

# В ПРЕДДВЕРИИ 20-ЛЕТИЯ КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В.И. Лафитский

## ПРАВО КАК ВЫСШАЯ КОНСТИТУЦИОННАЯ ЦЕННОСТЬ (ОЧЕРК ИСТОРИЧЕСКОГО И СРАВНИТЕЛЬНО- ПРАВОВОГО ИССЛЕДОВАНИЯ)

*Аннотация.* В статье исследуется генезис формирования и конституционного закрепления идеи права как высшей конституционной ценности в основных законах государств общего права, континентальной и религиозных традиций права. Анализируются общие и особенные черты, а также перспективы развития основных форм ее нормативно-правового закрепления.

*Ключевые слова:* верховенство права, правовое государство, главенство и высшая сила религиозного права, общее право, континентальное право, религиозные традиции права, конституции, конституционные ценности, конституционное толкование, принципы конституции, сравнительное правоведение.

В последние три десятилетия одним из самых заметных правовых явлений стало признание права как высшей конституционной ценности. Оно охватывает все большее число государств, воплощаясь в трех разных формах, рожденных в недрах общего права, континентальной и религиозных традиций права.

Конституции стран общего права выдвигают доктрину верховенства права, которая сложилась в результате многовекового развития судебной практики.

В основных законах континентальной традиции права<sup>1</sup> воспринята кантианская идея правового государства.

Конституции государств религиозных (прежде всего исламской) традиций права высшей ценностью провозглашают священные писания.

Долгое время эти модели противопоставлялись друг другу. И лишь к исходу XX в. они начинают постепенно сближаться друг с другом.

Не ясно, каким будет исход такого сближения. Ясно только одно: мирным оно не будет, о чем свидетельствует судьба когда-то мощной конституционной модели «социалистической законности»<sup>2</sup>. Поэтому так важно понять истоки, особенности современного развития и, по возможности, исследовать потенциал противоборствующих правовых стихий.

<sup>1</sup> Континентальное сообщество права охватывает правовые системы государств Европы трех основных семей: романо-германского, славянского и скандинавского права.

<sup>2</sup> Модель «социалистической законности» сохранена в очень небольшом числе конституций современного мира – во Вьетнаме, Северной Корее, Кубе и некоторых других.

### I. Доктрины правления права (rule of law) в конституционном развитии государств общего права

#### 1. Генезис конституционной модели правления права

В первых конституциях, а это были конституции американских штатов, освободившихся от колониальной зависимости, британская концепция правления права не признавалась.

Объяснялось это рядом причин, прежде всего, тем, что конституции были актами революционного времени, уничтожившими действовавший в них колониальный правопорядок.

В противовес доктрине верховенства права конституции революционного времени выдвинули идею «естественных и неотчуждаемых» прав человека и привилегий народа, как источника всей государственной власти. Развивая этот принцип, ст. 1 Декларации прав Конституции Северной Каролины 1776 г. указывала, что «вся политическая власть принадлежит народу и исходит только от него»<sup>3</sup>.

Аналогичные формулы были закреплены практически во всех конституциях. В соответствии с доктриной народного суверенитета практически вся полнота власти передавалась законодательным органам (законо-

<sup>3</sup> The Federal and State Constitutions: Colonial Charters and Other Organic Laws of the States, Territories and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America / Compiled and ed. by F.N. Thorpe. Washington, 1909. Vol. 7 (далее – The Federal and State Constitutions). Vol. 3. P. 1686.

дательным собраниям) штатов. Но такая модель политической организации оказалась нежизнеспособной. И вскоре на смену ей пришла доктрина разделения властей.

Первой конституцией, отразившей новую тенденцию, стала Конституция Нью-Йорка 1777 г. Она не только расширила полномочия губернатора по руководству исполнительной властью, но и предоставила ему право вето, которым он мог воспользоваться совместно с канцлером (верховным судьей по праву справедливости) и судьями Верховного суда, образовавшими совет по ревизии. Согласно Конституции совет мог наложить вето на те законы, которые были приняты «поспешно и необдуманно» либо «противоречили духу Конституции или общественному благу»<sup>4</sup>.

Эти идеи три года спустя были развиты в Конституции Массачусетса 1780 г. Так, закрепляя принципы политической организации, ее преамбула утверждала:

«Политическая организация утверждается, как свободное объединение граждан; это — общественный договор, по которому весь народ штата несет ответственность перед каждым гражданином и каждый гражданин перед всем народом за то, чтобы над всеми господствовали законы во имя общего блага...»<sup>5</sup>.

Раскрывая эту общую формулу, Конституция устанавливала право каждого «использовать в соответствии с законами существующие меры защиты нарушенного права на личную неприкосновенность, собственность и добрую репутацию» и возможность свободно восстанавливать на основе законов «нарушенное право и справедливость, не прибегая к подкупу, в полной мере, не встречая отказа, быстро и без отсрочек» (ст. 12).

Конституция Массачусетса впоследствии послужила образцом для конституционного развития не только других штатов, но и федерации.

Многие ее правовые решения нашли отражение в Конституции США 1787 г. Вместе с тем, Конституция США существенно развила их, закрепив не только широкие полномочия федеральных судов, а также право каждого на надлежащую правовую процедуру, но и принцип верховенства федерального права:

«Конституция и законы Соединенных Штатов, принимаемые во исполнение ее, и все договоры, которые заключены или будут заключены властью Соединенных Штатов, становятся верховным правом страны; и судьи в каждом из штатов обязаны следовать этому праву, какими бы ни были положения Конституции или законов любого из штатов» (ст. VI).

<sup>4</sup> The Federal and State Constitutions. Vol. 5. P. 2628.

<sup>5</sup> Цит. по: США: Конституция и законодательные акты / сост. В.И. Лафитский. М., 1993. С. 50.

Краеугольным камнем формируемой концепции верховенства права стал институт конституционного надзора, который осуществлялся судами. К началу 20-х гг. XIX столетия на основе соответствующих прецедентов верховных судов он был признан во всех штатах, кроме Род-Айленда. Так, утверждая это право в решении по делу «Виттингтон против Полка» (1802 г.), Верховный суд Мэриленда утверждал: «Право в последней инстанции определять законность актов legislatur не может принадлежать им самим, поскольку это право сведет на нет и превратит в недействующие все те запреты и ограничения, которые установлены Биллем о правах и Формой правления». Отказ же в признании конституционного надзора со стороны судов вел, как полагал Верховный суд, к «установлению деспотизма» и «извращению великого принципа разделения властей»<sup>6</sup>.

Год спустя такую же позицию займет Верховный суд США, установивший право Суда признавать неконституционность актов Конгресса (решение по делу «Мэрбери против Мэдисона»).

По мере укрепления конституционного строя постепенно возрождалось и общее право. Во многом это стало возможным благодаря силе традиции, а также страху перед коренным сломом достаточно прочного механизма правовой защиты частной собственности. Не малое значение имело и то обстоятельство, что первые конституции и законы развивались в основном в рамках юридической техники общего права, унаследованной от колониальных времен.

Вместе с общим правом в конституционную систему США входили и доктрины верховенства права, формулировавшиеся английскими судами общего права еще с XIII в.

Так, Г. Брактон во время правления Генриха II утверждал, что король «должен подчиняться Богу и праву, потому что Право создает короля»<sup>7</sup>. Провозглашенная примерно в 1260 г., эта идея впоследствии была развита не только в доктринальных работах, но и во многих решениях английских судов общего права.

Так, в решении по делу Бонхама (1610 г.) судья Э. Коук утверждал, что акты британского парламента могут быть признаны судами недействующими, если они противоречат общим правам и здравому смыслу либо являются отвратительными и неисполнимыми<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Haines C.G. The American Doctrine of Judicial Supremacy. Berkeley, 1932. Vol. 1. P. 150-165.

<sup>7</sup> Подробнее см.: Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010. С. 340-342.

<sup>8</sup> См. Berger R. Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory? // University of Pennsylvania Law Review, 1969. № 117.

Наиболее полно британская доктрина верховенства права была сформулирована профессором А. Дайси в его классическом труде «Основы государственного права Англии»:

«Никто не может быть наказан и поплатиться лично или своим состоянием иначе, как за определенное нарушение закона, доказанное обычным законным способом перед обыкновенными судами страны...

Жители... ограждены от произвола власти... (и) подчиняются законам, а не капризам...

У нас нет никого, кто был бы выше закона... всякий человек, каково бы ни было его звание или положение, подчиняется обыкновенным законам государства и подлежит юрисдикции обыкновенных судов...

Конституция основана на верховенстве права, потому что общие принципы конституции... являются у нас результатом судебных решений, определяющих права частных лиц в отдельных случаях, представляемых на решение судов...

В английской конституции существует неразрывная связь между средствами заставить признать какое-либо право и самим этим правом...

Тот факт, что английская исполнительная власть может пользоваться самым крайним произволом только в силу парламентского акта, ставит правительство под контроль судов, даже когда оно вооружено самыми широкими полномочиями. Самые чрезвычайные полномочия, которые даются или санкционируются статутами, не могут быть действительно неограниченны, так как они зависят от выражений самого акта, и главное — от того толкования, какое дадут статуту суды...»<sup>9</sup>.

Доктрины английского общего права вплетались в ткань конституционной материи США через правоприменительную практику. Дело в том, что судебным решениям, вынесенным на основе конституционных и законодательных норм, придается та же прецедентная форма, что и нормам общего права, сформулированным судами. Их нормативная сила выражена в принципе *stare decisis*, требующем следовать ранее вынесенным решениям при разрешении сходных судебных дел.

Гармонизации текста Конституции США и общего права способствовало «конструктивное» толкование, в котором «буква» конституции служила лишь отправной точкой дальнейших логических построений. В возможности такого широкого толкования Конституции в начале XIX в. убеждал председатель Верховного суда США Дж. Маршалл: «Конституция призвана жить в

веках, и в силу этого она должна приспосабливаться к различным проблемам общества»<sup>10</sup>.

Говоря об особенностях «конструктивного» толкования Конституции США, американский исследователь Д. Броуди отметил: «Идея о том, что даже Конституция и Верховный суд не могут оправдать нарушения «высшего права», проходит через всю американскую историю»<sup>11</sup>. В этом замечании заретуширована суть «высшего права», скрыты его истинные черты.

Но в анализе крупнейшего правоведа середины XX в. Роско Паунда оно предстает в обнаженном виде: «Статуты отступают перед устоявшимися навыками правового мышления, которое мы называем общим правом. Судьи и юристы, не колеблясь, утверждают, что существуют надконституционные ограничения законодательной власти, которые ставят догмы общего права за пределы досягаемости статутов»<sup>12</sup>.

Конечно, речь, не идет о каком-то окаменевшем высшем праве. Как писал судья Верховного суда США Оливер Вендел Холмс, «положения Конституции — это не математические формулы, которые обретают свою суть через присущую им форму». Вопросы Конституции должны рассматриваться «в свете нашего опыта, а не только в контексте того, что было сказано сто лет назад»<sup>13</sup>.

Идеи О.В. Холмса, выраженные в формуле: «жизнью права является не логика, а опыт»<sup>14</sup>, оказали большое влияние на конституционное развитие в XX столетии и, несомненно, сохраняют определяющие влияние на судебную практику США.

При этом суды стремятся обеспечить баланс различных интересов и целей. Так, обращаясь к этой теме, судья Верховного суда США Р. Джексон писал: «В обществе, в котором быстрые изменения тяготят к разрушению равновесия, Суд, не превышая своих ограниченных прав, должен стремиться к поддержке той великой системы балансов интересов, которые лежат в основе нашей свободной формы правления... К числу основных можно отнести балансы интересов, во-первых, между исполнительной властью и Конгрессом; во-вторых, между центральным правительством и штатами; в-третьих, между отдельными штатами; в-четвертых, между властью, как федеральной, так и отдельных штатов, и свободой граждан либо

<sup>9</sup> С небольшой редакторской правкой цит. по: Дайси А. Основы государственного права Англии. М., 1905. С. 209-210, 212, 216 223, 400. В более узкой трактовке обоснование основных элементов верховенства правка см. на стр. 227 указанного издания книги А. Дайси.

<sup>10</sup> McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).

<sup>11</sup> Brody D.E. The American Legal System: Concepts and Principles. Lexington, 1978. P. 6.

<sup>12</sup> Цит. по: Carr R.R. The Supreme Court and Judicial Review. N.Y., 1940. P. 17.

<sup>13</sup> Gompers v. U.S., 233 U.S. 604, 610 (1913).

<sup>14</sup> Holmes O.V., Jr. The Common Law. Cambridge, 1963. P. 5.

между правлением большинства и правами каждой личности»<sup>15</sup>.

В этой оценке обращает внимание сама постановка вопроса об обеспечении баланса интересов, который не может быть решен при догматическом восприятии текста Конституции либо абсолютизации велений некоего «высшего права». Средством достижения разумного и сбалансированного сочетания различных интересов служит такое толкование конституционных положений, такое применение законодательных норм и норм общего права, которое обеспечивает их эластичность и гибкость.

Такой подход позволяет устранять либо смягчать противоречия и конфликты, угрожающие существованию государства и общества. А в этом, собственно, и заключено высшее предназначение права, как такового.

### **2. Современные конституционные трактовки правления права**

В странах общего права конституции, как правило, не раскрывают понятия правления права, ограничиваясь в редких случаях общей констатацией его существования. Например, Конституционный акт Канады 1982 и конституции Гренады 1973 г., Доминики 1978 г., Гайаны 1980 г. провозглашают принцип правления права в своих преамбулах.

Вместе с тем, все конституции стран общего права самым тщательным образом регламентируют его ключевые элементы: независимость судебной власти, процедурные правила судопроизводства, гарантии прав и свобод, конституционный надзор, разветвленную систему судебных приказов и актов.

Нередко конституции подчеркивают, что основные гарантии прав и свобод обеспечиваются механизмами общего права. Так, ст. 7 Канадской хартии прав и свобод указывает, что каждый имеет право на жизнь, свободу и безопасность своей личности и что «этих прав нельзя лишить иначе как в соответствии с принципами отправления правосудия».

Канадская хартия прав и свобод закрепляет широкие возможности обращения в суд за защитой прав и свобод: «Любое лицо, чьи гарантированные настоящей Хартией права и свободы нарушены или эти права или свободы нарушаются, может обратиться в компетентный суд за получением средств защиты, которые суд устанавливает в надлежащей и справедливой мере в соответствии с обстоятельствами»<sup>16</sup>.

Речь идет об очень разветвленной системе судебных приказов (*writs*), которые суды могут использовать, обязывая органы управления, граждан, корпорации совершить определенные действия либо воздерживаться от их совершения.

Перечень судебных приказов, используемых судами общего права достаточно обширен, поэтому ограничимся лишь краткой их характеристикой, обратившись к судебной практике США, связанной с оспариванием решений, действий или бездействия административных и иных, в том числе нижестоящих судебных, органов.

В числе судебных приказов особое место принадлежит приказам сертиорари (*certiorari*) и мандамус (*mandamus*).

Суть приказа сертиорари состоит в требовании о передаче дела в суд из органов исполнительной власти для его рассмотрения в судебном порядке. Обычно эта форма применяется для истребования дел, рассматриваемых в квазисудебном порядке административными агентствами. Но не исключается использование приказа сертиорари в иных случаях, не связанных с разрешением споров. Так толкует его предназначение судебная практика, например, в штатах Нью-Джерси и Айова. В основном данный приказ используется, при всех его вариациях, для надзора за соблюдением процедуры делопроизводства, которое ведется в письменной форме.

Следующая основная форма судебных приказов — приказ мандамус, обязывающий должностное лицо выполнить то или иное действие. В сферу действия этого приказа, в частности, попадает отказ органов исполнительной власти провести слушания и вынести решение по делу, выдать лицензию, принять на работу или восстановить в должности, издать иные необходимые распоряжения. В отличие от сертиорари рассмотрение дела, истребованного по приказу мандамус, не основывается на тех протоколах, которые поступают в суд из органов исполнительной власти. Суд вправе провести собственное расследование и принять к производству иные свидетельские показания и документы. Предметом рассмотрения в этом случае становится правомерность отказа от выполнения обязанностей, установленных конституцией или законом.

В арсенале судов имеются также иные виды судебных приказов, которые мы рассмотрим более кратко ввиду их меньшего значения.

Запретительный приказ (*writ of prohibition*) обязывает административные агентства, осуществляющие квазисудебные функции, прекратить дальнейшее рассмотрение того или иного дела. Как правило, основанием к его изданию является отсутствие правомочия органа управления решать тот или иной вопрос.

<sup>15</sup> Jackson R. The Supreme Court in the American System of Government. Cambridge, 1955. P. 31.

<sup>16</sup> Современные конституции государств Америки цит. по: Конституции государств Америки: в 3 т. М., 2006.

Приказ кво варранто (*quo warranto*) используется для надзора за правомочностью занятия должности в органах исполнительной власти.

Приказ хабеас корпус (*habeas corpus*) применяется для освобождения из-под стражи лиц, задержанных или арестованных в нарушение требований закона. Этот приказ используется и в ряде иных случаев, в частности для надзора за депортацией иностранцев либо недопущением их въезда на территорию Соединенных Штатов, за принудительным лечением лиц с отклонением психики либо за соблюдением порядка условно-досрочного освобождения лиц, приговоренных к лишению свободы.

Приказ инджанкшн (*injunction*) издается судами, если отсутствуют иные средства для предотвращения угрозы причинения неустранимого ущерба правам и интересам истца.

Приказ проседенто (*procedent*) обязывает административные агентства или нижестоящие суды безотлагательно разобрать дело, которое находится на их рассмотрении.

И наконец, деклараторные приказы (*declaratory*), которые в отличие от вышеперечисленных не были заимствованы из общего права Англии, а стали продуктом законодательных новелл Соединенных Штатов и ряда других государств, развивающихся в традициях общего права. В форме деклараторных приказов признается правовой статус лица, отвергаемый органами исполнительной власти.

В США указанные выше средства общего права в той или иной мере применяются судами и федерации, и штатов. Например, в федеральных судах в основном используются приказы сертиорари, хабеас корпус, инджанкшн и мандамус<sup>17</sup>.

Завершая описание механизма надзора за деятельностью исполнительных органов власти, следует заметить, что он не ограничивается только исправлением той несправедливости, которая допущена в отношении законных прав и интересов того или иного лица. Помимо вопросов факта, суды сверяют и вопросы права, отказывая в применении тем ведомственным нормативным актам, которые противоречат конституционным и законодательным нормам. Так судебный надзор охватывает различные стороны деятельности исполнительных органов, обеспечивая большую эффективность всего механизма правовой защиты.

В отличие от многих конституций американских штатов, конституции государств общего права, как правило, не регламентируют порядок применения судебных приказов, что объясняется одним: эти правовые

<sup>17</sup> В настоящее время сфера применения судебных приказов сертиорари ограничена.

средства стали продуктом судебной практики, а не законодательства.

Следует заметить, что правовые механизмы обеспечения верховенства права были заимствованы многими странами, развивающимися вне рамок традиций общего права.

Так, Конституция Гватемалы 1985 г. не только провозглашает общий принцип верховенства права (ст. 152), но и подчеркивает, что он распространяется на всех лиц, находящихся на территории Республики.

Верховенство права «в качестве системы власти» провозглашает преамбула Конституции Македонии 1991 г.<sup>18</sup> Это общее положение развивается в ряде других норм Конституции, в том числе в ст. 8, в которой указано, что верховенство права является одной из основополагающих ценностей конституционного устройства Республики.

Верховенство права, как принцип государственной политики, закреплен в Конституции Бутана 2008 г. (ч. 3 ст. 9). К его соблюдению призывает Конституция Непала 2007 г. (п. «с» ст. 33). Индонезия провозглашает себя, как государство, основанное на верховенстве права (ч. 3 ст. 1 Конституции 1945 г.<sup>19</sup>

Принцип верховенство права можно обнаружить в основных законах Африки — конституциях Намибии 1990 г. (ст. 1), Анголы 1992 г. (ст. 2), Южной Африки 1996 г. (ст. 1), Бурунди 2005 г. (ст. 18), Зимбабве 2013 г. (ст. 2), других государств континента.

В целом, влияние доктрины верховенства права усиливается, привлекая все большее число государств, в том числе континентальной традиции права — второго источника идеи права как высшей ценности конституционного развития.

## II. Доктрины правового государства (*rechtsstaat*) в конституционном развитии государств континентальной традиции права

### 1. Генезис конституционных моделей правового государства

Конституционное оформление идей правового государства складывалось на протяжении более полутора столетий.

Первые их проблески отражены в Декларации прав человека и гражданина 1789 г. и в первой Конституции Франции 1791 г.

В Декларации прав человека и гражданина они отражены в следующих ключевых формулах права:

<sup>18</sup> Современные конституции государств Европы цит. по: Конституции государств Европы: в 4 т. М., 2001.

<sup>19</sup> Современные конституции государств Азии цит. по: Конституции государств Азии: в 3 т. М., 2010.

«Цель любого политического союза заключается в сохранении естественных и неотъемлемых прав человека. Это права на свободу, собственность, безопасность и сопротивление угнетению...

Ни одно учреждение, ни одно лицо не могут осуществлять власть, на которую они в ясно выраженной форме не уполномочены...

Свобода состоит в возможности делать то, что не причиняет вреда другому. И естественное осуществление прав каждого человека должно быть ограничено лишь теми пределами, которые гарантируют другим членам общества пользование теми же правами. Указанные пределы не могут устанавливаться иначе, как законом...

Закон не может запрещать действия, которые не причиняют вреда обществу. Все, что не запрещено законом, то дозволено, и никто не может быть принужден делать то, что не предписано законом...

Закон есть выражение общей воли; все граждане имеют право участвовать непосредственно либо через своих представителей в его создании. Он должен быть единым для всех, как в тех случаях, когда он охраняет, так и в тех случаях, когда он карает. Все граждане, поскольку они равны перед законом, имеют равные основания быть допущенными к любым общественным постам, должностям и профессиям...

Закон должен устанавливать наказания лишь строго и бесспорно необходимые...

Свободное выражение мыслей и мнений есть одно из драгоценнейших прав человек; каждый гражданин может свободно высказываться, писать, печатать, отвечая только за злоупотребления этой свободой в случаях, предусмотренных законом...

Права человека и гражданина гарантируются при необходимости самой государственной властью; она создается в интересах всех, а не для личной пользы тех, кому она вверена...

Общество имеет право требовать от любого должностного лица отчета о его управлении...

Общество, где не гарантируются права и нет разделения властей, не имеет Конституции...»<sup>20</sup>.

Правовые принципы Декларации прав человека и гражданина в той или иной мере нашли отражение во всех 16 конституциях Франции, начиная с ее первого конституционного акта 1791 г. Приверженность этим принципам признает и ныне действующая Конституция Франции 1958 г., подчеркивая это в своей преамбуле.

Но само понятие правового государства ни в одной из них сформулировано не было. И лишь в Декларации прав и обязанностей человека и гражданина Конституции Франции 1795 г. появляется его первый эскиз:

<sup>20</sup> Цит. по: Лафитский В.И. Поэзия права: страницы творчества от древности до наших дней. М., 2003. С. 285-288

«Обязанности каждого по отношению к обществу состоят... в подчинении законам, в уважении тех, кто является орудием закона»<sup>21</sup>.

Аналогичная формулировка была отражена и в Конституции Испании 1812 г.: «Каждый испанец должен быть предан Конституции, он должен соблюдать законы и уважать установленные власти» (ст. 142)<sup>22</sup>.

Попытки закрепить понятие правового государства предпринимались и впоследствии.

Очень яркие образы грядущего правового государства создавала Конституция Боливии 1826 г. Она требовала от каждого жителя новой Республики: «Жить в соответствии с Конституцией и законами... Уважать установленные власти и подчиняться им... Вносить свой вклад на общие расходы государства... Стоять на страже гражданских свобод» (ст. XII)<sup>23</sup>.

Менее эмоционально, но настойчиво к соблюдению тех же ценностей призывала и Конституция Саксонии 1831 г.: «Пребывание в пределах государства обязывает к исполнению его законов и обеспечивает взамен законную защиту» (параграф 24)<sup>24</sup>.

В это же время кристаллизуется и такое качество правового государства, как строгая иерархичность источников права, которую были призваны обеспечивать суды. Эти идеи в Конституции Бельгии 1831 отражены в следующей норме:

«Суды и трибуналы применяют постановления, национальные, провинциальные и местные лишь в той мере, в какой они соответствуют законам» (ст. 107).

Вклад в развитие конституционной модели правового государства внесло и российское законодательство. Еще в первой редакции Свода законов Российской Империи появилась отдельная глава, посвященная законам. Впоследствии ее нормы были инкорпорированы в Тырновскую Конституцию Болгарии 1879 г. и в Основные государственные законы Российской Империи 1906 г. Последние, в частности, устанавливали следующие положения:

«Империя Российская управляется на твердых основаниях законов, изданных в установленном порядке... Сила законов равно обязательна для всех без изъятия... Закон не может быть отменен иначе, как только силою закона...»<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Цит. по: Конституция и законодательные акты буржуазных государств. XVII-XIX вв. / под ред. П.Н. Галанзы. Сост. Н.Н. Блохин. М., 1957. С. 382.

<sup>22</sup> Constitutions That Made History. Ed. by A.P. Blaustein and A.P. Sigler. N.Y., 1988. P. 118.

<sup>23</sup> Constitutions That Made History. Op. cit. P. 162.

<sup>24</sup> Цит. по: Конституция и законодательные акты буржуазных государств. XVII-XIX вв. Указ. соч. С. 500.

<sup>25</sup> Анализ этих норм см. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010.

Новый шаг в формировании конституционной модели правового государства был сделан Веймарской Конституцией Германии 1919 г. Провозгласив единство правового пространства государства (ст. 14), она включила в «имперское» (общее) право Германии общепризнанные положения международного права, как его «обязательных составных частей» (ст. 4)<sup>26</sup>.

Были определены также новые цели и границы правового регулирования. Веймарская Конституция утверждала, что строй хозяйственной жизни должен соответствовать справедливости и цели обеспечения для всех достойного человека существования, что законное принуждение допустимо только для осуществления прав, которым грозит опасность, или ради высших требований общего блага (ст. 151), что сделки, противоречащие добрым нравам, не действительны (ст. 152), что собственность «обязывает» и что пользование ею должно быть в то же время служением общему благу (ст. 153)<sup>27</sup>.

В Португалии в начале 1930-х годов была предпринята попытка построения модели правового корпоративного государства, равно отдаленного от демократических, фашистских и диктаторских режимов того времени. Конституцией Португалии 1933 г. были установлены, в частности, следующие нормы:

«Португальская нация составляет независимое государство, суверенитет которого не знает внутри иных пределов, кроме морали и права, а в международном порядке, кроме тех, которые проистекают из свободно заключенных соглашений и договоров или свободно принятого обычного права...

Государство обязано содействовать моральному единству нации и устанавливать национальный правопорядок, определяя и заставляя соблюдать права и гарантии, вытекающие из естественного права или закона... согласовывать, поощрять и направлять все виды социальной деятельности, устанавливая определенную гармонию интересов в законном подчинении частных интересов общим интересам...» (ст. 4, 6)<sup>28</sup>.

Реализация этих принципов обеспечивалась многими нормами, не имевшими аналогов в истории конституционного развития. Конституция Португалии 1933 г. и сейчас вызывает множество споров. Но в ее пользу, по крайней мере, свидетельствует одно: Португалия была едва ли не единственной страной того жестокого времени, где смертная казнь не применялась.

В кристаллизации идеи правового государства заметное место принадлежит Конституции Польши 1935 г. Провозгласив Польшу «общим достоянием» ее граждан,

Конституция детальным образом регламентировала механизмы укрепления ее правовых начал. Ключевое значение придавалось судам. На них была возложена миссия осуществлять при отправлении правосудия задачи охраны правового порядка и воспитания правового сознания общества» (ч. 2 ст. 64)<sup>29</sup>. Вместе с тем, Конституция Польши отвергала возможность судебного контроля за конституционностью законодательных актов, отдавая приоритет законодательной власти (ч. 5 ст. 64).

## **2. Правовое государство в современном конституционном развитии Западной Европы**

В середине XX в. наиболее близко к оформлению идеи правового государства подошел Основной закон Германии 1949 г., который закрепил ставшую классической формулу: «Законодательство связано конституционным строем, исполнительная власть и правосудие — законом и правом» (ч. 3 ст. 20).

Но непосредственно само понятие правового государства в нем не было отражено. Оно появилось позже, в 1992, когда в Основной закон были внесены поправки, определившие обязанности соблюдения принципов правового государства (ст. 23).

А впервые на конституционном уровне понятие правового государства было сформулировано в Конституции Португалии 1976 г. Провозгласив в преамбуле «верховенство демократического правового государства», Конституция закрепила достаточно подробную регламентацию его основ:

«Португальская Республика — демократическое правовое государство, основывающееся на народном суверенитете, на многообразии демократических мнений и демократическом политическом плюрализме, на уважении и гарантиях осуществления основных прав и свобод, на разделении власти и взаимозависимости ветвей власти и имеющее целью претворение демократических принципов в экономической, социальной и культурной жизни и углубления демократии участия... Государство подчиняется конституции и опирается на демократическую законность» (ст. 2 и 3).

В целях его построения Конституция включила в число основных задач гарантии основных прав и свобод и уважение принципа демократического правового государства (ст. 9).

Идея правового государства два года спустя была подхвачена Конституцией Испании 1978 г., в преамбуле которой была поставлена цель: «установить правовое государство, обеспечивающее верховенство закона, как выражение воли народа». Эта общая формула нашла выражение во многих конституционных положениях.

<sup>26</sup> Конституции буржуазных стран. Т. 1. М., 1935. С. 83, 85.

<sup>27</sup> Там же. С. 110-111.

<sup>28</sup> Конституции буржуазных стран. Т. 2. М., 1935. С. 385.

<sup>29</sup> Конституции буржуазных стран. Т. 1. Указ. соч. С. 238.

Так, ч. 1 ст. 1 закрепляет, что «Испания конституируется как правовое демократическое социальное государство, которое провозглашает высшими ценностями своего правового порядка справедливость, равенство и политический плюрализм».

Развивая эти ценности и в точном соответствии с традициями континентального права, Конституция Испании подчеркивает, что она «гарантирует принцип законности, иерархию нормативных актов, их обязательное опубликование, отсутствие обратной силы норм, предусматривающих наказание граждан или ограничение их индивидуальных прав, право на юридическую защиту, судебную ответственность за произвол органов и представителей власти» (раздел 3 ст. 9).

Доктрина правового государства нашла отражение и в Конституции Швейцарии 1999 г. установившей четыре принципа действия правового государства:

«1. Основой и пределом государственных действий является право.

1. Государственные действия должны совершаться в публичных интересах и быть соразмерными.
2. Государственные органы и частные лица действуют добросовестно.
3. Союз и кантоны соблюдают международное право» (ст. 5).

Отметим в этой связи, что Конституция Швейцарии стала первой, в которой понятие правового государства было отделено от иных характеристик государства.

### **3. Развитие идей правового государства в Латинской Америке**

Идея конституционного закрепления понятия правового государства наиболее полно воплотилась в основных законах Латинской Америки.

Одной из первых стала Конституция Сальвадора 1983 г., которая провозгласила государство социальным и правовым. При этом Конституция дополнила его характеристики, указав, что оно является суверенным, унитарным, независимым, демократическим, поликультурным и полиэтничным (ст. 1).

Эту инициативу подхватила Конституция Никарагуа 1987 г., установившая, что «никарагуанская нация организуется в форме социального правового государства» (ст. 130).

Иной акцент в определении характеристик государства был сделан в Конституции Бразилии 1988 г. В ней указано, что Бразилия является демократическим правовым государством, основами которого являются суверенитет, гражданство, достоинство человеческой личности, социальная ценность труда и свободного предпринимательства, политический плюрализм (ст. 1).

Наиболее широкий спектр характеристик государства закреплен в Конституции Колумбии 1991 г.:

«социальное правовое государство с республиканской формой правления, унитарное, децентрализованное, с автономией административно-территориальных образований, демократическое, общенародное и плюралистическое, основанное на уважении человеческого достоинства, социальной ценности труда и сплоченности образующих его граждан и верховенстве общего интереса» (ст. 1)

Отчасти ее воспроизводит и ст. 1 Конституции Парагвая 1992 г., определяя Парагвай, как «социальное правовое государство, унитарное, неделимое и децентрализованное согласно положениям... Конституции и законов». Эта характеристика дополняется рядом норм, подчеркивающими принадлежность Парагвая к континентальной традиции права:

«Конституция является высшим законом Республики. Настоящая конституция, одобренные и ратифицированные международные договоры, пакты и соглашения, законы, принятые Конгрессом, и иные правовые акты, принятые на основании вышеуказанных и обладающие меньшей юридической силой, составляют национальное позитивное право в установленной иерархии. Каждый, кто намерен изменить указанную иерархию иными способами, чем те, что предусмотрены настоящей Конституцией, несет ответственность за совершение преступлений, определенных и наказуемых законом» (ст. 137).

Эту тенденцию продолжила Конституция Венесуэлы 1999 г., провозгласившая Республику правовым, федеральным и децентрализованным государством (преамбула). Раскрывая содержание этих понятий, ст. 2 указывает, что государство основано на принципах права и справедливости и утверждает «в качестве наивысших ценностей жизнь, свободу, справедливость, равенство, общность интересов, демократию, социальную ответственность, и в общем плане главенствующее значение прав человека, нравственные принципы и политический плюрализм». Основой правового порядка провозглашена Конституция Венесуэлы, обладающая высшей юридической силой (ст. 7).

Идеи правового государства отражены и в Конституции Боливии 2004 г., установившей, что Боливия является социальным и демократическим правовым государством, высшими ценностями которого являются законность, свобода, равенство и справедливость (ст. 1). При этом Конституция включила ряд норм, которые были направлены на противодействие влиянию общего права. Так, ст. 29 устанавливает, что законодатель имеет право изменять материальные и процессуальные нормы, регулирующие деятельность судебной власти, а ст. 31 особо подчеркивает недействительность актов, не основанных на законе.



Стремление защитить наследие континентальной традиции права заметно и в тех конституциях Латинской Америки, в которых понятие правового государства не используется.

Так, например, Конституция Чили 1980 г. указывает, что никакая судебная власть не может присвоить себе дополнительные полномочия или права, «кроме тех, которые им прямо принадлежат в силу Конституции или законов» (ст. 7).

Гарантии сохранения традиций континентального права закреплены и Конституцией Перу 1993 г., которая провозглашает верховенство Конституции над законами и законов над всеми иными правовыми актами, при этом подчеркивая, что юридическую силу имеют только опубликованные правовые нормы (ст. 51).

В том же русле формулировались и многие конструкции Конституции Мексики, достаточно последовательно закрепившей основные опоры континентальной традиции права. Так, ст. 14 устанавливает характерные для нее принципы рассмотрения судебных дел:

«В делах, носящих уголовный характер, запрещено выносить наказание по простой аналогии или в силу очевидной справедливости, которые не предусмотрены законом, непосредственно относящимся к рассматриваемому преступлению.

В делах, носящих гражданский характер, окончательное решение должно соответствовать букве или юридическому толкованию закона, а при отсутствии закона решение должно быть основано на общих принципах права».

Нормы, защищающие наследие континентальной традиции права, есть и в других конституциях Латинской Америки — Аргентины 1994 г., Панамы 1972 г., Сальвадора 1983 г., Доминиканской Республики 2002 г. Так, например, Конституция Сальвадора подчеркивает, что толкование законов производится в тех же процедурах, что и принятие законов (ст. 142).

#### **4. Закрепление принципов правового государства в постсоциалистических государствах Восточной Европы**

Новая волна конституционного признания идей правового государства поднимается с распадом социалистического лагеря и демократическим преобразованием входивших в его состав государств. Во многом сама постановка задачи строительства правового государства была вызвана стремлением противопоставить ее порокам правовой системы социализма. Отражая эти настроения, преамбула Конституции Словении 1991 г. прямо указывает, что несоблюдение принципов правового государства стало одной из главных причин распада социалистической Югославии.

В основном тексте Конституции Словении понятие правового и социального государства упоминает-

ся в ст. 2, а развернутая ее характеристика содержится в главе VII. В ней, в частности, закреплены иерархия нормативных правовых актов (ст. 153), требования к опубликованию актов (ст. 154), принцип недопустимости обратной силы законов (ст. 155), процедура оценки конституционности актов (ст. 156), порядок оспаривания административных решений (ст. 157), признание установленных в законном порядке правовых отношений (ст. 158) и т.д.

Идеи правового государства нашли отражение во многих конституциях Восточной Европы, освободившихся от оков социализма.

Так, Конституция Румынии 1990 г. провозглашает ее правовым демократическим и социальным государством, основными ценностями которого являются достоинство человека, права и свободы граждан, свободное развитие человеческой личности, справедливость и политический плюрализм (ч. 3 ст. 1).

Суверенным демократическим и правовым государством признается Словакия по Конституции 1992 г. (ч. 1 ст. 1).

Достаточно краткую характеристику использует и Конституция Польши 1997 г., устанавливая, что Польша является демократическим правовым государством, осуществляющим принципы социальной справедливости (ст. 2). Каркас правового государства составляют источники права, к которым Конституция относит законы, ратифицированные международные договоры, а также распоряжения, издаваемые на основании установленных законом правомочий (часть первая ст. 87 и часть первая ст. 92).

#### **5. Концепция правового государства в конституциях постсоветских государств.**

Следующий этап конституционного закрепления доктрины правового государства наступил на постсоветском пространстве.

В Конституции РФ 1993 г. она отражена в положении ч. 1 ст. 1, согласно которому Российская Федерация провозглашается демократическим федеративным правовым государством с республиканской формой правления.

Черты правового государства отражены во многих формулах Конституции РФ, в ряду которых ключевое значение имеют нормы ст. 15:

«1. Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации.

2. Органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их

объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы.

3. Законы подлежат официальному опубликованию. Неопубликованные законы не применяются. Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения.

4. Общеизвестные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Для восприятия российской модели правового государства не менее важны положения ряда других статей Конституции, прежде всего ст. 18:

«Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием».

Правовые формулы Конституции России были восприняты многими государствами, образовавшимися на руинах Советского Союза.

Так, ст. 1 Конституции Казахстана 1995 г. указывает, что «Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы».

Раскрывая понятие правового государства, Конституция определяет, помимо общих для всех постсоветских конституций и норм, круг источников ее правовой системы:

«Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики» (ч. 1 ст. 4).

Демократическим и правовым государством провозглашена Молдова (преамбула и ч. 3 ст. 1 Конституции 1994 г.); демократическим социальным правовым государством — Армения (ст. 1 Конституции 1995 г.); демократической, правовой, светской, унитарной республикой — Азербайджан (ст. 7 Конституции 1995 г.); социальным и правовым государством — Грузия (преамбула Конституции 1995 г.); демократическим, правовым, светским, социальным государством — Таджикистан (ст. 1 Конституции 1994 г.) и Кыргызстан (ч. 1 ст. 1 Конституции 2001 г.); демократическим, правовым и светским государством — Туркменистан (преамбула

и ст. 1 Конституции 2008 г.); гуманным демократическим правовым государством — Узбекистан (преамбула Конституции 1992 г.).

Своеобразная конструкция, совмещающая конституционные ценности правового государства и верховенства права, закреплена в Конституции Украины. Провозглашая в преамбуле и ст. 1 цель построения правового государства, Конституция, вместе с тем, устанавливает принцип верховенства права (ст. 8). Раскрывая содержание этих двух начал, Конституция, в частности, указывает, что правовой порядок основывается на требованиях, в соответствии с которыми никто не может быть принужден делать то, что не предусмотрено законодательством (ст. 19)<sup>30</sup>.

Аналогичное сочетание ценностей правового государства и правления права закреплено в Конституции Беларуси 1994 г. (ст. 1 и 7).

### **6. Конституционное закрепление идеи правового государства в других регионах мира**

Идеалы правового государства внедряются в конституционные тексты государств других регионов мира — Африки, Восточной Азии, Океании.

Так, Конституция Египта 1971 г. закрепляла принцип подчинения государства праву (ст. 64).

Задачу построения социалистического правового государства ставит Конституция Китая (ч. 1 ст. 5). Средствами ее решения должны стать управление страной в соответствии с законом; обеспечение единства и соблюдения социалистической законности; соответствие Конституции всех законов, административно-правовых актов и актов местных органов; соблюдение Конституции и законов всеми государственными органами, вооруженными силами, всеми политическими партиями и общественными организациями, всеми предприятиями и учреждениями; недопущение использования организациями и отдельными лицами каких-либо привилегий, не предусмотренных Конституцией и законами (ч. 2-5 ст. 5).

Цель построения правового государства закреплена Конституцией Габона 1991 г. (l'Etat de droit — ст. 5) и основным законом Мозамбика 2004 г. (Estrado de Direito — ст. 5).

Но в целом, оценивая динамику распространения идеи закрепления правового государства как высшей ценности конституционного развития, следует отметить ее замедление. Более того, можно утверждать, что она находится в состоянии глубокого кризиса, что объясняется одним: идея правового государства так и не получила необходимого доктринального и нормативного обоснования и оформления. Поэтому она теряется

<sup>30</sup> Аналогичная норма сформулирована в ч. 4 ст. 2 Конституции Чехии 1992 г.

в других характеристиках государства. Поэтому она не стала движущей силой давно ожидаемых реформ и не оправдывает тех надежд, которые на нее возлагались.

Кризис конституционных моделей правового государства отчетливо виден на фоне не только экспансии доктрины правления права, но и ренессанса исламских конституционных ценностей и идей.

### III. Доктрины главенства исламского права

#### 1. Генезис конституционных моделей главенства исламских ценностей права

Впервые главенство шариата, как конституционной ценности и источника права, было провозглашено в Конституции Ирана 1906-1907 гг. Это требование было облечено в следующую поэтическую форму:

«Законы священного Меджлиса, основанного с соизволения и с помощью Его Святейшества Имама, сокрытого во времени, — да ускорит Господь его радостный прием!

И помилости Его Величества Шахиншаха ислама, — да продлит Господь его правление навеки!

И попечением столпов ислама — да увеличит Господь их число и число всей иранской нации! —

Никогда не должны противоречить правилами Ислама и законам, данным Его Святейшеством...

И устанавливается, что ученые богословы — да продлит Господь их благословенную жизнь! — должны определять, соответствуют ли те законы, которые могут быть предложены основам Ислама...»<sup>31</sup>.

Главенство исламских ценностей права провозглашали конституции Ирака 1924 г., Саудовской Аравии (Хиджаса) 1926 г., Афганистана 1931 г., некоторых других государств. Но, в целом, широкого распространения эта доктрина не получила до начала 1970 годов. Ее сдерживали сперва колониальные власти, потом пришедшие им на смену национальные правительства государств, которые освободились от колониальной зависимости и ориентировались, в основном, на западные или социалистические ценности. Исламское право сдержало этот натиск. И вскоре наступил его ренессанс.

Первой путь возрождения исламских ценностей избрала Ливия. В 1971 г. в этой стране было принято решение об исламизации национальной правовой системы. Были восстановлены традиционные для исламского права меры уголовного наказания за такие преступления, как кража и разбой, прелюбодеяние, потребление спиртных напитков<sup>32</sup>. Были приняты законы о

закяте, запрете ростовщичества. А в 1977 г. Коран был объявлен «законом общества», заменяющим светскую конституцию<sup>33</sup>.

Вскоре на тот же путь вступили Йемен, Пакистан и Судан, а вслед за ними многие другие мусульманские государства. Но наиболее полным возрождение исламского права было в Саудовской Аравии и Иране.

В большей части исламских государств было провозглашено, что Коран обладает высшей юридической силой. По этой причине Основной Низам о власти Саудовской Аравии 1992 г. указывает, что Конституцией Королевства является «Книга Всевышнего Аллаха и сунна Его Пророка» (ст. 1).

В других мусульманских странах конституции приняты. Но их роль как основных законов ограничивается. Как правило, главным источником законодательства признается шариат, что непосредственно закреплено в текстах самих конституций (ст. 2 и 3 Конституции Афганистана; ст. 2 Конституции Бахрейна; ст. 2 Конституции Египта; ст. 3 Конституции Ирака; ст. 2 и 12 Конституции Ирана; ст. 3 Конституции Йемена; ст. 1 Конституции Катара; ст. 7 Конституции Объединенных Арабских Эмиратов; ст. 2 Основного закона (Белой книги) Султаната Оман; ст. 3 Конституции Сирии; ст. 227 Конституции Пакистана; ст. 18 Конституции Судана).

Заметную роль исламское право играет также в тех государствах, где конституции признают ислам государственной религией, не упоминая при этом о роли шариата (Алжир, Бангладеш, Бруней, Индонезия, Коморские острова, Ливия, Малайзия, Мальдивские острова, Мавритания, Марокко, Сомали, Тунис).

Чтобы убедиться в близости правовых систем государств этих двух групп, достаточно сравнить действующее в них законодательство. Так, Гражданский кодекс Египта устанавливает следующие нормы: «Положения законов регулируют все вопросы, к которым такие положения применяются в силу их буквы или духа. В отсутствие применимого положения законов, судья должен решать дело в соответствии с обычаем, а в отсутствие обычая — в соответствии с принципами исламского права. В отсутствие таких принципов судья должен применить принципы естественного права и правила справедливости» (ст. 1)<sup>34</sup>.

Точно такие же положения содержит первая статья Гражданского кодекса Алжира 1975 г.<sup>35</sup> — той страны, конституция которой не упоминает шариат в качестве источников права.

<sup>31</sup> Цит. по: Лафитский В.И. Поэзия права: страницы творчества от древности до наших дней. М., 2003. С. 171.

<sup>32</sup> Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник. М., 2001.

<sup>33</sup> Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 103-104.

<sup>34</sup> [http://www.tashreaat.com/view\\_studies2.asp?id=483&std\\_id=82](http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=483&std_id=82)

<sup>35</sup> <http://www.droit.mjustice.dz/code%civil.pdf>

К этой же группе стран относится и Марокко, чей Семейный кодекс 2004 г. закрепляет следующие положения: «По всем вопросам, которые непосредственно не урегулированы настоящим Кодексом, необходимо обращаться к предписаниям маликитского мазхаба и (или) к выводам юридической науки, в которых четко раскрываются ценности справедливости, равенства и гармоничной жизни в обществе, как их проповедует ислам» (ст. 400)<sup>36</sup>.

И лишь отдельные конституции исламского мира последовательно проводят принцип отделения религии от государства: Албании (ст. 10), Гамбии (ст. 1 и 5), Гвинеи (ст. 1); Мали (ст. 25); Нигера (ст. 4); Нигерии (ст. 10); Сенегала (ст. 2); Таджикистана (ст. 1); Турции (ст. 2); Туркменистана (ст. 1); Узбекистана (ст. 12), Казахстана (ст. 1).

Официально в этих странах шариат источником права не признается. Однако он, несомненно, проявляется на уровне правоприменительной практики и правосознания. Более того, при определенных обстоятельствах он начинает оказывать существенное воздействие и на законодательство. Так, например, происходит в Турции, где в последние годы у власти стоит исламистская Партия справедливости и развития.

### **2. Об особенностях и перспективах развития исламских ценностей права**

Конечно, в современном мире влияние шариата падает даже в тех странах, которые провозглашают его верховенство. Многие общественные отношения остаются за его рамками. Прежде всего, это касается таких сфер, как торговое и горное, финансовое и административное, энергетическое и природоохранное, уголовное и процессуальное законодательство. Так, например, Кодекс обязательств и контрактов Туниса исключает из сферы регулируемых им отношений исламское право. Об этом, в частности, свидетельствует следующая норма: «Если какой-либо вопрос не может быть разрешен в соответствии с точными указаниями закона, необходимо решать вопрос по аналогии с другими похожими делами или обстоятельствами; если решение остается спорным, необходимо руководствоваться общими правовыми нормами» (ст. 535)<sup>37</sup>.

Определенное отступление исламского права обусловлено рядом причин. Все более возрастает роль международного права, чьи акты не только непосредственно инкорпорируются в правовые системы мусульманских стран, но и оказывают заметное влияние на их развитие.

В правовые системы мусульманских государств проникают правовые модели других государств, прежде всего, в те сферы, к которым оно не приспособлено (международный торговый оборот, техническое регулирование, информационные технологии и т.д.).

Происходят определенные перемены и в самом исламском праве. Шариат воспринимается главным образом как основа исламского права, его источник<sup>38</sup>. Раскрывая это явление, Л.Р. Сюкияйнен писал: «С точки зрения мусульманского права в широком смысле шариат правильнее представлять не как систему, заключающую все конкретные правила поведения различных типов, а как общий ориентир, направление, цель, к достижению которой должен стремиться мусульманин»<sup>39</sup>.

Весь же массив современного исламского права должен формироваться светским законодательством. Как отмечалось выше, современное законодательство в разной мере отражает традиционное исламское право. Наиболее сильные позиции оно сохраняет в сфере «личного статуса», в которую входят семейные и наследственные отношения. В других сферах права наблюдается постепенное усиление светских начал. Впрочем, эта закономерность типична далеко не для всех мусульманских государств. В некоторых из них в последние годы предпринимаются усилия к возрождению исконных начал исламского права.

Чтобы показать масштаб проводимой в Саудовской Аравии исламизации, разберем положения Основного Низама Королевства о власти.

Статья 7 этого Акта провозглашает, что «Власть в Королевстве Саудовская Аравия основана на Книге Всевышнего Аллаха и сунне Его Пророка». Раскрывая содержание этой нормы, Основной Низам указывает, что основами правления в соответствии с исламским шариатом являются «справедливость, принцип консультации и равенство» (ст. 8), что «государство защищает исламскую веру, реализует ее установления, следит за отсутствием греховности, препятствует пороку, выполняет долг распространения ислама» (ст. 23).

Эти принципы должны определять деятельность всех органов власти. Так Основной Низам о власти устанавливает, что суды должны руководствоваться исключительно исламским шариатом (ст. 46). При этом вводится своеобразная конструкция «конституционного» надзора: суды могут применять статуты, изданные правителем, но только в том случае, если они не противоречат Корану и сунне (ст. 48).

<sup>36</sup> <http://www.justice.gov.ma/MOUDAWANA/codefamille.pdf>

<sup>37</sup> <http://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/coc/Coc1085.htm>

<sup>38</sup> Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 56.

<sup>39</sup> Сюкияйнен Л.Р. Там же. С. 55-56.

Соответствующие требования предъявляются и к королю. Он должен проводить национальную политику в соответствии с нормами ислама и контролировать применение исламского шариата (ст. 55). Столь же четко определена ответственность Совета министров. Он несет коллективную ответственность перед Королем за исполнение исламского шариата (ст. 57). В том же ключе закрепляются полномочия законодательной власти. В ее обязанности входит разработка правовых норм и правил, отвечающих общим интересам, препятствующим проникновению зла в дела государства и соответствующих исламскому шариату» (ст. 67).

В отдельных случаях Основной Низам уточняет, как должны реализовываться положения исламского права. В частности, ст. 10, указывает, что «государство стремится к упрочению семейных уз, сохранению арабских и исламских семейных ценностей, проявляет заботу о всех ее членах, создает необходимые условия для повышения их благосостояния и развития способностей».

В нем отмечается, что собственность, капитал и труд выполняют в соответствии с шариатом общественную функцию (ст. 17) и что все природные богатства, «ниспосланные Аллахом», остаются собственностью государства (ст. 14).

Требования соблюдать исламские ценности обращены не только к государственным органам, но и к обществу в целом. В частности, Основной Низам провозглашает, что «саудовское общество базируется на исламской вере, благочестивом и бережном отношении его членов друг к другу при взаимном сотрудничестве без каких-либо противоречий» (ст. 11) и что «основой саудовского общества является семья, члены которой должны воспитываться на исламской вере, преданности и повиновении Всевышнему Аллаху, Его Пророку и представителям власти» (ст. 9).

В такую правовую модель акты светского законодательства вписываются с трудом. Их немного, и в целом они рассматриваются как вспомогательный источник права. Например, в области коммерческого и корпоративного права долгое время действовали только два основных королевских низама (указа) «О регулировании деятельности компаний» 1965 г. и «О регулировании деятельности коммерческих агентств» 1962 г.

Положение меняется на рубеже двух тысячелетий. Так, после принятия общего акта «О судебной власти» 1975 г., издаются акты «О тюремном заключении и аресте» 1978 г., «О основных положениях об аресте, временном лишении свободы и предупредительном задержании» 1983 г., «О процедуре в судах шариата» 2001 г., «О судопроизводстве» 2002 г. «Об уголовном процессе» 2002 г. и т.д.

Новый этап в реформировании законодательства наступил после опубликования 3 октября 2007 г. королевских планов по проведению полномасштабной правовой реформы<sup>40</sup>. Ее основные контуры пока еще не ясны. Но очевидно, что какого-либо значительно отхода от исламских принципов они не предусматривают.

Вторым примером наиболее мощного развития исламского права может служить правовая система Ирана.

В Конституции этой страны провозглашено, что официальной религией Ирана является ислам джафаритского толка, признающий существование 12 имамов (ст. 12).

Ислам положен в основу системы государственного правления и определяет содержание законодательства.

На вершине политической системы стоит аятолла — Духовный лидер страны. Он осуществляет верховное руководство мусульманской общиной (ст. 5), определяет общую политику государства, контролирует правильное исполнение общей политической линии государства, принимает решения о проведении плебисцитов, осуществляет верховное командование Вооруженными силами, решает споры и упорядочивает отношения между тремя ветвями власти — законодательной, исполнительной и судебной, назначает на должности и отправляет в отставку большое число должностных лиц (ст. 110).

Президент, возглавляющий исполнительную власть, занимает только вторую ступень в политической системе страны. Согласно Конституции он может избираться только из числа «религиозно-политических деятелей», отвечающих, помимо общих требований, таким критериям, как «набожность, религиозность, вера в основы Исламской Республики и принадлежность к официальной религии страны» (ст. 115).

Законодательство Ирана должно полностью соответствовать исламу. Этот принцип отражен в ст. 4 Конституции: «Все гражданские, уголовные, финансовые, экономические, административные, культурные, военные, политические и другие законы и уставы должны быть основаны на исламских нормах». При этом Конституция подчеркивает, что эта статья имеет верховенство над другими статьями Конституции, иными законами и нормативными актами.

Подкрепляя эту норму, Конституция не допускает принятия законов, противоречащих принципам и установлениям официальной религии (ст. 72). Такое же требование установлено в отношении решений местных советов (ст. 105).

<sup>40</sup> [http://www.carnegieendowment.org/files/Saudi\\_Arabia\\_APS.doc](http://www.carnegieendowment.org/files/Saudi_Arabia_APS.doc)

В обеспечении верховенства исламского права особую роль играет Совет по охране Конституции, который формируется в составе 12 членов: 6 богословов, назначаемых Духовным лидером страны, и 6 мусульманских правоведов-специалистов в различных областях права, назначаемых Межлисом Исламского Совета (национальным парламентом) по представлению главы судебной власти.

Конституция требует, что все акты Межлиса Исламского Совета направлялись в Совет по охране Конституции, который должен их рассмотреть в течение 10 дней (При необходимости этот срок может быть продлен еще на 10 дней). Если Совет сочтет их противоречащими нормам ислама и Конституции, законопроекты возвращаются для повторного рассмотрения.

Кроме того, Совет по охране Конституции дает официальное толкование Конституции. Такие решения принимаются большинством в три четверти членов Совета (ст. 98).

В правовой системе Ирана акты светского законодательства традиционно играют значительно большую роль, чем в Саудовской Аравии. Во многом это связано с давними традициями парламентаризма, сложившимися в этой стране в начале XX в. с принятием первой Конституции 1906-1907 гг.

В настоящее время в Иране действует большое число актов светской власти. Многие из них были приняты задолго до исламской революции и продолжают действовать с изменениями, обусловленными требованиями не только шариата, но и времени. В их числе такие кодексы, как Гражданский (1929-1935 гг.), Торго-

вый 1932 г., Трудовой 1990 г., Уголовный 1991 г., Уголовно-процессуальный 1988 г., а также большое число законов и ведомственных актов, охватывающих значительный спектр общественных отношений. Формально они остаются за рамками традиционного исламского права, но, несомненно, испытывают значительное влияние с его стороны.

Закljučая этот раздел, необходимо отметить, что потенциал исламского права в полной мере еще не исчерпан, о чем свидетельствует правовое развитие не только Саудовской Аравии и Ирана, но и многих других мусульманских государств<sup>41</sup>. При этом отметим, что оно выходит далеко за рамки традиционного исламского мира, находя поддержку в многочисленных мусульманских общинах, разбросанных по всему миру. Там создаются новые ростки исламского права, которые по мере их роста оказывают все большее влияние на правовые и политические системы приютивших их государств. Так, в частности, дело обстоит в Германии и Франции, Нидерландах и России.

И везде оно проявляет устойчивость и приспособляемость к меняющимся условиям современного мира.

\*\*\*

Такими предстают в наши дни конституционные плоды трех великих правовых традиций. Каждая из них предлагает свое видение будущего права, свои инструменты и технологии правового развития. Победит та из них, которая сможет доказать свое право на жизнь.

В этой конкурентной борьбе континентальное право пока уступает...

### Библиографический список:

1. Berger R. Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory? // University of Pennsylvania Law Review. 1969. № 117.
2. Brody D.E. The American Legal System: Concepts and Principles. Lexington, 1978.
3. Carr R.R. The Supreme Court and Judicial Review. N.Y., 1940.
4. Constitutions That Made History. Op. cit.
5. Constitutions That Made History. Ed. by A.P. Blaustein and A.P. Sigler. N.Y., 1988.
6. Gompers v. U.S., 233 U.S. 604, 610 (1913).
7. Haines C.G. The American Doctrine of Judicial Supremacy. Berkeley, 1932. Vol. 1.
8. Holmes O.V., Jr. The Common Law. Cambridge, 1963.
9. Jackson R. The Supreme Court in the American System of Government. Cambridge, 1955.
10. McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).
11. The Federal and State Constitutions: Colonial Charters and Other Organic Laws of the States, Territories and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America / Compiled and ed. by F.N. Thorpe. Washington, 1909. Vol. 7
12. The Federal and State Constitutions. Vol. 5.
13. Дайси А. Основы государственного права Англии. М., 1905.
14. Конституции буржуазных стран. Т. 1. М., 1935.
15. Конституции буржуазных стран. Т. 2. М., 1935.

<sup>41</sup> Подробнее о развитии исламского права см.: Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 2. М., 2011.

16. Конституции государств Азии: в 3 т. М., 2010.
17. Конституции государств Америки: в 3 т. М., 2006.
18. Конституции государств Европы: в 3 т. М., 2001.
19. Конституция и законодательные акты буржуазных государств. XVII-XIX вв. / под ред. П.Н. Галанзы. Сост. Н.Н. Блохин. М., 1957.
20. Конституция и законодательные акты / сост. В.И. Лафитский. М., 1993.
21. Лафитский В.И. Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней. М., 2003.
22. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010.
23. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 2. М., 2011.
24. Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник. М., 2001.
25. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986.

*Интернет источники:*

1. [http://www.tashreaat.com/view\\_studies2.asp?id=483&std\\_id=82](http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=483&std_id=82)
2. <http://www.droit.mjustice.dz/code%civil.pdf>
3. <http://www.justice.gov.ma/MOUDAWANA/codefamille.pdf>
4. <http://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/coc/Coc1085.htm>
5. [http://www.carnegieendowment.org/files/Saudi\\_Arabia\\_APS.doc](http://www.carnegieendowment.org/files/Saudi_Arabia_APS.doc)

References (transliteration):

1. Berger R. Doctor Bonham s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory? // University of Pennsylvania Law Review. 1969. <sup>1</sup> 117.
2. Brody D.E. The American Legal System: Concepts and Principles. Lexington, 1978.
3. Carr R.R. The Supreme Court and Judicial Review. N.Y., 1940.
4. Constitutions That Made History. Op. cit.
5. Constitutions That Made History. Ed. by A.P. Blaustein and A.P. Sigler. N.Y., 1988.
6. Gompers v. U.S., 233 U.S. 604, 610 (1913).
7. Haines C.G. The American Doctrine of Judicial Supremacy. Berkeley, 1932. Vol. 1.
8. Holmes O.V., Jr. The Common Law. Cambridge, 1963.
9. Jackson R. The Supreme Court in the American System of Government. Cambridge, 1955.
10. McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).
11. The Federal and State Constitutions: Colonial Charters and Other Organic Laws of the States, Territories and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America / Compiled and ed. by F.N. Thorpe. Washington, 1909. Vol. 7
12. The Federal and State Constitutions. Vol. 5.
13. Daisi A. Osnovy gosudarstvennogo prava Anglii. M., 1905.
14. Konstitucii burzhuaznyh stran. T. 1. M., 1935.
15. Konstitucii burzhuaznyh stran. T. 2. M., 1935.
16. Konstitucii gosudarstv Azii: v 3 t. M., 2010.
17. Konstitucii gosudarstv Ameriki: v 3 t. M., 2006.
18. Konstitucii gosudarstv Evropy: v 3 t. M., 2001.
19. Konstituciya i zakonodatel'nye akty burzhuaznyh gosudarstv. XVII-XIX vv. / pod red. P.N. Galanzy. Sost. N.N. Blohin. M., 1957.
20. Konstituciya i zakonodatel'nye akty / sost. V.I. Lafitskii. M., 1993.
21. Lafitskii V.I. Poeziya prava: stranicy pravotvorchestva ot drevnosti do nashih dnei. M., 2003.
22. Lafitskii V.I. Sravnitel'noe pravovedenie v obrazah prava. T. 1. M., 2010.
23. Lafitskii V.I. Sravnitel'noe pravovedenie v obrazah prava. T. 2. M., 2011.
24. Pravovye sistemy stran mira. Enciklopedicheskii spravochnik. M., 2001.
25. Syukiayinen L.R. Musul'manskoe pravo. Voprosy teorii i praktiki. M., 1986.