

DOI: 10.17803/2542-2472.2021.19.3.066-070

ПРАВОВЫЕ КОЛЛИЗИИ В СИСТЕМЕ КОНСТИТУЦИОННЫХ НОРМ

Королев Сергей Викторович, главный научный сотрудник сектора международного права Института государства и права Российской академии наук, заведующий кафедрой государственного права Государственного университета по землеустройству, доктор юридических наук, профессор
ул. Знаменка, д. 10, г. Москва, Россия, 119019
sko.05@mail.ru

© Королев С. В., 2021

Аннотация. Идеология конституционного правосудия не только допускает, но исходит из того, что нижестоящие нормы правопорядка имеют тенденцию вступать в коллизию с нормами конституции. Соответственно, органы конституционного контроля призваны выявлять и пресекать неконституционные акты всех трех ветвей власти. Однако указанная идеология несовместима с допущением, что внутри самой конституции разные нормы могут иметь разный юридический вес.

Ключевые слова: государство; право; конституция; формальная конституция; материальная конституция; позитивная конституция; сверхпозитивная конституция; сверхпозитивные ценности; неконституционные нормы; конституционная реформа.

LEGAL CONFLICTS IN THE SYSTEM OF CONSTITUTIONAL NORMS

Sergey V. Korolev, Dr. Sci. (Law), Full Professor, Chief Researcher of the International Law Sector of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences; Head of the Department of the State Law, State University for Land Management
ul. Znamenka d. 10, Moscow, Russia, 119019
sko.05@mail.ru

Abstract. The ideology of constitutional justice not only admits, but proceeds from the fact that subordinate norms of the rule of law tend to come into conflict with the norms of the constitution. Accordingly, the constitutional review bodies are called upon to identify and suppress unconstitutional acts of all three branches of government. However, this ideology is incompatible with the assumption that within the constitution itself, different norms may have different legal weight.

Keywords: State; right; constitution; formal constitution; material constitution; positive constitution; super positive constitution; super positive values; unconstitutional norms; constitutional reform.

В 1951 г. тюбингенское издательство J. C. V. Mohr + Paul Siebeck в серии «Recht und Staat in der Geschichte und Gegenwart» («Право и государство в истории и современности») опубликовало небольшую брошюру под названием

«Verfassungswidrige Verfassungsnormen?» («Антиконституционные нормы?»). Ее автором был 37-летний О. Бахоф, ставший впоследствии одним из авторитетнейших специалистов по административному праву Германии. На первый взгляд, парадоксальный тезис О. Бахофа о том, что нормы конституции могут сталкиваться между собой, утрачивает свою парадоксальность, если его переформулировать в терминах коллизии между отдельными нормами формальной конституции, с одной стороны, и ценностями конституционного правопорядка, с другой.

Центральная идея брошюры О. Бахофа сводится к тезису: «Вопрос о действительности конституции основан в итоге лишь на ее легитимности, а не ее легальности»¹. Тут же возникает вопрос о том, почему Бахоф в принципе допускает коллизию между легальностью и легитимностью национальной конституции. Сначала надо разобраться с терминами. Легальная конституция — это учредительный акт, принятый по специальной процедуре, как правило, специально предназначенным выборным органом (=учредительное собрание). Другими словами, легальная конституция — это учредительный акт, принятый с соблюдением всех предусмотренных формальностей.

Сложнее обстоит дело с термином «легитимность», особенно применимо к конституции в ее юридическом смысле. Первоначально легитимность была «визитной карточкой» т.н. легитимистов. Они, например, во Франции признавали, во-первых, только монархическую форму правления и, следовательно, были убежденными антиреспубликанцами. Во-вторых, они были убежденными сторонниками Бурбонов и, следовательно, антибонапартистами. Наполеон для них был не «император», а узурпатор, который по определению не может быть легитимным государем.

Из политической сферы термин «легитимность» на исходе XIX в. перекочевал в социологию. В частности, родоначальник немецкой школы социологии М. Вебер различал три легитимных формы политического господства: харизматическую, традиционную и рациональную. В социологии Вебера термин «легитимность господства» предполагает принципиальную зависимость господства властвующих от подчинения им подвластных, или, точнее, послушания (=Gehorsam) со стороны подвластных. Там, где есть фактическое господство, там обязательно есть — необязательно восторженное — послушание или просто терпение подвластных. Там, где такого послушания или терпения уже нет, там, по М. Веберу, тут же кончается и господство. Оно исчезает как бы вместе со своей легитимностью (в виде послушания или терпения со стороны подвластных).

Юрист по образованию, М. Вебер полагал, что наивысшим видом господства является его рациональная форма. Традиционная форма господства основана на нерелексивном, пассивном повиновении. При этом подвластные даже не могут представить, что место их традиционного вождя может занять кто-то иной, т.е. нетрадиционный лидер. Харизматическая форма господства также несовершенна: она «стоит и падает» вместе с харизматическим лидером, ведь харизма не передается по наследству. Лишь рациональная форма господства лишена указанных недостатков.

Характеризуя рациональную форму господства, М. Вебер фактически ставит знак равенства между «легитимностью» и «легальностью». Для него главным признаком рационального господства является его легальность. Иначе говоря, легальное господство базируется на наличии общепризнанных правил поведения, сформулированных в законах государства². Если следовать логике М. Вебера, то рациональное, оно же легальное господство основано на законодательной форме и (законодательно установленной) процедуре.

Ясно, О. Бахоф понимает легитимность совсем не так, как М. Вебер. Иначе О. Бахоф не стал бы противопоставлять (просто) легальную конституцию легитимной конституции. Согласно О. Бахофу, получается, что легитимность в теории конституционного права хотя и включает в себя легальность — ни один юрист не будет ставить под сомнение важность соблюдения формы и процедуры, но в то же время

¹ *Bachof O. ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Lima : Palestra Editores, 2010. P. 70.*

² *Weber M. Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie. Frankfurt a/M. : Zweitausendeins, 2005. S. 160.*

легитимность преодолевает легальность, не только по объему, но и по характеру. Легитимная конституция — в терминах И. Канта — есть «трансцендентальная легальная конституция». Первая вмещает в себя последнюю, но легитимность всегда обширнее простой легальности.

Брошюра О. Бахофа о возможной неконституционности конституционных норм примечательна тем, что, будучи в 1951 г. чрезвычайно актуальной для тогдашней Германии, она в то же время по слову авторов предисловия испаноязычного издания Д. Белаунде и Х. Реворио «имеет вневременное измерение, которое делает ее обсуждение интересным для любой конституционной системы... рано или поздно почти во всех системах возникает вопрос о том, могут ли определенные ценности или принципы иметь преимущественный характер... по отношению к остальной части системы»³.

Обозначенная О. Бахофом проблематика восходит еще к Веймарской конституции 1919 г. В ней содержалась глава о конституционных правах, но носители этих прав, т.е. обычные граждане, не были искоспособными. Прежде всего, на т.н. заградительные права (*Abwehrrechte*), призванные защищать граждан от произвола государственной власти, судебная защита не распространялась. В то же время беспредельно господствующий среди юристов юридический позитивизм в 1933 г. формально обеспечил приход к власти нацистов.

Послевоенные немецкие юристы разложение либерального режима Веймарской конституции стали объяснять ее «аксиологическим безразличием». Именно это обстоятельство «позволило национал-социалистической партии прийти к власти по простому правилу большинства и (запустить механизм. — С. К.) последующей негласной и практически непрерывной модификации Веймарской конституции, игнорируя и извращая ее основные ценности»⁴. И так, формально самодостаточная Веймарская конституция 1919 г. предоставила легально безупречные процедуры для прихода нацистов к власти и последующей элиминации идеи либерального государства из социально-политического контекста тогдашней Германии.

Если по логике О. Бахофа формальная конституция и материальная конституция соотносятся как *pars et toto*⁵, то позитивистская (ложная) гипертрофия формальной конституции логически представляет собой *pars pro toto*⁶, т.е. недопустимую редукцию, а точнее, подмену целого, а именно материальной конституции ее частью, т.е. формальной конституцией. Последняя в терминах Р. Штаммлера⁷ содержит буквально правильные правила, принятые правильным органом по правильной процедуре и т.п. В формальном смысле формальная конституция безупречна, т.е. стерильна. Первая же (материальная) конституция содержит ценности, которые часто, но не всегда оформлены в принципы. Эти ценности можно попытаться опознать через метафору «дух конституции» (*Verfassungsgeist*) по аналогии с базовым «термином» исторической школы права К. Савиньи (*Volksgeist*)⁸.

В своей брошюре О. Бахоф нередко ссылается на идеи Э. Хиппеля. Если первый фокусирует свой интерес на проблематике конституции, то для второго все упирается в «кризис государственной идеи». Этот кризис выражается в том, что не только юристы-позитивисты, но и вся современная политическая элита являются носителями механической, а не моральной правовой идеи⁹. Соответственно, «задачей государственной политики становится не преобразование мира с ориентацией на

³ *Bachof O. Op. cit.* P. 15.

⁴ *Bachof O. Op. cit.* P. 14.

⁵ Лат. «часть и целое», при этом частица «и» в этом контексте является соединительной.

⁶ Лат. «часть вместо целого».

⁷ См.: *Stammeler R. Die Lehre vom richtigen Rechte.* Berlin : Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1902. 647 S.

⁸ См.: *Lahusen B. Alles Recht geht vom Volksgeist aus: Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft.* Berlin : Dittrich Verlag, 2019. 180 S.

⁹ См.: *Hippel E. Mechanisches und moralisches Rechtsdenken.* Meisenheim am Glan : Anton Hain, 1959. 488 S.

Благо, а придание человеческой массе посредством «государственного закона» и политического принуждения такую же форму, как это по вероятности обеспечивает естественный закон в отношении атомов. Имеет значение уже не моральная обязательность закона, так как для подобного мышления мир объективных ценностей вообще не существует, а только его (закона — С.К.) «позитивность» и тем самым возможность любой закон без учета его содержания вымучить законодательно (erzwingen) и проталкивать (durchsetzen) на практике посредством внешнего давления»¹⁰.

Если мы попробуем совместить конституционно-правовую перспективу О. Бахофа с государствоведческим подходом Э. Хиппеля, то напрашиваются два промежуточных вывода:

- государство может быть «духовно богаче» и «добрее», чем его «формальная (позитивная) конституция». Вопрос о том, может ли государство быть «духовно беднее» и «злее», чем его писаная конституция, давно уже не является теоретической проблемой. Еще Бл. Августин блестяще проанализировал тезис о том, «насколько государства, чуждые справедливости, подобны разбойничьим шайкам»¹¹. Не подлежит эта тема и дискуссии в практической плоскости;
- во избежание попасть в логическую засаду юридического позитивизма («pars pro toto»)¹² необходимо развернуть перспективу анализа на 180 %, т.е. исходить из приоритета идеи государства, которая по объему и содержанию больше и значительнее, чем идея (формальной) конституции. При таком подходе сам термин «конституция» можно развести по двум полюсам: на одном полюсе будет формальная конституция «в тисках» механической правовой идеи в духе Э. Хиппеля, на другом — материальная конституция в контексте моральной правовой идеи.

Материальная конституция в указанном смысле, т.е. ориентированная на Благо, может незримо противостоять даже государству «без справедливости», т.е. — в терминах Бл. Августина — (институционализированной) «шайке разбойников». Здесь логика рассуждений Э. Хиппеля перекликается с известной концепцией Г. Радбруха о «законодательном неправе» и «сверхпозитивном праве»¹³. По логике Г. Радбруха даже неправовое («разбойничье») государство неизбежно помещено в матрицу сверхпозитивного права. Ведь неправедный правитель знает о том, что он — в принципе лишь «легальный разбойник», а не «легитимный государь». Он живет в режиме внутрискруктурной шизофрении: вовне он демонстрирует свою легальность, но внутренне всегда обеспокоен проблемой своей легитимности, хотя бы в пушкинском формате («народ безмолвствует», т.е. пока еще терпит). Если он хочет оставаться у власти, то ему не избежать заботы о своем не только легальном статусе, но и легитимном «имидже».

Надпозитивные социальные ценности (например, принцип справедливости, социальная солидарность и т.п.) как таковые не зависят ни от «государства», ни от его «конституции». Указанные ценности не деградируют. Могут деградировать только социальные группы как носители этих ценностей. Здесь допустима метафора: качественное вино — одно и то же и в целой амфоре, и в треснутой. Другое дело, что треснутой амфоре вина в принципе не удержать. Формально конституционный статус нормы еще не обеспечивает ее конституционность в материальном смысле. Если некая конституционная норма плохо совместима с принципами равенства, справедливости или неписаными нормами, определяющими дух Конституции, то она становится дисфункциональной и, следовательно, антиконституционной вопреки своему формальному статусу. Формальные конституции имплицитно заимствуют

¹⁰ Hippel E. Die Krise des Staatsgedankens und die Grenzen der Staatsgewalt. Stuttgart : J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, 1950. S. 23–24.

¹¹ Августин А. О граде Божьем // URL: https://azbyka.ru/otechnik/Avrelij_Avgustin/o-grade-bozhem/4_28 (дата обращения: 20.09.2021).

¹² Лат. «часть вместо целого».

¹³ Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // Süddeutsche Juristenzeitung. 1946. № 1. S. 105–108.

сверхпозитивные ценности социального взаимодействия, трансформируя, точнее, позитивируя их в конституционные принципы и даже в писанные каталоги конституционных прав. Однако позитивная «конституция не создает это право, она лишь признает его»¹⁴. Одно из двух: «либо сверхпозитивное право существует, в этом случае (его существование — С.К.) не зависит от признания, т.е. оно существует, даже будучи «непозитивированным», либо не существует права с указанными характеристиками, в таком случае любое его «признание» (со стороны позитивной конституции — С.К.) было бы противоречием-в-себе»¹⁵.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Августин А. О граде Божьем // URL: https://azbyka.ru/otechnik/Avrelij_Avgustin/o-grade-bozhem/4_28 (дата обращения: 20.09.2021).
2. Bachof O. ¿Normas constitucionales inconstitucionales? — Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez. — Lima : Palestra Editores, 2010.
3. Hippel E. Die Krise des Staatsgedankens und die Grenzen der Staatsgewalt. — Stuttgart : J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, 1950.
4. Hippel E. Mechanisches und moralisches Rechtsdenken. — Meisenheim am Glan : Anton Hain, 1959. — 488 S.
5. Lahusen B. Alles Recht geht vom Volksgeist aus: Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft. — Berlin : Dittrich Verlag. — 2019. — 180 S.
6. Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // Süddeutsche Juristenzeitung. — 1946. — № 1. — S. 105–108.
7. Stammler R. Die Lehre vom richtigen Rechte. — Berlin : Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1902.
8. Weber M. Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie. — Frankfurt a/M. : Zweitausendeins, 2005.

REFERENCES

1. Augustine A. O grade bozhem [About the City of God]. Available at: https://azbyka.ru/otechnik/Avrelij_Avgustin/o-grade-bozhem/4_28 [Accessed: 20.09.2021].
2. Bachof O. ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez. Lima: Palestra Editores; 2010.
3. Hippel E. Die Krise des Staatsgedankens und die Grenzen der Staatsgewalt. Stuttgart : J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung; 1950.
4. Hippel E. Mechanisches und moralisches Rechtsdenken. Meisenheim am Glan : Anton Hain; 1959 (In Russ.).
5. Lahusen B. Alles Recht geht vom Volksgeist aus: Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft. Berlin: Dittrich Verlag. 2019 (In Russ.).
6. Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristenzeitung*. 1946;1:105–108 (In Russ.).
7. Stammler R. Die Lehre vom richtigen Rechte. Berlin : Guttentag, Verlagsbuchhandlung; 1902.
8. Weber M. Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie. Frankfurt a/M. : Zweitausendeins; 2005 (In Russ.).

¹⁴ Bachof O. *Op. cit.* P. 65.

¹⁵ Bachof O. *Op. cit.* P. 66.