

1908090

ПРАВО

Журнал
высшей
школы
экономики

3/2010

ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

А.А. Иванов
Тенденции развития исключительных прав 3

А.А. Рубанов
Правовые основы космического рынка 8

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Р.Ф. Захарова
Правовые проблемы налогового стимулирования инновационной деятельности 27

И.Г. Шаблинский
Механизм сдержек и противовесов в российской конституционной практике 34

Л.А. Прокудина
Сотношение понятий «деятельность суда» и «отправление правосудия» 43

Н.В. Ростовцева
Защита прав несовершеннолетних при совершении сделок с недвижимым имуществом 60

А.Э. Жалинский, С.А. Бочкарев
О девальвации рубля и уголовного закона 72

В.Н. Монахов
Библиотеки в цифровую эпоху (правовые аспекты) 82

Реформа юридического образования
А.А. Шахмаметьев
Международное налоговое право как актуальное направление научного исследования и учебного процесса 104

И.А. Жукова
Формирование профессиональной компетентности юриста в процессе обучения в вузе 118

Дискуссионный клуб

М.В. Антонов
Об определении понятия «правовое государство» 139

Учредитель

Государственный университет — Высшая школа экономики

Редакционный совет

А.А. Иванов
Г.П. Явлев
Г.А. Гаджиев
Т.Г. Морозова
В.Д. Перевалов
Ю.А. Тихомиров

Редакционная коллегия

А.С. Автономов
Н.А. Богданова
Н.Ю. Боялыева
А.Э. Жалинский
В.Б. Исаков
А.Н. Козырин
М.А. Краснов
Г.И. Муромцев
М.И. Одинцова
О.М. Олейник
Ю.П. Орловский
И.В. Павлова
В.А. Сувильский
О.М. Теплов
В.А. Червернин
Ю.М. Юмашев

Главный редактор

И.Ю. Богдановская

Адрес редакции

119017 Москва, ул. Малая Ордынка, 17, офис 212
Тел.: (885) 220-99-87
http://law-journal.hse.ru
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 117312, Москва, ул. Вавилова, 7, офис 201
Издательский дом ГУ ВШЭ, Почтовый: 101860, Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© ГУ ВШЭ, 2010



Дискуссионный клуб

Об определении
понятия
«правовое
государство»

М.В. Антонов

Преподаватель кафедры
теории и истории
государства и права
юридического факультета
Санкт-Петербургского
государственного
университета,
кандидат юридических наук

В данной статье в ракурсе современной политико-правовой мысли рассматриваются актуальные вопросы, связанные с определением понятия «правовое государство», обозначаются аспекты, в которых данная проблематика оказывает влияние на формирование юридической практики. Автор считает необходимым проведение междисциплинарных исследований, результатом которых может стать формулировка социологических, политологических, экономических, антропологических, культурологических критериев для определения понятия правового государства. Разработка такой междисциплинарной методологии может вестись в рамках социологии права, экономического анализа права и иных направлений современной теоретической юриспруденции.

Ключевые слова: правовое государство; верховенство права; законность; права и свободы человека; социология права

В современной философии права существует ряд критериев для причисления государства к современному типу, противопоставляемому государственным формам традиционных, «нецивилизованных» обществ. К числу таких критериев принадлежат и возможность охарактеризовать государство как «правовое». В юридической науке данное понятие не имеет четко сформулированного содержания и чаще используется как оценочная характеристика, позволяющая относить общество и его государственное устройство к западноевропейскому политико-правовому типу¹. Это заставляет задать вопросом, релевантно ли данное понятие только для западноевропейских обществ (и обществ, следующих им в своем развитии), либо речь идет о научном понятии, которое может применяться для анализа любого государства, безотносительно к его цивилизационному типу. Возможно, существует третья альтернатива — конструировать правовое государство как понятие с содержанием, изменяющимся в зависимости от преобладающих в обществе правовых ценностей, практик, институтов. Данную альтернативу мы и попытаемся исследовать.

Вопрос о точном содержании понятия «правовое государство» особо актуален для современного российского теоретического правоведения, поскольку это по-

нятие закреплено в российском конституционном праве². Обычно содержание данного понятия раскрывается через конструирование основного требования правового государства — подчиненности праву государственной власти и всех ключевых областей общественной жизни³. В зависимости от способа понимания права (нормативизм, юснатурализм) речь идет прежде всего о подчиненности тем или иным правовым ценностям — правам человека, государственному суверенитету, социальной эффективности.

С учетом доминирования этилистского понимания права названное требование в российской правоприменительной практике обычно принимало форму идеи безусловного подчинения закону. По сравнению с теориями «социалистической законности» данный подход делает лишь незначительный прогресс за счет декорирования дефиниции исследуемого понятия упоминаниями об общепринятых правовых ценностях западной цивилизации⁴. По существу, речь идет всего лишь о легальности властной деятельности, ее связанности законом как выражением волевой воли народа (государства)⁵.

При практическом применении этилистское правопонимание неизбежно демонстрирует свою недостаточность — субъекты правоотношений и правоприменители регулярно сталкиваются с ситуациями, когда значительные участки социальной и правовой жизни оказываются непокрытыми правовыми предписаниями государства или урегулированными с помощью несовершенных, противоречивых государственно-правовых норм. В таких ситуациях участники правоотношений зачастую оказываются не в состоянии заполнить правовой вакуум или устранить правовую неопределенность с помощью автономного правотворчества, создания демократического политического режима Северной Кореи).

² Статья 1 Конституции РФ объявляет Россию правовым государством, хотя ни Основной закон, ни другие законодательные акты или акты правоприменительной практики (таких институтов, как Конституционный Суд РФ), не раскрывают содержание этого понятия. Причем в ст. 1 использована декларативно-описательная конструкция — правовое государство не ставится как цель государственно-правового развития, а констатируется как достигнутый факт. Хотя, разумеется, такая конструкция сама по себе не является доказательством правового состояния российского государства (так же как прилагательное «демократическая» в названии КНДР не свидетельствует о демократическом политическом режиме Северной Кореи).

³ Ср.: Правовое государство в России: замысел и реальность. М., 1995. Из наиболее интересных исследований по данной проблематике см.: Гаджиев К.С. Политическая наука. М., 1994; Лукашева Е.А. Права человека и правовое государство // Общая теория прав человека. М., 1996; Манут Д.С. Народ в правовом государстве. М., 1999; Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999.

⁴ В условиях безраздельного господства этилистского позитивизма а la Уэйтлини концепция социалистической законности была призвана заменить западную правовую доктрину правового государства, которая служит не только и не столько инструментальной правовой ценностью, но и более широким философским критерием для оценки эффективности социального устройства и целей его развития (см.: Сулержиц С. Utopia and the Rule of Law // Restating the Rule of Law: The Limits of Legal Order / ed. by D. Duzendhaas. L., 1999). О проблемах связи юридической теории и практики в России см.: Романов Р.А. Теоретико-правовая наука и юридическая практика: проблемы соотношения и взаимодействия. СПб., 2004.

⁵ Данный рационалистический идеал не совместим с современными представлениями о государственной власти как об институционализированном аппарате управления, функционально выделенном из общества (см.: Честное И.Д. Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2002). Как указывал П.И. Новгородцев в начале XX в., теория народного суверенитета в современной практике означает лишь формулу легитимации власти, но никак не научную основу для понимания сущности власти. См.: Новгородцев П.И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. СПб., 2000. С. 56 и далее.

¹ См.: Tamaha B. On the Rule of Law: History, Politics, Theory. Cambridge, 2004.

правил *ad hoc*⁶. Понятие «правового государства» в данном ракурсе оказывается сведенным к традиционной бюрократической добродетели максимально возможного следования букве писаной инструкции (будь такой инструкцией закон либо ведомственное предписание).

В этом плане складывается двусмысленная ситуация, когда Россия формально подпадает под критерии правового государства, поскольку система государственной власти опирается на законы и связана ими, но в содержательном аспекте российский общественная, правовая, государственная системы остаются далекими от мировых стандартов и фактически находятся на уровне развивающихся стран⁷. Это заставляет задуматься над действительным содержанием одного из базовых понятий российской конституционно-правовой доктрины — понятия «правовое государство».

Краткая история понятия «правовое государство»

Понятие правового государства возникло около 200 лет назад. Впервые оно появилось в Германии в 1798 г. в работе малоизвестного немецкого юриста Иоганна Вильгельма Плацидуса «*Litteratur der Staatslehre. Ein Versuch*»⁸. Впоследствии это понятие было введено в широкий научный оборот Робертом фон Молемом. Он определял правовое государство как «организацию общества людей таким образом, что каждый максимально поощряется и поддерживается в свободном и разумном употреблении и использовании своих сил»⁹. Немалую роль в распространении доктрины правового государства сыграл Иммануил Кант, который хоть и не использовал данный термин, но отстаивал близкое по значению понимание государства как множества лиц, объединенных справедливыми законами¹⁰.

⁶ Хотя в российском частном праве существует ряд законоположений (ст. 2 ГК РФ и др.), которые позволяют участникам правового общения решать неурегулированные законом вопросы в рамках договоров, соглашений, односторонних актов, на практике такие возможности ограничены доминирующим в правовой жизни этатистским правосознанием. Часто можно столкнуться с ситуациями, когда провозглашаемые в отдельных частноправовых отраслях принципы (в частности, принцип свободы договора) нивелируются за счет императивного регулирования смежных вопросов в иных отраслях (таможенное, налоговое право, валютный контроль и т.д.). Ср., напр.: *Белое А.П.* Государство и частное предпринимательство // Право и экономика. 1998. № 2.

⁷ По уровню развития правового государства (согласно рейтингу Всемирного банка) Россия находится на уровне африканских государств. См.: *Kaufmann D., Kraay A., Mastruzzi M.* Aggregate and Individual Governance Indicators 1996–2008 // World Bank. Policy Research Working Paper No. 4978. June, 2009. P. 91–94. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424591. Данный уровень рассчитывается по специальным балловым критериям и позволяет установить ту меру, «в которой лица полагаются на социальные правила и подчиняются им, в частности — качество исполнения договоров, работы полиции и судов, равно как и вероятность преступности и насилия» (Ibid.). Хотя данные критерии еще не имеют четко определенных социологических показателей, их использование представляется достаточно важным индикатором правового состояния государства и общества.

⁸ См.: *Кареев Н.И.* Происхождение современного народно-правового государства. Исторический очерк конституционных учреждений и учений до середины XIX века. М., 1908; *Козакин Н.Ю.* Идеал правового государства: История и современность. СПб., 1993; *Вокенфорд Е.-В.* State, Society and Liberty. N.Y., 1991; *Салемелл Р.С.*, *изд.* Legal History: A European Perspective. L., 1991.

⁹ *Mohr R.* Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats. Tübingen, 1844. S. 8.

¹⁰ При этом делая акцент не на процессуальной стороне (наличие общезначимых и общеобязательных законов), а на сущностном аспекте — разумность, справедливость объединяющих людей законов (ср.: *Ийбердина J.И.* Кант о правовом государстве // Правовое государство. 2008. № 1).

В дальнейшем в Германии данное понятие употреблялось преимущественно в узком (если воспользоваться терминологией В.С. Нерсисяна, «легистском») значении как доктрина подчинения власти формальному закону. Такой подход господствовал вплоть до середины XX в.¹¹, когда печальный опыт фашизма привел Г. Рабруха и многих других немецких исследователей к пересечению классических правовых концепций с позицией юстициализма¹², а понятие «правовое государство» нашло закрепление в ст. 28 Основного закона Германии. Во Франции понятие «правовое государство» долго не находило места в конституционно-правовой доктрине¹³. Введенное в оборот еще в начале XX в. Леоном Дюги¹⁴, оно первоначально воспринималось как типично англосаксонский правовой институт. В дальнейшем аналогии между французской правовой доктриной и германским государственным правом, где концепция правового государства получила достаточно сильное влияние, позволили реабилитировать использование данного термина во французском конституционализме¹⁵.

В ракурсе поднимаемой исследуемой проблематики стоит обратить внимание на интересное разграничение, предложенное известным французским мыслителем Раймоном Карре де Мальбергом — разграничение между правовым государством (*Etat de droit*) как идеалом развития, и легальным государством (*Etat legal*) как режимом господства законности в общественной жизни. Задачей первого мыслится правовая охрана индивидуальной свободы против тиранни большинства, задачей второго — обеспечение верховенства права как воплощения легитимно сформулированной воли большинства или общей воли (*volonte generale*)¹⁶. В английской правовой теории классическим считается определение правового государства, данное Альбертом Венн Дэйси в 1885 г.: «Абсолютный авторитет и главенство действующего законодательства, противопоставленные произвольным распоряжениям вла-

¹¹ Характерна в этом отношении критика Ганса Кельзена, который считал понятие «правовое государство» плеоназмом, поскольку любое государство является правовым в силу того, что его деятельность строится и осуществляется именно через правовые нормы. См.: *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. Wien, 1961. S. 314.

¹² Ср.: *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne* / ed. by O. Jouanjan. Strasbourg, 2001. О роли правовой концепции Рабруха в становлении новой немецкой конституционно-правовой доктрины с ее акцентом на содержательной стороне права (безусловная защита естественных прав человека) в ущерб формальным свойствам права (запрета обратной силы закона) см.: *Alexy R.* A Defense of Raabruch's Formula // Reconfiguring the Rule of Law. The Limits of Legal Order / ed. by D. Dyzenhaus. P. 15ff.

¹³ *Pech L.* Rule of Law in France // Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and United States / ed. by R.P. Peerenboom. L., 2004; *Viala A.* La notion d'Etat de droit: L'histoire d'un defi a la science juridique // Revue europeenne de droit public. 2001. No. 13.

¹⁴ *Duguit L.* Manuel de droit constitutionnel. Theorie generale de l'Etat — Organisation politique. Paris, 1907.

¹⁵ См.: *Carre de Malberg R.*, *de.* Contribution a la theorie generale de l'Etat. Paris, 1922.

¹⁶ См.: *Rador M.-J.* De l'Etat legal a l'Etat de droit. L'evolution des conceptions de la doctrine publiciste francaise 1879–1914. Paris, 1922. Противоречие между принципами демократизма и либерализма очень наглядно продемонстрировал известный американский правовед Брайан Таманай, указывая на роль концепции правового государства как средства против демократических реформ, конституционного противоядия господства большинства, ограничения государственного суверенитета в пользу международных институтов (см., напр.: *Tamanaha B.* The Dark Side of the Relationship Between the Rule of Law and Liberalism. URL: <http://ssrn.com/abstract=1087023>).

стей и исключавшие не только произвол со стороны правительства, но и саму возможность действовать в каких-то ситуациях по своему усмотрению»¹⁷.

Схожие определение правому государству дает Фридрих Хайек, находя его там, где «правительственное ограничено в своих действиях заранее установленными гласными правилами, дающими возможность предвидеть с большой точностью, какие меры принуждения будут применять представители власти в той или иной ситуации»¹⁸. Эти правила должны быть выражены в общих нормах, публично, заблаговременно, меняться равно ко всем лицам, быть ясными и стабильными. Такой подход к понятию правового государства (как государства, власть в котором ограничена правом) в течение длительного времени доминировал в англосаксонской правовой доктрине¹⁹.

В современной правовой теории нет единообразного подхода к определению понятия «правовое государство». Можно выделить два основных направления, которые делают акцент либо на материальном, либо на процессуальном (процедурном) аспекте данного понятия. В рамках первого направления базовыми условиями для признания государства правовым называются стабильность, предсказуемость и иные качественные характеристики законов, подчиненность деятельности государственных органов праву²⁰ (следа расхожей метафоре Хайека, «власть законов, а не лиц»²¹).

В рамках широкого (материального) подхода указывается на необходимость использования не только формальных, но и содержательных критериев. Здесь подчеркивается важность тех механизмов, которые обеспечивают справедливость функционирования системы²², соответствие содержания закрепленных в нормах

¹⁷ Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Oxford, 1885. P. 120. Цит. по: Хайек Ф. А. Дорога к рабству. М., 1992. С. 31. Это определение отражает сущностные аспекты, которые стали базовыми для последующего развития концепции Rule of Law в англосаксонской правовой доктрине: 1) наличие обязательных для всех правовых норм; 2) равная ответственность перед судом и законом; 3) наличие правовых гарантий неприкосновенности личности; 4) наличие общих правовых принципов, сдерживающих произвол властей, включая и законодательный произвол.

¹⁸ Хайек Ф. А. Указ. соч. С. 31.

¹⁹ Ср. также: Фуллер Д. Мораль права. М., 2007. Фуллер называет восемь критериев правового государства (Rule of Law): всеобщность, публичность опубликования, запрет обратного действия, ясность, постоянность (непротиворечивость), реальность, состоятельность, соответствие правоприменительной практике (глава 2 «Мораль, делающая возможным право»). Очевидно, что далеко не все эти критерии имеют практическую значимость, поскольку законы нередко оказываются противоречивыми, неясными, непостоянными даже в государствах, обычно приписываемых к правовым. Кроме того, как подчеркнул Хартом и Разом, применительно к этим критериям речь может идти лишь о функциональных свойствах действующего права, но никак не о некоей «внутренней морали права», выражающейся в данных свойствах. Ср.: Hart H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford, 1983. P. 349ff; Raz J. The Authority of Law. N.Y., 1979. P. 225ff. См. развернутую критику названных фуллеровских критериев. Martor A. The Rule of Law and its Limits // The Age of Pluralism. Oxford, 2007.

²⁰ См.: Hayek F.A. The Constitution of Liberty. Chicago, 1960; Лазарев Б.М. Что такое правовое государство. М., 1990.

²¹ На что Дж. Раз вполне обоснованно возражал, что власть в итоге осуществляется не законами, а людьми, которые эти законы применяют. Поэтому данная расхожая формула не имеет конкретного смысла, по сути являясь тавтологией (см.: Raz J. The Authority of Law. P. 212–214). Хотя метафоричность данного выражения вполне сознавал и сам Хайек (см.: Хайек Ф. А. Указ. соч. С. 35 и далее).

²² Показательной в этом отношении является позиция Дж. Финниса, который считает, что термин «правовое государство» обозначает «такое состояние дел, при котором правовая система с латентной точки зрения является хорошо оформленной» (legality in good shape). См.: Finnis J. Natural Law and Natural Rights. Oxford, 1980. P. 272.

правил тому содержанию, которое они получают в реальной правоприменительной практике. В этом аспекте важны не столько формальные свойства права, сколько соответствие права существующим социальной и политической структурам общества. От этого зависит эффективность правового регулирования и в конечном счете роль права в жизни государства и общества²³.

Стоит отметить, что за двухсотлетнюю историю существования данного понятия каждый из двух аспектов получил преимущественное развитие соответственно в континентальной и в англосаксонской правовых традициях²⁴. Таким образом, выделились две основные формы проявления принципа правового государства в юридической жизни. С одной стороны, это система качественных и правильно упорядоченных правовых норм, основанных на определенных базовых ценностях, позволяющая сдерживать произвол исполнительной власти. С другой — это конституционный контроль за правомочностью, справедливостью законов, т.е. опосредованный контроль верховного (конституционного) суда за законодательной деятельностью²⁵. Обычно считается, что наличие двух этих аспектов в системе права государства как раз позволяет характеризовать такое государство как правовое²⁶.

Но в данном ракурсе остается без ответа вопрос о том, почему формальное наличие подобных механизмов в развивающихся странах еще не дает основания называть эти государства правовыми, даже если там функционируют конституционные суды и даже если формально такие государства строят свои системы права по европейскому образцу, заимствуя законы бывших колониальных держав без изменения их содержания (либо меняя лишь незначительно). Очевидно, что формальный анализ существующей правовой системы государства не позволяет ответить на данный вопрос, а двух перечисленных критериев оказывается явно недостаточно. Более того, выполнения важные функции по проверке соответствия законов идеальным сверхзаконодательным критериям (справедливости, разумности), конституционные суды остаются государственными органами, зависимыми (в плане избрания, содержания) от тех государственных лиц, законность предписаний которых проверяют судьи. Одновременно возникает опасность политической ангажированности судей — законодательными нормами решаются, как правило, вопросы высшей социальной важности. Способ решения таких вопросов в значи-

²³ В этом аспекте характерна позиция А. Мармера, который отстаивает видение правового государства именно как состояния правовой уперяченности социальной жизни: Martor A. The Rule of Law and its Limits. P. 9ff.

²⁴ Характерно, что в этих двух системах принцип правового государства звучит по-разному. В странах континентального права речь идет именно о правовом государстве (Rechtsstaat, Etat de droit и т.п.), а в английской правовой доктрине употребляется иной термин — правление или господство права (Rule of Law). На самом деле эти два понятия обозначают две разные грани разобранного понятия: институциональную и процессуальную.

²⁵ Б. Таманая считает эти два аспекта последовательными формами раскрытия понятия «правовое государство» соответственно в «пре-либеральных» (pre-liberal) и либеральных обществах. Ср.: Tamania B. The Rule of Law for Everyone? // Current Legal Problems. 2002. No. 55.

²⁶ Дополнение этой двучленной дефиниции другими формальными признаками (нерушимость прав и свобод человека, верховенство конституции, разделение властей, независимость судей, приоритет норм международного права) только запутывает ситуацию, поскольку приводит к смешению сходных, но не тождественных понятий (правовое государство, демократическое государство, народный суверенитет), и никоим образом не способствует прояснению точного содержания исследуемого понятия.

тельной степени определяется соотношением политических сил и интересов, их компромиссом. Поэтому влечение конституционных судей в подобные вопросы, переосмысления критериев принятия политических решений так или иначе предполагают наличие определенной политической позиции.

В связи с этим некоторые теории отказываются от содержательной дефиниции «правовое государство» и предпочитают определять это понятие от противного, т.е. от понятия «неправовое государство» (*Un-Rule of Law*), которое описывает правовые реалии развивающихся недемократических стран (слабая, политически ангажированная судебная система, высокая коррумпированность и бюрократизация власти). С этой точки зрения, именно отсутствие признаков правового государства дает возможность определить то или иное государство как правовое²⁷.

Все же такой чисто дескриптивный анализ не может быть признан достаточным. Во-первых, он зиждется на оценочных критериях, которые при приложении к эмпирической действительности вызывают споры, неизбежные хотя бы ввиду несопоставления мировоззренческих воззрений исследователей. Во-вторых, ни одно общество не может полностью реализовать ценности, заложенные в идеале «правового» государства, окончательно преодолеть издержки бюрократии, коррупционные связи между экономическими, политическими группами и правотворчеством (правоприменением). Здесь можно говорить лишь о степени, в которой общество приближается к некоему идеалу, а между крайними проявлениями «чистых типов» правового и неправового государств будет лежать широкий диапазон «переходных» государств, которые нельзя однозначно отнести к той или иной категории.

Обозначенные трудности, как представляется, не свидетельствуют о непродуктивности такого подхода — по нашему мнению, они обозначают тот проблемный блок, работа в котором может способствовать прояснению точного содержания исследуемого понятия. Представляется, что здесь, равно как во многих других актуальных проблемах теоретического правоведения, мы сталкиваемся с необходимостью проведения междисциплинарных исследований, результатов которых может стать формулировка социологических, политологических, экономических, антропологических, культурологических критериев для определения понятия правового государства. Разработка необходимой междисциплинарной методологии может вестись в рамках социологии права, экономического анализа права и иных направлений современной теоретической юриспруденции²⁸.

Проблемы классического определения понятия «правовое государство»

Приведенные варианты раскрытия понятия «правовое государство» зиждутся преимущественно на идеологии классического либерализма, который опирается

²⁷ См., напр.: *Martel U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System* // *American Journal of Comparative Law*. 1997. No. 5. P. 30ff.

²⁸ См., напр.: *Честнов И.Л.* Антропологическое измерение прав человека в ситуации постмодерна // *Права человека. Вопросы истории и теории: материалы междунар. -теор. конф.* 24 апреля 2004 г. СПб., 2004; *Должков А.В.* Антрополого-коммуникативное обоснование прав человека // Там же; *Честнов И.Л. и др.* Социальная антропология права современного общества. СПб., 2006. О применении таких подходов к проблемам теоретического правоведения см. также: *Гревцов Ю.А., Колмайн И.Ю.* Энциклопедия права. СПб., 2008; *Честнов И.Л.* Общество и юриспруденция на исходе второго тысячелетия. СПб., 1999.

на рационалистическую идиозию о человеческом существе как автономной, само-достаточной личности, разумно использующей свою свободу для получения выгод и преимуществ. Правовое государство понимается как средство защиты индивидуальной свободы за счет подчинения индивидов единым правовым правилам, что предоставляет индивиду защиту против коллектива²⁹. Утверждается, что субъекты правового общения обладают знанием о праве, способны и должны соотнобразовывать свои действия с юридическими предписаниями. Из этого утверждения вытекает, что правовые предписания должны обладать общезначимостью, стабильностью, предсказуемостью, ясностью. Следовательно, правовое государство возможно только там, где право применяется ко всем лицам равные критерии; там, где правовые предписания известны субъектам правового регулирования заранее; там, где эти предписания издаются правомочными органами³⁰.

Эти попытки дать определение понятию «правовое государство» основываются на унифицированной модели общества и государства, которая не учитывает, что формально одинаковые правовые структуры приводят к различным результатам в разных странах в зависимости от особенностей менталитета, культуры, правовых обычаев того или иного народа. Да и само право в разных правовых семьях понимается по-разному. Традиционное для континентальной правовой семьи понимание права как «писаного разума» (*ratio scripta*), исходящего от государства и воплощающего в закон волю народа, наполняет понятие «правовое государство» иным содержанием, чем англосаксонская правовая доктрина, где акцент делается на свободном нахождении права судьей применительно к конкретным случаям.

Одна из трудностей классического подхода к разбираемому понятию заключается в том, что (если брать в качестве теоретической основы этапистское правописание) государство, государственные чиновники должны подчиняться правовым нормам, которые они сами и создают. Следовательно, основное требование в рамках «узкого» подхода к правовому государству (что государство и его должностные лица в своих действиях обязаны руководствоваться правом) в рамках этапистского позитивизма означает лишь, что государственным чиновникам следует поменять позитивное право перед тем, как предпринять некое действие, выходя-

²⁹ Подобный подход был характерен для таких классиков либерализма, как Дж. Локк, Дж.С. Милль, Ф. Хайек, которые делали акцент на охране частной собственности как базовой задаче правового государства. С этих позиций отвергались любые социальные реформы, которые могли привести к перераспределению социального капитала. Ф. Хайек прямо утверждает, что любая политика, направленная на достижение содержательного идеала распределяющей справедливости, является порочной, поскольку несовместима с принципом свободы выбора человеком своего жизненного пути (см.: *Хайек Ф.А.* Указ. соч. С. 51). Возражая против конструирования Ф. Хайеком правового государства как воплощения ценности индивидуальной свободы, Джозеф Раз предостерегает, что основным принципом, лежащим в основе данного понятия, является минимизация издержек, связанных с правовым регулированием: «Правовое государство является негитивной ценностью, обозначающей такую структуру, которая позволяет избежать зло, связанное с применением права» (см.: *Raz J. The Authority of Law*. P. 224). «Негативность» правового государства выражается в том, что единственное благо правового государства приносит через устранение зла, проистекающего от применения права (Ibid.) — идея, которую вполне можно сопоставить с известным пониманием В.С. Соловьевым права как минимума добра. См. также: *Четвернин В.А.* Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993. С. 42 и далее.

³⁰ См. анализ данных формальных свойств права и их относительной ценности применительно к разным юридическим казусам в работе Фредерика Шауэра: *Schauer F. Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Making in Law and in Life*. Oxford, 1991.

щес за пределы дозволенного по действующему праву³¹. Таким образом, государство оказывается связанным лишь само собой — противоречие, на которое обратил внимание еще Гоббс³². Если в рамках англосаксонской правовой модели, где право не сводится к писаному закону государства, это противоречие не столь заметно, то в континентальных правовых системах оно проступает достаточно отчетливо³³.

Классическая правовая доктрина пыталась найти выход из этого противоречия путем расширения понятия «правовое государство» за счет материальных критериев — обеспечение минимума прав и свобод, соответствие нормам и принципам международного права, иным «объективным» правовым ценностям. Такой подход применим в правовых системах, преимущественно построенных на идеях юснатурализма, где законотворчество предполагается декларированием базовых естественных прав, составляющих внеминуемые ограничения законодательной власти. Но эта позиция утратила свою актуальность вместе с крушением естественно-правовой доктрины под напором позитивизма в конце XIX в. Нужно отметить, что в современном научном дискурсе особое распространение получил постмодернистский тезис о необходимости субъективности любой теории и нормы. В этой перспективе крайне призрачной представляется возможность найти некий объективный критерий для оценки действующего права³⁴.

Очевидно, что система «сдержек и противовесов» может не работать в том государстве, где хоть и существует формальное разделение властей, но фактически осуществление власти замыкается на одной партии или на одном лице³⁵. Нормы международного права, равно как формулировки деклараций основных прав и

³¹ Естественно-правовая доктрина исходит из аналогичного тезиса, дополняя его утверждением, что государственные лица не должны произвольно менять закон из-за наличия незалежных «естественных» границ в виде прав человека и иных правовых ценностей.

³² Как критически отмечает американский исследователь Уордрон, в рамках такого подхода предполагается, что государство может делать все, что угодно, но так, чтобы граждане могли продолжать его действия, и чтобы само государство не отказывалось от следования установленным процедурам изменения правил игры через изменение законодательных норм. См.: *Wardron J. The Consent and the Rule of Law // Georgia Law Review*. 2009. No. 1. P. 6. По мнению самого Уордрона, истинным критерием правового государства является не буквальное и последовательное применение законов, а их применение с «разумной заботой о справедливости».

³³ Интересно отметить, что А. Дэйси — один из основоположников концепции правового государства — утверждал, что правовое государство является институтом, возможным только в английской правовой системе, и что для Франции и других континентальных государств этот институт неприменим. Данный аспект подчеркивали и многие последующие мыслители (*Fletcher G. Basic Concepts of Legal Thought*. Oxford, 1996. P. 11ff.), указывая, на коренное различие в понимании права и его функций в англосаксонской и континентальной правовой традициях. См. также: *Heuschling L. Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris, 2002; *Grote R. Rule of Law, Etat de droit and Rechtsstaat — the Origins of the Different National Traditions and the Prospects for their Convergence in the Light of Recent Constitutional Developments // Constitutionalism, Universalism and Democracy — A Comparative Analysis / ed. by C. Starck*. Baden-Baden, 1999.

³⁴ Что, разумеется, не исключает возможности проведения исследований в данном направлении — например, разработки Рональда Дворкина и его школы.

³⁵ См. критический анализ политических процессов в работах Р. Унгера: *Unger R. M. Knowledge and Politics*. N.Y., 1975. P. 99ff.; *Unger R. M. Law in Modern Society*. N.Y., 1977. Школа критических правовых исследований традиционно подчеркивает ценностную обусловленность, идеологическую связанность и в конце концов внутреннюю противоречивость концепции правового государства, поскольку стремление к формальному равенству неизбежно приводит к еще большему фактическому неравенству.

свобод, также носят слишком общий характер. Для применения таких деклараций требуется толкование, порой существенно различающееся в зависимости от субъектов толкования применительно к конкретным правовым ситуациям и институтам; зачастую также требуется признание (ратификация и т.п.) этих конвенций на законодательном уровне государства. Более того, единственным принудительным механизмом осуществления права остается, по большей части, именно государственный механизм, в рамках которого зачастую субъект толкования и субъект правоприменения совпадают в одном лице (судья, применяющий нормы международного права на основании ст. 15 Конституции РФ). Это приводит к ситуации, когда государственный орган или чиновник решает, в каком смысле толковать ту или иную из общих декларативных норм и, следовательно, в какой степени предоставлять правовую защиту этим нормам в государстве³⁶.

Но вернемся к формальным элементам понятия «правовое государство». В качестве одного из основных его признаков часто указывается на заблаговременное доведение законов до сведения граждан, что дает им возможность строить свое поведение в соответствии с правовыми нормами. Точнее, имеется в виду доступность информации о законах, которая должна быть открытой для всех. В первую очередь здесь возникает общеизвестная проблема правового воспитания и образования: к примеру, какова польза от писаного позитивного права в тех странах, где большая часть населения неграмотна и не имеет достаточных культурных навыков для понимания правовых предписаний? В таких странах право государства существует преимущественно на бумаге, а в жизни действует традиционное или религиозное право. Достаточно ли этого, чтобы отрицать за такими государствами статуса правовых? С другой стороны, как справедливо замечает Дж. Раз, такие формальные требования вовсе не исключают возможности классифицировать как правовое и государство, где законодательство в полном соответствии с указанными требованиями устанавливает расовую сегрегацию³⁷.

Нельзя унукать из виду и вопрос о границах и принципах правового регулирования. Далеко не все аспекты социальной жизни регулируются правом (правового государства), и в любом союзе существует множество норм религиозного, морального, корпоративного порядка. Вторжение норм и принципов права государства в эти порядки далеко не всегда бывает необходимым и эффективным. В те исторические периоды, когда государство было относительно слабо и регулировало только ограниченный (как правило, «силового») блок отношений, семья, брак и многие другие вопросы были отнесены к компетенции канонического права, корпоративных правоприменителей и иных регулятивных общественных механизмов. Современные правоприменители и иных регулятивных общественных механизмов.

³⁶ Наиболее показательный пример — законодательное оформление конституционного принципа свободы собраний (ст. 31 Конституции РФ), которое полностью выхолащивает содержание этого принципа, воля, по сути, разрешительную процедуру.

³⁷ *Raz J. The Authority of Law*. P. 211. См. также: Фуллер Л. Указ. соч. Особенно резко данный вопрос был поставлен в работе немецкого исследователя Михаэля Штоллейса, который указал на наличие многих формальных признаков правового государства при нацистском режиме в Германии: *Stollens M. Recht im Unrecht: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*. Frankfurt, 1994. См. также исследование английского юриста Дэвида Дэйзенхауза о правовых основах южноафриканского апартеида: *Dziedzic D. Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in Perspective of Legal Philosophy*. Oxford, 1991; *Dziedzic D. Judging the Judges. Judging Ourselves*. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order. Oxford, 1998.

менный подход к государству и праву как к «всобеключающим» регуляторам плечет перевод подобных вопросов из сферы канонического и иных нетитулярных правовых порядков в сферу государственно-правового регулирования. В исторической перспективе такое положение дел является скорее исключением, чем правилом. Поэтому конструирование правового государства как строя, где все (жизненно важные) сферы жизнедеятельности регулируются правом, вызывает возражения — далеко не все должно охватываться правом. Кроме того, следует учитывать и различие границ регулирования, которые могут существенно сдвигаться в зависимости от правовой культуры (к примеру, институт семьи, который во многих традиционных обществах все еще подчинен обычаю или религии, а не праву).

Далее, возникает проблема конфликтов между правовыми предписаниями государства и нормами религии, этики, традиции и обычаев, либо практической неразумности и даже невыполнимости некоторых правовых предписаний, что вынужденно ставит большинство граждан в категорию правонарушителей. Особенно актуальной эта проблема оказывается в тех странах, где позитивное право заимствуется из других, более развитых обществ (право также может формулироваться на языке, непонятном для значительной части населения, — к примеру, законодательство франкоязычной Центральной и Западной Африки). Более того, нормы законодательных актов могут утратить свою социальную значимость, в связи с чем буквальное применение таких норм само по себе может быть расценено как противоправное (к примеру, знаменитый спор о правомерности исполнения правовых предписаний, требовавших стрелять в тех, кто пытался перебраться через Берлинскую стену³⁸). Право государства как формальный механизм регулирования социальных отношений с помощью заранее сформулированных и законодательно оформленных предписаний не в состоянии предвидеть все возможные социальные отношения и ситуации, принимать во внимание будущее развитие этих отношений. В этих аспектах требование о безусловном соблюдении законов не может приниматься буквально и толковаться в качестве абсолютного принципа.

Важно проводить границу между разными ролями, которые могут быть преданы значены понятию «правовое государство» — оно может выступать либо как научное понятие, необходимое для анализа отдельных правовых систем и институтов, либо как идеологическое понятие, призванное легитимировать определенный политический строй. Не случайно, развивая свою теорию в этом направлении, Харт считал возможным заменить понятие «правовое государство» понятием «легальность». И только в этом втором аспекте обосновано включение в него таких ценностей, как демократия, рыночная экономика, права человека.

В научном плане нельзя согласиться с позициями тех теоретиков, которые пытаются определить правовой или неправовой характер государства в зависимости от соблюдения прав человека или уровня демократических свобод³⁹. Сами по себе эти ценности, несомненно, являются идеалом для развития обществ западного типа и иущих за ними обществ. Но это не абсолютные ценности, наличие которых могло бы безусловно указывать на правовой характер государства. Существуют

³⁸ См.: Alexy R. Mauerschtzen. Göttingen, 1993.

³⁹ См. попытку обоснования такой позиции в сборнике статей по вопросу связи демократии и правового государства: Democracy and the Rule of Law / ed. by J.M. Maravall. A. Przeworski. Cambridge, 2003.

страны с высокими стандартами жизни, высоким уровнем правовой защищенности граждан, где тем не менее не развиты демократические институты, а права человека не признаются в качестве элемента национальной системы права (к примеру, монархии Персидского залива). Является ли это аргументом в пользу того, чтобы отрицать правовой характер таких монархий? Или стоит предположить, что названные ценности (права человека, демократические свободы) не являются правовыми применительно к данным обществам, и оценивать эти общества следует исходя из иных — местных культурных и социальных предпосылок — и соответствующей формы понимания права⁴⁰.

Схожие проблемы возникают и при попытке внедрить в понятие «правовое государство» термин «общее благо»⁴¹, подразумевая, что правовым является лишь такое государство, которое представляет интересы всего общества и преследует своей целью общественное благосостояние. Дело здесь не только в различии мнений, что есть благо применительно к конкретным ситуациям. Сама идея, что право может реализовывать некое общее благо, неразрывно связана с естественно-правовыми представлениями, которым противостоит классический правовой позитивизм (этикетского, социологического и иных направлений), рассматривающий право как способ нормирования воли суверена, согласования конфликтующих интересов и т.п. Этой идее противостоит и инструментальный подход к праву (правовой реализм, экономический анализ права), который в праве находит лишь способ достижения целей, вне зависимости от фактического содержания целей, определяемых либо консенсусом социальных сил, либо их борьбой, либо ролью отдельных личностей. Если мы последуем за представлениями о праве как о средстве в борьбе за реализацию определенных политических программ или субъективных интересов, орудии социального реформирования (либо наоборот — социального консерватизма), форме урегулирования социальных конфликтов, то попытка основать понятие «правовое государство» на идее общего блага окажется обреченной на провал (если только не вставать на позиции социального дарвинизма и не считать, что общим благом является благо сильнейшего).

Далее, если сущность правового государства в формальном аспекте заключается в наиболее полном и последовательном соблюдении юридических правил, то понимание правового государства в материальном аспекте как инструмента достижения всеобщего благосостояния (или иных идеальных целей) может быть использовано в противоположность как повод для обхода буквальных предписаний правовых норм в связи с несовместимостью этих предписаний с идеалами⁴². Это приводит к

⁴⁰ Ср.: интересный сравнительный анализ понимания свободы в России и в Западной Европе, проделанный Исайей Берлином на примерах отдельных политико-правовых концепций: Берлин И. История свободы. Россия: общественно-политическая литература. М., 2001; Берлин И. Философия свободы. Европа. М., 2001.

⁴¹ К этой идее еще от Дж. Локка теории можно отнести схожую концепцию государства всеобщего благосостояния (*Welfare State*). См.: Tamalana V. Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law. Cambridge, 2006.

⁴² Хотя вполне допустимо оценивать направленность на достижение общего блага как второстепенный критерий для определения правового состояния государства, как это делает, например, Джереми Уордон. В качестве иных критериев он указывает также эффективность судебной системы, властвование через издание правовых норм, уважение достоинства людей, признание за людьми способности на самостоятельную регуляцию своего поведения, публичный контроль за

конфликту двух концепций правового государства: формальной, ориентированной на букву законов и соблюдение соответствующих процессуальных требований, и материальной, стремящейся постичь дух законов, реализовать имплицитно заложенные в праве цели через поощрение правовой аргументации как способа нахождения истины в ущерб предсказуемости и надежности писаного права⁴³.

Таким образом, формальные абстрактные критерии оказываются недостаточными для определения государства (или общества) как правового⁴⁴ — существует множество культурологических, социологических, психологических аспектов, которые необходимо принимать во внимание⁴⁵. В частности, верят ли граждане в справедливость официального права, в его способность эффективно регулировать социальные отношения и защищать субъективные интересы и притязания граждан⁴⁶. Очевидно, что в тех государствах (недостаточно юридически, культурно или социально развитых), где такая вера и такое состояние защищенности отсутствуют, нормальной будет тенденция граждан основывать свои отношения на неправовых (этических, корпоративных) нормах⁴⁷.

Государство, которое добивается соблюдения своих предписаний вопреки отсутствию веры людей в справедливость официального права, скорее может быть классифицировано как тоталитарное (или авторитарное), но не как правовое⁴⁸. Формально, позитивное право в таких государствах может стать опасным оружием для подавления личной и социальной свободы⁴⁹. Нормальной ситуацией здесь

жизненно важными элементами общественной жизни, разумность правовых предписаний. См.: *Wardlaw J.* The Concept and the Rule of Law. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005.

⁴³ О роли аргументации в достижении правового состояния государства см.: *Mascock N.* Rhetoric and the Rule of Law. *A Theory of Legal Reasoning*. Oxford, 2005.

⁴⁴ Главным идеологом формального подхода Ф. Хайек открыто признает, что конструируемый таким образом термин «правовое государство» является всего лишь «метаюридической доктриной или политическим идеалом», но никак не практически действующим правовым институтом (*Hayek F.* *Constitution of Liberty*. P. 206).

⁴⁵ Ср.: интересный опыт поиска фактических критериев для измерения уровня развития правового государства в исследовании С. Фойгта. *Voigt S.* How to Measure the Rule of Law. URL: ssrn.com/abstract=1420287.

⁴⁶ Что достаточно убедительно с позиций правового реализма доказывает в своих работах Брайан Таманья (см., напр.: *Tamanaha B.* *The Rule of Law for Everyone*). Он считает, что единственной опорой правового государства может быть сильная правовая традиция и вера людей, что право действительно обладает значительным регулирующим влиянием в их обществе. С этой точки зрения правовое государство оказывается формой коллективной веры в то, что право может применяться только в интересах всех членов общества и не может служить инструментом злоупотреблений со стороны государственных лиц.

⁴⁷ Интересную попытку развить концепцию правового государства с позиций правового реализма см. в работе американского исследователя Кана: *Kahn P.* *The Reign of Law*. Madison v. Madison and the Constitution of America. New Haven, 1997. Автор в качестве основного критерия использует уровень веры граждан в действенность правовых институтов своего общества. По мнению Кана, «в качестве базового верования правовое государство имеет больше общего с мифом, чем с логикой».

⁴⁸ Эту мысль очень эмоционально выразил Фуллер в своем ответе Харпу: «Для меня нет ничего шокирующего в утверждении о том, что облачающая себя в одежку правовой формы диктатура может столь далеко отойти от морали порядка, от внутренней морали самого права, что она уже более не является правовой системой». *Fuller L.* *Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart*. // *Harvard Law Review*. 1958. No. 630. P. 660.

⁴⁹ Существует немало обществ и государств, где подчинение власти закону хоть и считается добродетельно властвующих, но никогда не толковалось в качестве либеральной ценности (инстру-

представляется именно слабое правовое регулирование, невмешательство в те социальные отношения, которые могут саморегулироваться (либо регламентировать) с иными регулятивными механизмами) и функционировать без государственной поддержки⁵⁰. В этом смысле права не может рассматриваться в качестве критерия для утверждений о неправом характере такого государства. Критерием правового состояния может, скорее, считаться существование независимой, уважаемой населением судебной власти⁵¹, которая способна применять не только законодательные предписания, но и неправовые нормы (договор, обычай, деловая практика), вместе с тем по возможности оставаясь в стороне от политических дебатов и позиций, и не вмешиваясь в отношения, которые в данных обществах регулируются иными механизмами⁵². Интересные примеры прикладных исследований по проблематике правового государства можно найти в работе нидерландского исследователя Марка Гертога⁵³. Он, в частности, предлагает (используя введенную Р. Паундом терминологию) различать «*Rechtsstaat in Books*» («правовое государство в книгах», т.е. официальную формулировку принципов правового государства в юридической доктрине) и «*Rechtsstaat in Action*» («правовое государство в действии», т.е. уровень действительной реализации данных принципов на практике)⁵⁴.

Конституционно закрепленные правовые принципы и ценности любого порядка оказывают существенное влияние на повседневную юридическую практику. На первый взгляд, влияние этих принципов и ценностей еле заметно, но заложены (в какой-то мере случайно) в 1993 г. в российский Конституционный принципы в немалой степени направляют не только законодательную, но и правоприменительную защиту индивидуальной свободы). На примере Китая легко увидеть, что формальное понимание правового государства (как государства, где верховенствует закон) может оказаться вполне совместимым с коммунистическими идеалами и нести угрозу личности. Один из американских исследователей делает интересное замечание, что «правовое государство оказывается лишним в тех контекстах, где действуют и демонстрируют свою эффективность другие функционально эквивалентные социальные механизмы, и где отношения и преобладающие культурные убеждения сами создают безопасность». *Jones C.A.* *Capitalism, Globalization and Rule of Law: An Alternative History of Legal Change in China*. // *Social and Legal Studies*. 1994. No. 3. P. 195.

⁵⁰ Именно в этом смысле, практически совпадая с понятием гражданского общества, Хайек в своих поздних работах понимал правовое государство — как не подчиненный централизованному контролю саморегулирующийся спонтанно формирующийся порядок, который служит благом всех, обеспечивая постоянно обновляющуюся правовую структуру для взаимодействия. *Hayek F.* *Law, Legislation and Liberty*. Chicago, 1973. Ch. 4.

⁵¹ Джозеф Раз вполне обоснованно в данном отношении утверждает, что первичным критерием правового состояния государства является именно правоприменительная деятельность судебных инстанций, а не законодательная деятельность парламента или соответствие принимаемых законов формальным критериям качества. См.: *Rawls J.* *Practical Reason and Politics*. 1990. P. 134ff.

⁵² Уже давно отмечено, что судебное-процессуальные институты по-разному функционируют в разных правовых системах в зависимости от доминирующих приемов и ценностей. Ср.: *Cardozo B.N.* *The Nature of the Judicial Process*. 1921. *Holmes O. W.* *The Path of Law*. // *Harvard Law Review*. 1897. No. 457.

⁵³ *Hertogh M.A.* «European» Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich // *Journal of Law and Society*. 2004. No. 4 (31). См. также: *Hertogh M.* *The Living Rechtsstaat: A Bottom-Up Approach to Legal Ideals and Social Reality*. // *The Importance of Ideals. Debating their Relevance in Law, Morality, and Politics* / ed. by W. Van der Burg, S. Taekama. 2004.

⁵⁴ *Hertogh M.A.* «European» Conception of Legal Consciousness. P. 466ff.

тельную деятельность. Одним из таких принципов является провозглашение России правовым государством. Отечественная юридическая практика, построенная преимущественно на этикетском правопонимании (с отдельными элементами юснатурализма), преимущественно восприняла концепцию правового государства в смысле, очень близком к концепции «социалистической законности», основным требованием которой было максимально возможное подчинение общественной жизни законодательным нормам. В этом отношении данное понятие оказалось обоснованием для формализации, попыток детального законодательного регулирования большинства общественных отношений, что привело к обратному эффекту — еще большему дисбалансу регулятивных российских общества.

Изложенное позволяет усомниться в безусловной ценности всеобъемлющего правового регулирования (даже с помощью качественных законодательных норм)⁵⁵. Представляется целесообразным искать панацею от бюрократизации государственного аппарата в еще большей формализации параметров его функционирования, тем более бесспорно можно искать во «всеобъемлющем» государственно-правовом регулировании гарантию защиты граждан от произвола государственных лиц⁵⁶. Скорее наоборот; за судьями и иными государственными чиновниками, равно как и за обыкновенными гражданами, должна быть закреплена определенная мера свободного усмотрения, позволяющая в необходимых случаях обходить ритуализм и неповоротливость формальных правовых предписаний⁵⁷.

Широкая нелиберальная трактовка (расширяющая исследуемое понятие за счет дополнительной отсылки к ценностям демократии, прав человека, качества законодательной техники) также остается в плену формализма. Разумеется, нет ничего предосудительного в том, чтобы стремиться к реализации данных ценностей в правовой системе отдельного государства. Формально Российское государство по большому счету соответствует данным критериям, но можно ли сказать, что в России создано и функционирует правовое государство? Мы принодили данные исследованиями Всемирного банка, согласно которым по уровню развития правового государства Россия заметно отстает от западноевропейских государств, хотя и Конституция РФ, и национальное законодательство признают и гарантируют права человека, верховенство закона, демократические свободы и иные общепризнанные правовые ценности, тем самым формально реализуют в России режим правового государства.

В качестве критериев Всемирный банк использует уровень доверия граждан к праву, соблюдение договорных обязательств, защищенность от преступности и ряд других критериев. Названные критерии не дают полной картины правовой жизни,

⁵⁵ Многочисленные примеры лагуности попыток детально регулировать общественную жизнь правом и, наоборот, полезности рамочного регулирования с минимальным вторжением публично-властных институтов см. в работе Шауэра: *Schauder F. Op. cit.* P. 188ff.

⁵⁶ Развернутую критику таких попыток см. в работе Хайека «Дорога к рабству». См. также: *Лукская Д.И.* Самоценность свободы // Права человека. Вопросы истории и теории.

⁵⁷ Что зачастую и прояснит в странах с формализованными правовыми системами. Достаточно вспомнить высказывание, что единственный способ следовать законам в России — это знать, как их обойти. Другой пример — римская юриспруденция, которая строилась на изучении нюансов архаических законов (XII Таблиц и др.) и путем расширительного доктринального толкования или введения исключений позволяла привести архаические нормы в соответствие с актуальными общественными отношениями.

но все же именно в данном ракурсе⁵⁸, а не с позиций качественной оценки формальных элементов текущего законодательства следует стремиться дать оценку правового состояния государства и развить научные исследования данной концепции⁵⁹.

⁵⁸ В качестве примеров такого подхода можно привести данное 50 лет назад Международной комиссией юристов определение правового государства как «инструмента достижения социальных, экономических, образовательных и культурных условий, при которых могут быть осуществлены легитимные устремления людей и защищено их достоинство». См.: *The Rule of Law in a Free Society // International Commission of Jurists. Geneva, 1959. P. VII.*

⁵⁹ Конечно, можно попытаться поставить в упрек такому подходу смешение понятий «правовое государство» и «гражданское общество». На этот упрек можно возразить, что само понятие «государство» уже со времен Маклаверли используется для характеристики именно определенного состояния общества (*State, Etat, Staat*) и поэтому в этой плоскости правовое государство будет являться синонимом правового состояния общества. Вопрос сводится к тому, что считать «правовым» состоянием — только ли состояние, соответствующее приказу суверена, вечным идеалам естественного права (либо их современным субститутам — правам человека и демократическим свободам), или состояние эффективной правовой урегулированности тех социальных связей и отношений, которые должны быть урегулированы правом данного конкретного общества в данный период времени.