

Номер 5

ISSN 0132-0769

Май 2015



ГОСУДАРСТВО И ПРАВО

Институту государства
и права РАН – 90 лет

<http://www.naukaran.ru>

Концепции “Rule of Law” (“верховенство права”) и “Rechtsstaat” (“правовое государство”): сравнительный анализ • Социология права и догматическая юриспруденция (К истории одной дискуссии в дореволюционной юридической науке) • Принцип транспарентности в публичном праве • Организованная группа в уголовном законе: тенденции развития • Принципы права и правотворчество • Особенности установления и осуществления государствами своей юрисдикции в правоохранительной сфере



“НАУКА”

Российская академия наук
Институт государства и права

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО

№ 5 2015 Май

Основан в феврале 1927 г.
Выходит 12 раз в год
ISSN 0132-0769

*Журнал издается под руководством
Отделения общественных наук РАН*

Главный редактор
А.С. Автономов,
доктор юридических наук, профессор

Редакционный совет:

А.Г. Лисицын-Светланов, акад. РАН (председатель);
М.В. Баглай, чл.-корр. РАН; В.Д. Зорькин, д.ю.н.; А.А. Иванов, к.ю.н.;
И.А. Иконницкая, д.ю.н.; М.И. Клеандров, чл.-корр. РАН; В.А. Колокольцев, д.ю.н.;
В.М. Лебедев, д.ю.н.; Е.А. Лукашева, чл.-корр. РАН; Н.И. Михайлов, д.ю.н.;
Ю.К. Толстой, акад. РАН; Г.А. Тосунян, чл.-корр. РАН; Т.Я. Хабриева, акад. РАН;
Н.Р. ...

Т.Е. Абова, д.
И.Л. Бачило, д.к
Л.В. Головки,
И.С. Зыкин, д.р
Н.В. Кротк
В.В. Лунеев, д.к
А.М. Нечаева,
Г.С. Скачкова, д.

к.ю.н.;
, д.ю.н.;
ю.н.;
д.ю.н.;
.н.;
, д.ю.н.;
к.ю.н.;
в, д.ю.н.;

e-mail: krotkova2012@yandex.ru

Москва
Издательство "Наука"

© Российская академия наук, 2015
© Редакция журнала
"Государство и право" (составитель), 2015

СОДЕРЖАНИЕ

Номер 5, 2015

Merzimdi
KAZGLU basylymdar zalı
UNIVERSITY KİTAPXANA

Концепции "Rule of Law" ("верховенство права") и "Rechtsstaat" ("правовое государство"): сравнительный анализ

С. Ф. Ударцев, Ж. Р. Темирбеков

5

СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА

Социология права и догматическая юриспруденция (К истории одной дискуссии в дореволюционной юридической науке)

В. Н. Жуков

17

Общеправовая теория маргинальности: основные подходы и цели

Р. Ф. Степаненко

30

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

Принцип транспарентности в публичном праве

Э. В. Талатина

40

УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

Организованная группа в уголовном законе: тенденции развития

Ю. Г. Васин

48

БЮДЖЕТ, НАЛОГИ, БАНКИ

Особенности и перспективы правового регулирования бюджетной системы в условиях современного этапа развития экономики Российской Федерации

Е. А. Бочкарева

58

Принципы права и правотворчество

А. М. Экмалян

65

ПРАВО И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Международная деятельность Российской Федерации в формате субъектного состава Российского государства

В. В. Богатырев, Г. А. Манукян

73

Особенности установления и осуществления государствами своей юрисдикции в правоохранительной сфере

Ю. С. Ромашев

82

СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

Российское самодержавие и судебная реформа 1864 г.

М. В. Немытина

92

КОНЦЕПЦИИ “RULE OF LAW” (“ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА”) И “RECHTSSTAAT” (“ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО”): СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

© 2015 г. Сергей Федорович Ударцев¹,
Жалгас Рамазанович Темирбеков²

Аннотация: в статье в историческом и теоретическом плане рассмотрены общие и особенные черты концепций “Rule of Law” (“верховенство права”) и “Rechtsstaat” (“правовое государство”). Прослеживается осмысление юристами разных правовых систем – общего и континентального права особенностей данных доктрин. Отмечается, что в смысловых акцентах указанных доктрин проявляются различия в правовой культуре, правопонимании, правовых институтах, характерные для правовых систем. В то же время в условиях глобализации и взаимовлияния, определенного сближения правовых систем и развития юридической науки происходит более глубокое взаимодействие и определенное сближение их фундаментальных философско-правовых оснований.

Annotation: in the article considered historical and theoretical perspectives of common and special features of the concepts of “Rule of Law” and “Rechtsstaat”. There is evidence of comprehension by lawyers of different law systems – common and continental law peculiarities of these doctrines. It is noted that in the semantic emphasis of these doctrines have some differences typical the law systems: in law culture, understanding of the law and law institutions. At the same time, in the context of globalization and mutual influence, a certain convergence of law systems and the development of law science, occurs a deeper interaction and a certain convergence of their fundamental philosophical and law bases.

Ключевые слова: право, правопонимание, доктрина, правовая система, верховенство права, правовое государство, приоритет права, конституция, законодательство, суд.

Key words: law, understanding of the law, doctrine, law system, rule of law, Rechtsstaat, precedence of law, constitution, legislation, court.

Концепции “Rule of Law” (“верховенство права”) и “Rechtsstaat” (“правовое государство”) – результат длительного исторического развития права и правовой мысли³. Эти теории отразили разные пути правового развития, особенности сложившихся систем права, правового и политического сознания, школ теоретической и практической юриспруденции. В них проявился, в частности, поиск концептуальных основ: 1) объ-

яснения соотношения права и государства, права и политики; 2) обоснования защиты прав и свобод человека; 3) ограничения произвола государства и его органов в разных ситуациях; 4) обеспечения устойчивого развития, стабилизации правового порядка; 5) успешного преодоления чрезвычайных ситуаций, кризисов и выхода из исторических тупиков правонарушающих политических режимов.

Концепции верховенства права и правового государства отразили особенности правопонимания, трактовки источников права, имеющих разное происхождение и различную генетическую связь с государством в системах общего и континентального права. В этих доктринах изначально были представлены в концентрированном виде две разные правовые и политические культуры. Отразились в них, видимо, и сложившиеся политические системы с объективно разным уровнем этатизации сферы права⁴. В условиях мягкого

¹ Директор НИИ правовой политики и конституционного законодательства, главный редактор журнала “Право и государство” (Астана) (<http://km.kazguu.kz/>), профессор кафедры теории и истории государства и права Казахского гуманитарно-юридического университета, доктор юридических наук (E-mail: sudartsev@mail.ru).

² Преподаватель кафедры теории и истории государства и права того же университета, магистр юридических наук (E-mail: zhalgas.mail@gmail.com).

³ Появление внутригосударственного принципа верховенства права отмечают «в Англии и некоторых других государствах в XII–XIII вв. и связывают с идеями светского и управляемого законом (“правового”) государства» (см.: Марочкин С.Ю. Верховенство права на внутригосударственном и международном уровнях: динамика развития и взаимодействия // Гос. и право. 2013. № 10. С. 86).

⁴ Об объективно разных степенях этатизации сферы права в различных странах см.: Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 322.

кризиса⁵ современной государственности и постепенного формирования ее нового уровня⁶ актуализируется интерес к фундаментальным концепциям и идеям о государстве, праве и их соотношении с учетом возникающей новой мировой реальности.

Верховенство права и осмысление особенностей правовых систем

После Второй мировой войны в политической и юридической жизни стран мира наблюдались два различных параллельных процесса. С одной стороны, в рамках ООН и ее учреждений принимались действенные меры по созданию благоприятных условий для изучения и распространения на международном уровне идей, связанных с понятием “Rule of Law”, т.е. начинался активный процесс глобального внедрения идеи верховенства права. С другой стороны, после 1945 г. во многих странах континентальной Европы получили активное применение иноязычные эквиваленты немецкого понятия “Rechtsstaat” (с которым стали связывать образ “результата общеевропейского развития”), эквивалентами которого выступали: “Etat de droit”, “Law State”, “Stato di diritto”, “Estado de derecho”⁷.

В условиях “холодной войны” принципиальным различием между правовыми системами было разделение их на основанные на западных идеях и ценностях и на существовавшие в странах социалистического лагеря. Учитывая данный фактор глобального различия и противостояния, ЮНЕСКО в 1956 г. утвердила план развития интеллектуальных контактов между юристами правовых систем, существовавших по обе стороны

так называемого железного занавеса – в СССР и других странах социалистической системы (Востока) и странах Западной Европы (Запада).

При этом следует отметить, что в советской научной периодике второй половины 50-х годов начинались дискуссии, постепенно расширявшие основу для восприятия идей правового государства и готовившие выход правопонимания за пределы тоталитарных и сугубо этатистских интерпретаций⁸. В то же время зарубежные теории правового государства и верховенства права в идеологизированной советской литературе практически до конца 80-х годов критически рассматривались в основном как варианты маскировки отхода от законности государственных органов в странах Запада. Преимущественно этатистская (легистская) официальная трактовка права в советской литературе значительно препятствовала восприятию антитоталитарного и гуманистического содержания философско-правовых доктрин о правовом государстве и верховенстве права.

В новых условиях идею ЮНЕСКО о проведении дискуссии о принципах и особенностях правовых систем поддержали западные юристы. Несмотря на определенные различия в правовых системах своих стран, они были заинтересованы в выяснении характерных черт своих правовых систем, которые можно было признать главными или основополагающими.

Попытки поиска общей точки зрения западных юристов по основополагающим чертам западных систем права были предприняты на Чикагском коллоквиуме (8–16 сентября 1957 г.). Предметом обсуждения были выбраны правовые системы четырех стран: Великобритании, США (с системой общего права) и Франции, Германии (с системой континентального права). Несмотря на такой выбор, участники коллоквиума не исключали из предмета дискуссии право других западных стран, свидетельством чего стало обсуждение докладов о правовых системах Италии и стран Скандинавии. Обмен же мыслями относительно характеристики правовых систем, существовавших в СССР и в социалистических странах Восточной Европы, планировалось провести в Варшаве в сентябре 1958 г.

Первой сложностью, возникшей перед участниками Чикагского коллоквиума, была лингвистическая проблема перевода на другие европейские языки понятия “Rule of Law”, которое составляло главную характерную черту английской системы

⁵ См.: *Sémilliard F.* Pour une réflexion sur déclin de l’Etat // La revue administrative. Mars-Avril. 2001. № 320. P. 152; *Талатина Э.В.* Реформы государственного управления: сравнительно-правовой анализ // Правоведение. 2008. № 2. С. 238.

⁶ См.: *Ударцев С.Ф.* Государственность в условиях глобализации: кризисные явления, адаптационная трансформация и развитие // Право и государство (Астана). 2013. № 4. С. 18–23. Кстати, международная неправительственная организация World Justice Project определяет рейтинг государств по индексу верховенства закона. Так, за 2014 г. в первую десятку лидеров данного рейтинга вошли государства: Дания, Норвегия, Швеция, Финляндия, Нидерланды, Новая Зеландия, Австрия, Австралия, Германия и Сингапур. Последние места заняли: Зимбабве, Афганистан, Венесуэла (см.: Rule of Law Index 2014 by the World Justice Project // http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf (Дата обращения: 27.04.2014 г.)).

⁷ См.: *Monhaupt Heinz.* L’Etat de droit en Allemagne: histoire, notion, fonction // L’Etat de droit / sous la direction de Michel Troper Caen, France. 1993. P. 75.

⁸ См., например: Межвузовское научное совещание // Правоведение. 1958. № 1. С. 150–155.

права еще с тех времен, когда А. Дайси дал ему определение в конце XIX в.

Французские участники коллоквиума даже между собой не имели общего мнения о том, каким франкоязычным термином можно было бы точнее передать смысл того, что охватывалось англоязычной фразой “Rule of Law”. Из-за достаточного соответствия, по их мнению, французские юристы предлагали такие франкоязычные выражения, как: “le principe de la legalite” (законность), “la suprematie de la regle de droit” (верховенство нормы права), “regne de droit” (власть права), “le regne souverain de la loi” (верховная власть закона). Немецкие авторы почти единодушно считали, что немецкоязычным соответствием фразы “Rule of Law” является термин “Rechtsstaat”. Однако сошлись на том, что предлагаемые иноязычные термины нельзя признавать четко взаимозаменяемыми, что любой из предложенных переводов не был совершенным и каждый из них “касался отдельного аспекта правовой системы”⁹.

Итак, сразу же стало очевидным, что применение чисто технического средства – перевода является непригодным для передачи сущности того значения, которое охватывалось понятием “Rule of Law”. Поэтому решили прежде всего выявить и определить ключевую область отношений, правовой культуры, правового сознания, которую можно было бы считать общей для четырех рассматриваемых стран и их систем права.

Необходимость поиска общего элемента диктовалась не только тем, что речь в данном случае шла об отличных друг от друга правовых системах. Это было связано, по мнению юристов, и с тем, что данным системам была присуща даже полная противоположность в части тех институтов, которые, опять же по оценкам самих юристов, имели фундаментальный характер для каждой из систем. Например, в немецкой системе права понятие “Rechtsstaat” было неразрывно логически связано с наличием таких институтов, как “писаная конституция” и “суд, уполномоченный осуществлять конституционный надзор за законодательными актами”; однако английская и французская системы не признавали необходимости существования именно такого суда, а английская система взаимодействия не знала института “писаной конституции”. Наиболее явные противоречия проявлялись

⁹ Hamson C.J. General Report (Les Colloques de Chicago, 8–16 Septembre 1957) // Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul. 1959. Vol. 9 (12). P. 4.

между английской и немецкой системами права и их доктринами¹⁰.

В связи с этим для выполнения задачи, которая стояла перед коллоквиумом, предлагалось не принимать во внимание любой институт или любую характерную особенность одной системы права, которая не имела своего соответствия в остальных правовых системах. Как один из методов, предлагалось применять “классический метод научной абстракции”, согласно которому “только то, что является общим, считается существенным”. Однако этот метод поддержали не все участники коллоквиума. Одной из причин, не позволивших его применить, было опасение, что это приведет к лишению понятия “Rule of Law” такой важной черты, как господство правового духа”¹¹.

Признавалось, что вследствие этого “Rule of Law” можно свести просто к “нормальному функционированию органов государственной власти”, и тогда это понятие станет настолько неопределенным, что включит и такие режимы, как гитлеровский. Участники коллоквиума уже имели общий взгляд на то, что понятие “Rule of Law” наполнено “необычайно богатым позитивным содержанием” и “составляет ценное социальное достижение высокоразвитого типа общества”¹². Для выяснения в рамках сравнительного анализа сущности того, что охватывалось англоязычной фразой “Rule of Law”, было решено применить другой метод, в основу которого было положено следующее: а) определение целей конкретной системы права и их иерархии, а также поиск и анализ сходного и отличного в этих целях; б) выявление способов, с помощью которых конкретная правовая система стремится достичь своих целей, и особенно статус и деятельность институтов, применение которых позволяет конкретной правовой

¹⁰ Кстати, само понятие “Rule of Law” А. Дайси употреблял не только для описания отличительных черт английской конституции, но и для того, чтобы с его помощью описать различие между английской и французской (а не немецкой) системами права (см.: *Темирбеков Ж.Р.* Альберт Венн Дайси – основоположник концепции “Rule of Law” (верховенство права) // *Вестник Моск. гос. открытого ун-та.* 2012. № 4 (50). С. 54, 55).

¹¹ Дайси так описывал этот феномен: «Мы можем утверждать, что конституция пропитана верховенством права (“the Constitution is pervaded by the Rule of Law”) на том основании, что общие принципы конституции (например, что касается права на личную свободу “the right to personal liberty” или права на публичные собрания “the right to public meeting” у нас являются следствием судебных решений, определяющих права частных лиц, представших перед судом по конкретным делам» (см.: *Dacey A.V.* Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 10th ed., 1959. P. 195).

¹² *Hamson C.J.* Op. cit. P. 5, 6.

системе достичь их; имеются в виду функции конкретных институтов данной правовой системы, позволяющие выявлять аналогию, сходство и различие между институтами, действующими в разных системах; в) выяснение полезности и необходимости определенных институтов, степени их соответствия целям, которым они служат в конкретной системе права.

Такой подход содействовал выявлению высшей ценности, которую мог дать сравнительный юридический анализ для практического уровня. Именно он “лучшим образом давал юристу возможность вносить предложения по совершенствованию его собственной системы права при надлежащем учете своих возможностей в свете информации о ее функционировании, которую юрист получил при изучении других систем”¹³.

Итак, предметом изучения на коллоквиуме были вопросы выбранных для анализа правовых систем в том виде, в котором они в то время существовали. Речь шла не о целях или основной цели конкретной системы права, какими они должны быть, а о целях реальной правовой системы, какими они предстали в ходе анализа, и о том, каким образом эти цели достигаются с помощью институтов, существовавших в рамках конкретной правовой системы. Применение такого подхода позволило участникам коллоквиума обнаружить явление функциональной *равнозначности* различных институтов в разных правовых системах, что, в свою очередь, давало основания говорить о базовых элементах, составляющих понятие “Rule of Law” правовых систем западного типа.

На основе выявленных базовых элементов постепенно формировался обобщенный взгляд на понятие “верховенство права” и соотношение его с любой из фундаментальных национальных доктрин континентально-европейского права – с “Rechtsstaat” в рамках немецкой системы, или с “Etat de droit” во французской системе, или с итальянской доктриной “Stato di diritto”.

“Rule of Law” и доктрины “Rechtsstaat”, “Etat de droit”

Немецкая доктрина “Rechtsstaat” является ключевой для однотипных доктрин, поскольку считается, что именно на ней базируются такие континентальные доктрины, как “правовое государство”, “Құқықтық мемлекет”, “Etat de droit”, “Stato di diritto” и др.

Анализ данных доктрин, присущих правовым системам стран континентальной части Европы, убедительно свидетельствует о том, что между ними и англосаксонской доктриной “Rule of Law” существует тесная взаимосвязь. Однако степень и особенности такой взаимосвязи представители различных школ философии права понимали и поныне понимают неодинаково.

Одни авторы полностью или в основном отождествляют понятие “Rule of Law” и “Rechtsstaat”; причем склонны к этому как представители западных систем права¹⁴, так и ученые из стран Восточной, Центральной Европы¹⁵ и России¹⁶. “Общепризнанный принцип верховенства (господства) права или правового государства, – пишет, например, В.Д. Зорькин, справедливо подчеркивая то главное, что объединяет эти две концепции, – лежит в основе нового миропорядка и конституционного строя современных демократий. Альтернативой ему является бесправие и социальный хаос”¹⁷. В другой работе, рассматривая вопросы о правовом государстве и верховенстве права, В.Д. Зорькин относит верховенство права к сущностным признакам правового государства и отмечает существенное значение для правового государства одновременного обеспечения “власти права и права власти”¹⁸. В то же время он подчеркивает, что соблюдение фундаментальных прав и свобод в значительной степени зависит “от

¹⁴ См., например: *Scheuerman W.E.* Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of law. Cambridge, 1994. См. также: *Bell J.* Le règne du droit et le règne du juge: vers une interprétation substantielle de l'Etat de droit // L'Etat de droit: mélanges en l'honneur de Guy Braibant. Paris, 1996. P. 17–20.

¹⁵ См., например: *Georgiev D.* The Collapse of Totalitarian Regimes in Eastern Europe and the International Rule of law // The Rule of law after Communism: Problems and Prospects in East-Central Europe. Dartmouth, 1999. P. 330.

¹⁶ См.: *Соколов А.Н.* Правовое государство: от идеи до ее материализации. Калининград, 2002. С. 9. При этом следует иметь в виду, что на разных ступенях эволюции данных доктрин отождествление или существенное сближение их основных понятий и смысла могло иметь разные причины и значение: и свидетельствовать об особенностях правоупонимания разных авторов, и быть результатом определенного исторического сближения правовых систем. В частности, юристы-теоретики – представители социологической и естественно-правовой школ из стран континентального права в интерпретации доктрины правового государства гораздо ближе к отождествлению ее с доктриной верховенства права, чем сторонники традиционно более широко распространенного на континенте этатистско-позитивистского подхода.

¹⁷ *Зорькин В.Д.* Россия и конституция в XXI веке. Изд. 2-е, доп. М., 2008. С. 138.

¹⁸ См.: *Зорькин В.Д.* Конституционно-правовое развитие России. М., 2011. С. 51–53 и др., а также параграф “Верховенство права и встреча цивилизаций”. С. 641 и след.

¹³ Ibid. P. 7, 8.

уровня правосознания народа, от укоренившихся традиций, образования и воспитания людей”¹⁹.

Н.М. Добрынин также относит приоритет права к основным признакам Российской Федерации, солидаризируясь с позицией В.Д. Зорькина. При этом, следуя традиции, идущей от Аристотеля, аль-Фараби, Монтескье, он обращает внимание на необходимость сочетать в правовой политике и деятельности государства мысль, волю, активность и умеренность²⁰.

А.В. Корнев концепцию господства права признает разновидностью теории правового государства, отмечает, что немецкий вариант выглядит как “государство законопорядка”, а его англосаксонская версия минимизирует роль государства, “предполагает ограниченное государство и свободное правовое общество”²¹.

Ряд исследователей обращают внимание на определенные различия концепций “Rule of Law” и “Rechtsstaat”, несмотря на близость ряда основных идей. Отмечается, в частности, что концепции делают акценты на разные аспекты проблемы, подчеркивая независимость права от государства (“Rule of Law”) и максимально возможную правовую упорядоченность общественной жизни (“Rechtsstaat”)²².

Еще более контрастную границу между данными концепциями (скорее между определенными их интерпретациями) проводит Г.Г. Арутюнян, подчеркивая, что “ограниченное восприятие основополагающего принципа верховенства права зачастую приводит к путанице, его отождествлению с верховенством закона”, что в таком случае “краеугольный камень становления правового, демократического государства не может быть

заложен правильно и все направленные на это усилия будут напоминать иллюзию построения дворца на песке без устойчивого фундамента”²³.

С.Ю. Марочкин рассматривает проблемы верховенства права на внутригосударственном и международном уровнях, отмечая их взаимосвязь и особенность²⁴. В.Д. Зорькин анализирует верховенство права и императив безопасности в системе глобальных отношений в контексте приближающейся эпохи турбулентности и намечающихся глобальных изменений на планете²⁵.

В работах ряда авторов имеет место попытка давать определения понятий “Rechtsstaat”, “Etat de droit” и им подобных, не отождествляя их, через понятие “Rule of Law” или же через выяснение степени содержания последнего в континентальных концепциях²⁶.

²³ Арутюнян Г.Г. Конституционализм в контексте конституционной культуры нового тысячелетия // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 5 (42). С. 776.

²⁴ См.: Марочкин С.Ю. Верховенство права на внутригосударственном и международном уровнях: динамика развития и взаимодействия. С. 85–94.

²⁵ См.: Зорькин В.Д. Право в условиях глобальных перемен. М., 2013. С. 395–420.

В условиях глобализации право и политика, закон и государство действительно раскрывают новый уровень глубины своей природы, открывающийся и в теории, и на практике. В связи с этим представляет интерес исследование И.А. Исаева, отмечающего, что для современного права нередко “все экзистенциальные, духовные и культурные факторы” остаются за пределами внимания. “Буквальный нормативизм заслоняет от него правовую реальность в ее действительном существовании”. “Все неудачи в деле создания правового государства он относит к издержкам политического действия, не допуская мысли, что причина содержится в самом существе и императивном характере закона и нормы” (см.: Исаев И.А. Нормативность и авторитарность. Пересечения идей. М., 2014. С. 8).

²⁶ См., например: Siedentopf H. The Principle of Rule of Law // The Rule of Law in Public Administration: The German Approach / Heinrich Siedentopf; Karl-Peter Sommerman; Christoph Hauschild. – 2, unveränderte Auflage. – Speyer: Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung, 1993. P. 3. О таком определении понятия “Etat de droit” см., например: Hamon Léo. L'Etat de droit et son essence // Revue française de Droit constitutionnel. 1990. № 1. P. 712.

По мнению М.Н. Марченко, «теория правового государства, предопределяя основные пути и стимулируя развитие государственно-правовой материи в определенном направлении, мало чем отличается от других “судьбоносных” для своего времени государственно-правовых теорий. Для Запада XIX–XX вв. – периода становления и развития капитализма – это, в частности, теория “ночного сторожа”, затем – теория “государства всеобщего благоденствия”, наконец – теория “правового государства”» (см.: Марченко М.Н. Правовое государство // Философия права. Курс лекций / Отв. ред. М.Н. Марченко. В 2-х т. Т. 1. М., 2011. С. 218).

¹⁹ Там же. С. 90, 91.

Кстати, при отождествлении этих двух концепций в зависимости от правопонимания и предпочтений авторов по разным причинам нередко подразумевается разное: 1) преимущественная интерпретация “Rule of Law” в духе “Rechtsstaat” (относительно более легистская трактовка); 2) интерпретация “Rechtsstaat” в духе “Rule of Law” (более широкая социологическая, психологическая и естественноправовая трактовка); 3) промежуточная, смешанная (внешнее формальное или механическое единство) или интегративная, синтетическая интерпретация, синтезирующая разные подходы на общих для них началах (внутреннее, органическое единство).

²⁰ См.: Добрынин Н.М. О сущности конституционализма и правового государства: необходимое и действительное // Гос. и право. 2012. № 7. С. 6–12.

²¹ Корнев А.В. Возникновение и развитие теории правового государства // История государственно-правовых учений. Учеб. / Отв. ред. В.В. Лазарев. М., 2006. С. 380, 381.

²² См.: Козлихин И.Ю. Идея правового государства: история и современность. СПб., 1993.

Постепенно, несмотря на концептуальную и культурно-терминологическую неидентичность теоретических построений, ученые двух систем права – оmano-германской и англосаксонской (общего права) – стали больше обращать внимание на внутренние межконцептуальные связи и близость целей доктрин. Первым (представителям континентального права) казалось вполне естественным представлять обновленное понятие “Rechtsstaat” путем приближения его к понятию “Rule of Law”. Вторым (т.е. представителям общего права) было удобно толковать понятие “Rechtsstaat” (или объяснять правовые системы континентальной Европы) в параметрах наличия или отсутствия “Rule of Law” в понятии “Rechtsstaat”.

На протяжении XX в., особенно второй его половины, можно было наблюдать, что понятие “Rechtsstaat” разные авторы толкуют: а) как эквивалент понятия “конституционное государство”, поскольку в конституциях имело место закрепление формальных гарантий прав и свобод человека; б) как эквивалент “государства, признающего идею и систему административной юстиции”; в) в созданном Г. Кельзеном формалистическом понимании, где понятия “законодательство государства” и “государство как юридическое явление” совпадают с понятием “право” таким образом, что в этом смысле каждое государство является правовым; г) как синоним понятия “Rule of Law”; д) как понятие, которым подводится база под всю деятельность органов государства на основе принципа господства закона²⁷.

Все эти интерпретации понятия “Rechtsstaat” не только различаются между собой, но и порой отчасти противоречат друг другу. Ведь очевидно, что если под понятием “Rechtsstaat” понимать полный синоним понятия “Rule of Law”, то исключаются некоторые из приведенных выше интерпретаций “Rechtsstaat”, поскольку они противоречат “Rule of Law”.

На фоне активного обсуждения и распространения в немецких юридических и политических кругах на протяжении XIX в. доктрины “Rechtsstaat” собственно французская доктрина “Etat de droit” появилась значительно позже. Это понятие вообще пришло во Францию из Германии и явилось переводом термина “Rechtsstaat” на французский язык. Впервые термин “Etat de droit” в 1907 г. ввел в оборот юрист, профессор

университета Бордо Леон Дюги²⁸. Однако, даже применяя термин “Etat de droit”, Дюги часто ссылался на немецкую доктрину “Rechtsstaat”, а чтобы точнее передать содержание концепции, употреблял выражение “principe de légalité”²⁹.

По мнению известного французского классика правового позитивизма К. де Мальберга, “Etat de droit” (так же, как и в Германии – “Rechtsstaat”) во Франции выступает противопоставлением полицейскому государству – “Etat de police”³⁰, в рамках которой государство освобождено от обязанности соблюдать права граждан и “не знает иных, кроме силы, ограничений своей воли или своему действию”³¹. Общую концептуальную основу, заложенную немецкой школой публичного права, можно ощутить и в современном определении “Etat de droit” как государства, в котором “органы государственной власти должны осуществлять свои функции в соответствии с установленным набором правовых норм”³². Тем не менее, исследователи отмечают, что важным моментом французского политического и правового сознания является признание “чрезвычайно большой роли” государства во Франции, начиная с XVIII в. вплоть до XXI в.³³

Наряду с формированием доктрины “Etat de droit” на концептуальной основе немецкой доктрины “Rechtsstaat” французские ученые участвовали в коллективном поиске сущности и значения англоязычного выражения “Rule of Law”. Пытаясь перевести буквально англоязычную фразу “Rule of Law”, французские ученые предлагали применять два возможных значения слова “Rule” с учетом того, что понятиям “власть”, “господство”, “правление” соответствовало французское слово “règne”, а такой юридической категории, как “норма”, или “правило”, соответствовало выражение “la règle”. В итоге предложение французских авторов сводилось к тому, что фразу “Rule

²⁸ См.: *Duguit L.* Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'état – organisation politique. Paris, 1907. P. 238, 662.

²⁹ Ibid. P. 190, 659.

³⁰ См.: *Millard E.* L'Etat de droit, idéologie contemporaine de la démocratie // *Question de démocratie*. Toulouse, 2000. P. 422.

³¹ Конституция Франции в комментариях Ги Каркассонна / Пер. с франц. / Под общ. ред. В.Г. Марача и А.А. Матюхина. Алматы, 2005. С. 277.

³² Université de Sherbrooke // <http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMDictionnaire?iddictionnaire=1493> (Дата обращения: 11.04. 2013 г.).

³³ См., например: *Кола Д.* Политическая семантика “Etat” и “état” во французском языке // *Понятие государства в четырех языках*. Сб. ст. / Под ред. О. Хархордина. СПб. – М., 2002. С. 111.

²⁷ См.: *Gianmaria Ajani.* The Rise and Fall of the Law-Based State in the Experience of Russian Legal Scholarship // *Towards the “Rule of law” in Russia?: Political and legal reform in the transition period (Revised papers from a conference held at Lehigh University in May 30–June 1, 1991)*. 1992. P. 5.

of Law” можно было переводить и как “*règne de droit*” (власть права), и как “*suprématie de la règle de droit*” (главенство нормы права)³⁴. По их мнению, эти оба франкоязычных выражения были достаточно пригодными для передачи значения принципа “Rule of Law”, который можно понимать так, что “в данном политическом обществе отношения между личностью и государством регулируются юридическими нормами, а не силой”³⁵; но при толковании, когда речь идет о “*suprématie de la règle de droit*” (главенство нормы права), это означало, что “в политическом обществе государство и его органы в той же мере, что и лицо, являются подчиненными норме права (*sont soumis à la règle de droit*)”³⁶. По утверждению французских ученых, форма политического общества, гарантирующая “верховенство нормы права”, является противоположностью той его форме, при которой государство “свободно от обязанности соблюдать нормы права”, а граждане “не имеют никакой гарантии от злоупотреблений (государства)”³⁷. Сама же “гарантия личных прав” тесно связывается с “верховенством нормы права”, является “другим аспектом того же принципа”³⁸.

Понимание ограничения государства нормой права имело мало общего с философским содержанием концепции “Rule of Law”. Формулы “власть права” и “главенство нормы права” в этом случае выступали, по сути, синонимами еще одной формулы, которую применяли французские ученые в этой связи, – “*le règne souverain de la loi*” (верховная власть закона), где, собственно, термин “*loi*” означал акт, принятый парламентом как “представителем носителя национального суверенитета”³⁹. “Верховная власть закона” отражала идеи формального равенства (равноправия), воспринятые от Декларации прав человека и гражданина 1789 г.

Закон воспринимался как выражение общей воли, “верховная норма права”, исходящая “от представителей народа” как носителей его суверенитета, и признавался лучшим способом обеспечения прав личности. Таким образом, во Франции закон в формальном смысле был, по сути, “единственным источником законности”, а судья ничем не отличался от исполнителя, подчиненного закону в формальном смысле, и его функция

сводилась к тому, что он должен “обеспечить применение закона” и отчасти – восполнять возможные пробелы в законе⁴⁰.

С конца XX в. во французской литературе наблюдается более активный процесс сближения доктрин “*Etat de droit*” и “Rule of Law”. Это обусловлено, с одной стороны, некоторым концептуальным сходством их идей и целей, с другой – очевидным стремлением французских авторов представить французскую доктрину “*Etat de droit*” полноценным эквивалентом признанной в мире доктрины “Rule of Law”. Подобно попыткам некоторых немецких авторов определять понятие “*Rechtsstaat*” через английское понятие “Rule of Law”, во франкоязычных источниках можно найти примеры того, как понятие “*Etat de droit*” определяется через английское понятие “Rule of Law”. В одном из таких определений, понятие “*Etat de droit*” подается как государство, основанное на Rule of Law⁴¹.

Концептуальное многообразие отчасти связано и со смысловыми, образными особенностями различных языков как средств отражения и познания мира, их словарного, терминологического, понятийного состава, внутренних связей, их исторической эволюции. В частности, терминология романо-германской системы права не имеет удовлетворительного термина, с помощью которого можно было бы передать точное значение англоязычного понятия “Rule of Law”. Как следствие, можно встретить достаточно широкое терминологическое разнообразие в применяемых переводах, когда “Rule of Law” в зависимости от языка страны представляется как “*Rechtsstaat*”, “Правовое государство”, “Құқықтық мемлекет”, “*Etat de droit*”, “*Stato di diritto*”, “Law-Based State” и т.д. Несмотря на такое разнообразие, к которому добавляются еще и отмеченные выше французские выражения, все равно существует убеждение, что английское выражение “Rule of Law” не имеет точного перевода на другие европейские языки.

Все, что предлагается использовать в этих языках как его аналоги, – несовершенные переводы. Каждый из таких переводов тяготеет сделать акцент на связь с различными аспектами конкретной системы права. В англоязычной юриспруденции США, где, между прочим, вообще в этом отношении не существует языковой проблемы, выражение “Rule of Law” в своем употреблении уступает другим англоязычным выражениям, перед кото-

³⁴ См.: *Letourneur M. et Drago R. La Règle de Droit en France // Annales de la faculté de droit d’Istanbul. 1959. Т. 9. № 12. P. 189.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.* P. 190.

⁴⁰ *Ibid.* P. 192.

⁴¹ См.: *Université de Sherbrooke // <http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMDictionnaire?iddictionnaire=1493> (Дата обращения: 11.04. 2013 г.).*

рыми стоит та же цель – передать особенности уже американской системы права⁴².

Если обратить внимание на перевод названных языковых единиц различных систем права на английский язык, то все они, начиная от “Rechtsstaat”, подаются как “Law-Based State” (государство, опирающееся на право), или “state based on the rule of law” (государство, построенное на rule of law), или “legal state” (юридическое государство), “law-governed state” (государство, которым управляет право), “law-ruled state” (государство, находящееся под властью права), “rule-of-law state” (государство верховенства права)⁴³.

Выбор англоязычного аналога континентальных понятий оказался чрезвычайно сложной задачей. Это связано с тем, что английский язык не разграничивает четко таких двух значений термина “law”, которыми выступают, соответственно, jus и lex (в латинском языке), Recht и Gesetz (в немецком), droit и loi (во французском), құқық и заң (в казахском) или право и закон (в русском языке). В связи с этим мы присоединяемся к мнению, что все эти переводы неадекватны в полной мере и нетождественно, фрагментарно передают суть понятия “Rule of Law”.

Предпосылкой идеи “Rule of Law” (или, другими словами, решающим фактором) в этой концепции выступает не государство, а “автономное, внегосударственное” по своей основе и природе право. Поэтому важно осознать, что “Rule of Law” как явление может существовать без государства в обществе, или, если точнее, оно существует там, где государство может и не брать на себя дела создания права.

Прочная связь, которая на протяжении XX в. объединяла и в наше время объединяет понятия “Rule of Law” и “Rechtsstaat” (вместе со всеми его почти идентичными национальными соответствиями в языках стран континентальной системы права других европейских стран), объясняется прежде всего тем обстоятельством, что оба понятия представляют собой отличные друг от друга “технологии” достижения одной и той же цели, а именно: подчинение политической власти требованию соблюдать нормы права, особенно направленные на обеспечение прав и свобод человека.

При этом важно учитывать значительную разницу между этими познавательными технологиями и конструкциями. Следуя “Rule of Law”, политическая власть, управляющая государством, подчинена праву, которое не является прямым продуктом государства. В случае с “Rechtsstaat” государство прежде всего подчиняет себя своему собственному праву⁴⁴, его принципам, нормативно закрепленной иерархии актов и государственных органов, а также естественноправовым и обычно-правовым, религиозно-правовым идеям, принципам и нормам по мере их интеграции государством в позитивное право.

Это означает, что с точки зрения правоведения понятие “Rechtsstaat” и все его континентальные аналоги, несмотря на определенную модификацию на протяжении второй половины XX в., сохраняют в себе некоторое отражение “аналитической позитивистской юриспруденции”, согласно которой право (law, Recht, droit, құқық, право) состоит из совокупности норм или предписаний (rules, Gesetz, lois, заңдар, законов), которые приняло (или санкционировало) государство и которые оно само же и применяет, поддерживая это принуждением.

Одной из своих фундаментальных предпосылок концепции “Rechtsstaat” в ее этатистском позитивистском варианте являлась идея, что само государство – высший, если не единственный, источник закона, с помощью которого оно легитимно функционирует. В таком ключе концепция правового государства, как правило, признает верховенство закона, высшую юридическую силу конституции, строгую иерархию нормативных правовых актов, пропорциональную иерархию государственных органов. В отличие от этой преимущественно вертикальной модели системы права-законодательства, концепция верховенства права предполагает относительно более горизонтальное видение феномена права, включая неписаное, и общее вертикальное отношение права к политическим и государственным институтам.

“Rechtsstaat” скорее трактуется как “власть посредством права” (“Rule by Law”), власть на основе права, а не как “власть (верховенство) самого права” (“Rule of Law”). Эта концепция в ее этатистском варианте не предусматривала того основополагающего права, которое происходит из источника, существующего вне государства, и в отношении которого государство не имеет никаких юридических полномочий, чтобы его отменить или полностью игнорировать.

⁴² См.: Fernandez E. M. L. The Rule of law in the European Constitution. 1999. P. 66.

⁴³ См.: Butler W.E. Perestroika and the Rule of law // Perestroika and the Rule of law: Anglo-American and Soviet perspectives. London (e.a.) Paris, 1991. P. 7.

⁴⁴ См.: Gianmaria A. Op. cit. P. 5.

Согласно доктрине “классического” юридического позитивизма лишь после касания обычая и прецедента волшебной палочкой – законодательством государства, санкционирующим их, они признаются юридически значимыми и фактически в значительной мере отождествляются с самим законодательством. Делает их правом в таком случае то, что их принял или санкционировал легитимный законодательный орган, и они после этого применяются исполнительными органами государства, в том числе принудительными. В этом и состояла характерная черта прочной позитивистско-легистской тенденции в юридической мысли Германии XIX в. Она имела важное технико-юридическое значение, способствовала активному проведению кодификации различных отраслей законодательства.

Однако пределом данного процесса являлось утверждение идеи, что весь правопорядок есть собственное искусственное произведение государства, представленное в специфической форме системы законодательных актов, и что право в широком понимании (*Recht, droit, jus*, құқық, право) отождествляется с правом в узком смысле – с системой законодательства (*Gesetz, loi, lex, заң, закон*), установленного государством. Это сводило “*Rechtsstaat*”, по сути, к “*Gesetzstaat*” – государству, в котором власть осуществлялась с помощью законов. Не случайно даже тоталитарный режим, включая фашистский режим в Германии, при деформированном правопонимании мог легко с помощью не слишком изощренных юридических формулировок объявить себя приверженцем концепции “*Rechtsstaat*”⁴⁵.

В этой связи можно вновь вспомнить А. Дайси, который, объясняя свою концепцию “*Rule of Law*”, отмечал, что “права на личную свободу” в странах континентальной Европы “зависят от конституции”, тогда как в Англии сама конституция является результатом “споров, которые

велись в судах вокруг прав отдельных лиц”⁴⁶. По А. Дайси, “там, где право на личную свободу является следствием, выведенным из принципов конституции”, вполне может случиться так, что “это право может быть остановлено или вообще отнято”⁴⁷.

Выводы о различии концепции “*Rule of Law*”, которую признают опирающейся на основополагающие права, “обнаруженные в процессе исторического развития”, от континентальных доктрин можно встретить в трудах ученых из посткоммунистических стран Европы в конце XX в. Так, польский исследователь Я. Курчевски отмечает различие концепции “*Rule of Law*” и польской версии концепции “*panstwo prawne*”⁴⁸, являющейся аналогом концепции “*Rechtsstaat*” с ее позитивистско-легистской окраской.

Сближение концепций “*Rule of Law*” и “*Rechtsstaat*” в ходе глобальной эволюции права

Итак, параллельное развитие концепций “*Rule of Law*” и “*Rechtsstaat*” отражает общую тенденцию признания приоритета права в контексте различных юридических доктрин и разных систем права, особенностей их эволюции. В то же время концепции о приоритете права могут достаточно активно использоваться и в политических дискуссиях как для легитимации политических изменений, так и для противодействия нежелательным изменениям. Это нередко случалось, например, когда та или иная политическая ситуация выходила из-под контроля и политики “прокламировали угрозу господства права”⁴⁹. Однако объективно, в тенденции обе рассматриваемые концепции имеют и конкретный конструктивный политико-правовой смысл, ориентированный на более устойчивое развитие общества и государства, на утверждение и защиту прав и свобод человека, ограничение произвола власти.

Исторически идея “*Rule of Law*” означала подчинение судей прецедентному праву – системе принципов, выработанных путем поступательно-

⁴⁵ См.: *Berman H. J. The Rule of law and the Law-Based State (Rechtsstaat): with special reference to the Soviet Union // Towards the “Rule of Law” in Russia? Political and legal reform in the transition period. Armonk, NY [e.a.] Sharpe, 1992. P. 47.* Фашистская концепция правового государства, основанная на специфическом правопонимании в этой идеологии, “предполагала включение в концепцию правового государства принципов расового очищения, очищения крови и наследственности, однопартийности, вождизма и т.д. Содержание фашистской концепции правового государства ничего общего не имело с общей тенденцией определения содержания данной доктрины” (см.: *Ударцев С.Ф. Правовое государство: смысловые грани доктрины (Из истории философии права) // Научные труды “Аділет” (Алматы). 2001. № 1. С. 20.*

⁴⁶ *Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. London, Macmillan; New York. 1961. P. 196.*

⁴⁷ *Ibid. P. 201.* См. также: *Темірбеков Ж.Р. «Альберт Вейн Дайси – основоположник концепции “Rule of Law” (“верховенство права”»).* С. 54.

⁴⁸ См.: *Kurczewski J. The Rule of law in Poland // The Rule of law in Central Europe: The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries. Dartmouth, 1999. P. 183.*

⁴⁹ *Егоров С.А. Политическая юриспруденция в США. М., 1989. С. 17.*

го развития правосудия, судебного толкования законов и обычаев, а также независимость судей от любых приказов короля или его представителей. Задача обеспечения законности в правотворчестве и в деятельности администрации рассматривалась не как “достижение государства, подчиненного статутному праву”, а как “заявка на признание Rule of Law”. Поэтому понятие “Rule of Law” не имеет прямого отношения к этатистским (легистским) концепциям государства. Это объясняется и тем, что монархическая власть в Британии имела более мягкие формы и в значительной мере опиралась на обычаи, традиции, признавала силу общественного мнения. Здесь речь шла не столько о том, как поделить власть, которая первоначально была безраздельно сосредоточена в руках абсолютного монарха, а о том, как определить объем полномочий и обязанности различных органов, как легитимно сохранить монархию, ее оправданность и авторитет в изменяющемся мире. Вопрос стоял о создании и функционировании компромиссной системы, которая докажет ненужность новых революционных преобразований, свою жизнеспособность как оптимальный вариант защиты прав и свобод, продемонстрирует высокий потенциал традиционных правовых институтов и их самодостаточность для нормального развития общества.

В противоположность этому в основе понятия “Rechtsstaat” лежит трактовка государства, в котором власть и обязанности должны быть распределены между различными институтами, представляющими разные власти для их самодерживания, в том числе и в правотворчестве. Причинами этого были историческое сосредоточение власти в руках монарха в конце XVIII в. и последующая борьба за то, чтобы подчинить монарха “законам, которые принял парламент”⁵⁰.

Не случайно также американская и британская доктрины в основном исходили из единства створа государственной власти и наличия определенных ее ветвей, тогда как французская и типичная континентально-европейская – из разделения властей, как будто каждая из них – нечто вроде самостоятельного государства. Большая целостность государственной власти в традиционных англо-американских доктринах в “Rule of Law” уравнивается общим подчинением государства праву, содержащему и внесударственный элемент.

Зарубежные авторы отмечают, что решающим различием континентальной и английской теорий

права является то, что английская теория отрицает идею права как “закрытой системы”, “организуемой сверху”, которая представляет “последовательный и логический корпус правил”, т.е. отрицает именно ту идею, которая является сердцевинной континентальной концепции⁵¹.

В Великобритании концепция “логической последовательности права”, преобладающая на континенте, заменена концепцией “исторического преемства”: “право, действующее в стране” (the law of the land), представляет собой “корпус принципов”, который находится в постоянном внутреннем развитии⁵². Английское “Rule of Law” ориентировано на “диалектику судебного процесса”, даже если он имеет место в парламенте.

Для “Rule of Law” историческая преемственность и развитие права являются разными сторонами единого непрерывного процесса, опирающегося на практические судебные дела: право развивается, если имеет место “проявление несправедливости” в конкретном деле. Свобода и право вырастают из конкретных, ситуативных их проявлений и опираются на судебные решения⁵³. Для концепции “Rechtsstaat” идея справедливости является более абстрактной. Здесь свобода и право производны от общих принципов и опираются на законодательство, применяемое судами. К концу XX в. эти две концепции по их смысловому содержанию более сблизилась.

После Второй мировой войны многие европейские страны стали конституционными государствами. В конституционном государстве, как было заложено американской традицией, основным принципом является верховенство конституции по отношению к статутному праву. В условиях глобализации активное развитие получает международное право, прорастающее во

⁵¹ См.: *Fleiner T.* Common Law and Continental Law: Two Legal Systems // The Federalism Institute at Fribourg University (Switzerland). 2005 // <http://www.thomasfleiner.ch/files/categories/IntensivkursII/Legalsystems.pdf> (Дата обращения: 22.01.2013 г.).

⁵² См.: *Ringin S.* “Constitutional authority in British democracy”. Towards a new constitutional settlement // The Smith Institute, 2007. P. 20. См. также: *Tufal Choudhury.* “English law and other legal systems” // http://www.acornlive.com/demos/pdf/C5_BLW_Chapter_1.pdf (Дата обращения: 22.01.2013 г.).

⁵³ Исследователи справедливо отмечают, что англосаксонская концепция верховенства (господства) права ассоциируется прежде всего с особой ролью в системе общего права судов, с верховенством суда. Романо-германская же версия господства права в виде доктрины правового государства как органичной части иной правовой системы связана с верховенством парламента и, соответственно, с верховенством закона (см.: *Марченко М.Н.* Сравнительное правоведение. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 2011. С. 559).

⁵⁰ *Fernandez E. M. L.* Op. cit. P. 89.

все национальные системы и активно влияющее на эволюцию и реформирование национально-го законодательства. Процесс сближения и взаимного проникновения правовых систем также играет свою роль в сближении их фундаментальных концепций.

В процессе глобальной эволюции права и правовой доктрины концепция “Rule of Law” развивается в концепцию верховенства права не только на внутригосударственном, но и на международном уровне права, что находит отражение и в документах ООН. Концепция “Rechtsstaat” имеет тенденцию к распространению идей правовой государственности и на мировую систему государств.

Воздействие концепции “Rule of Law” и американской традиции принесло на континент обновленную концепцию о роли судей и дало новую жизнь общим принципам права, расширило перспективы для суда присяжных и судебного прецедента, для восприятия суда как творца права, для принципов справедливости и разумности в правовом регулировании.

Постепенно происходила и внутренняя эволюция содержания рассматриваемых доктрин: формальная интерпретация “Rechtsstaat” в чистом виде как государства, где “властвуют акты законодательства”, дополнялась трактовками правового государства как обеспечивающего реальную правовую защиту (“Rechtsschutzstaat”) и “государства правосудия” (“Justizstaat”)⁵⁴, государства с правовым законодательством, с “правовой властью”, т.е. ограниченной правом, как государства “разумного”⁵⁵.

Идеи правового государства в философии права и в конституционных доктринах стали дополняться идеями социального, демократического, экологического государства, признанием естественного права как фундаментальных его основ⁵⁶ и т.д.

⁵⁴ См.: *Fernandez E. M. L.* Op. cit. P. 90.

⁵⁵ См.: *Марченко М.Н.* “Умеренный” позитивизм и верховенство права в условиях правового государства // *Гос. и право.* 2012. № 4. С. 5. М.Н. Марченко обращает внимание на то, что в ходе эволюции государства и права, углубления взаимодействия позитивного и естественного права, расширения сферы договорного регулирования общественных отношений и растущего влияния норм и принципов международного права формируется “умеренный” позитивизм, далекий от позитивизма тоталитарного и авторитарного государства (с. 7).

⁵⁶ В.С. Нерсесянц справедливо отмечал антиэгатический смысл определенной “стилизации под естественное право” российской конституционной конструкции о прирожденных и неотчуждаемых правах и свободах человека,

Значительное влияние на эволюцию и сближение правовых систем оказывают новые информационные технологии, переход к электронной форме права, электронным банкам юридической информации, способной обновляться в режиме реального времени и системно обрабатываться в считанные доли секунды. Формирование “электронного правительства”, электронного обслуживания населения, электронного документооборота еще теснее связывает не только правовые и государственные институты, технологии их функционирования в единый узел, но и влияет на осмысление основных правовых и политических доктрин, их соотношение и сближение.

Таким образом, в результате эволюции доктрин и правовых систем, развития исследований юристов, представляющих разные системы права, сформировалось мнение, что, несмотря на различие в происхождении концепций “Rule of Law” и “Rechtsstaat”, в конце концов они обе выражают посредством специфических интерпретаций во многом одно и то же, имеют близкие цели – пытаются найти идеал легитимности государственной власти и поддерживать оптимальный режим прав и свобод субъектов права, необходимый для гармоничного развития общества. Обе концепции, если их применить буквально и непосредственно, означали, что все действия, совершенные органами власти государства, должны основываться на праве и вытекать из него.

Несмотря на трудности перевода “Rule of Law” на языки народов континентальной Европы, во второй половине XX в. все меньше оставалось в юридической среде тех, кто считал его чисто англосаксонским понятием, и все больше становилось тех, кто полагал, что если его применить как стенографическое выражение по отношению к “корпусу принципов и идеалов”, которые являются известными и признанными в рамках различных правовых систем, то вред от этого испытывает разве что “лингвистическая точность”⁵⁷.

Идеи, которые стояли за “Rule of Law” в “классическом” понимании, были связаны, прежде всего, с защитой человека от произвола власти.

направленность ее против ранее господствовавшей теории о дарованности сверху властями прав людей (см.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. М., 1999. С. 333). См. также: *Чиркин В.Е.* Вопросы правовой доктрины. Вызовы времени и конституционные модели // *Вопросы правоведения.* 2010. № 4. С. 8–32.

⁵⁷ См.: *Thompson D.* The Rule of law – Anglo-Saxon or World-Wide? // *Journal of the International Commission of Jurists,* 1964. Vol. 5 (2). P. 303.

Поэтому в рамках каждой из правовых систем уже сложилось согласие относительно того, что полное или даже чрезмерное сосредоточение власти в руках одного человека или одного какого-то органа опасно для общества, и поэтому должно существовать определенное разделение власти (властей); что исполнительная власть должна подчиняться праву, а для этого необходим строгий надзор, который осуществляли бы органы, являющиеся независимыми от исполнительной власти, и т.д. Такое убеждение существовало во многих правовых доктринах и национальных системах права континентальной Европы (а не только в англосаксонской системе), и каждая из них по-своему решала эти вопросы.

В системе общего права одним из факторов исторического доминирования концепции верховенства права является широкое распространение неписаных источников права (обычаев, обычного права) и прецедентного права. Более широкое правопонимание, выходящее далеко за пределы легистского отождествления права и законодательства, в гораздо большей степени связывает его с обществом, а не только с государством. В этом смысле простая привязка права к государству в контексте верховенства права рассматривалась как не вполне адекватная применительно к осмыслению роли и места права в системе регулирования общественных отношений. Концепция верховенства права, оставаясь формально не связанной с государством, тяготеет к связи права с обществом как явления, имеющего социальную природу, с одновременным автоматическим признанием приоритета прав и свобод человека и должного верховенства права в отношении государства, деятельности его органов.

В то же время можно констатировать, что концепция правового государства выделяет главное звено в соотношении права и государства, в системе правового регулирования для обеспечения прав и свобод человека, особенно с учетом воз-

росших масштабов деятельности и роли современного государства⁵⁸.

Одним из важнейших факторов постепенного изменения характеристики выражения “Rule of Law” как чисто англосаксонского явления был, конечно, и факт наличия этого понятия во Всеобщей декларации прав человека ООН 1948 г., в документах Совета Европы – Уставе СЕ (1947) и Европейской конвенции по правам человека (1950). В конечном итоге это привело к тому, что взгляд современных исследователей на “Rule of Law” в странах континентальной Европы все менее отличается от современных представлений авторов системы общего права европейского (Великобритания) и заокеанского (Канада, США, Австралия) образца.

В целом доктрины верховенства права и правового государства – два варианта обозначения приоритета права, развившиеся в разных правовых системах. Доктрина верховенства права является относительно более общим выражением места права в системе общества, а доктрина правового государства – относительно более частной, ориентированной на определение соотношения права и государства, на программирование правомерности и разумного ограничения (в том числе самоограничения) деятельности государства как главного института, обеспечивающего правотворчество и правоприменение.

В то же время эти две доктрины тесно связаны между собой и в условиях встречного движения, сближения правовых систем, их дальнейшей унификации и гармонизации⁵⁹ различия между данными доктринами уменьшаются.

⁵⁸ Как заметил Г.В. Мальцев, “в наше время мало кто себе представляет истинные грандиозные масштабы исторической экспансии государства в правовую сферу, в которой принимали участие, хотя и в меньшей мере, церковь, партии и другие властные организации” (см.: *Мальцев Г.В.* Указ. соч. С. 303).

⁵⁹ См.: *Марченко М.Н.* Сравнительное правоведение. С. 560.