S. 604, 610 (1913).

⁵⁹ *Holmes O.V. Jr.* The Common Law. Cambridge, 1963. P. 5.

ную 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 тяготеют 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»⁶⁰.

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 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.

⁶⁰ *Jackson R. The Supreme Court in the American System of Government. Cambridge, 1955. P. 31.*

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»⁶¹.

⁶¹ Современные конституции государств Америки цит. по: Конституции государств Америки. В 3-х т. М., 2006.

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 оспариванием 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 распоряже-

ния. 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 правомочия 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 лечением 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 процепденто (*procedento*) обяыывает 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 мандамус⁶².

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 бóльшую эффективность всего механизма правовой защиты.

В отличие от многих конституций американских штатов, конституции государств общего права, как

⁶² В настоящее время сфера применения судебных приказов сертиорари ограничена.

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 преамбула Конституции Македонии 1991 г.⁶³ 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.⁶⁴).

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.

⁶³ Современные конституции государств Европы цит. по: Конституции государств Европы. В 3-х т. М., 2001.

⁶⁴ Там же.

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 вреда 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...»⁶⁵.

Правовые принципы Декларации прав человека и гражданина в той или иной мере нашли отражение во всех 16 конституциях Франции, начиная с ее первого консти-

⁶⁵ Цит. по: *Лафитский В.И.* Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней. М., 2003. С. 285–288.

туционного 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»⁶⁶.

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)⁶⁷.

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)⁶⁸.

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

⁶⁶ Цит. по: Конституция и законодательные акты буржуазных государств. XVII–XIX вв. / под ред. П.Н. Галанзы; сост. Н.Н. Блохин. М., 1957. С. 382.

⁶⁷ Constitutions That Made History. Ed. by A.P. Blaustein and A.P. Sigler. N.Y., 1988. P. 118.

⁶⁸ Constitutions That Made History. Op. cit. P. 162.

защиту» (параграф 24)⁶⁹. 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...»⁷⁰.

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)⁷¹.

⁶⁹ Цит. по: Конституция и законодательные акты буржуазных государств. XVII–XIX вв. Указ. соч. С. 500.

⁷⁰ Анализ этих норм см.: Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010.

⁷¹ Конституции буржуазных стран. Т. 1. М., 1935. С. 83, 85.

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)⁷².

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)⁷³.

⁷² Там же. С. 110-111.

⁷³ Конституции буржуазных стран. Т. 2. М., 1935. С. 385.

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.

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)⁷⁴. 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,

⁷⁴ Конституции буржуазных стран. Т. 1. Указ. соч. С. 238.

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 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, унитар-

ным, 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). Раскрывающая 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 правового порядка 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 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. Общеизвестные 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, правовым 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)⁷⁵. 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, Океании. 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).

⁷⁵ Аналогичная норма сформулирована в ч. 4 ст. 2 Конституции Чехии 1992 г.

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...»⁷⁶.

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 напитков⁷⁷. Были приняты законы о закяте, запрете ростовщичества. А в 1977 г. Коран был объявлен «законом общества», заменяющим светскую конституцию⁷⁸.

Вскоре на тот же путь вступили Йемен, Пакистан и Судан, а вслед за ними многие другие мусульманские го-

⁷⁶ Цит. по: *Лафитский В.И.* Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней. М., 2003. С. 171.

⁷⁷ Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник. М., 2001.

⁷⁸ *Сюкияйнен Л.Р.* Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 103-104.

сударства. 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).

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)⁷⁹.

Точно такие же положения содержит статья 1 Гражданского кодекса Алжира 1975 г.⁸⁰ — 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)⁸¹.

И лишь отдельные конституции исламского мира последовательно проводят принцип отделения религии от государства: Албании (статья 10), 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 право-

⁷⁹ http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=483&std_id=82

⁸⁰ <http://www.droit.mjustice.dz/code%civil.pdf>

⁸¹ <http://www.justice.gov.ma/MOUDAWANA/codefamille.pdf>

сознания. 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)⁸².

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 (меж-

⁸² <http://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/coc/Coc1085.htm>

дународный торговый оборот, техническое регулирование, информационные технологии и т.д.).

Происходят определенные перемены и в самом исламском праве. Шариат воспринимается главным образом как основа исламского права, его источник⁸³. 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»⁸⁴.

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

⁸³ Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 56.

⁸⁴ Там же. С. 55-56.

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 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

реформы⁸⁵. Ее основные контуры пока еще не ясны. Но очевидно, что какого-либо значительного отхода от исламских принципов они не предусматривают.

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

⁸⁵ http://www.carnegieendowment.org/files/Saudi_Arabia_APS.doc

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 государств⁸⁶. 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 приютивших 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.

Таковыми 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...

⁸⁶ Подробнее о развитии исламского права см.: *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 2. М., 2011.

Кравченко Дмитрий Валерьевич,
*адвокат, Вице-президент МОФ «Фонд развития права»,
Председатель Совета молодых юристов
Московского отделения Ассоциации юристов России,
кандидат юридических наук*

Кирюхин Денис Михайлович,
*студент Московского государственного юридического
университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА)*

**ЮРИДИКО-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)**

Вопросы имплементации в реальную жизнь и реальное правоприменение общепризнанных правовых принципов и норм в современных демократических странах обладают особой актуальностью. Практически ни у кого не возникает сомнений, что все правоотношения, складывающиеся в развитой стране, равно как на межгосударственном уровне, должны регулироваться в строгом соответствии с названными принципами.

Одними из наиболее всеобъемлющих достижений правовой мысли на сегодняшний день являются англосаксонская доктрина Верховенства права и континентальная доктрина Правового государства. Эти доктрины имеют как общие черты, так и различия, что позволяет ученым отождествлять их, соотносить как частное с общим или, напротив, противопоставлять. Исследованию их соотно-

шения уже посвящено немало работ, и, по всей вероятности, научный анализ в этой области будет углубляться в дальнейшем. В любом случае каждая из названных доктрин содержит в себе определенный набор базовых правовых принципов, аксиом, практическая реализация которых позволяет формировать правовое поле каждой страны в соответствии с современными требованиями равенства и справедливости.

Вместе с тем реалии таковы, что для обеспечения непосредственного действия базовых правовых аксиом необходимы инструменты их имплементации. Одним из таких инструментов следует считать документы (декларации, конвенции и т.д.) международных организаций. Принятие таких документов, по существу, формирует обязательство страны-участника организации следовать заложенным в них правовым принципам и правилам.

Таким важным документом, принятым в последнее время, стала Декларация Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций о Верховенстве права на национальном и международном уровнях от 24 сентября 2012 года. В Декларации совершенно справедливо указывается на неразрывную связь Верховенства права и развития. Отмечается, что поощрение Верховенства права на национальном и международном уровнях имеет особо важное значение для устойчивого и всеохватывающего экономического роста, устойчивого развития и т.д. (п. 7 Декларации).

Действительно, необходимость реализации базовых правовых принципов — неотъемлемое условие для решения современных задач развития, например, поддержания экономической устойчивости. Ученые отмечают, что несоблюдение принципов права во многом влечет негативные экономические тенденции, наблюдаемые сегод-

ня. Примером этого могут стать слова ведущего философа права В.Д. Зорькина: «Еще несколько лет назад невозможно было представить себе, что такой крупный идеолог либерализма, как Жак Аттали, напишет следующее: «Кризис дает понять, как небольшая группа людей, не производящая богатств, захватывает на законных основаниях, безо всякого контроля со стороны, важнейшую часть производственных мировых ценностей...». Обратим внимание: Жак Аттали несколько раз подчеркивает, что захват собственности и мировых ценностей происходит всегда на «законных основаниях». Здесь напрашиваются вопросы, которые сам автор не ставит: а являются ли эти «законные» основания правовыми, какие именно правовые основы экономического мироустройства были подорваны... и что именно надо исправить в правовой системе...»⁸⁷. В.Д. Зорькин задается вопросом, «корректно ли говорить 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?»⁸⁸ Действительно, как показывает мировая

⁸⁷ Зорькин В.Д. Кризис, собственность, верховенство права // В сб. Конституционно-правовые основы собственности и предпринимательства: проблемы реализации. Сборник докладов. М., 2010. С. 5.

⁸⁸ Там же. С. 6.

экономическая практика, экономическое развитие страны без основанности этого развития на принципах права приводит в итоге к негативным последствиям. Такие же последствия возникают и в случае антиправового или внеправового функционирования иных сфер жизнедеятельности человечества.

Уяснение и признание изложенного на уровне международных документов является важным для определения вектора развития стран, реформирования их законодательства и корректировки правоприменения. В этом смысле принятие указанной Декларации (несмотря на кажущуюся именно «декларативность») является существенным достижением правовой мысли. Такие документы позволяют ссылаться на них в непосредственном законотворчестве и правоприменении, как это активно сегодня происходит с Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод 1950 года. Сегодня эта Конвенция — мощный международно-правовой инструмент, получающий за счет официального толкования Европейского суда по правам человека конкретное правоприменительное содержание. Представляется, что со временем столь же неотъемлемым инструментом может стать и указанная Декларация, хотя, возможно, для этого потребуются ее дальнейшее официальное толкование.

Вместе с тем первым условием непосредственного применения подобных международных документов как на международном, так и на национальном уровне является определение их терминов, понятий и содержания. Для этого требуется безукоризненный лингвистически и юридически точный перевод таких документов с «оригинального рабочего» языка на прочие языки.

Ошибки перевода наблюдаются, в частности, в названной Декларации о Верховенстве права на нацио-

нальном и международном уровне. О большинстве этих ошибок можно сказать, что они не искажают смысл Декларации коренным образом. Вместе с тем никогда заведомо не известно, в каких именно правоотношениях необходимо будет применить ту или иную норму документа, и потому невозможно предсказать и последствия лингвистической неточности перевода.

Известно, например, что вопрос о соотношении доктрин Верховенства права и Правового государства во многом недостаточно исследован именно из-за сокрытия этого вопроса за лингвистическими неточностями. Так, термин «правовое государство» во многих англоязычных источниках переводится как «rule of law state» (государство с Верховенством права), что не вызывает вопросов у англосаксонских юристов; а термин «rule of law» (Верховенство права) часто переводится на русский язык как «правовое государство» (а иногда — как «господство закона» или даже «диктатура закона»). Такие «мелкие» терминологические ошибки на современном этапе, когда необходимо определять потенциал конвергенции и сосуществования доктрин, приобретают важнейшее значение.

Кроме того, дословный перевод, нередко применяемый в документах, приводит в случае заимствования понятий из зарубежного права к возникновению несвойственных российскому праву, нетипичных для него, неясных и неуклюжих терминов. Таким термином, например, является «дорожная карта», содержание которого полностью не соответствует его лингвистическому толкованию, поскольку никак не связано ни с дорогами, ни с картами.

В названной Декларации присутствуют такие «небольшие» ошибки перевода. Несколько раз в Декларации повторяется термин «justice» (справедливость, правосудие) (п. 2, 3 и др.). В русскоязычном переводе данный тер-

мин переводится как «правосудие». Вряд ли правосудие может «служить руководством» во всех видах деятельности государств (п. 2 Декларации). Речь в данном случае, как представляется, идет именно о справедливости, которая в юридическом смысле тесно переплетается с принципом юридического равенства. И если «принцип правосудия», созданный с легкой руки переводчика, не поддается какому-либо толкованию и осмыслению, то «принцип справедливости» может быть непосредственно воплощен в конкретных правоотношениях и правовых нормах.

Некоторые слова на первый взгляд переводятся правильно, но при этом не учитывается специфика русского языка, многозначность тех или иных слов и выражений. Так, в пункте 15 Декларации содержится понятие «informal justice mechanisms». По содержанию оно означает негосударственные, традиционные, религиозные механизмы⁸⁹, но на русский язык оно переведено как «неофициальные механизмы правосудия». Лингвистически такой перевод, возможно, и верен, но в сознании российского гражданина при упоминании подобного термина не исключено возникновение в первую очередь ассоциаций с коррупционными проявлениями. Вероятно, более верным было бы создание иного, не столь буквального термина (например, «негосударственные традиционные механизмы»).

То же самое относится и к понятиям «promotion of the rule of law», «respect human rights» и т.п. (п. 2, 6 Декларации и др.). Перевод их как «поощрение Верховенства права» и «уважение прав человека» не создает той «целестремленной» направленности на полное и всестороннее соблюдение прав человека и обоснованности всех государственных действий принципом Верховенства права, кото-

⁸⁹ См.: Informal Justice. www.unrol.org/article.aspx?article_id=30

рая подразумевается в английском тексте. Использование в Декларации термина «peoples» и русского перевода этого термина как «народы» (в том числе в контексте устоявшегося словосочетания «право на самоопределение народов») заставляет еще раз вернуться к правомерности такого перевода. В Оксфордском словаре понятие «peoples» определяется как «члены какой-либо нации, сообщества или этнической группы», т.е. подразумевает людей, а не обезличенный народ⁹⁰. В одном из лучших американских словарей — Вебстерском (Merriam-Webster) «peoples» определяется как сообщество людей, объединенное общей культурой, традицией и т.п., как правило, имеющих общий язык и т.д.⁹¹ То есть в зависимости от выбираемого толкования — американского или английского — «peoples» означает либо людей, составляющих некую общность, либо то, что в русском языке обычно называется «многонациональным народом» или «нацией».

К слову, термин «The People» используется в преамбуле к Конституции США. По всей видимости, следуя определению того же американского словаря понятия «people», правильный перевод этого термина означает «люди», а не «народ». С точки зрения лингвиста, «люди, объединяющиеся в нацию» и «нация, состоящая из людей» в данном случае, вероятно, имеют идентичное значение. Но в зависимости от перевода терминов со словом «people» как «люди» или «нация», «народ» определяется «человекоцентристская» или «народоцентристская» установка права. Выбор одной из этих установок во многом определяет характер правового регулирования, устанавливает пределы ограничения прав человека и т.д. Возмож-

⁹⁰ <http://oxforddictionaries.com>

⁹¹ <http://www.merriam-webster.com>

но, различие этих установок является одним из критериев отграничения доктрин Правового государства и Верховенства права. В рассматриваемом случае правильный перевод лишь одного слова может отражать всю сущность права того или иного государства или группы стран.

Некоторые ошибки перевода Декларации связаны в первую очередь со сложностью подбора соответствующего термина в русском языке. Так, например, используемому неоднократно термину «national civilian capacity» (напр., п. 19) достаточно сложно подобрать адекватный перевод, но это не может быть основанием для перевода этого термина буквально — «национальный гражданский потенциал»: такой перевод не имеет ни юридического, ни какого-либо иного смыслового содержания. Аналогичная ситуация наблюдается с термином «principle of good governance» (п. 12), который переводится как «принцип благого управления», что явно является новшеством переводчика.

Присутствуют в переводе Декларации и достаточно «небрежные» ошибки, не связанные с трудностью подбора подходящих терминов в русском языке. Так, в пункте 13 указывается на «independence of the judicial system, together with its impartiality», а в русскоязычном варианте — на «независимость судебной системы, включая ее беспристрастность». Из английского текста следует, что независимость и беспристрастность судебной системы — дополняющие друг друга характеристики, а из русского — что они соотносятся как частное и общее. В пункте 16 речь идет об обязанности государства гарантировать равноправное участие мужчин и женщин в различных процессах («We... ensure their full and equal participation...»), но в переводе на русский государства должны «обеспечивать, чтобы мужчины и женщины обеспечивали свое полное и равноправное участие». «Full implementation of international

humanitarian law at the national level» переводится не как реализация (или имплементация) международного гуманитарного права на национальном уровне, а как «полное осуществление документов, содержащих нормы международного гуманитарного права, на национальном уровне». С подачи переводчика любой оборот оружия записывается в формы организованной преступности, в то время как в английской версии указывается на «trafficking in arms» (п. 24) — термин, могущий подразумевать лишь контрабанду или незаконную торговлю оружием. Такие ошибки перевода вряд ли могут быть объяснены сугубо лингвистическим подходом. Не способствует чистоте официального перевода и использование терминов типа «залечивание ран» (п. 21).

Указанные примеры в целом показывают неточности в составлении русскоязычных текстов важнейших международных документов. Как было отмечено, в некоторых случаях правильность перевода имеет философско-правовое, телеологическое или иное важнейшее значение. Кроме того, предсказать, как неправильный перевод может в дальнейшем отразиться на конкретных правоотношениях, практически невозможно, и эти последствия могут быть весьма существенными.

Важно здесь отметить и то, что ошибки в переводе на русский язык снижают роль русского языка как такового. Как известно, русский язык, наряду с английским, французским, испанским, китайским и арабским⁹², является официальным языком ООН. Поэтому документы ООН на русском должны иметь самостоятельное юридическое значение и не могут являться «слабым» переводом англоязычного оригинала. Русский язык используется

в юридической работе во многих странах СНГ, и, вероятно, многие международные документы также читаются специалистами из СНГ на русском. Таким образом, невнимательное отношение к переводу юридических документов имеет еще и международно-лингвистическое значение.

Вероятно, с учетом выявленных недостатков перевода необходимо провести работу по проверке правильности перевода наиболее значимых международных документов, а применительно к доктринам Верховенства права и Правового государства — и конституций стран, применяющих одну из этих доктрин. По всей видимости, такая работа, равно как и переводы новых документов международного уровня, должна осуществляться профессиональными юристами, знающими язык оригинала документа (или, если языков оригинала много, язык составления документа), а не переводчиками, имеющими некоторый опыт юридических переводов: речь в данном случае идет не о контракте двух конкретных лиц, а о выстраивании философско-правовых доктрин, целеполагании государственно-правовой политики и т.д.

Кроме того, в связи с возможностью наличия противоречий в переводах возникает конкретный правоприменительный вопрос: каким образом осуществлять толкование документа, если в двух официальных разноязычных версиях документа какие-либо нормы противоречат друг другу? Вероятно, международным организациям и структурам, официально признающим несколько языков, но не определившим приоритет одного языка в случае коллизий, следует определить такой приоритет в зависимости от языка подготовки документа. Это позволит оспаривать ошибочные переводы, посредством чего обеспечивать правильную реализацию международных принципов в странах с иными официальными языками.

⁹² См.: <http://www.un.org/ru/aboutun/languages.shtml>

Тарло Евгений Георгиевич,
член Совета Федерации
Федерального Собрания Российской Федерации,
доктор юридических наук

**ВМЕСТО ЗАКЛЮЧЕНИЯ.
ПРИМЕР ПРИНЦИПА СПРАВЕДЛИВОСТИ
СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА В КОНТЕКСТЕ
СООТНОШЕНИЯ ПРАВОВЫХ ДОКТРИН**

Вопросы соотношения правовых систем, основных идей, принципов и доктрин, на которых они основываются, в современном глобальном мире приобретают все большее значение. Прошедший недавно финансово-экономический кризис показал актуальность фундаментальных правовых принципов, необходимость более внимательного отношения к их реализации на практике. Как идеи Верховенства права, так и идеи Правового государства, как выяснилось, в экономической жизни были отражены в явно недостаточной степени. И именно кризис усилил конвергенционные процессы в правовом мире, при которых правительства разных стран обращались к международному опыту и национальному опыту других стран в поисках лучших мировых антикризисных практик.

Важным условием международного правопонимания, отраженным в данной книге, как это ни парадоксально, является уже само по себе осознание проблемы непонимания. Давно известна философская идея, метко отраженная поэтом Андреем Вознесенским:

*Так в чем же есть истина? В «да» или в «нет»?
— Спросить.
В ответы не втиснуть*

*Судьбы и слезы.
В вопросе и истина.*

До недавнего времени большинство исследователей не обладало знанием о том, что правоведы разных стран и разных правовых систем говорят на разных языках — не только в лингвистическом, но и в терминологическом смысле. И то, что в этой небольшой книге предпринимаются попытки проанализировать проблемы перевода юридических терминов, вопросы лингвистической интерпретации заимствованных терминов — само по себе немалое мероприятие. Даже несмотря на то, что подходы авторов к понятиям, например, Правового государства и Верховенства права иногда разнятся.

Проведенный анализ способствует установлению моста между правовыми системами. Как верно указывается в материалах данного издания, определение сегодня существа как Верховенства права, так и Правового государства невозможно без анализа их соотношения, разграничения и пересечения. И часть этой книги посвящена именно сущностному анализу этих двух доктрин, основанному на понимании терминологического разнообразия в мире.

Соотношение доктрин и применение их составных частей на практике можно проследить на примере международного принципа справедливого судебного разбирательства. Этот принцип закреплен и подчеркивается во многих международных правовых документах. Так, требование справедливого судебного разбирательства закреплено в статье 6 Конвенции «О защите прав человека и основных свобод»⁹³ и сформулировано следующим образом:

⁹³ Конвенция о защите прав и основных свобод // Собрание законодательства РФ, 08.01.2001. № 2. Ст. 163.

«Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

Справедливое судебное разбирательство подразумевает, в частности, принятие решения в соответствии со всеми требованиями процессуального права, соблюдение принципа состязательности и равноправия сторон, непредвзятое и беспристрастное отношение суда к сторонам и предоставляемым ими материалам, незаинтересованность суда в исходе дела, возможность каждой стороны донести до суда свою позицию и предоставить свои обоснования. Обеспечение права на справедливое судебное разбирательство одновременно является гарантией защиты любого другого права. Справедливое судебное разбирательство является основополагающим правовым принципом, признаваемым как доктриной Верховенства права, так и доктриной Правового государства. Хотя, например, в России, согласно Конституции являющейся правовым государством, понятию справедливого судебного разбирательства придается гораздо меньшее значение, чем в большинстве государств с Верховенством права. Вместе с тем в нашей стране, согласно доктрине Правового государства основывающейся на верховенстве Конституции, применение принципа справедливости судебного разбирательства возможно непосредственно в силу Основного Закона.

Несмотря на то, что справедливое судебное разбирательство — всемирный принцип, принимаемый всеми современными правовыми системами, в зависимости от того, к какой доктрине ближе правовая система конкретного государства, меняются механизмы его реализации. Базовое отличие Верховенства права от Правового госу-

дарства, как следует из различных исследований, заключается в различной роли суда. Если в государствах с Верховенством права право главным образом творится судом, и суд в системе разделения властей во многом может приобретать решающую роль, то Правовое государство признает доминанту писаной конституции.

Решения судов, судебное правотворчество, свойственное Верховенству права, всегда являются подвижными, гибкими, направленными на учет актуальных социальных условий. Писанные же конституции нередко воспринимаются сторонниками теории юридического позитивизма как некие затвердевшие архаичные документы. Прогрессивные же правоведы осознают необходимость реализации концепции «живой» конституции, которая предполагает корректировку конституционного правоприменения и конституционного толкования адекватно социальным, экономическим и иным реалиям. Изменяясь, эти реалии создают новые и ликвидируют или изменяют некоторые старые частные и публичные интересы, создавая необходимость в поиске новых точек их баланса, — в этом и состоит концепция «живой» конституции.

С этой точки зрения механизмом реализации «живой» конституции в реальной жизни и, например, в непосредственном законодательстве следует признать непрерывную правовую реформу, каждодневно приводящую законодательство и правосознание в соответствие с конституционными целями и задачами, которое можно рассматривать в качестве неотъемлемой части российской доктрины Правового государства⁹⁴.

⁹⁴ Баренбойм П.Д. Соотношение доктрин Верховенства права и Правового государства как главный вопрос конституционализма // Правовая реформа в России: восемь лет спустя. Сборник статей / под ред. В.П. Мозолина. М., 2013. С. 279.

К слову, существо правовой реформы значительно шире понятия реформы судебной, к которой нередко пытается свести правовую реформу российский законодатель. Главной целью правовой реформы, частью которой является и судебная, как представляется, должна стать парадигма проникновения конституционно-правовых принципов, духа Конституции, в законодательство, правоприменение, правоотношения граждан, правосознание. При этом многие государственные органы, включая иногда, к сожалению, и законодателя, не в состоянии прямо применять Конституцию и ее основополагающие принципы. Поэтому для нынешнего реформирования, как представляется, необходима — и в этом следует согласиться с В.Д. Зорькиным — концепция правовой реформы. Более того, с учетом сегодняшнего состояния правового регулирования, возможно, необходимо было бы создать механизм предварительного конституционного контроля принимаемых нормативных правовых актов и механизм сверки последних с программой правовой реформы.

Применительно к принципу справедливости судебного разбирательства, взятого нами в качестве иллюстрации, нужно отметить, что в правовом государстве необходимо постоянное отслеживание неуклонного соблюдения этого принципа в рамках правовой реформы. Ярким примером, подтверждающим эти тезисы, является реализация этого принципа в контексте научного обеспечения доказательств в судах.

Наука не стоит на месте, и выводы специалистов в области судебных экспертиз постоянно обновляются. Например, Сенатом США в последнее время активно поднимался вопрос о научной обоснованности экспертизы. Так, анализ криминалистических дисциплин на предмет их реальной научной обоснованности, необходимость

проведения дополнительных научных исследований в соответствующей области, вопрос о необходимых национальных стандартах экспертизы были предметом обсуждения, в частности, на заседании Комитета Сената США по торговле, науке и транспорту (The U.S. Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation), прошедшем 7 декабря 2011 года⁹⁵.

Последние исследования в области судебной криминалистики показывают, что многие научные выводы, которые ранее считались аксиоматичными, сегодня подвергаются сомнению. Так, выявлено, что экспертиза следов пальцев человека может давать вероятностные результаты. Некоторые виды научных исследований, например, экономические, на сегодняшний день до сих пор не имеют однозначных концепций, методик и т.д., а значит, не могут дать однозначных выводов.

Как представляется, нельзя без сомнений согласиться и с выводами об однозначности результатов генетических исследований. Не исключено, что в будущем установится возможность неоднозначности этих выводов. Встречаются неоднозначные случаи, связанные с генетической экспертизой, и в практике экспертной работы.

Как отмечалось Экспертно-консультативным советом при Комитете Совета Федерации России по конституционному законодательству, правовым и судебным вопросам, развитию гражданского общества, существуют и различные квазинаучные исследования, не дающие даже 30% достоверности результата, которые тем не менее на

⁹⁵ Научное обеспечение доказательств по уголовным делам об экономических преступлениях как гарантия защиты бизнеса в России // Обобщение правоприменительной практики / под ред. Ш.Н. Хазиева. М., 2012. С. 12.

практике применяются судами, например, психофизиологические исследования на полиграфе.

В контексте правовой реформы как необходимой составляющей доктрины Правового государства необходимо устанавливать такие правовые нормы, которые позволяют учитывать неоднозначность и вероятностный характер заключений экспертов, крайне важный с точки зрения обеспечения справедливости судебного разбирательства. То же самое стоит отнести и ко всем прочим составляющим доминирующей в России доктрины Правового государства. Принцип «живой» Конституции, непрерывной правовой реформы предполагает постоянную сверку действительности с эталонными правовыми принципами, закрепленными прежде всего в российской Конституции и вытекающими из общеправовых идей и начал справедливости, равенства и т.п.

Анализ, проведенный в настоящей книге, позволяет выделить основные признаки доктрин, наличие которых в праве той или иной страны одновременно является и индикатором реализации основ права в реальной действительности. Очевидно, что данная книга является лишь началом подобных исследований. Вместе с тем сложно переоценить важность этой научной «прелюдии», могущей создать вектор дальнейших исследований конституционалистов, специалистов в области конституционной экономики, философов и теоретиков права. И именно этот вектор может вернуть современные экономические и иные общественные системы на путь подлинного соблюдения высших правовых принципов.

ПРИЛОЖЕНИЕ

United Nations Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels

We, Heads of State and Government, and heads of delegation have gathered at United Nations Headquarters in New York on 24 September 2012 to reaffirm our commitment to the rule of law and its fundamental importance for political dialogue and cooperation among all States and for the further development of the three main pillars upon which the United Nations is built: international peace and security, human rights and development. We agree that our collective response to the challenges and opportunities arising from the many complex political, social and economic transformations before us must be guided by the rule of law, as it is the foundation of friendly and equitable relations between States and the basis on which just and fair societies are built.

I

1. We reaffirm our solemn commitment to the purposes and principles of the Charter of the United Nations, international law and justice, and to an international order based on the rule of law, which are indispensable foundations for a more peaceful, prosperous and just world.

2. We recognize that the rule of law applies to all States equally, and to international organizations, including the United Nations and its principal organs, and that respect for and promotion of the rule of law and justice should guide all of their activities and accord predictability and legitimacy to their ac-

tions. We also recognize that all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to just, fair and equitable laws and are entitled without any discrimination to equal protection of the law.

3. We are determined to establish a just and lasting peace all over the world, in accordance with the purposes and principles of the Charter of the United Nations. We rededicate ourselves to support all efforts to uphold the sovereign equality of all States, to respect their territorial integrity and political independence, to refrain in our international relations from the threat or use of force in any manner inconsistent with the purposes and principles of the United Nations, and to uphold the resolution of disputes by peaceful means and in conformity with the principles of justice and international law, the right to self-determination of peoples which remain under colonial domination and foreign occupation, non-interference in the internal affairs of States, respect for human rights and fundamental freedoms, respect for the equal rights of all without distinction as to race, sex, language or religion, international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural or humanitarian character, and the fulfilment in good faith of the obligations assumed in accordance with the Charter.

4. We reaffirm the duty of all States to settle their international disputes by peaceful means, inter alia through negotiation, enquiry, good offices, mediation, conciliation, arbitration and judicial settlement, or other peaceful means of their own choice.

5. We reaffirm that human rights, the rule of law and democracy are interlinked and mutually reinforcing and that they belong to the universal and indivisible core values and principles of the United Nations.

6. We reaffirm the solemn commitment of our States to fulfil their obligations to promote universal respect for, and the

observance and protection of, all human rights and fundamental freedoms for all. The universal nature of these rights and freedoms is beyond question. We emphasize the responsibilities of all States, in conformity with the Charter of the United Nations, to respect human rights and fundamental freedoms for all, without distinction of any kind.

7. We are convinced that the rule of law and development are strongly interrelated and mutually reinforcing, that the advancement of the rule of law at the national and international levels is essential for sustained and inclusive economic growth, sustainable development, the eradication of poverty and hunger and the full realization of all human rights and fundamental freedoms, including the right to development, all of which in turn reinforce the rule of law, and for this reason we are convinced that this interrelationship should be considered in the post-2015 international development agenda.

8. We recognize the importance of fair, stable and predictable legal frameworks for generating inclusive, sustainable and equitable development, economic growth and employment, generating investment and facilitating entrepreneurship, and in this regard we commend the work of the United Nations Commission on International Trade Law in modernizing and harmonizing international trade law.

9. States are strongly urged to refrain from promulgating and applying any unilateral economic, financial or trade measures not in accordance with international law and the Charter of the United Nations that impede the full achievement of economic and social development, particularly in developing countries.

10. We recognize the progress made by countries in advancing the rule of law as an integral part of their national strategies. We also recognize that there are common features founded on international norms and standards which are reflected in a broad diversity of national experiences in

the area of the rule of law. In this regard, we stress the importance of promoting the sharing of national practices and of inclusive dialogue.

11. We recognize the importance of national ownership in rule of law activities, strengthening justice and security institutions that are accessible and responsive to the needs and rights of all individuals and which build trust and promote social cohesion and economic prosperity.

12. We reaffirm the principle of good governance and commit to an effective, just, non-discriminatory and equitable delivery of public services pertaining to the rule of law, including criminal, civil and administrative justice, commercial dispute settlement and legal aid.

13. We are convinced that the independence of the judicial system, together with its impartiality and integrity, is an essential prerequisite for upholding the rule of law and ensuring that there is no discrimination in the administration of justice.

14. We emphasize the right of equal access to justice for all, including members of vulnerable groups, and the importance of awareness-raising concerning legal rights, and in this regard we commit to taking all necessary steps to provide fair, transparent, effective, non-discriminatory and accountable services that promote access to justice for all, including legal aid.

15. We acknowledge that informal justice mechanisms, when in accordance with international human rights law, play a positive role in dispute resolution, and that everyone, particularly women and those belonging to vulnerable groups, should enjoy full and equal access to these justice mechanisms.

16. We recognize the importance of ensuring that women, on the basis of the equality of men and women, fully enjoy the benefits of the rule of law, and commit to using law to uphold their equal rights and ensure their full and equal participation, including in institutions of governance and the judicial system,

and recommit to establishing appropriate legal and legislative frameworks to prevent and address all forms of discrimination and violence against women and to secure their empowerment and full access to justice.

17. We recognize the importance of the rule of law for the protection of the rights of the child, including legal protection from discrimination, violence, abuse and exploitation, ensuring the best interests of the child in all actions, and recommit to the full implementation of the rights of the child.

18. We emphasize the importance of the rule of law as one of the key elements of conflict prevention, peacekeeping, conflict resolution and peacebuilding, stress that justice, including transitional justice, is a fundamental building block of sustainable peace in countries in conflict and post-conflict situations, and stress the need for the international community, including the United Nations, to assist and support such countries, upon their request, as they may face special challenges during their transition.

19. We stress the importance of supporting national civilian capacity development and institution-building in the aftermath of conflict, including through peacekeeping operations in accordance with their mandates, with a view to delivering more effective civilian capacities, as well as enhanced, international, regional, North-South, South-South and triangular cooperation, including in the field of the rule of law.

20. We stress that greater compliance with international humanitarian law is an indispensable prerequisite for improving the situation of victims of armed conflict, and we reaffirm the obligation of all States and all parties to armed conflict to respect and ensure respect for international humanitarian law in all circumstances, and also stress the need for wide dissemination and full implementation of international humanitarian law at the national level.

21. We stress the importance of a comprehensive approach to transitional justice incorporating the full range of judicial and non-judicial measures to ensure accountability, serve justice, provide remedies to victims, promote healing and reconciliation, establish independent oversight of the security system and restore confidence in the institutions of the State and promote the rule of law. In this respect, we underline that truth-seeking processes, including those that investigate patterns of past violations of international human rights law and international humanitarian law and their causes and consequences, are important tools that can complement judicial processes.

22. We commit to ensuring that impunity is not tolerated for genocide, war crimes and crimes against humanity or for violations of international humanitarian law and gross violations of human rights law, and that such violations are properly investigated and appropriately sanctioned, including by bringing the perpetrators of any crimes to justice, through national mechanisms or, where appropriate, regional or international mechanisms, in accordance with international law, and for this purpose we encourage States to strengthen national judicial systems and institutions.

23. We recognize the role of the International Criminal Court in a multilateral system that aims to end impunity and establish the rule of law, and in this respect we welcome the States that have become parties to the Rome Statute of the International Criminal Court⁹⁶ and call upon all States that are not yet parties to the Statute to consider ratifying or acceding to it, and emphasize the importance of cooperation with the Court.

24. We stress the importance of strengthened international cooperation, based on the principles of shared respon-

sibility and in accordance with international law, in order to dismantle illicit networks and counter the world drug problem and transnational organized crime, including money-laundering, trafficking in persons, trafficking in arms and other forms of organized crime, all of which threaten national security and undermine sustainable development and the rule of law.

25. We are convinced of the negative impact of corruption, which obstructs economic growth and development, erodes public confidence, legitimacy and transparency and hinders the making of fair and effective laws, as well as their administration, enforcement and adjudication, and therefore stress the importance of the rule of law as an essential element in addressing and preventing corruption, including by strengthening cooperation among States concerning criminal matters.

26. We reiterate our strong and unequivocal condemnation of terrorism in all its forms and manifestations, committed by whomever, wherever and for whatever purposes, as it constitutes one of the most serious threats to international peace and security; we reaffirm that all measures used in the fight against terrorism must be in compliance with the obligations of States under international law, including the Charter of the United Nations, in particular the purposes and principles thereof, and relevant conventions and protocols, in particular human rights law, refugee law and humanitarian law.

II

27. We recognize the positive contribution of the General Assembly, as the chief deliberative and representative organ of the United Nations, to the rule of law in all its aspects through policymaking and standard setting, and through the progressive development of international law and its codification.

⁹⁶ United Nations. Treaty Series. — Vol. 2187. — № 38544.

28. We recognize the positive contribution of the Security Council to the rule of law while discharging its primary responsibility for the maintenance of international peace and security.

29. Recognizing the role under the Charter of the United Nations of effective collective measures in maintaining and restoring international peace and security, we encourage the Security Council to continue to ensure that sanctions are carefully targeted, in support of clear objectives and designed carefully so as to minimize possible adverse consequences, and that fair and clear procedures are maintained and further developed.

30. We recognize the positive contribution of the Economic and Social Council to strengthening the rule of law, pursuing the eradication of poverty and furthering the economic, social and environmental dimensions of sustainable development.

31. We recognize the positive contribution of the International Court of Justice, the principal judicial organ of the United Nations, including in adjudicating disputes among States, and the value of its work for the promotion of the rule of law; we reaffirm the obligation of all States to comply with the decisions of the International Court of Justice in cases to which they are parties; and we call upon States that have not yet done so to consider accepting the jurisdiction of the International Court of Justice in accordance with its Statute. We also recall the ability of the relevant organs of the United Nations to request advisory opinions from the International Court of Justice.

32. We recognize the contributions of the International Tribunal for the Law of the Sea, as well as other international courts and tribunals, in advancing the rule of law at the international and national levels.

33. We commend the work of the International Law Commission in advancing the rule of law at the international

level through the progressive development of international law and its codification.

34. We recognize the essential role of parliaments in the rule of law at the national level, and welcome the interaction among the United Nations, national parliaments and the Inter-Parliamentary Union.

35. We are convinced that good governance at the international level is fundamental for strengthening the rule of law, and stress the importance of continuing efforts to revitalize the General Assembly, to reform the Security Council and to strengthen the Economic and Social Council, in accordance with relevant resolutions and decisions.

36. We take note of the important decisions on reform of the governance structures, quotas and voting rights of the Bretton Woods institutions, better reflecting current realities and enhancing the voice and participation of developing countries, and we reiterate the importance of the reform of the governance of those institutions in order to deliver more effective, credible, accountable and legitimate institutions.

III

37. We reaffirm that States shall abide by all their obligations under international law, and stress the need to strengthen support to States, upon their request, in the national implementation of their respective international obligations through enhanced technical assistance and capacity-building.

38. We stress the importance of international cooperation and invite donors, regional, subregional and other inter-governmental organizations, as well as relevant civil society actors, including non-governmental organizations, to provide, at the request of States, technical assistance and capacity-building, including education and training on rule of law-related issues, as well as to share practices and lessons learned on the rule of law at the international and national levels.

39. We take note of the report of the Secretary-General entitled «Delivering justice: programme of action to strengthen the rule of law at the national and international levels».⁹⁷

40. We request the Secretary-General to ensure greater coordination and coherence among the United Nations entities and with donors and recipients to improve the effectiveness of rule of law capacity-building activities.

41. We emphasize the importance of continuing our consideration and promotion of the rule of law in all its aspects, and to that end we decide to pursue our work in the General Assembly to develop further the linkages between the rule of law and the three main pillars of the United Nations: peace and security, human rights and development. To that end, we request the Secretary-General to propose ways and means of developing, with wide stakeholder participation, further such linkages, and to include this in his report to the Assembly at its sixty-eighth session.

42. We acknowledge the efforts to strengthen the rule of law through voluntary pledges in the context of the high-level meeting, and encourage States that have not done so to consider making pledges individually or jointly, based on their national priorities, including pledges aimed at sharing knowledge, best practices and enhancing international cooperation, including regional and South-South cooperation.

⁹⁷ A/66/749

**Организация Объединенных Наций
Декларация Сопредседателя на высоком уровне
Генеральной Ассамблеи
о Верховенстве права на национальном
и международном уровнях**

Мы, главы государств и правительств и главы делегаций, собрались в центральных учреждениях Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке 24 сентября 2012 года для того, чтобы подтвердить нашу приверженность верховенству права и его основополагающему значению для политического диалога и сотрудничества между всеми государствами и продолжить разработку трех основных составляющих элементов, на которых зиждется Организация Объединенных Наций: международный мир и безопасность, права человека и развитие. Мы *согласны*, что руководством для наших коллективных действий в ответ на проблемы и возможности, возникающие в результате многих сложных политических, социальных и экономических преобразований, должно быть верховенство права, поскольку оно является основой дружественных и равноправных отношений между государствами, а также основой строительства справедливых и равноправных обществ.

I

1. Мы подтверждаем свою неизменную приверженность целям и принципам Устава Организации Объединенных Наций, международному праву и правосудию, а также международному порядку на основе верховенства права, которые являются неотъемлемой основой более мирного, процветающего и справедливого мира.

2. Мы признаем, что верховенство права относится в равной степени ко всем государствам и международным организациям, включая Организацию Объединенных Наций и ее основные органы, и что уважение и поощрение верховенства права и правосудия должны служить руководством во всех видах их деятельности и обеспечивать предсказуемость и легитимность их действий. Мы также признаем, что все люди, учреждения и организации, как общественные, так и частные, включая сами государства, несут ответственность перед справедливыми, беспристрастными и основанными на равноправии законами и имеют право без какой-либо дискриминации на равную правовую защиту.

3. Мы преисполнены решимости установить справедливый и прочный мир во всем мире в соответствии с целями и принципами Устава Организации Объединенных Наций. Мы подтверждаем свою приверженность тому, чтобы содействовать всем усилиям, направленным на поддержку суверенного равенства всех государств, уважать их территориальную целостность и политическую независимость, воздерживаться в наших международных отношениях от угрозы или использования силы любым образом, несовместимым с целями и принципами Организации Объединенных Наций, и поддерживать урегулирование споров мирными средствами и в соответствии с принципами правосудия и международного права, правом на самоопределение народов, все еще находящихся под колониальным господством и иностранной оккупацией, невмешательства во внутренние дела государства, уважения прав человека и основных свобод, уважения равноправия всех без различия расы, пола, языка или религии, международного сотрудничества в решении международных проблем экономического, социального, культурного или гуманитарного характера и до-

бросовестного выполнения обязательств, принятых на себя в соответствии с Уставом.

4. Мы подтверждаем обязанность всех государств урегулировать их международные разногласия мирными средствами, в частности, на основе переговоров, запросов, услуг доброй воли, посредничества, примирения, арбитража и судебных решений или другими мирными средствами по их выбору.

5. Мы подтверждаем, что права человека, верховенство права и демократия являются взаимосвязанными и взаимоусиливающими и что они относятся к универсальным и неделимым основным ценностям и принципам Организации Объединенных Наций.

6. Мы подтверждаем неизменную приверженность наших государств выполнению их обязательств по поощрению всеобщего уважения и соблюдения и защиты всех прав человека и основных свобод для всех. Универсальный характер таких прав и свобод не вызывает никакого сомнения. Мы *подчеркиваем* обязанность всех государств в соответствии с Уставом уважать права человека и основные свободы для всех, без какого бы то ни было различия.

7. Мы убеждены в том, что верховенство права и 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 мы убеждены в том, что взаимозависимость должна рассматриваться в рамках повестки дня, касающейся международного развития после 2015 года.

8. Мы признаем важность справедливой, стабильной и предсказуемой юридической основы для обеспечения всеохватывающего, устойчивого и равноправного развития, экономического роста и занятости, инвестирования и предпринимательства, и в этой связи мы высоко оцениваем деятельность Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли в деле модернизации и урегулирования права международной торговли.

9. Государствам настоятельно рекомендуется воздерживаться от принятия и применения любых односторонних, экономических, финансовых или торговых мер, которые противоречат нормам международного права и Уставу и препятствуют полному достижению целей социально-экономического развития, особенно в развивающихся странах.

10. Мы признаем прогресс, достигнутый странами в деле поощрения верховенства права в качестве составной части их национальных стратегий. Мы также признаем, что для международных норм и стандартов характерны общие черты, которые находят отражение в широком разнообразии национального опыта в области верховенства права. В этой связи мы подчеркиваем важность поощрения распространения национальной практики и всеохватывающего диалога.

11. Мы признаем важность национальной самостоятельности в вопросах верховенства права, укрепления институтов правосудия и безопасности, к которым обеспечен доступ и которые учитывают потребности и права всех людей и которые укрепляют доверие, поощряют социальное единство и экономическое процветание.

12. Мы подтверждаем принцип благого управления и выражаем приверженность оказанию эффективных, справедливых, недискриминационных и равноправных общественных услуг, связанных с верховенством права,

включая уголовное, гражданское и административное правосудие, урегулирование коммерческих споров и юридическую помощь.

13. Мы убеждены в том, что независимость судебной системы, включая ее беспристрастность и целостность, является важнейшим необходимым условием обеспечения верховенства права и того, чтобы в процессе отправления правосудия отсутствовала дискриминация.

14. Мы подчеркиваем право равного доступа к системе правосудия для всех, включая членов находящихся в уязвимом положении групп, а также важность повышения информированности о юридических правах, и в этой связи мы заявляем о своих обязательствах принимать все необходимые меры для оказания справедливых, транспарентных, эффективных, недискриминационных и подотчетных услуг, которые способствуют доступу к системе правосудия для всех, включая юридическую помощь.

15. Мы признаем, что неофициальные механизмы правосудия, когда они соответствуют международному праву в области прав человека, играют позитивную роль в урегулировании конфликтов и что каждый человек, особенно женщины и лица, принадлежащие к находящимся в уязвимом положении группам, должны пользоваться полным и равным доступом к таким механизмам правосудия.

16. Мы признаем важность обеспечения того, чтобы женщины на основе равенства мужчин и женщин пользовались полными преимуществами верховенства права и использовали закон для защиты своих равных прав и обеспечивали свое полное и равноправное участие, в том числе в государственных учреждениях и системе правосудия, и вновь обязуемся создать надлежащую юридическую и законодательную основу для предупреждения и устранения всех форм дискриминации и насилия в отношении

женщин и обеспечения их полных прав и возможностей и полного доступа к системе правосудия.

17. Мы признаем важность верховенства права для защиты прав детей, включая юридическую защиту от дискриминации, насилия, злоупотреблений и эксплуатации, обеспечения наилучших интересов детей во всех сферах жизни и вновь заявляем о приверженности осуществлению прав детей в полном объеме.

18. Мы подчеркиваем важность верховенства права в качестве одного из основных элементов предотвращения конфликтов, миростроительства, урегулирования конфликтов и деятельности по поддержанию мира и подчеркиваем, что правосудие, включая обеспечение правосудия на переходном этапе, является основным залогом устойчивого мира в странах, переживающих конфликт, и в странах, оказавшихся в постконфликтной ситуации, и подчеркиваем необходимость того, чтобы международное сообщество, включая Организацию Объединенных Наций, оказывало помощь и содействовало таким странам по их просьбе, поскольку они могут сталкиваться с особыми проблемами на переходном этапе.

19. Мы подчеркиваем важность содействия созданию национального гражданского потенциала и организационному строительству, в том числе в контексте осуществления операций по поддержанию мира в соответствии с их мандатами с целью создания более эффективного гражданского потенциала, а также усиления международного и регионального сотрудничества и сотрудничества Север-Юг и Юг-Юг, в том числе в области верховенства права.

20. Мы подчеркиваем, что более строгое соблюдение норм международного гуманитарного права является одной из необходимых предпосылок улучшения положения жертв вооруженных конфликтов, и мы вновь подтверждаем обязанность всех государств и всех участников во-

оруженных конфликтов уважать нормы международного гуманитарного права во всех обстоятельствах и обеспечивать их уважение, а также подчеркиваем необходимость широкого распространения и полного осуществления документов, содержащих нормы международного гуманитарного права, на национальном уровне.

21. Мы подчеркиваем большое значение комплексного подхода к правосудию переходного периода, включающего полный набор судебных и несудебных мер, в целях обеспечения подотчетности, справедливости, защиты жертв, содействия залечиванию ран и примирению, создания независимых органов надзора за системой безопасности и восстановления доверия к институтам государства, а также в целях содействия верховенству права. В этой связи мы подчеркиваем, что процессы установления истины, в том числе расследования прошлых нарушений международных норм в области прав человека и норм в области международного гуманитарного права, а также их причин и последствий, являются важными инструментами, которые могут дополнять судебные процессы.

22. Мы обязуемся обеспечить, чтобы не было безнаказанности за геноцид, военные преступления и преступления против человечности или за нарушения норм международного гуманитарного права и грубые нарушения норм в области прав человека, а также обязуемся обеспечить надлежащее расследование таких нарушений и соответствующее наказание за них, в том числе путем привлечения ответственных за любые совершенные преступления к суду, используя для этого национальные механизмы или, когда это необходимо, региональные или международные механизмы в соответствии с нормами международного права, и с этой целью мы рекомендуем государствам укрепить национальные судебные системы и институты.

23. Мы признаем роль Международного уголовного суда в такой многосторонней системе, которая направлена на то, чтобы положить конец безнаказанности и обеспечить верховенство права, и в этой связи мы приветствуем государства, которые стали участниками Римского статута Международного уголовного суда, и призываем все государства, которые еще не стали участниками Статута, рассмотреть вопрос о его ратификации или присоединении к нему, и подчеркиваем большое значение сотрудничества с Судом.

24. Мы подчеркиваем важность укрепления международного сотрудничества на основе принципов общей ответственности и в соответствии с нормами международного права в целях ликвидации незаконных сетей и борьбы с наркотиками во всем мире и с транснациональной организованной преступностью, включая отмывание денег, торговлю людьми, оборот оружия и другие формы организованной преступности, поскольку все они создают угрозу для национальной безопасности и подрывают устойчивое развитие и верховенство права.

25. Мы убеждены в негативных последствиях коррупции, которая препятствует экономическому росту и развитию, подрывает доверие общественности, легитимность и транспарентность и мешает принятию справедливых и эффективных законов, а также их применению, обеспечению соблюдения и судебному толкованию, и по этой причине подчеркиваем важность верховенства права в качестве важнейшего условия пресечения и предотвращения коррупции, в том числе благодаря укреплению сотрудничества между государствами в уголовных делах.

26. Мы вновь подтверждаем наше решительное и безоговорочное осуждение терроризма во всех его формах и проявлениях, независимо от того, кто, где и с какой целью совершает его, поскольку он является одной из са-

мых серьезных угроз для международного мира и безопасности; мы *вновь подтверждаем*, что все меры, принимаемые для борьбы с терроризмом, должны соответствовать обязательствам государств по международному праву, в том числе по Уставу Организации Объединенных Наций, в частности его целям и принципам, и должны соответствовать конвенциям и протоколам в этой области, включая нормы в области прав человека, беженское право и гуманитарное право.

II

27. Мы признаем позитивный вклад Генеральной Ассамблеи, которая является главным совещательным и представительным органом Организации Объединенных Наций, в обеспечение верховенства права во всех его аспектах в виде политики и установления стандартов, а также благодаря прогрессивному развитию международного права и его кодификации.

28. Мы признаем позитивный вклад Совета Безопасности в обеспечение верховенства права в то время, когда он несет главную ответственность за поддержание международного мира и безопасности.

29. Признавая предусмотренную Уставом роль эффективных коллективных мер в поддержании и восстановлении международного мира и безопасности, мы рекомендуем Совету Безопасности продолжать обеспечивать, чтобы санкции были точно направлены на достижение ясных целей и были хорошо продуманными, с тем чтобы свести к минимуму отрицательные последствия и разработать и продолжать совершенствовать справедливые и ясные процедуры.

30. Мы признаем позитивный вклад Экономического и Социального Совета в укрепление верховенства права, в борьбу с нищетой и содействие решению экономи-

ческих, социальных и экологических проблем, связанных с устойчивым развитием.

31. Мы признаем позитивный вклад Международного Суда, являющегося главным судебным органом Организации Объединенных Наций, в том числе в судебном урегулировании споров между государствами, и большую ценность его работы по содействию верховенству права; мы вновь подтверждаем обязанность всех государств выполнять решения Международного Суда по делам, участниками которых они являются, и мы призываем государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть вопрос о признании юрисдикции Международного Суда в соответствии с его Статутом. Мы также напоминаем о том, что у соответствующих органов Организации Объединенных Наций есть возможность запрашивать консультативные заключения Международного Суда.

32. Мы признаем вклад Международного трибунала по морскому праву, а также других международных судов и трибуналов в содействие верховенству права на международном и национальном уровнях.

33. Мы высоко оцениваем работу Комиссии международного права, направленную на укрепление верховенства права на международном уровне, благодаря прогрессивному развитию международного права и его кодификации.

34. Мы признаем важнейшую роль парламентов в обеспечении верховенства права на национальном уровне и приветствуем взаимодействие между Организацией Объединенных Наций, национальными парламентами и Межпарламентским союзом.

35. Мы убеждены в том, что благое управление на международном уровне имеет огромное значение для укрепления верховенства права, и подчеркиваем важность дальнейших усилий по активизации работы Генеральной

Ассамблеи, по реформированию Совета Безопасности и по укреплению Экономического и Социального Совета согласно соответствующим резолюциям и решениям.

36. Мы принимаем к сведению важные решения о реформе структур управления, квот и прав голосования в бреттон-вудских учреждениях, которые лучше отражают современные реалии и повышают роль и активность участия развивающихся стран, и мы подтверждаем важность реформирования системы управления этими учреждениями, чтобы они были более эффективными, авторитетными, подотчетными и легитимными.

III

37. Мы вновь подтверждаем, что государства должны соблюдать свои обязательства по международному праву, и подчеркиваем необходимость усиления поддержки государств, по их просьбе, в процессе национального осуществления их соответствующих международных обязательств путем увеличения технической помощи и укрепления потенциала.

38. Мы подчеркиваем важность международного сотрудничества и предлагаем донорам, региональным, субрегиональным и другим межправительственным организациям, а также соответствующим действующим лицам, представляющим гражданское общество, включая неправительственные организации, оказывать, по просьбе государств, техническую помощь и содействовать укреплению потенциала, в том числе в области просвещения и подготовки специалистов по вопросам верховенства права, а также проводить обмен накопленным опытом обеспечения верховенства права на международном и национальном уровнях.

39. Мы принимаем к сведению доклад Генерального секретаря, озаглавленный «Отправление правосудия: про-

грамма действий по укреплению верховенства права на национальном и международном уровнях»⁹⁸.

40. Мы просим Генерального секретаря обеспечить более тесную координацию и согласованность деятельности между подразделениями Организации Объединенных Наций, а также с донорами и получателями помощи в целях повышения эффективности работы по укреплению потенциала в области верховенства права.

41. Мы подчеркиваем важность нашего дальнейшего рассмотрения и продвижения верховенства права во всех его аспектах, и с этой целью мы постановляем продолжать нашу работу в Генеральной Ассамблее в целях дальнейшего укрепления связей между верховенством права и тремя основными направлениями деятельности Организации Объединенных Наций: мир и безопасность, права человека и развитие. С этой целью мы просим Генерального секретаря предложить пути и средства дальнейшего укрепления — при широком участии заинтересованных сторон — таких связей и включить свои предложения по этому вопросу в свой доклад Генеральной Ассамблее на ее шестьдесят восьмой сессии.

42. Мы отмечаем усилия по укреплению верховенства права путем взятия на себя добровольных обязательств в рамках данного заседания на высоком уровне и просим государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть вопрос о взятии на себя таких обязательств в индивидуальном или коллективном порядке на основе своих национальных приоритетов, включая обязательства, направленные на обмен знаниями и передовым опытом и на укрепление международного сотрудничества, включая региональное сотрудничество и сотрудничество Юг-Юг.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ
ПРАВОВЫЕ ДОКТРИНЫ:
ПОИСК
ВЗАИМОПОНИМАНИЯ

Сборник статей

Ответственные редакторы:
Е.Г. Тарло, Д.В. Кравченко

Художественное оформление М. Миронова
Корректор И. Кроль
Цветокорректор С. Сухоцкая
Верстка, пре-пресс С. Прока

⁹⁸ A/66/749

Подписано в печать 23.08.2013
Формат 60х90/16
Бумага офсетная 100 г/м²
Печать офсетная. Объем 13 усл. п. л.
Тираж 500 экз.



Издательство ЛУМ/LOOM
109387, Москва, ул. Люблинская, 42

Отпечатано в типографии
"Ярославский печатный двор"
г. Ярославль, Полушкина роща, 9

ISBN 978-5-906072-06-1

