

ПРАВОВА ДЕРЖАВА

фр. **Etat de droit, état légal**

нім. **Rechtstaat**

англ. **Rule of Law**

Після тривалого періоду зневажання з боку філософів, які тут часто вбачали поняття суто юридичного, навіть ідеологічного, характеру, поняття правової держави користується нині значним престижем у сфері філософської думки, що пов'язано з розвитком внутрішньої демократичної політики держав та міжнародного права, які відбулися останнім часом. Наприкінці XX століття зникають авторитарні консервативні режими на Європейському Заході (Іспанія, Португалія, Греція), відбуваються підйом конституційних юрисдикцій у більшості демократичних країн, падіння комуністичних режимів Центральної та Східної Європи та, нарешті, поява, до речі, проблематична, міжнародного права, яке повинно обмежувати суверенність держав, за певних умов запроваджуючи санкції проти правителів, винних у явних порушеннях фундаментальних прав. Безперечно, є підстави побоюватись цих неоднорідних та об'єднаних поняттям правової держави процесів, в тій мірі, в якій вони провокують протистояння між тоталітарними, авторитарними або принаймні самоправними державами та вищою моделлю держави, визначеної її відповідністю праву, без глибокого усвідомлення того, чи ми звертаємося тим самим до простого існування ієрархії норм, санкціонованих належним чином, або, радикальніше, до підкорення держав метаюридичним нормам, як, наприклад, права людини. До речі, можна зазначити, що дійові особи цих трансформацій часто самі вдаються до поняття правової держави, щоб узаконити свої дії, чи то йдеться про керівників держав на шляху до демократії, про конституційні юрисдикції чи навіть про останніх комуністичних керівників, коли вони все ще намагалися дещо врятувати з тих режимів, за які несли відповідальність (Михайло Горбачов хотів зробити з Радянського Союзу “Соціалістичну правову державу”). Сучасна політична філософія супроводжувала цей рух значною мірою, виступаючи філософією права (Рено та Созо, *Філософія*

права), намагаючись показати, що неможливо звести правову державу (народжену у Західній Європі) до “поліцейської держави” (Крігель, *Держава та раби*), або ж дошукуючись синтезу між радикальною теорією демократії та ліберальною традицією правової держави (Хабермас, *Право та демократія*). А проте, навіть сьогодні поняття правової держави залишається проблематичним у багатьох відношеннях. Основними питаннями, що виникають із цього приводу є ті, що стосуються походження концепту правової держави (який походить від германської доктрини *Rechtstaat*, яка з’явилася у контексті, відмінному від французького), його операційної цінності (що є спірною, починаючи з посилок, запропонованих водночас Карлом Шміттом та Гансом Кельсеном), його перекладу на англійську мову (де переважає поняття *Rule of Law*, яке спирається як на інше розмежування права та закону так і на конституційні схеми, незіставні з “континентальними” моделями).

І. Німецька доктрина “*Rechtstaat*”

Французький вислів “правова держава” є перекладом німецького терміна *Rechtstaat*, який з’явився протягом ХІХ століття, щоб супроводжувати та осмислювати прогресивний процес *забезпечення та обмеження держави правом*, який нібито відбувався в німецькій державі. Як зазначає Жак Шевальє, “ця спільна мета однак охоплює відмінні бачення держави та права” (*Правова держава*, с. 11), які йдуть від простої функціональної потреби держави, що правовими засобами діє на суттєві потреби, які стосуються змісту права, проходячи через формалістичну ідею держави, що підкоряється праву. Це формулювання розвивали водночас ліберальні юристи, такі як Р. фон Моль, метою яких є обмеження сфери дії держави та кращий захист індивідуальних свобод та інші, менш амбіційні або більш консервативні, які хочуть просто раціоналізувати державний вплив, нормалізуючи відносини між державою та адміністрацією з підлеглими. Урешті-решт, перемогла формалістська концепція, тому що вона дозволяла, з одного боку, підпорядкувати адміністрацію праву, відкриваючи шляхи судового впливу на неї, тим часом представляючи факт підкорення держави праву як результат самообмеження (що виключає будь-яке останнє посилення на юридичні норми, вищі за ті, що установила держава). З одного боку, правова держава протиставляється поліцейській державі (*Polizeistaat*), в якій право є лише інструментом адміністрації, яка може нав’язувати зобов’язання підлеглим, не будучи зв’язаною вищими нормами. З

іншого боку, правова держава є результатом вільного (проте раціонального) самообмеження держави, справжнім суб'єктом права, домінування (*Herrschaft*) якого є суб'єктивним першопочатковим правом, до якого не могло існувати публічного права, проте кінцевою метою якого є – створити право та панувати завдяки йому (тут слід зазначити, що французький вислів “самообмеження” насправді передає значення кількох німецьких слів – *Selbstverpflichtung*, *Selbstbindung*, *Selbstbeschränkung* – у всіх них присутня ідея, що держава сама собі нав'язує обов'язки або межі; див. Карпе де Мальберг *Внесок до загальної теорії держави*, с. 231).

Отож, *Rechtsstaat* виявляється поняттям нерозривно ліберальним та державницьким, яке, зрештою, дуже добре вписується до традицій німецької політичної філософії у тому вигляді, в якому вона розвивалася від Канта до Гегеля. Ліберальний аспект виявляється у вимозі захисту підлеглих у їхніх стосунках із державою, а також, радикальніше, у чіткому ствердженні принципів конституціоналізму: дотримання вищих норм вимагається не лише від адміністрації та виконавчої влади, але й від самої законодавчої влади, яка підкоряється Конституції згідно зі схемою, яка може бути перенесена від імперії до демократично-ліберальної держави (як у нинішньому німецькому Основному законі). Державницький аспект виявляється у відсутності будь-якої понадконституційної норми (на відміну від того, що начебто відбувається сьогодні), у досить високомовному ствердженні про першопочаткову могутність держави (яке, до речі, йде у парі з переважанням внутрішнього права над міжнародним – яке також створено шляхом самообмеження суверенних держав) та, конкретніше, в автономії адміністративного права (що походить із привілею держави самій встановлювати правила, якими вона керується у стосунках з приватними особами). Таким чином, теорія *Rechtsstaat* вписується до більш загальних рамок створення публічного права, зосередженого на державі, що є невіддільним від розвитку Імперії. Відзначимо з цього приводу, що, наполягаючи на першопочатковому характері прав держави по відношенню до нації, теоретики самообмеження спростовують тим самим тези романтиків та історичної школи права, пориваючи з будь-якою родовою концепцією держави та чітко відокремлюючи останню від її правителів (Шевальє, *Правова держава*, с. 14–21). Однак було б несправедливим вбачати тут тільки німецьку доктрину, тому що теорія правової держави могла бути доречною також у інших націй континентальної Європи, і взагалі всюди, де поставала проблема синтезу між

затвердженням публічного права та ліберальним обмеженням влади держави. Саме це ілюструє прихід у Францію німецької доктрини, яку зрештою було прийнято завдяки творам Карре де Мальберга, незважаючи на недовіру, яку викликала теорія, що нібито узаконювала імперський режим та протиставлялася концепції держави-нації, успадкованої від Французької революції (Шевальє, с. 21–43).

Французькі дискусії щодо проблеми правової держави не носять суто теоретичного характеру, навпаки, вони тісно пов'язані з національним та міжнародним політичним контекстом початку ХХ століття. Найбільш критично налаштовані відносно німецької доктрини автори, як, наприклад, Леон Дюгюї або ж, меншою мірою, Моріс Оріу, перш за все переймаються тим, щоб відділити державу від права, щоб краще гарантувати підкорення першої другому. У Дюгюї це має вигляд подвійної критики суверенітету та юридичного індивідуалізму, що розцінюються як наслідки суб'єктивізму, якому бордоський юрист протиставляє ідею правового уставу як єдину реальну базу об'єктивного права, яке базується на соціальній солідарності та протистоїть водночас державі та індивідам: тож не існує самообмеження держави, тому що вона не є юридичною особою, а обмеження держави також не базується на суб'єктивних правах, які так люблять ліберали (Рено, “Леон Дюгюї та природне право”). У творах Оріу право має також чітку відмінність від держави, а проте доктрина самообмеження зберігає зміст, щоб мати змогу зрозуміти розвиток свобод: “З точки зору логіки, самообмеження держави є абсурдом. З історичної точки зору, це конституційна істина”. Її ж французькі прибічники, найвизначнішим з яких є Раймон Карре де Мальберг, стверджують, що правова держава виступає водночас як сучасне вираження ідеалів, народжених Французькою революцією (що дозволяє спростувати німецьку перевагу в цьому питанні, виправдовуючи запозичення Францією німецької теорії) та як могутній інструмент для критики конституційного уставу Третьої республіки. Французький режим того часу, дійсно, гарантував з більшою точністю, ніж це було в Німеччині, законність дій виконавчої влади та адміністрації, тому що він “підпорядковував законам навіть ті адміністративні акти, які напряду не цікавлять громадян в індивідуальному порядку”. Але, з іншого боку, французька конституція “не піднялася до вдосконалення правової держави”, тому що вона не забороняла законодавцю “відступити” окремими законами “від загальних правил, запроваджених існуючим законодавством”, і особливо тому, що законодавець не підпорядковувався

Конституції за відсутності контролю за конституційністю законів, що перешкоджає захисту індивідуальних прав від законодавця. Водночас, Карре де Мальберг по-своєму опрацьовує теорію самообмеження, перекладаючи її французькою мовою суверенності, та подає кінцеву версію, яку можна було б назвати ліберальною від юридичного позитивізму, повністю відмовляючись від німецької концепції стосунків між державою та нацією: з точки зору французького конституційного права, держава може бути лише юридичною персоніфікацією нації (Рено “Природне право та національна суверенність...”). Полеміка між цими напрямками в подальшій історії доктрини тривала дуже довго, тому що вона стосувалася фундаментальних питань, водночас теоретичних і практичних. Зауважимо зрештою, що між німецькою версією теорії *Rechtsstaat* та її перетворенням, зробленим Карре де Мальбергом, безперервний зв’язок домінує над розривом: в обох випадках синтез між ліберальними інтересами та публічним правом проходить через юридичний позитивізм та через ліберальну теорію самообмеження держави, а теорія правової держави, яка дозволяє підсилити гарантії підлеглим та поширити дію юрисдикції, слугує “солідною опорою у доктринальній побудові адміністративного права на повному піднесенні” (Шевальє, с.32). І навпаки, основна теоретична критика щодо правової держави стосується, з одного боку, її ліберальної складової, а з іншого – теорії самообмеження; а ті труднощі, з якими стикається англійська мова у перекладі поняття правової держави, історично пов’язані зі слабкістю адміністративного права в Англії.

II. Критика правової держави

Походячи з проекту ліберальної раціоналізації держави, поняття правової держави було предметом різноманітної критики, переважно антиліберальної та антидемократичної, але й тієї, яка носила демократичний та антиавторитарний характер.

Що стосується антиліберального спрямування, найрадикальнішу та найкраще розроблену критику знаходимо, поза всяким сумнівом, у німецького юриста Карла Шмітта (1888 – 1985), значний творчий спадок якого не можна розглядати окремо від його боротьби з ліберальною демократією. Дотримання такої позиції протягом певного періоду привело його до підтримки III Рейху (після того, як він за часів Веймарської Республіки добивався заборони діяльності нацистської партії, що правда, в рамках авторитарного перетворення діючої конституції). У його великій праці *Теорія конституції* (1928)

обговорення принципів “буржуазної правової держави” спрямоване на виявлення приховано полемічного або упередженого характеру поняття правової держави, та на розкриття його нездатності передати те, що сучасна ліберальна держава зберігає у політичному плані. Якщо взяти словосполучення “правова держава” у його буквальному значенні, “правовою державою можна вважати будь-яку державу, яка неодмінно дотримується діючого об’єктивного права та існуючих суб’єктивних прав”. Це призвело б до застосування цього поняття до найбільш безсилих та іноді найбільш архаїчних політичних форм, таких, де б скрупульозно зберігалися надбані права, навіть якби це шкодило умовам політичного існування чи безпеки держави: “В цьому розумінні, пише Шмітт, колишній німецький Рейх, Римська імперія німецької нації, була прекрасною правовою державою в епоху свого розпаду; її характер правової держави був лише ознакою та інструментом її політичного розвалу”. Проте сучасний зміст поняття є насправді переважно полемічним: правова держава протиставляється могутній державі (*Machstaat*), так само як і поліцейській державі та державі-покровительці, а ще “будь-якому типу держави, яка не обмежується тільки дотриманням юридичного порядку”. Якщо, зрештою, спробувати надати точнішого змісту даному поняттю, дійдемо до принципів ліберального конституціоналізму, де дотримання фундаментальних (індивідуальних) прав поєднується з поділом могутності держави, а це веде до різноманітних організаційних критеріїв, таких як принцип рівності, чіткий розподіл державницьких компетенцій та незалежність суддів, що завершується загальною перевагою юрисдикційних форм (*allgemeine Justizförmigkeit*) в житті держави. Застереження Шмітта з приводу такої концепції держави перш за все стосуються її одностороннього характеру, що призводить до недооцінювання специфічно політичного аспекту юридичного порядку, який базується на суверенному рішенні, а не просто на “системі юридичних норм, спрямованій захищати індивіда від держави”. Отже, Шмітт робить висновок, що ліберальна держава є або дволикою, або нездатною усвідомити свою суть, не роздивившись, що правова держава сама по собі передбачає таке ось попереднє рішення на свою користь — ліберальний принцип, який усього лиш вимагає обмеження влади, ніяк, крім того, не висловлюючи свого ставлення щодо питання про форми управління. В інших творах Шмітт згадує також про інституційний аспект права, так само, на його думку, знехтуваний доктриною правової держави, яка є односторонньо прив’язаною до простої нормативістської ідеї права як системи абстрактних правил.

Якщо теорії Шмітта можуть розглядатися як повернення до авторитарних аспектів німецької концепції держави проти ліберальних тенденцій, які розробляються у правовій державі, то теорії Ганса Кельзена, який стверджує тотожність держави та права, можуть бути розцінені, навпаки, як зусилля, спрямовані на те, щоб звільнити нормативістичну ідею від того додемократичного, що зберігала ідея самообмеження держави.

Кельзен відомий як один із визначних представників юридичного позитивізму, а відтак – часто ставав об'єктом критики, ритуальної та марної, спрямованої на начебто нездатність позитивістів критикувати позитивне право, коли воно явно несправедливе, у тих випадках, коли позитивісти просто задовольняються тим, що відмічають неможливість знайти в самому праві обґрунтування необхідності покори, а також укрαι неюридичний характер (тому що моральний та/або політичний) фундаментальної норми, від якої походить позитивне право. Даючи визначення права як примусового порядку, Кельзен змушений був ввести туди дуже шокуючі факти. Проте це слід розглядати як вираження спроби десакралізації юридичного порядку, яка для демократа Кельзена також може бути попередньою умовою визначення реальних засад забезпечення свобод. Що ж стосується ідентичності держави та права, вона веде до рішучої критики теорії самообмеження (в даному випадку, скоріше – самозобов'язання, *Selbstverpflichtung*), яка показує, що ця теорія базується на циклічному міркуванні, тому що авторитет держави передбачає існування норми, яка його формує у юридичну особу, уповноважену встановлювати інші норми. У цьому розумінні кожна держава є правовою, і “неможливо уявити державу, яка не підкоряється праву”, тому що “держава існує лише у державницьких діях, тобто діях, які здійснені людьми і приписуються державі як юридична норма”; таким чином “термін “правова держава” являє собою плеоназм”. Однак Кельзен зазначає, що насправді словосполучення “правова держава” застосовується переважно як синонім словосполучення “демократична держава”, яка гарантує юридичну безпеку, причому він ніяким чином не заперечує її специфіку по відношенню до авторитарних держав. Як юрист-практик, Кельзен, який був також великим теоретиком демократії, виступав одним з ініціаторів контролю над конституційністю в континентальній Європі; дозволяючи підпорядковувати законодавчу владу фундаментальним нормам, цей контроль є одним з наймогутніших векторів розвитку того, що заведено називати

правовою державою. Антиімперське спрямування доктрини Кельзена, яким пронизана його критика поняття самозобов'язання, так само помітне в іншій фундаментальній тезі “чистої теорії права”, де йдеться про єдність міжнародного та внутрішнього права, яке явно протиставляється тезам юристів Імперії. Найкращі тлумачі Кельзена не помилилися стосовно змісту його доктрини: протягом свого найуїдливішого періоду Карл Шмітт викриває нормативізм як ліберальний та антиполітичний (Шмітт, *Три типи юридичної думки*, с. 70–80). А такий мислитель, як Раймон Арон, будучи повністю ліберальним, був також мислителем-реалістом у міжнародних відносинах, засвідчував свою прихильність до теорії самообмеження (навіть якщо вона не може створити “зобов'язувальну силу” права, ця теорія є “оформленням історично-соціальної реальності” (*Мир та війна між націями*, с. 704–707)

III. “RULE OF LAW” та правова держава

Якщо німецьке поняття *Rechtsstaat* можна легко перекласти на більшість континентальних мов, то його переклад на англійську становить серйозну проблему, не лише лінгвістичного характеру. Найбільш розповсюдженою практикою є переклад слова *Rechtsstaat* або французького словосполучення *Etat de droit* (“правова держава”) словосполученням *Rule of Law*, проте їхні конотації є досить відмінними. З лінгвістичної точки зору постає проблема подвійності значення слова *Law*, яке водночас означає право і закон, тоді як суб'єктивні права скоріше позначаються словом *Rights*; це не є найважливішим, обов'язково слід зазначити, що юридично-політичний зміст поняття *Rule of Law* досить відрізняється від змісту поняття *Etat de droit*. Поняття *Rule of Law* посилається на субстанційні та процедурні критерії законності правителів та юридичних норм більше, ніж на формальний зв'язок системи державницьких норм: це поняття означає, з одного боку, що в організації *government* закон має бути поставлений над людьми (згідно з класичною ідеєю з часів грецької філософії), з іншого боку, що законодавство та судовий процес мають представляти певні процедурні якості (для прикладу: американське поняття *due process of Law*, яке зазвичай перекладають як “безпристрасна процедура”). Таким чином, там, де *Etat de droit* проповідує переважним чином спосіб (ієрархія норм), який вважають здатним досягти певного результату (свобода), *Rule of Law* набагато точніше визначає результат, проте не вказує на жоден спосіб, щоб досягти його. Крім того,

труднощі подвоюються англійським походженням поняття, настільки англійська конституція мало відповідає нормам сучасного конституціоналізму; тут класичним автором є визначний юрист А.В. Дайсі (1835–1822), який показав, що англійський режим базується на тонкій рівновазі між суверенітетом Парламенту (який виключає контроль над конституційністю законів) та *Rule of Law* (який вимагає, щоб керування походило від *Common Law* та щоб службовці, як і решта громадян, несли відповідальність перед звичайними судами, що несумісно з континентальною, зокрема французькою, ідеєю адміністративного права). Наслідком цієї доктрини є те, що, з одного боку, Об'єднане королівство не є правовою державою, через відсутність контролю над конституційністю законів, а з іншого боку, те, що Франція не живе під *Rule of Law* у зв'язку з існуванням адміністративного права, де проявляється особливий тип юрисдикції. Практичний зміст сьогодні важить менше, ніж на початку XX століття, що пов'язано з ліберальною еволюцією адміністративного права, а ще з важливістю американського конституціоналізму в культурі англomовних юристів та філософів. Однак, навіть сьогодні англійські та американські автори в *Rule of Law* вбачають іншу річ, ніж ту, яку розуміють юристи та філософи під *Etat de droit*. Саме через цю причину в їхньому середовищі вважається точнішим переклад *Rechtsstaat* словосполученням *constitutionnal government*, а не *Rule of Law*.