

## Критика формальных концепций верховенства права

**Р. М. Аллалыев**

старший преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин  
РЭУ им. Г. В. Плеханова.

Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова»,  
117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.  
E-mail: armor5@mail.ru

## Criticism of the Formal Rule of Law Conceptions

**R. M. Allalyev**

Senior Lecturer of the Department of Civil Legal Disciplines of the PRUE.  
Address: Plekhanov Russian University of Economics, 36 Stremyanny Lane,  
Moscow, 117997, Russian Federation.  
E-mail: armor5@mail.ru

### Аннотация

Идея верховенства права является приоритетной в современной западной политико-правовой идеологии. Термин «верховенство права» обнаруживается во множестве действующих национальных конституций. Считается, что впервые идея верховенства права была провозглашена в средние века в Англии и затем приобрела значение безусловного нравственного и политико-правового идеала. В англосаксонской традиции верховенство права отражает общий принцип конституционализма, связанный с процедурной беспристрастностью и справедливым применением правовых норм, с одной стороны, и с идеями защиты человеческого достоинства и уважения прав личности – с другой. В западной юридической литературе принято различать два вида концепций верховенства права: так называемые thin и thick (буквально «тонкие» и «толстые»). Первые из них (формальные) ограничиваются формальными характеристиками законов и правовых институтов. Вторые же (материальные, сущностные) требуют учета существенных элементов идеального общества и государства – демократического, с рыночной экономикой и уважением прав и свобод человека. В статье анализируются критические оценки формальных подходов к верховенству права.

**Ключевые слова:** право, верховенство права, справедливость, принципы права, США, правовые системы, правотворчество, концепции, защита.

### Abstract

In modern Western political and legal ideology, the rule of law idea is proclaimed as priority. The term "rule of law" is found in a variety of existing national constitutions. It is believed that for the first time the rule of law idea was proclaimed in the Middle Ages in England and then acquired the value of an unconditional moral and political-legal ideal. In Anglo-Saxon tradition the rule of law reflects the general principle of constitutionalism associated, on the one hand, with procedural impartiality and the fair application of legal norms and, on the other hand, with the ideas of protecting human dignity and respect for individual rights. In Western legal literature, it is customary to distinguish between "thin" and "thick" concepts of the rule of law. The first of them (formal) are limited by the formal characteristics of the laws and legal institutions that underlie the formation of the rule of law. The second (material, essential) require the inclusion of essential elements of the broader theoretical basis of an ideal society and a democratic state, with a market economy, respect for human rights and freedoms. The author analyzes the criticism of formal approaches to the concept of the rule of law.

**Keywords:** law, rule of law, justice, principles of law, USA, legal systems, lawmaking, concepts, protection.

---

Как известно, современный мир отличается многообразием моделей государственного и правового развития. Одни из них являются общими достижениями человеческой цивилизации, имеют глобальный характер и могут

быть восприняты повсеместно. Другие модели, будучи порождением конкретных факторов (экономических, исторических, географических и т. п.), имеют ограничения во времени и пространстве. Их «трансплантация» на дру-

гие национальные почвы зачастую малопродуктивна [3. – С. 3–4].

Концепции верховенство права неоднократно пытались придать общемировое значение. При этом действительно работающие на Западе правовые институты, имеющие долгую историю, традиции, структуры и практики, преподносятся под видом универсальных, общечеловеческих. В случае когда такие институты не приживаются, становится очевидным, что экспортировалось не само верховенство права, а местнические институты, чуждые населению этих стран.

С целью обеспечения принципа верховенства права Центр по изучению вопросов права и военных операций армии США ежегодно издает соответствующее руководство для военных юристов (*Rule of Law Handbook*). В руководстве дается определение верховенства права, называются его структурные элементы, правовые институты, участвующие в его реализации, анализируется его специфика в международных отношениях и национальных правовых системах. Согласно Инструкции к реформе сектора безопасности (РСБ) 2009 г., изданной Министерством обороны США, Агентством США по международному развитию и Госдепартаментом США, верховенство права представляет собой принцип осуществления власти, при котором все граждане, учреждения и органы, государственные и частные, а также само государство функционируют в соответствии с законами, которые были обнародованы, в равной степени исполняются, независимо реализуются судебными органами и совместимы с международными нормами и стандартами в области прав человека [13]. Это определение, отражающее сущностный подход к пониманию верховенства права, дословно повторяет положение из доклада Генерального секретаря ООН «Верховенство права и правосудие переходного периода в конфликтных и постконфликтных обществах» (2004 г.) [11].

Говоря о научной составляющей данного подхода, можно выделить позицию Рональда Дворкина. Он рассматривал верховенство права как в высшей степени положительный и существенный «идеал правления с помощью точной общественной концепции прав личности» [8. – Р. 12]. Аргументируя свою точку

зрения, он писал: «В США и Великобритании невозможно провести окончательное разграничение между правовыми и моральными стандартами, которого требует позитивизм» [10. – Р. 625–626]. С Р. Дворкиным соглашались его английские коллеги судья Джон Лос и профессор Тревор Аллан [5. – Р. 46]. В известной на Западе серии статей Дж. Лос сформулировал свою позицию о роли судов в защите основных свобод<sup>1</sup>. Из них вытекает, что Дж. Лос защищает неопозитивистский, основанный на правах человека, подход, выделяя особую роль судьи при рассмотрении дел, связанных с фундаментальными правами. Он рассматривает верховенство права как закон высшего порядка, перед которым ответственен избранный парламент, а судьи являются гарантом как основных свобод, так и того, что принято называть конституционными правами<sup>2</sup>. В одной из своих работ Дж. Лос, ссылаясь на И. Канта, говорит о концепции свободной воли человека, которая определяет смысл моральной независимости и автономии личности. Рассматривая содержание отдельных конституционных прав, он разделяет их на позитивные и негативные, отдавая приоритет последним. По его мнению, верховенство права состоит в том, чтобы обеспечивать свободу и справедливость. Иными словами, концепция верховенства права, которую защищает Дж. Лос, относится к числу сущностных.

Ученый-правовед и философ Дж. Финнис считает, что власть должна осуществляться в соответствии с требованиями верховенства права, выраженными в должном уважении к правам человека, воплощающем в себе требования справедливости, а также с целью содействия общему благу [4. – С. 43]. Также следует согласиться с Н. В. Варламовой в том, что концепция верховенства права подразумевает в первую очередь верховенство прав человека [1. – С. 146]. Однако, к примеру, суды США иногда принимают сторону государства или штата, говоря о некоем су-

<sup>1</sup> Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights? // *Law and Democracy*. – 1993. – P. L. 59; *Law and Democracy*. – 1995. – P. L. 72; *The Constitution: Morals and Rights* // *Law and Democracy*. – 1996. – P. L. 622.

<sup>2</sup> *Law and Democracy*, op. cit., n. 2.

ществовании естественных, присущих только им, прав. В 1918 г. сотрудники Палмера схватили 249 человек, родившихся в России, посадили их на пароход и депортировали в Советскую Россию. Конституция не давала конгрессу право выдворять иностранцев, но Верховный суд США еще в 1893 г., подтверждая право конгресса изгнать китайцев, заявил, что в случае когда речь идет о самосохранении государства, такие действия являются «естественным правом независимой нации»<sup>1</sup>.

Проблематика таких подходов состоит в том, что защита основных прав и свобод требует указания на то, каковы эти права, а также сочленения с какой-либо политической теорией. Анализ Дж. Лоса во многом указывает на признаки, которые, по его мнению, относят права к категории фундаментальных. Однако следует отметить, что идеи И. Канта, на которых базируется подход Дж. Лоса к верховенству права, также подвергаются критике<sup>2</sup>.

Т. Аллан дает критическую оценку формальным концепциям верховенства права. Он твердо придерживается того мнения, что именно сущностный подход к верховенству права в рамках исследований в области конституционализма является наиболее оправданным. В защиту своих взглядов он выдвигает следующие аргументы. Во-первых, по его мнению, формальные подходы к пониманию верховенства права уже сами по себе базируются на сущностных основаниях, а именно на идеях «моральной автономии» и уважения к правам личности. В таком случае якобы несправедливо сохранять дихотомию между формой и сущностью и признавать наличие формальных концепций наряду с сущностными. Во-вторых, указывает Т. Аллан, и нормативно-правовые акты, и судебные решения подразумевают применение не только норм, но и принципов. Применение принципов часто требует, чтобы суд руководствовался справедливостью и здравым смыслом, которые выходят за рамки формального подхода. Суды общего права подтверждают это на прак-

тике. В конечном счете Т. Аллан прямо ссылается на работу Р. Дворкина.

В рассуждениях Т. Аллана, несомненно, есть определенная логика. Конечно, формальные подходы действительно основаны на уважении к правам личности и т. д. С этим утверждением согласны и сторонники формальных концепций, один из самых видных из их числа – Дж. Рац. Однако этот факт не оправдывает вывода о том, что не следует проводить различия между формальными и сущностными концепциями верховенства права. Первые могут быть подкреплены определенными «сущностными» ценностями, однако более важным в этом контексте является уровень абстракции. Одно дело утверждать, что формальный подход к верховенству права базируется на общих абстрактных сущностных ценностях, которые относятся к автономии человека. Другое дело – считать, что верховенство права должно быть реализовано в целях достижения конкретных благ, таких как свобода и равенство. Чтобы эти широкие понятия были «введены в действие», необходимо сформулировать конкретные концепции свободы и равенства, которые должны направлять законодателя и правоприменителя. Т. Аллан считает, что верховенство права имеет ценность как конституционная доктрина. В свою очередь Р. Дворкин полагает, что верховенство права во многом является синонимом судебного усмотрения, которого он придерживается. Он делает радикальный вывод, что у верховенства права нет самостоятельной роли как таковой [2; 8. – Р. 12].

Относительно второго аргумента Т. Аллана следует сказать, что он подвергается резкой критике [7. – Р. 467–487]. Выборка решений судов, которую использует Т. Аллан, слишком мала, чтобы сделать из нее какой-либо внушительный вывод. Отмечая этот факт, Дж. Белл указывает, что даже более подробные исследования решения судов не подкрепляют этого вывода [6].

Отметим также, что выводы, которые делает Т. Аллан из рассмотренных им примеров, вряд ли могут быть выражены в нормативных терминах. Судебные дела, которые он приводит в подтверждение, сопряжены с использованием принципов, а подобные реше-

<sup>1</sup> Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698 (1893).

<sup>2</sup> Лорд Ирвин в своем ответе Дж. Лосу обращает внимание на коммунистическую критику либеральной идеи об автономии личности. См.: Lord Irvine Response to Sir John Laws. – 1996. – Р. 636–637.

ния не могут быть понятны с точки зрения сугубо позитивистских подходов. Тот факт, что определенный суд прибегает к нравственным категориям или представлениям о справедливости при принятии решения по делу, сам по себе не говорит о том, рассуждает ли этот суд в согласии с позитивистским или непозитивистским подходами. Позитивисты не отрицают, что суды могут рассуждать таким образом. Например, неопозитивист Дж. Рац считает, что суд должен руководствоваться принципами, когда законодательство пробельно [12. – Р. 49–50]. Дж. Рац проводит различие между судебными делами, решения по которым основываются на нормативно-правовом акте или судебном прецеденте, и делами, основанными на судебском усмотрении. Последние включают в себя ситуации, где имеет место неопределенность языка нормативно-правового акта или противоречие между нормами. Согласно такому взгляду, судьи занимаются правотворчеством наряду с законодателем. Это вполне может повлечь за собой учет нравственных соображений. Тем не менее могут существовать ограничения, которые, в отличие от законодателя, накладываются на суды. Поэтому правоприменение и правотворчество могут присутствовать в одном и том же судебном решении.

Формальные концепции акцентируют внимание на верховенстве законов, содержащих общие, всем известные, ясные и последовательно применяемые нормы, а также на качестве системы сдержек и противовесов между ветвями власти. Сущностные подходы дополняют формальные подходы требованиями защиты фундаментальных прав личности, политических и социальных прав. Формируется своего рода структурно-иерархическая типология, которая наглядно показывает переход от формальных (более «тонких») под-

ходов к сущностным (более «толстым»). Она включает следующие показатели:

- верховенство закона (власть, осуществляемая посредством позитивного права);
- формальная законность (верховенство закона с общими, всем известными, ясными и последовательно применяемыми нормами);
- охраняемое верховенство права (наличие разделения властей и системы сдержек и противовесов);
- либеральное верховенство права (защита естественных прав);
- демократическое верховенство права (защита политических прав);
- социал-демократическое верховенство права (защита социальных прав).

Эта типология позволяет соотносить показатели разных стран с позиции их соответствия требованиям верховенства права, определить, какие из них продвинулись дальше по пути соблюдения верховенства права.

Безусловно, сущностные концепции базируются на естественно-правовой теории и больше направлены на то, каким закон должен быть [9; 14. – Р. 87]. В соответствии с ними законы должны быть основаны на высоких, неизменных и вечных стандартах. Сущностные подходы вкладывают в содержание концепции верховенства права сочетание принципов и ценностей (законность, справедливость, разумность, жизнь, личная свобода, частная собственность и т. д.), провозглашенных в англосаксонских правовых системах. И все же есть общие моменты, характерные для формальных и сущностных подходов. Они базируются на констатации того факта, что государственная власть осуществляется преимущественно через позитивный закон. Вне этого контекста бессмысленно говорить о верховенстве права, сколь минималистским ни был бы подход.

### Список литературы

1. *Варламова Н. В.* Верховенство права: эволюция концепций // Верховенство права и правовое государство: проблемы теории и практики : материалы X Международной научно-практической конференции. – М. : РГУП, 2016. С. 139–143.
2. *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. – М. : РГУП, 2018.

3. *Топорнин Б. Н.* Государственное право Германии : в 2 т. – Т. 1. – М. : Институт государства и права РАН, 1994 г.
4. *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права / пер. с англ. В. П. Гайдамака, А. В. Панихиной. – М. : ИРИСЭН, Мысль, 2012.
5. *Allan T. R.* S. Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism. – USA : Oxford University Press, 1993.
6. *Bell J.* Policy Arguments in Judicial Decisions. – USA : Oxford University Press, 1983.
7. *Craig P.* Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework // *Public Law*. – 1997. – Vol. 21. – P. 467-487.
8. *Dworkin R.* Law's Empire. – Harvard University Press, 1986.
9. *Hayek F. A.* The Constitution of Liberty. – Chicago University Press, 1960.
10. *Himma K. E.* Bringing Hart and Raz to the Table: Coleman's Compatibility Thesis // *Oxford Journal of Legal Studies*. – 2001. – Vol. 21. – N 4. – P. 625–626.
11. Official Documents System of the United Nation. – URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/31/pdf/N0439531.pdf?OpenElement> (дата обращения: 25.05.2017).
12. *Raz J.* The Authority of Law, Essays on Law and Morality. – Oxford University Press on Demand, 1979.
13. U.S. Agency for International Development, U.S. Dept. of State, U.S. Dept. of Defense, Security Sector Reform 4 (Feb. 2009).
14. *Zimmermann A.* Western Legal Theory: History, Concepts, and Perspectives. – LexisNexis Butterworths, 2013.