

Мандат государства на обеспечение предпосылок его существования как продуктивная дилемма

*Штефан Харбарт**

**Штефан Харбарт – доктор права, профессор, председатель Федерального конституционного суда ФРГ и почетный профессор Гейдельбергского университета имени Карла Рупрехта.*

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству *Mohr Siebeck* и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Stephan Harbart, *Der Auftrag des Staates zur Verwirklichung seiner Voraussetzungen als produktives Dilemma***, в: *Archiv des öffentlichen Rechts* 2023, 148, 1 и далее.

Содержание:

I. Социальная сплоченность через вмешательство, закон, диссенсус	2
1. Сплоченность и государственное вмешательство	4
а) Требования и ожидания государства	4
б) Позитивное использование свободы и мандат государства на вмешательство	5
2. Сплоченность и закон	6
а) Первоначальный контекст	6
б) Секуляризация диктума	7
3. Сплоченность и отсутствие единомыслия	9
II. Нормативный базовый консенсус: отправная точка, содержание, инструменты	10
1. Содержание	10
а) Послушание праву	11
б) Этика законности	12

c) Лояльность к праву	13
2. Ориентир или точка отсчета	13
a) Законы, связанные со свободой и ограничивающие свободу	14
b) Право, допускающее и регулирующее конфликты	16
aa) Содержание	16
bb) Эффекты	18
(1) Стабилизация в условиях диссенсуса	18
(2) Интеграция через язык	19
(3) Активация через избыток норм	21
3. Инструменты	22
a) Обеспечение через самообязывания	23
b) Обеспечение через процедуры	23
c) Обеспечение через активную защиту	24
d) Коммуникативное обеспечение	25
III. Заключение	26

I. Социальная сплоченность через вмешательство, закон, диссенсус

Вопрос о вне- и предгосударственных предпосылках свободно-демократического светского государства задавался неоднократно и с различных точек зрения.¹ Он имеет точки соприкосновения с самыми разными тематическими комплексами и фундаментальными концепциями

¹ См. Denninger, *Loyalitätserwartungen*, KJ 2011, стр. 321 и сл. Совсем недавно была даже предложена реконструкция с экономической точки зрения: K. v. Chatziathanasiou, *Constitutional Stability*, 2019.

(конституционный патриотизм², культурная интеграция³, отношения государство-религия⁴ и др.), и с вопросом о действии права затрагивает самые корни теории права. Этот вопрос также обнаруживает связь и с более конкретными проблемами догматики основных прав, например, с негативными аспектами гражданских свобод и объему их защиты⁵, а также с конкретными случаями их конституционно-правового применения, как например с определением содержания государственного преподавания религии,⁶ объема и пределов свободы собраний⁷ и свободы мнений⁸ или допустимости и рамок внешнего политического консультирования⁹. В конечном счете, речь идет о "фаустовском вопросе о том, что на самом деле внутренне спланирует общество и собственно государство".¹⁰

Множество направлений, которое затрагивается этой проблемой, соответствует множеству способов ее описания. Ниже представлены три подхода, которые касаются вопроса о возможностях, средствах и целях стремления к сплоченности: Является ли государство здесь бессильным или оно также может производить сплоченность? Служит ли имеющееся в его распоряжении право средством достижения этой цели? И идет ли речь о стремлении к однородности или, скорее, о создании условий и преодолении "конфликта согласия"?

² Более подробно см. J.-W. Müller, *Verfassungspatriotismus*, 2010; см. также фундаментальное исследование D. Sternberger, *Verfassungspatriotismus* [1979], в: ders. (Hrsg.), *Schriften*, Bd. 10, *Verfassungspatriotismus*, 1990, стр. 13 и далее.

³ См. H. Dreier, *Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Grundrechtsdemokratie*, в: Hufen (Hrsg.), *Verfassungen. Zwischen Recht und Politik, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans-Peter Schneider*, 2008, стр. 70 / 76 и далее в дискуссии с теорией интеграции *Сменда (Smend)*. Из недавних публикаций см. M. Wagner, *Kulturelle Integration und Grundgesetz*, 2020.

⁴ См. например, H. Dreier, *Säkularisierung und Sakralität*, 2013.

⁵ J. Hellermann, *Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte*, 1993, в частности с. 231 и далее.

⁶ J. Palm, *Berechtigung und Aktualität des Böckenförde-Diktums. Eine Überprüfung vor dem Hintergrund der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates*, 2013.

⁷ См. K. Krisor-Wietfeld, *Rahmenbedingungen der Grundrechtsausübung – insbesondere zu öffentlichen Foren als Rahmenbedingung der Versammlungsfreiheit*, 2006.

⁸ См. P. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, 2013, в частности с. 25 и далее.

⁹ H. Wörner, *Gesetzgebungsoutsourcing im verfassungstheoretischen Kontext. Erörterung der Geltungskraft der Verfassung im Bereich externer Politikberatung*, 2021, в частности с. 233 и далее, 245 и далее.

¹⁰ H. Dreier, *Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne*, 2018, стр. 208.

1. Сплоченность и государственное вмешательство

Пауль Кирххоф (Paul Kirchhof) для характеристики проблемы негосударственных и предгосударственных предпосылок государства нашел один из своих многочисленных наглядных образов. По мнению *Пауля Кирхгофа*, государство Основного закона оставляет человеку свободу "жить как Диоген в бочке", отвернувшись от всех социальных, семейных и экологических интересов, и тем самым несет риск "погибнуть от своей собственной свободы". Однако, не имея возможности принудить к этому, оно рассчитывает на то, что люди будут *позитивно* использовать предлагаемую свободу, например, осуществляя трудовую деятельность, организуя семейную жизнь или используя своё избирательное право.¹¹

а) Требования и ожидания государства

Эту идею *Пауль Кирххоф* подверг широкой и глубокой интерпретации с помощью доктрины предпосылок основных прав и свобод.¹² С одной стороны, она принимает во внимание обстоятельства внешнего характера, необходимые для осуществления гражданских свобод (например, фактическое наличие жилья для реализации гарантии права на неприкосновенность жилища (ст. 13 п. 1 Основного Закона ФРГ), а также частнопредварительный режим собственности и договорных отношений, чтобы иметь возможность его приобретать и гарантированно распоряжаться им¹³). А с другой - те, которые основаны на внутренней диспозиции носителя основного права и которые позволяют ему позитивно использовать свои гражданские свободы (например, формировать мнение на основе получения информации, проводить и участвовать в собраниях, заниматься публичной или политической деятельностью).¹⁴ Если первые из упомянутых внешних "предпосылок" должны быть либо гарантированы государством, либо, по крайней мере, обеспечиваться его содействием, то в отношении вторых факторов, связанных исключительно с внутренним настроем и

¹¹ См. *P. Kirchhof*, Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen, в: Merten / Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, 2004, § 21 Rdnr. 2; *ders.*, Die kulturellen Voraussetzungen einer freiheitlichen Demo-kratie, в: Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, 2002, с. 75 / 77.

¹² *Kirchhof*, Grundrechtsvoraussetzungen (сноска 11), § 21. См. также *J. Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, в: Isensee/Kirchhof (ed.), Handbuch des Staatsrechts, vol. IX, 3rd ed. 2011, § 190 para. 49 et seq.

¹³ Упоминается в *Kirchhof*, Grundrechtsvoraussetzungen (сноска 11), § 21 п. 27 как "правовая предпосылка эффективности".

¹⁴ В *Kirchhof*, Grundrechtsvoraussetzungen (сноска 11), § 21 абз. 8 упоминается как "условие восприятия".

дееспособностью носителей основных прав, позиция демократического государства оказывается в значительной степени низведённой до уровня обусловленных ожиданиями установок.

б) Позитивное использование свободы и мандат государства на вмешательство

"Парадокс Диогена"¹⁵ - особенно яркий пример подрыва таких "ожиданий фундаментальных прав". Он иллюстрирует негативную сторону гражданских свобод, которые также гарантируют человеку право не пользоваться позитивными свободами: "Права на участие всегда являются также правами на отказ от участия".¹⁶ Однако концептуально *Пауль Кирхгоф* идет дальше, когда включает в свои рассуждения не только произвольное использование позитивной свободы, но и то, которое ориентировано на общее благо, понимая, с одной стороны, что свобода в рамках основных прав - это формальная свобода, которую не нужно согласовывать с государственными интересами¹⁷, но в то же время будучи убежденным, что государство не обречено на простую пассивность в этом отношении. Тот факт, что правовой и конституционный порядок основан на ожиданиях, исполнение которых он сам не может обеспечить, не должен превращаться для него в "формулу оправдания", в соответствии с которой "государство живет из предпосылок, на которые ему не позволено влиять".¹⁸ Напротив, задача государства - без правового принуждения - посредством «осуществляемого на свободно-демократических началах вмешательства» поощрять позитивное использование свободы, которое также служит общему благу".¹⁹ Это можно резюмировать оптимистичной формулой: хотя государство и не может гарантировать условия своего существования, оно может однако позаботиться о некоторых из них.

¹⁵ В этом смысле *F. Dirsch*, "государство живет за счёт предпосылок, которые оно само не может гарантировать" - *Lesarten und Interpretationsprobleme der Böckenförde-Doktrin als eines kanonisierten Theorems der deutschen Staatsrechtslehre*, ZfP 2009, с. 123 / 139 и сл.

¹⁶ *T. Reiß*, *Homogenität oder Demokratie als „einigendes Band“? Zur Diskussion der „Voraussetzungen des Rechtsstaats“ bei Böckenförde und Habermas*, MRM 2008, с. 205 / 215.

¹⁷ См. BVerfGE 102, 370 / 395.

¹⁸ *Kirchhof*, *Grundrechtsvoraussetzungen* (сноска 11), § 21 Rdnr. 6.

¹⁹ *Kirchhof*, *Grundrechtsvoraussetzungen* (сноска 11), § 21 Rdnr. 61 и далее.

2. Сплоченность и закон

Таким образом, парадокс Диогена и контекст, в который он помещен, демонстрируют, не оставленные без внимания *Паулем Кирххофом*²⁰ точки соприкосновения с известной сентенцией *Эрнста-Вольфганга Бёкенфёрде* (*Ernst-Wolfgang Böckenförde*), согласно которой, "основанное на принципах свободы и демократии секуляризованное государство [живет] на предпосылках, которые оно не может себе гарантировать", и что это "риск, на который оно пошло ради свободы".²¹

а) Первоначальный контекст

Согласно первоначальному замыслу и толкованию, диктум *Бёкенфёрде* охватывал, в известной степени, подмножество того, что подпадает под доктрину предпосылок основных прав, поскольку, с одной стороны, он касался внутреннего отношения граждан к свободно-демократическому, секуляризованному государству, то есть к точке отсчета ожиданий, и в этом отношении фокусировался на социально-нравственной субстанции, питаемой христианскими убеждениями. Формулируя свою сентенцию, *Бёкенфёрде* был озабочен ролью церкви в тогда еще молодой Федеративной Республике Германия. Он стремился показать, что христианская традиция - это ресурс, из которого секуляризованное государство может черпать пользу, но существование и пополнение которого оно не может и не должно - "во имя свободы" - обеспечивать средствами суверенной власти. В конечном

²⁰ *Kirchhof*, Grundrechtsvoraussetzungen (сноска 11), § 21 Rdnr. 6, в том числе со ссылкой на «исходные выводы» исследования *J. v. Eichendorffs*, *Preußen und die Konstitutionen* (1832), напечатано в: Frühwald / Schillbach / Schultz (Hrsg.), *J. v. Eichendorff, Werke*, Band 5: Tagebücher, autobiographische Dichtungen, historische und politische Schriften, 1993, с. 599 / 609 и сл.: „Ни одна конституция, как письменный договор, не гарантирует саму себя, ее гарантия основана лишь на моральном ощущении народом ее внутренней необходимости, которая, однако, в свою очередь, может возникнуть только там, где конституция действительно возникла заранее обдуманном органическим путём“. По данному вопросу также *H. Goerlich*, *Die Legitimation von Verfassung, Recht und Staat bei Ernst-Wolfgang Böckenförde*, в: Mehring / Otto (Hrsg.), *Voraussetzungen und Garantien des Staates*, 2014, с. 194 / 195 и сл., 198; также *G. Anschütz*, *Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung*, 1923, с. 33: "Условия, которые не может создать ни одна конституция, но которые должна предполагать каждая конституция, и особенно конституция демократического государства". О других исторических источниках см. Dreier, *Staat* (сноска 10), с. 194 и далее.

²¹ *E.-W. Böckenförde*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* [1967], в: ders. (Hrsg.), *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, 1976, с. 42 / 60.

счете, это было обращённое к христианам приглашение с учетом этого вывода принять участие в жизни молодой Федеративной Республики.²²

б) Секуляризация диктума

Некоторая доля иронии присутствует в том, что эта сентенция - поначалу оставшаяся незамеченной²³ - приобретала все большее значение по мере того, как ослабевала социально объединяющая сила христианства. Здесь можно выделить два течения, оба из которых находят свою основу в загадочной открытости²⁴ диктума. С одной стороны, диктум был возведен в ранг "крылатой фразы"²⁵, что привело к усечённым неверным интерпретациям,²⁶ - вызвавшим некоторого раздражения со стороны его

²² Это собственная аутентичная интерпретация *Бёкенфёрде* в его биографическом интервью с *D. Gosewinkel*, в: *Böckenförde* (Hrsg.), *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011, с. 307 / 431. См. по данному вопросу также *T. Stein*, *Vorpolitische Grundlagen des liberalen Rechtsstaates – oder: Braucht der Staat Religion?*, в: *Ebner / Kraneis / Minkner / Neue-feind / Wolff* (Hrsg.), *Staat und Religion*, 2014, с. 25 / 29.

²³ *H. -J. Große Kracht*, *Fünfzig Jahre Böckenförde-Theorem. Eine bundesrepublikanische Bekenntnisformel im Streit der Interpretationen*, в: *ders. / K. Große Kracht* (Hrsg.), *Religion – Recht – Republik. Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde*, 2014, с. 155 / 160; *Dreier*, *Staat* (сноска 10), в частности с. 197.

²⁴ См. *Goerlich* (сноска 20), с. 194 и сл., 200, 213: "таинственный, закодированный и загадочный", диктум "амбивалентной неоднозначности" или "непрозрачности", "бланкетного характера"; см. также - с очевидно уничижительным оттенком - *T. Ebert*, *Ernst-Wolfgang Böckenförde - Ein Mann und sein Diktum, Aufklärung & Kritik 2/2010*, с. 108: "государственно-политический оракул".

²⁵ В этом смысле *Dirsch* (сноска 15), с. 123 и *W. Schild*, *Das Böckenförde-Diktum*, в: *Spieker / Schwenzfeuer / Zabel* (Hrsg.), *Sittlichkeit. Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?*, 2019, с. 185 / 188. С колкой критикой см. *Ebert* (сноска 24), с. 108 / 120: "пустой концептуальный фетиш", "логическая тривиальность".

²⁶ *Dirsch* (сноска 15), с. 123/124: рецепция часто шла вразрез с намерениями создателя. В этом же смысле *R. Gröschner*, *Reziprozität: Voraussetzung des Verfassungsstaates*, в: *Anderheiden/Keil/Kirste/Schaefer* (eds.), *Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*, 2013, с. 462/464 и сл.: "тезис понаслышке". Это обвинение в равной степени относится как к тем взглядам, которые стремятся вывести из диктума *Бёкенфёрде* некую обязанность государства способствовать развитию христианских церквей ("реставрационное прочтение"), так и к тем, которые считают, что государство обязано проявлять полную сдержанность в отношении социально-нравственных ресурсов населения, и приветствуют это ("запретительное прочтение") или осуждают это ("резигнационное прочтение"). См. по данному опросу с дальнейшими ссылками. *Große Kracht* (сноска 23), с. 155/166 и далее, 172 и далее со сноской 47, а также *Dreier*, *Staat* (сноска 10), с. 197 и далее, 201 и далее. Как справедливо отмечает *C. Walter*, *Das Böckenförde-Diktum und die Herausforderungen eines modernen Religionsverfassungsrechts*, в: *H.-J. Große Kracht/K. Große Kracht* (eds.), *Religion - Law - Republik. Studien zu Ernst-*

автора.²⁷ С другой стороны, открытость диктума позволила обратиться к другим догосударственным и *внегосударственным* - но теперь уже сугубо *внутримирским* - ресурсам и предпосылкам в дополнение к религиозным как "предпосылкам, которые не могут быть гарантированы".²⁸ Позже *Бёкенфёрде* сам предпринял такое расширение, когда определил "связанные со свободой, но и ограничивающие свободу" законы как важнейший элемент, создающий идентичность.²⁹ "Такие законы, связанные со свободой, - утверждал *Бёкенфёрде*, - если они применяются последовательно и беспристрастно, способны создать новый вид объединяющей связи над плюралистической, частично расходящейся культурной реальностью: жизненную общность в рамках и в условиях рационального правового порядка, являющегося нерушимым".³⁰

Под этим со всей необходимостью понимается нечто иное, чем существующий правовой и конституционный порядок как таковой. Ибо это не нечто до- или *внегосударственное*, а как раз продукт государственной деятельности, существование которого - по крайней мере внешнее - государство способно гарантировать через свои законодательные, исполнительные и судебные органы. Скорее, речь идет о коллективном *отношении* и причастности субъектов права к свободно-демократическому правовому порядку, на котором должно основываться государство, но который оно не может создать в принудительном порядке, о социально-нравственном ресурсе, который *Бёкенфёрде* также обозначил как "этику законности".³¹

Таким образом, открытость диктума способствовала тому, что в процессе растущего общественного снижения значимости религий он "сам подвергся

Wolfgang Böckenförde, 2014, с. 185/188, такие неверные интерпретации способствовали "переоценке возможностей религии и недооценке возможностей государства".

²⁷ *E.-W. Böckenförde*, *Wissenschaft* (сноска 22), с. 307/432; *Dirsch* (сноска 15), с. 123/132.

²⁸ См. *Goerlich* (сноска 20), с. 194/212 и сл. о возможной связи с фундаментальными правами и правами человека.

²⁹ *E.-W. Böckenförde*, *The Secularised State. Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert*, 2007, с. 35. Уже ранее *Бёкенфёрде* отошел от религиозных ссылок в переформулировке этой сентенции и говорил в целом о "фундаментальных духовно-нравственных установках" или "базовом нравственном ощущении"; см. *E.-W. Böckenförde*, *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978, с. 36 и сл.; см. *Schild* (сноска 25), с. 185/199 и сл.

³⁰ *Böckenförde*, *Staat* (сноска 29), с. 36. См. также US Supreme Court, *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U. с. 156, 171 [1972]: "Верховенство права, на равных условиях применяемое как к меньшинствам, так и к большинству, как к бедным, так и к богатым, является великой связующей силой, скрепляющей общество".

³¹ *Böckenförde*, *Staat* (сноска 29), с. 36.

секуляризации".³² "Шарнирная функция" сентенции *Бёкенфёрде*, которую ей приписывали в связи с совместимостью его диктума с дебатами (более раннего) периода 1960-х годов,³³ которые все ещё находились под влиянием школы *Шмитта*,³⁴ продолжает оказывать сильное влияние и в настоящее время.

3. Сплоченность и отсутствие единомыслия

В эпоху растущей социальной фрагментации, поляризации и разобщенности вопрос об "объединяющих узлах" встает с еще большей остротой.³⁵ При этом важно подчеркнуть, что социальные центробежные силы, на которые часто сетуют, являются не только результатом внутренних и внешних кризисов, но и, в частности, продуктом индивидуалистической свободы, которая, как отмечал *Пауль Кирххоф*, означает "право отличаться от других, углублять существующие различия, отступать от установленных обычаев и нарушать сложившиеся традиции".³⁶ Основные права как "источник гетерогенности" неизбежно являются поэтому дезинтегративными.³⁷ В то же время этот вывод требует, чтобы индивидуализация, фрагментация и конфликт понимались не только как часть проблемы, но и как часть ее решения.³⁸

³² *M. Haus*, Ort und Funktion der Religion in der zeitgenössischen Demokratietheorie, в: Minkenberg/Willems (eds.), Politik und Religion (= PVS Sonderheft 33), 2003, с. 45/47. Замечание *Хауса* о том, что секуляризация также сопровождалась "сглаживанием конфликта", не является убедительным. Напротив, вопросы, поднятые в диктуме, теперь, вероятно, будут возникать с меньшей остротой в отношении других объектов.

³³ Об отношениях между *Эрнстом-Вольфгангом Бёкенфёрде* и *Карлом Шмиттом* см. R. Mehring, Welch gütiges Schicksal. Ernst-Wolfgang Böckenförde / Carl Schmitt: Briefwechsel 1953 – 1984, 2022.

³⁴ *Dirsch* (сноска 15), с. 123/132, 133 и далее, 137 и далее.

³⁵ См. *F. Meinel*, Neues zum Werk Ernst-Wolfgang Böckenfördes, Ethik und Gesellschaft, 2016, с. 1 / 2, который поднимает вопрос о том, что "политико-теологические вопросы" молодого *Бёкенфёрде* сейчас вообще только и приобрели особенно вирулентный характер, "хотя и в совершенно иных символах".

³⁶ *P. Kirchhof*, Die kulturellen Voraussetzungen der Freiheit, 1999, с. 1.

³⁷ См. *Dreier*, Integration (сноска 3), с. 70 / 91.

³⁸ О необходимости реабилитации конфликта как фактора интеграции говорит *G. Frankenberg*, Tocquevilles Frage. Zur Rolle der Verfassung im Prozess der Integration, в: Schuppert / Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, с. 31 / 44 и далее. Интегративный эффект инакомыслия также подчеркивают *Dreier*, Integration (сноска 3), с. 70/93 и далее.; *A. Voßkuhle*/Т. *Wischmeyer*, Die Verfassung der

На этом фоне справедливо – и только на первый взгляд, парадоксальным образом – указывается на интегративный потенциал отсутствия единомыслия.³⁹ Стабилизирующий и интегрирующий момент может быть найден именно в решении и преодолении противоречий.⁴⁰ Не замкнутые в рамках гомогенных групп ценностные горизонты или мировоззренческие и социальные взгляды, а только – но все же! – определённая коллективная позиция в понимании того, как можно мирно и средствами права разрешить возможные разногласия в плюралистическом обществе, может оказаться тем, что скрепляет плюральное общество в его различиях и разногласиях.

II. Нормативный базовый консенсус: отправная точка, содержание, инструменты

На пересечении этих трех подходов проявляются важная понятийная категория и три комплексных вопроса: термин "нормативный базовый консенсус" как объединяющее общество отношение к праву, и сгруппированные вокруг этого термина вопросы о его содержании, исходных ориентирах и инструментах, с помощью которых государство может защищать, укреплять и продвигать этот базовый консенсус.

1. Содержание

Вопрос о *содержании* консенсуса – это вопрос о внутреннем и внешнем обязательном характере позиции, которую субъекты права проявляют к праву и установленному им порядку. Она может быть выражена в континууме шкалы степеней обязательности, на крайних полюсах которого

Mitte, 2016, с. 22 et seq. См. уже *E. Fraenkel*, *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie* [1964], в: v. Brünneck (ed.), *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 9th ed. 2011, с. 256/259.

³⁹ Рациональной представляется "типология конфликтов в конституционной теории" с ее различием между интегративными и дезинтегративными конфликтами у *Frankenberg* (Сноска 38), с. 31 / 48 и далее.; см. также *W. Brugger*, *Theorie und Verfassung des Pluralismus. Zur Legitimation des Grundgesetzes im Anschluss an Ernst Fraenkel*, в: ders. (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, с. 273 / 295 и далее.; см. также *Müller* (Сноска 2), с. 67 и сл.

⁴⁰ *H. Dreier*, *Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung*, RW 2010, с. 11 / 35.

находятся, с одной стороны, простое принятие закона (*obedience to the law*) и, с другой стороны, чувство ответственности (*ethos*) за право и правовое государство, которое направляет действия. Между этими полюсами располагается *лояльность*, понимаемая здесь как определенное внутреннее единение и сплочённость и как отношение поддержки.

а) Послушание праву

Под правопослушанием здесь понимается существующая в общем и целом готовность субъектов права признавать законы, административные или судебные решения в качестве обязательных и действовать в соответствии с ними. Никакой дополнительной привязанности к праву не требуется. Закону подчиняются и те, кто его соблюдает, даже если они его отвергают.⁴¹

Подчинение праву, понимаемое таким образом, изначально формирует основание для *действия* (действительности) права. Все попытки обосновать действие права - примером тому может служить "Чистая теория права" Кельзена⁴² или концепция действия (действительности) права Алекси⁴³ - не могут полностью обойтись без эмпирического элемента, а именно фактического признания правового и конституционного порядка в качестве обязательного достаточной частью субъектов, подпадающих под сферу его действия.⁴⁴ Параллель с диктумом Бёкенфёрде здесь проявляется в том смысле, что также и само право в свободно-демократическом правовом государстве основано и выводится на внеправовых предпосылках, которые не могут быть гарантированы средствами суверенной власти. Однако содержательно основной нормативный консенсус по существу должен обозначать нечто большее, чем простое условие действия права.⁴⁵ Вопрос об

⁴¹ Справедливо указано в *Dreier, Ordnung* (Сноска 40), с. 11 / 23 и сл. : "Можно от души презирать свободно-демократический порядок как форму ослабленного либерализма, западного декадентства или порождение далекого от Бога культа индивидуализма и при этом активно использовать гарантии свободы без риска стать объектом правовых санкций, поскольку правовой порядок не нарушается".

⁴² *H. Kelsen, Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, с. 10 и сл.

⁴³ *R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts*, erw. Neuausgabe 2020, с. 203 и сл. относительно действия конституции.

⁴⁴ *F. Wittreck, Geltung und Anerkennung von Recht*, 2014, с. 29 с дальнейшими ссылками относительно противоположного мнения.

⁴⁵ *Reiß* (Сноска 16), с. 205 / 219. См. по вопросу о признании как предпосылке действия также *U. Volkman, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 2013, с. 295.

отношении к *действующему* правовому порядку со всей необходимостью должен выходить за рамки вопроса о действии (действительности) права.

в) Этика законности

Действительно содержательно значимая "этика законности" требует чувство ответственности за успех свободно-демократического правового государства, выходящего за рамки простого послушания праву, в сочетании со способностью и готовностью позволить ему руководить своими действиями.⁴⁶ Это требует не просто соблюдения в общем и целом законодательства и использования своих основных прав таким образом, чтобы, насколько это возможно, "оставаться в покое" от государства, не просто реализацию - и без того уже ограниченных - конституционных полномочий участия ("*status activus*"),⁴⁷ и в частности избирательных прав.

Для того чтобы можно было говорить об "этике" в содержательно значимом смысле, вероятно, требуется позитивная приверженность успеху свободно-демократического конституционного государства, основанная на лояльности и чувстве ответственности. Это достигается в том числе участием в общественном и политическом дискурсе относительно того, что следует считать правом, а также активной поддержкой основополагающих материальных решений конституционного порядка, например, в кампании по формированию общественного мнения, в своей профессии, в волонтерской работе или в объединениях и союзах. Вопрос о том, не слишком ли многого это *требует*, уже был бы неверным. В конце концов, свободно-демократическое государство не может предписывать или тем более принуждать к подобным обязательствам активного личного участия.⁴⁸ Правильнее было бы спросить, не слишком ли многого следует *ожидать* от такой "этики".⁴⁹ Это следовало бы приветствовать, если бы ожидание было направлено на то, что *большинство* общества, ведомое пламенной этикой, беззаветно посвятило бы осуществление гражданских свобод реализации

⁴⁶ См. O. W. Lembcke / B. v. Klink, Gesellschaftliche Voraussetzungen freiheitlicher Ordnung. Über Böckenfördes Diktum und die ideologischen Herausforderungen in Zeiten von Islamismus und Populismus, ZPTh 2017, с. 215 / 228.

⁴⁷ Фундаментально см.: G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, с. 129 и далее.

⁴⁸ Frankenberg (сноска 38), с. 31/55 и сл.: Недопустимость обвинений государством, что кто-то "плохой гражданин добродетельной республики".

⁴⁹ О конституционных ожиданиях фундаментально см. H. Krüger, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, в: Ehmke/Kaiser/Kewenig/Meessen/Rüfner (eds.), Festschrift für Ulrich Scheuner, 1973, с. 285 и далее.

свободно-демократического правового и конституционного порядка. Но это не соответствовало бы действительности, и это также не требуется для успеха демократического правового государства. В отношении обязательств более мелкого масштаба ситуация может представлять иной. Наблюдать и не отворачиваться, не молчать, а поднимать голос, когда случается повседневная несправедливость и вмешательство возможно без риска для себя. Трудно предположить, что само государство не должно ожидать такого минимума гражданского мужества - даже если никто не обязан этого делать. Возможно, поэтому можно сказать, что ожидания государства в отношении этики, которой направляются действия, могут быть тем выше, чем меньше она требует от людей действовать в соответствии с ней.

с) Лояльность к праву

Между правопослушанием при сохранении определённой дистанции к праву и "этической" ангажированностью находится лояльность по отношению к праву, понимаемая здесь как основанное на убеждении и выходящее за рамки простого повиновения позитивное одобрение правопорядка и свободно-демократического правового государства, которое его производит и одновременно им конституируется.⁵⁰ Это больше, чем простое правопослушание, постольку и поскольку праву подчиняются не чисто отрешённо по привычке, из страха перед санкциями государства, публичным осуждением и т. д., а происходит скорее исходя из признания права и из приверженности к нему. И это меньше, чем "этика законности", поскольку исключает более далекоидущую приверженность свободно-демократической правовой государственности, несмотря на то, что лояльность к закону является той основой, на которой может процветать более глубокая этика законности.

2. Ориентир или точка отсчета

Качество внутреннего отношения к праву следует отличать от объекта, на который оно направлено. В связи с этим возникает вопрос об *ориентире* или *точке отсчета*, т. е. вопрос о типе, объеме и степени абстракции

⁵⁰ *Wagner* (Сноска 3), с. 470.

нормативного массива, который разумно считать частью нормативного базового консенсуса:⁵¹

Что касается *типа*, то должна ли речь идти в понятийном плане исключительно о материально-правовых решениях о том, что требуется, запрещается и разрешается, или также (или только?) о процедурных правилах, в соответствии с которыми эти решения принимаются? И что касается *объёма*, то можно ли ожидать консенсус по всей совокупности правил и принятых решений, или только по некоторым "ключевым пунктам" или же хотя бы по определённому нормативному массиву, расположенному "где-то по середине" между этими двумя крайними полюсами? Наконец, возможен ли консенсус только в отношении достаточно абстрактных рамочных установок, требующих заполнения, то есть таких, которые обычно можно обнаружить на конституционном уровне, или также в отношении норм достаточной степени конкретизации, как они регулярно встречаются (только) на уровне субконституционного правового порядка?

Между рассмотренным ранее обязательным характером базового нормативного консенсуса и объектом, к которому он относится, существует очевидная связь. Чем шире и конкретнее определен соответствующий корпус норм, тем ниже требования, которые могут быть предъявлены к объединяющей позиции, а чем более узко и абстрактно он определен, тем выше могут быть эти требования.

а) Законы, связанные со свободой и ограничивающие свободу

Свою "этику законности" *Бёкенфёрде* на более позднем этапе сосредоточил на "законах, связанных со свободой и ограничивающих свободу". Даже если он и не дал определения этой понятийной категории, отдельные высказывания достаточно ясно показывают, что он имел в виду. Такие законы должны быть направлены на "стабилизацию открытого секулярного порядка свободы" путем установления "четких, обоснованных ориентиров и линий, которые также содержат ограниченные области терпимости", "но не расплзаются в путаницу постоянного оценочного взвешивания". "Соблюдение и контроль" этих законов должны подлежать строгому осуществлению.⁵² В качестве примера им приводятся

⁵¹ См. также концепт "реконструкции спорной и неоспоримой сферы" в соответствии с *E. Fraenkel* в *W. Brugger* (сноска 39), с. 273/295 и далее.

⁵² *Böckenförde*, *Staat* (Сноска 29), с. 35.

обязательность общих школьных уроков и защита религиозных убеждений от диффамации и унижения.⁵³

Таким образом, у *Бёкенфёрде* речь шла, со всей очевидностью, о тех материально-правовых решениях в рамках (обычного) законодательства, которые (настолько четко, насколько это возможно) отграничивают сферы свободы друг от друга. Однако представляется сомнительным, что через ограничительный атрибут, связанный с различными аспектами регулирования свободы, можно действительно добиться значимого дифференцирующего разграничения корпуса норм, поскольку почти все материальные запреты, требования и разрешения в демократическом правовом государстве имеют своим содержанием подобное регулирование. В конечном итоге учитываемая *Бёкенфёрде* "этика законности" могла бы быть распространена почти на все материальное право. Однако было бы только чрезмерным требованием ожидать лояльности к каждому отдельному решению конституционного или даже обычного законодателя, выходящей за рамки простого правопослушания.⁵⁴ Скорее, такое ожидание само по себе оказалось бы определённой угрозой обеспечению свободы и демократии. Законодательные решения являются результатом политических компромиссов и поэтому неизбежно несовершенны.⁵⁵ Многие легитимные интересы не реализуются в демократическом дискурсе, потому что не удается добиться соответствующего большинства. По этой причине при демократии постоянно существует резервуар еще нереализованных идей и концепций, которые потенциально могут стать законом, если прежде поверженное меньшинство станет большинством в будущем. Поэтому демократия живёт также благодаря скептическому отношению к отдельным решениям.

По этой причине представляется сомнительным, что "связанные со свободой и ограничивающие свободу" законы в понимании *Бёкенфёрде* создают порядок, при котором общество могло бы сплотиться в единство, особенно с учетом приводимых им примеров. Так, по вопросу о том, какие ограничения свобода вероисповедания в отдельных случаях накладывает на свободу выражения мнения, могут вполне легитимно вестись и также ведутся споры.

Широта и степень конкретизации корпуса норм, выделенного в концепции *Бёкенфёрде*, могут быть достигнуты поэтому единственно ценой существенное снижение требований к "базовому нормативному консенсусу". И есть основания считать, что "этика законности" *Бёкенфёрде*

⁵³ *Böckenförde, Staat* (Сноска 29), с. 35 и сл.

⁵⁴ *Wagner* (Сноска 3), с. 471.

⁵⁵ См. *P. Harbarth, Empirieprägung von Verfassungsrecht*, JZ 2022, с. 157 / 159.

не должна выходить за рамки простого правопослушания (*Rechtsgehorsam*).⁵⁶ Хотя в итоге "лояльность по отношению к закону" объявляется "основой общего сосуществования", но это явно не сопровождается более "далеко идущими ценностными констатациями"⁵⁷ и, при этом со всей очевидностью, в значительной степени отождествляется "повиновения праву" (*Rechtstreue*).⁵⁸ Поскольку решающее значение при этом придаётся также "строгому исполнению", "соблюдению" и "нерушимости" "законов, связанных со свободой".⁵⁹ Однако "этика законности", не выходящая или почти не выходящая за рамки правопослушания, является, как было справедливо замечено, "уже не содержательным этосом", а скорее "переписанием проблемы"⁶⁰ - но не столько проблемы связей, объединяющих и сплачивающих сообщество, сколько (как объяснялось выше) проблемы действия (или действительности) права.⁶¹

в) Право, допускающее и регулирующее конфликты

aa) Содержание

Учитывая все это и принимая за основу перспективный тезис об интегративном потенциале отсутствия единомыслия (диссенсуса), представляется, что нормативный корпус этого рода может быть ограничен в зависимости от того, в какой степени правила и решения *допускают и*

⁵⁶ Иначе, однако *Lembcke / v. Klink* (сноска 46), стр. 215 / 228: "больше, чем принятие".

⁵⁷ За отсутствием «ценностных констатаций», вероятно, также стоит неприятие со стороны *Böckenförde* логики мышления, ориентированной на порядок ценностей. См. E.-W. Böckenförde, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, в: ders. (ред.), *Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, erw. Ausgabe, 2006, стр. 67/ 81 и далее.

⁵⁸ См. *Böckenförde*, *Staat* (сноска 29), с. 38: "Секуляризованное государство делает исламу и его последователям предложение, которое имеет две стороны. С одной стороны, оно ожидает и требует от них лояльности закону и, в этом смысле, повиновения праву, оставляя им при этом "внутреннюю оговорку", что они могут дистанцироваться от его порядка и даже в принципе не принимать его."

⁵⁹ *Böckenförde*, *Staat* (сноска 29), стр. 35 и сл.

⁶⁰ *Reiß* (сноска 16), стр. 205 / 219. См. также *Schild* (сноска 25), стр. 185/188 о переформулированном тезисе (см. сноска 29): "скорее постановка проблемы, чем возможный".

⁶¹ *E. Reimer*, *Verfassungspluralität als Verfassungsvoraussetzung*, в: *Anderheiden / Keil / Kirste / Schaefer* (Hrsg.), *Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*, 2013, стр. 482 / 484 и далее о различии между предпосылками действия и предпосылками функционирования.

разрешают конфликт, то есть касаются рамок и средств, с помощью которых социальные, политические и государственные акторы разрешают диссенсус, какой орган по каким правилам и с какими последствиями решает конфликт в случае необходимости, и в соответствии с какими стандартами и требованиями можно добиться изменения принятого таким образом решения.

Такие правила можно разделить двояким образом. С одной стороны, - на (институциональные и процедурные) *предпосылки создания* правовых актов и источников правового знания и опыта (*Rechtserkenntnisakte*), то есть корпус норм, касающихся создания и назначения состава институтов, устанавливающих право и признающих правила в качестве права, а также процедуру, в которой это происходит. И, с другой стороны, - на *материальные основополагающие принципы и идеи*, которым нормативное установление или признание должно соответствовать *содержательно*, чтобы иметь возможность претендовать на лояльность в качестве легитимного результата конфликта или средства его разрешения.

Что касается *объема* комплекса норм, очерченного таким образом, то для формирования значимого "нормативного консенсуса" представляется необходимым, но и достаточным, если граждане могли соответствующие *основополагающие* положения⁶² правового и конституционного порядка в общем и целом признавать "как свои собственные".⁶³ Чем более абстрактными будут эти ключевые моменты, тем в большем объеме они вызовут одобрение у всех.⁶⁴ Это объясняется тем, что абстракция содержит адресованное всем обещание, что в ней можно найти и свою собственную позицию.⁶⁵ Таким образом, многое указывает на то, что "нормативный ключевой корпус" следует искать и находить прежде всего на уровне конституции, но это не исключает возможности включения в него специализированных правовых норм или даже отдельных судебных решений. Поэтому представляется, по меньшей мере, опрометчивым

⁶² Более подробно по вопросу о «теоретико-плюралистическом» фундаментальном корпусе см. *W. Brugger* (сноска 39), стр. 273 / 297 и далее.

⁶³ См. *Müller* (сноска 2), стр. 65 и сл.

⁶⁴ См. *E. Fraenkel*, *Strukturanalyse der modernen Demokratie* [1969], в: *v. Brünneck* (Hrsg.), *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 9. erw. Aufl. 2011, стр. 314 / 320.

⁶⁵ По вопросу об основных правах см. *J. Lennartz*, *Eine Grammatik der Freiheit? Zur gesellschaftspolitischen Dimension der Grundrechtsdogmatik*, в: *Heinig / Schorkopf* (Hrsg.), *70 Jahre Grundgesetz*, 2019, стр. 67 / 71: Основные права как "проекция различных представлений о хорошем порядке".

говорить о более узком "конституционном консенсусе"⁶⁶ вместо "нормативного консенсуса".

Если такие фундаментальные институциональные, процедурные и материальные установки в общем и целом находят признание и лояльность со стороны тех, кто должен им подчиняться, то это позволяет предположить, что результат, полученный посредством этого, также может найти лояльное признание, даже у тех, кто отвергает его содержание и требует будущих изменений.

bb) Эфффекты

Нормативный консенсус, понимаемый таким образом, обладает немалым стабилизирующим, интегрирующим и активизирующим эффектом.

(1) Стабилизация в условиях диссенсуса

Основополагающий процедурный и материальный корпус правового и конституционного порядка оказывают стабилизирующее воздействие, поскольку в отношении него можно достичь единого понимания (почти) всех. Что человеческое достоинство неприкосновенно, что действуют фундаментальные права на свободу, за ограничение которых отвечает государство (а не гражданин - за их осуществление), что вся государственная власть исходит от народа и осуществляется только на основе и в рамках закона - все это представляет собой "хороший порядок", и по этому поводу в целом существует консенсус, который основывается не столько на рациональном понимании ценности (конституционных) правовых гарантий, сколько на том, что они связаны с глубоко укоренившимися в обществе убеждениями и представлениями о справедливости, обоснование которых одновременно нормативно подтверждается отражающей их конституцией.⁶⁷

⁶⁶ По данному вопросу см. *A. Uhle*, *Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität*, 2004, стр. 44 и далее.

⁶⁷ См. *Volkman* (Сноска 45), стр. 43: "По сути, это означает, что принципы справедливости, включенные в конституцию, переплетаются с общественными представлениями о порядке и справедливости и что эти представления теперь символически воплощены в конституции". См. также *O. Lembcke*, *Vom Ethos der Gesetzlichkeit*, в: *Hammer/Hidalgo* (eds.), *Religion, Ethics and Politics*, 2020, стр. 109/121. По меткому выражению в *Habermas*, *Überlegungen und Hypothesen zu einem erneuten Strukturwandel der politischen Öffentlichkeit*, в: *Seeliger/Sevignani* (eds.), *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit?*, *Leviathan*, Sonderband 37, 2021, стр. 470/474: "Не философы, а подавляющее большинство граждан должны быть интуитивно убеждены в принципах конституции".

Перефразируя Пауля Кирххофа (*Paul Kirchhof*), можно сказать: конституция стабилизирует, потому что она является частью культуры, в которой она действует.⁶⁸

(2) Интеграция через язык

Посредством этого базовый нормативный консенсус также создает общее языковое пространство, в котором могут разрешаться общественные конфликты. Соответствующий основополагающий процессуальный и материальный корпус правил, по которым ведётся дискуссия, а также прав и полномочий, о которых ведётся дискуссия, составляет грамматику и лексикон языка цивилизованного диссенсуса.⁶⁹ Способность вести конфликт не с помощью насилия, а с помощью языковых средств является в плюралистическом обществе важнейшим интеграционным фактором.⁷⁰ Хорст Драйер (*Horst Dreier*) настойчиво указывал при этом на важность общего языка как "фундаментальной предпосылки" для интегративной силы диссенсуса, которую трудно переоценить: "Конфликты, ведущиеся без языка переговоров [...] заканчиваются изоляцией или насилием".⁷¹ Это замечание, касающееся владения национальным языком, можно применить и к языку правового и конституционного порядка.⁷² Интегративная функция действует не только тогда, когда общественные конфликты "транслируются" юристами и решаются в суде, но и - что, безусловно, гораздо более принципиально - в повседневной общественной медиальной борьбе мнений.

Примером тому служат общественные конфликты вокруг пандемии коронавируса и государственных мер по борьбе с ней, в которых

⁶⁸ P. Kirchhof, Der Antwortcharakter der Verfassung, в: Anderheiden / Keil / Kirste / Schaefer (Hrsg.), Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, 2013, стр. 447 / 455.

⁶⁹ См. P. Graf Kielmansegg, Die Grammatik der Freiheit, 2013, стр. 7 и об основных правах Lennartz (сноска 65), с. 67: "Основные права служат [. . .] в качестве словаря, с помощью которого мы ведем переговоры о содержании, ценностях и убеждениях". Voßkuhle/Wischmeyer (сноска 38), с. 32 и сл. говорят о "нормативном пространстве, в котором могут быть сформулированы несовпадающие претензии на обоснованность".

⁷⁰ См. Frankenberg (сноска 38), стр. 31/45 и сл.

⁷¹ Dreier, Ordnung (сноска 40), стр. 11/36.

⁷² См. Müller (сноска 2), стр. 68 и сл.; иначе J.-F. Kervégan, Unsittliche Sittlichkeit? Überlegungen zum Böckenförde-Theorem und seiner kritischen Übernahme bei Habermas und Honneth, в: Stekeler-Weithofer/Zabel (eds.), Philosophie der Republik, 2018, с. 367/372 со ссылкой на J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, с. 417: "Специальные языки вымывают разговорный язык [...] до такой степени, что ни один, ни другой из них не представляют собой резонансную основу, достаточно комплексную для тематизации и рассмотрения проблем, затрагивающих общество в целом".

человеческое достоинство и гражданские свободы, обязанность государства защищать жизнь и здоровье или принципы демократии и верховенства права как нечто само собой разумеющееся приводились в боевую готовность. То, что подобные юридические термины и понятия часто используются в публичных дебатах просто в качестве лозунгов, подкрепленных (противоположными) максимальными требованиями, может показаться, именно с юридической точки зрения, слишком упрощённым тезисом, однако это не должно заслонять того факта, что это также предполагает определенный результат с точки зрения трансляции и дифференциации, и что "пространство действий" может быть при этом разумным образом ограничено.

Так, мнения участников спора, считавших меры по защите от коронавируса слишком масштабными или, наоборот, неадекватными и неполными, в каждом конкретном случае обосновывали это - пусть даже в виде общих слов - фундаментальным правом на физическую неприкосновенность, тем самым уже достигали своей цели в двояком смысле. Они устанавливали границы нормативно-семантического поля, в котором разворачивался конфликт (по крайней мере, по их мнению), и, в ходе конфликта, одновременно иллюстрировали (возможно, непреднамеренно) тот факт, что открытая конституция *prima facie* может служить основой для выражения противоположных позиций и интересов, при этом нередко со ссылкой на одно и то же фундаментальное право.

Первый аспект создаёт основу для дискурса, к примеру, в отношении содержания и пределов основного права на физическую неприкосновенность, выходящего за рамки простого "за" или "против", "справедливо" или "несправедливо", "конституционно" или "неконституционно". Второй аспект символизирует тот факт - хотя и не всегда разделяемый всеми участниками дискуссии - что конкретный объем защиты основного права, как правило, должен быть найден путем уравнивания других позиций.

Кстати, этот потенциал дифференциации, возникающий при обращении к фундаментальным конституционно-правовым понятиям, не исчезает, даже если участники дискурса по незнанию (и гораздо реже - по прямому умыслу) отходят на тематически нерелевантные (правовые) позиции. Это происходит потому, что общее молчание в этом случае сменяется как минимум дискуссией о том, что отстаиваемая оппонентом позиция в любом случае не может обоснована таким образом и дискуссией о причинах этого. Тот, кто говорит, делает дифференциацию возможной, даже если категоризация не удалась.

(3) Активация через избыток норм

Нормативный базовый консенсус, в частности конституционный, в конечном итоге имеет "избыточное содержание", поскольку он дает человеку обещания, которые - по крайней мере, с точки зрения сторон, вовлеченных в конфликт, - не могут как правило в правовой и конституционной реальности быть выполнены в полной мере. Этот феномен, описанный в политологии и социальной философии,⁷³ рефлегируется в теории права, когда основные права и фундаментальные нормы государства интерпретируются как принципы, способные и одновременно нуждающиеся в оптимизации, которые стремятся *prima facie* к максимальной реализации, но окончательный объём и границы которых дефинируются через коллизию с противоположными принципами.⁷⁴

Расхождение между принципиальным оптимумом и (конституционным) правовым дефинитивом изначально имеет активизирующий эффект, поскольку "нормативный излишек" побуждает людей расширять заявленный ими принцип в свою пользу в дискурсивной борьбе мнений или в борьбе за своё право, снижая при этом степень реализации противоположных интересов. Конечно, мы не должны упускать из виду возможность разочарования, которое может возникнуть, когда всегда существует разрыв между принципиальным конституционным обещанием и степенью его выполнения.⁷⁵

Перед государством здесь стоит двоякая задача. С одной стороны, оно должно предоставить каждому надежную возможность добиваться более полной реализации своих интересов. Граждане должны, по словам Хабермаса, "быть уверены, что их голоса будут одинаково учитываться на демократических выборах, что будет обеспечено равное представительство в законодательстве и судебной практике, что действия правительства и административных органов *grosso modo* соответствуют закону и что в случае принятия спорных решений как правило есть объективная возможность их пересмотра".⁷⁶ С другой стороны, оно должно практиковать "управление ожиданиями" и снова и снова объяснять, что в свободном обществе каждый

⁷³ См. Müller (Сноска 2), с. 64 и сл.; Habermas, Strukturwandel (Сноска 67), с. 470 / 471 и далее.

⁷⁴ Относительно основных прав см. фундаментальную работу R. Alexy, Theorie der Grundrechte, стр. 71 и далее; относительно принципа демократии с. M. Huber, Die Vorgaben des Grundgesetzes für kommunale Bürgerbegehren und Bürgerentscheide, AöR 126 (2001), стр. 165 / 179; с. Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, стр. 89 и далее.

⁷⁵ См. F. Reimer, Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz, 2001, стр. 78.

⁷⁶ Habermas, Strukturwandel (сноска 67), стр. 470 / 474.

интерес ограничен интересами других людей и что основные права содержат не только гарантии, но и ограничения.

3. Инструменты

В связи с этим возникает вопрос о том, посредством каких инструментов государство может обеспечивать и продвигать "нормативный базовый консенсус". Отправной точкой является т.н. "продуктивная дилемма". Дилемма - поскольку государство зависит от базового нормативного консенсуса, не имея возможности гарантировать этот ресурс средствами суверенной власти. По словам Федерального конституционного суда: "Граждане юридически [...] не обязаны лично разделять ценности, на которых основана конституция. Хотя Основной закон основан на ожидании, что граждане принимают и реализуют общие ценности конституции, тем не менее он не принуждает к лояльности по отношению к этим ценностям".⁷⁷ Дилемма является продуктивной поскольку, будучи однажды обозначенной, она призывает заполнить этот пропуск.

Таким образом, тезис Бёкенфёрде, также и особенно в его секуляризованной версии, является "сигналом, призывом, предупреждением",⁷⁸ который призывает не только к вовлечению гражданского общества, но и к государственному вмешательству. Для этого необходимо преодолеть "фаталистское" прочтение⁷⁹ тезиса, согласно которому государство обречено на бездействие, когда речь идет об обустройстве и поддержании условий его существования. Скорее напротив, вместе с *Паулем Кирхгофом* следует подчеркнуть возможности, которые он оставляет.

Действительно государство может в значительной степени оказывать влияние на отношение граждан к праву. Оно может делать это, формируя и укомплектовывая институты, устанавливающие и применяющие право, формируя и развивая процедуры, которые они используют при этом, а также защищая принципы правового государства и верховенство права и демократию от посягательств третьих сторон и одновременно укрепляя защитные способности гражданского общества. Но прежде всего, оно может

⁷⁷ BVerfGE 124, 300 / 320.

⁷⁸ Dreier, Staat (Сноска 10), с. 214.

⁷⁹ Dreier, Staat (Сноска 10), с. 202.

рассчитывать на уважение права только в том случае, если само не будут пренебрегать им. Вот несколько основных моментов.

а) Обеспечение через самообязывания

Базовому нормативному консенсусу наносится долгосрочный ущерб, если само государство не соблюдает право, которому оно также должно подчиняться. Этим не исключена возможность существования различных точек зрения на содержание и объем правовых обязательств, которые должны выясняться в ходе судебных споров. Но в любом случае также и государство должно подчиняться решениям, принятым не в его пользу. В противном случае оно наносит ущерб собственным устоям. С другой стороны, если оно им подчиняется, то тем самым может показать важный пример принятия спорного решения и цивилизаторской силы "упорядоченного диссенсуса".⁸⁰

Часть самообязательств государства заключается также и в том, что оно выполняет задачи, возложенные на него конституцией и законом. Если этого не происходит, доверие к государству и праву подрывается.

б) Обеспечение через процедуры

Базовый нормативный консенсус обеспечивается институционально и процедурно, когда институты и органы, издающие правовые предписания абстрактно-общего характера или в связи с конкретными делами, то есть парламенты, правительства, администрации и суды на федеральном уровне и уровне федеральных земель, организованы и укомплектованы таким образом и используют такие процедуры, что и сами институты, и результаты, за которые они отвечают, способны в целом пользоваться доверием и лояльностью тех, на кого распространяется действие этих правовых предписаний. Это относится не только к организации институтов и процедур,

Государство отвечает не только за те институциональные и процессуальные аспекты, которые непосредственно предписаны ему правом, но и за те, в которых у него есть возможность для маневра, что позволяет создать более способствующую лояльности и доверию структуру.

⁸⁰ См. *Dreier, Staat* (сноска 10), стр. 214.

с) Обеспечение через активную защиту

Основной Закон ФРГ устанавливает боееспособную и готовую защищать себя демократию (*eine streitbare, eine wehrhafte Demokratie*). Если она защищается от внешних и внутренних угроз, то делает это средствами права. На конституционном уровне к таковым относятся ст. 9 п. 2 ОЗ (запрет объединений), ст. 18 ОЗ (утрата основных прав) и ст. 21 п. 2 ОЗ (запрет политических партий), а также ст. 79 п. 3 ОЗ (принцип неизменяемости отдельных норм конституции, *Ewigkeitsklausel*), которая призвана сорвать "маску легальности"⁸¹ с чисто номинальной конституционной поправки, затрагивающей какую-либо фундаментальную основу конституционного строя, его "конституционную идентичность".⁸² По этой причине способная защищать себя демократия является также способным защищать себя правовым государством, а свободный демократический общественный строй - его объектом защиты (*Schutzgut*).

Активная защита свободного демократического строя может быть успешной только в том случае, если само государство серьезно относится к защите своих основ, активно защищает их от посягательств третьих лиц и задействует для этого свои собственные инструменты. При необходимости для этого могут потребоваться и средства Ведомства по защите конституции, поскольку "врагам конституции не должно быть позволено ставить под угрозу, нарушать или разрушать конституционный порядок или существование государства, ссылаясь на свободы, предоставленные Основным законом".⁸³ Вмешательство здесь - не только полномочие, но и обязанность и мандат государства.

Однако государственные институты бессильны, "когда большое количество граждан отворачивается, когда общая воля к конституции парализована".⁸⁴ Нельзя игнорировать и тот факт, что новые виды угроз, в том числе исходящие из третьих стран, направлены именно на ослабление социальной сплоченности и делегитимацию государства и его институтов,

⁸¹ Так *Hain* в *v. Mangoldt / Klein / Starck* (Hrsg.), 7. Aufl. 2018, GG, Art. 79 Rdnr. 34, используя идею, высказанную депутатом *Делером (Dehler)* в Парламентском совете (см. *Dehler, Sechsendreißigste Sitzung des Hauptausschusses am 12. Januar 1949*, напечатано в: *Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 14, Hauptausschuss, 2010*, стр. 504 / 1118: "В любом случае, я считаю необходимым, чтобы мы возвели этот барьер, не в расчете на то, что таким образом мы сможем противостоять революции, а в желании снять с революции маску законности").

⁸² *P. Kirchhof*, *Die Identität der Verfassung* в: *Isensee / Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rdnr. 3 u. Rdnr. 64.

⁸³ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619 / 17 –, пункт 150.

⁸⁴ *J. Isensee*, *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt*, 1995, стр. 100.

например, путем манипулирования процессами формирования общественного мнения с помощью кампаний по дезинформации, оказания влияния на демократические выборы, создания угроз для функционирования государственных институтов или критической инфраструктуры - например, в результате кибератак.⁸⁵ Государство должно быть вооружено против этого, не только оценивая и, при необходимости, (далее) развивая свои собственные инструменты,⁸⁶ но и продвигая и привлекая субъектов гражданского общества, действующих в общественных интересах, которые помогают "укрепить" общество изнутри и по возможности защитить его от дестабилизирующих влияний.

d) Коммуникативное обеспечение

Наконец, лояльность к праву может возникнуть только в том случае, если он понят. Поэтому базовый нормативный консенсус также должен обеспечиваться посредством коммуникации, а именно как в плане коммуникации *через* правовые акты и акты правопознания, так и в плане коммуникации *о* них.

аа) Доверие к праву предполагает его понятность.⁸⁷ Доверие к правовому государству (верховенству права) страдает, когда правовые акты - то есть законы и постановления, официальные распоряжения или даже судебные решения - достигают такого уровня сложности, что граждане буквально "не могут больше следовать" им, содержание закона остается для них закрытым, и поэтому они воспринимают правовые распоряжения как произвол. Гипертрофированное позитивное право и его чрезмерная сложность порой ставят в тупик даже юристов. Федеральный конституционный суд требует, чтобы правовые нормы были сформулированы таким образом, "чтобы заинтересованное лицо могло настолько конкретно осознать свое подчинение норме и правовую ситуацию, чтобы оно могло соответствующим образом ориентировать свое поведение".⁸⁸ В принципе, то

⁸⁵ По вопросу о существующих угрозах и путях их преодоления см.: *C. Callies*, Demokratie unter Beschuss. Die EU muss Resilienz nach innen und außen zeigen, DGAP Policy Brief 5 / 2021.

⁸⁶ См. например *L. Friedrich*, Das Wahrheitsgebot des Grundgesetzes. Aktivierung eines Verfassungsprinzips gegen „Fake News“ und Soziale Desinformation, AöR 146 (2021), стр. 642 / 670 и далее; *J. Schemmel*, Soziale Netzwerke in der Demokratie des Grundgesetzes. Ein verfassungsrechtlicher Blick auf Empirie und Regelungsoptionen, Der Staat 57 (2018), стр. 501 / 511 и сл., 514 и далее.

⁸⁷ Убедительно у *P. Kirchhof*, Deutsche Sprache, Isensee/Kirchhof (ed.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 20 Rdnr. 35 и далее.

⁸⁸ BVerfGE 83, 130 / 145; 108, 52 / 75.

же самое относится и к индивидуальным решениям по отдельным вопросам (*Einzelfallentscheidungen*). На практике это не всегда так.

bb) Однако в связи с возрастающей сложностью возникающих вопросов устанавливает пределы принципиально желательного упрощения законодательства. С другой стороны, не следует использовать все более прогрессирующее переформатирование национального права наднациональным в качестве оправдания непонятности национального права или вторичных норм европейского права. Скорее наоборот многоуровневая система должна стать стимулом для создания доступного для понимания правового регулирования на каждом уровне.

В любом случае, тем большее значение приобретает коммуникация о правовых актах и актах правового познания. Это относится ко всем государственным акторам, которые имеют дело с правовыми актами или создают их, а значит, не только к парламентам и судам, но и к исполнительной власти, а также к федеральному правительству и правительствам земель. То, что должно быть понято, также должно быть объяснено, а именно «лицом к лицу», не авторитарно, а в критическом диалоге, не с чрезмерным профессиональным формализмом, а доступно и понятно, без чрезмерного упрощения или притворства.

III. Заключение

И это возвращает нас к *Паулю Кирххофу*. Как никто другой, он неустанно указывает на неразрывную связь между языком и правом, говорит о необходимости эффективной юридической коммуникации⁸⁹ и учит этому на собственном примере. Он умеет с помощью увлекательных метафор⁹⁰ и блестящих афоризмов,⁹¹ а также изящных миниатюр⁹² сделать сложные

⁸⁹ См. уже только *Kirchhof*, *Sprache* (сноска 87), § 20 Rdnr. 23 и далее; *ders.*, *Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache*, 1987; а также *W. Kahl*, *Sprache als Kultur und Rechtsgut*, в: *VVDStRL* 65 (2005), стр. 386 и далее.

⁹⁰ Так например, художественное и религиозное образование как "гумус конституционного" (*Kirchhof*, *Antwortcharakter* (сноска 68), стр. 447 / 455).

⁹¹ Например: "Наше общество теряет себя в частичных рациональностях и в результате становится неразумным" (из беседы *Хорста Драйера* и *Пауля Кирххофа* в Католической академии 10 декабря 2018 года, напечатано в "zug debatte 3 / 2019, стр. 7 / 12).

⁹² Так, о вселяющей надежду науке права: "Греческая легенда рассказывает о Прометее, который в то время столкнулся с людьми, все еще обладавшими способностью

вопросы и юридические фигуры доступными, ясными и, следовательно, понятными. Его концепция не растворяется в пустоте «башни из слоновой кости», а сильна тем, что опирается на жизненные реалии, насыщена примерами. Благодаря этому, он неустанно вносит свой вклад в коммуникацию (опосредование) права и стабилизацию нашего нормативного базового порядка. Это относится и к трактовке *Паулем Кирххофом* широкомасштабной темы предпосылок государства. Несмотря на все кризисы современности, а, возможно, и благодаря им, она дает повод для надежды. Ведь она расширяет взгляд за пределы определения того, к чему государство не может и не имеет права принуждать, на то, что оно должно достигать в соответствии с его мандатом: лояльность населения к "нормативному консенсусу" свободно-демократического правового государства, который оно не может гарантировать, но который оно может - и должно - заслужить.

Резюме

Фаустовский вопрос о том, что в действительности скрепляет общество (государство) в самой их основе, вызвал множество ответов. По мнению *Пауля Кирххофа*, государство способно и обязано содействовать сплочению общества путем вмешательства, которое придает структуру индивидуальным свободам. *Эрнст-Вольфганг Бёкенфёрде* в своих поздних работах назвал объединяющей силой "этику законности". А в плюралистическом, гетерогенном обществе сплочённость определяется в меньшей степени через консенсус и в большей - через допущение и примирение допускаемого расхождения во взглядах. Исходя из этих соображений, лояльность к праву, способная стабилизировать, интегрировать и мобилизовать, должна быть ориентирована на правовые основы "допущения и разрешения диссенсуса", то есть на лояльность к институциональным и процедурным процессам, посредством которых формируется право, и основным материальным концепциям, которым право должно соответствовать. Государство может защищать, укреплять и поощрять "нормативный консенсус" такого рода, если и когда оно уважает право, когда оно строит свои институты и процедуры таким образом, чтобы они вызвали доверие и лояльность, когда оно активно защищает правовое

предвидеть свое будущее. Благодаря этой способности предвидения люди также узнавали время своей смерти. Это глубоко задевало их. [...] Когда Прометей увидел такое бедственное положение этих людей, он отнял у них способность предвидеть будущее и дал им надежду" (из прощальной лекции *Пауля Кирххофа* "Forschen heißt Hoffen", в печатном виде опубликовано в: JöR 62 (2014), стр. 459).

государство и верховенство закона от внешнего вмешательства и когда оно открыто и доступно для понимания говорит о законе и через него.