

Карл Шмитт:

УЧЕНИЕ О ГАРАНТЕ КОНСТИТУЦИИ КАК ПРИМЕР «КОНКРЕТНОГО МЫШЛЕНИЯ» О ГОСУДАРСТВЕННЫХ ФОРМАХ И ПОРЯДКЕ

МАРИЯ ЮРЛОВА

Карл Шмитт. Государство: право и политика /

Пер. с нем. и вступ. ст. О. В. Кильдюшова; сост. В. В. Анашвили,
О. В. Кильдюшов. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2013
(Серия «Университетская библиотека Александра Погорельского»)

ИТАЯ работы Карла Шмитта, приходится быть очень внимательным к деталям, поскольку часто то, что первоначально проговаривается в тексте лишь вскользь, оказывается важным впоследствии. Кроме того, Шмитт выдает максимум информации на единицу текста, он обращается сразу к нескольким проблемам и, анализируя фактический материал (в котором он, как юрист, ориентировался прекрасно), требует от нас, читателей, строго следить за логикой изложения, чтобы не потеряться в аргументах и понять, почему он приходит к таким выводам. Поэтому если описать то, к чему он в итоге пришел, в нескольких словах и возможно, то подробный пересказ самого хода его мысли может занять не меньший объем текста, чем собственно авторский.

В сборнике «Государство: право и политика», выпущенном Издательским домом «Территория будущего», представлены три работы Шмитта начала 1930-х годов: «Гарант конституции» (1931), «Легальность и легитимность» (1932) и «О трех видах юридического мышления» (1934), а также весьма интересные приложения — «Кто должен быть гарантом конституции?» Ганса Кельзена и «Замечания по поводу книги Карла Шмитта „Легальность и легитимность“» О. Киркхаймера и Н. Ляйтеса.

Упомянутые работы Шмитта написаны в разное время, но вполне перекликаются между собой по тематике. В каждой

из них Шмитт так или иначе обращается к вопросу о гаранте конституции, подходя к нему с разных сторон и попутно обращаясь к проблемам легальности и легитимности государственной власти, соотношения (и различия) права и политики и многим другим волнующим его вопросам. Возможно, что читатель, знакомый с другими работами немецкого мыслителя (как более ранними, так и поздними), лучше поймет то, что пытается сказать автор, по «маячкам», встречающимся в тексте, когда Шмитт, заявляя что-то важное для себя, никак не поясняет сказанное, зато пишет об этом в других работах — «Понятие политического», «Левиафан в учении о государстве Томаса Гоббса» и др. Но мы не будем делать вид, что понимаем автора лучше его самого, и постараемся следовать избранной им логике изложения.

Шмитт, как он сам говорит, «исходит из конкретного порядка и общества», что, собственно, позволяет понять его готовность «ориентироваться на произошедшее», исходить из наличной ситуации. Это важный момент для понимания его теории, поскольку, с его точки зрения, тип мышления юриста определяет логику методологических ходов его мысли, а формальная безусловность и якобы чистые категории основаны в юриспруденции лишь на безусловном самоутверждении определенного типа юридического мышления. О том, что Шмитт называет «конкретным мышлением о порядке», он пишет в сочинении «О трех видах юридического мышления». По его мнению, любая форма политической жизни находится в непосредственной взаимосвязи со специфическими способами мышления и аргументации в правовой жизни.

Шмитт выделяет три вида юридического мышления: мышление о правилах и законах, мышление о решении и мышление о конкретном порядке и форме. Для так называемого «нормативистского» мышления характерным является то, что он «изолирует и абсолютизирует норму или правило (в отличие от решения или от конкретного порядка). Любое правило, любая установленная норма регулируют множество случаев. Они возвышаются над отдельным случаем и над конкретной ситуацией и потом — в качестве нормы — обладают определенным преимуществом и превосходством над простой действительностью и фактичностью конкретного частного случая, изменяющейся ситуации и непостоянства человеческой воли. <...> Для конкретного мышления о порядке порядок даже юридически не является в первую очередь правилом или суммой правил, а наоборот — правило есть всего лишь составная часть или средство порядка»¹.

1. Шмитт К. О трех видах юридического мышления / Шмитт К. Государство: Право и политика / Пер. с нем. и вступ. ст. О. В. Кильдюшова; сост.

С нормативистской точки зрения не существует, например, проблемы «гаранта конституции», «поскольку все компетентные органы в равной мере суть гаранты правопорядка»². Кроме того, норма всегда предполагает некую «нормальную ситуацию», подпадающую под нее, и «нормальность» конкретной ситуации — это не просто внешняя, юридически незначимая предпосылка нормы, но и внутренний юридически сущностный признак значимости последней и нормативное определение ее самой. Норма, установленная в качестве закона, не работает в чрезвычайных ситуациях, когда само существование конституции ставится под сомнение. Отсутствие порядка в рамках этой логики превращается в отсутствие правопорядка.

Для юриста децизионистского типа (тип «мышления о решении») источником всякого права, то есть всех последующих норм и порядков, является не приказ как таковой, а авторитет или суверенитет конечного решения, которое принимается вместе с приказом³. Классический случай децизионистского мышления проявляется лишь в XVII веке вместе с Гоббсом. Для него любое право и нормы, любые законы и их интерпретации, любые порядки суть сущностные решения суверена, и суверен «есть не легитимный монарх или соответствующая инстанция, но именно тот, кто принимает суверенные решения. Право есть закон, и закон есть приказ, разрешающий спор о праве»⁴.

Относительно современного ему положения дел Шмитт замечает, что децизионистский тип мышления особенно распространен среди юристов, поскольку преподавание права и правоведение, непосредственно связанное с юридической практикой, стремятся рассматривать все правовые вопросы лишь с точки зрения конфликтного случая и руководствоваться лишь задачей подготовки судебного разрешения конфликта.

Далее он пишет о так называемом правовом позитивизме, отождествляющем установленную в форме закона норму с правом; вместо права он признает — даже когда оговаривает возможность существования обычного права — лишь нормативно зафиксированную легальность. «Позитивист не является самостоятельным и потому вечным типом юридического мышления. Он — децизионистски — подчиняется *решению* соответствующего законодателя, обладающего государственной властью, поскольку лишь тот может добиться фактической принудитель-

ности; но одновременно он требует того, чтобы это решение продолжало действовать в качестве прочной и нерушимой нормы, то есть чтобы и государственный законодатель подчинился принятому им самим закону и его толкованию. Лишь такую систему легальности он называет „правовым государством“»⁵.

Однако Шмитт говорит о том, что в Германии первой трети XX века эпоха юридического позитивизма завершилась, и в качестве полноценного третьего типа юридического мышления (правовой позитивизм он таковым не считает) он предлагает конкретное мышление о порядке и формах, которое должно соответствовать возникающим сообществам, порядкам и формам нового века, когда государство разделено не на государство и общество (для такого состояния государства как раз и адекватен был правовой позитивизм), но представляет собой политическое единство народа.

Собственно, здесь и возникает фигура того, кто в концепции Шмитта является гарантом конституции и силой, способной возродить единство государства. Тому, кто может и должен (исходя из фактичности сложившейся ситуации) быть таким субъектом, посвящена первая работа сборника — «Гарант конституции». Шмитт начинает с того, что само требование (учреждения) гаранта и хранителя конституции чаще всего есть признак критического конституционного состояния. Предположения о необходимости такого гаранта в новейшей конституционной истории впервые были сформулированы в Англии после смерти Кромвеля (1658), «то есть после первых современных попыток создания писаных конституций во время внутривнутриполитического распада республиканского правительства — ввиду неспособности парламента принимать предметные решения — и непосредственно перед реставрацией монархии»⁶. Эта ситуация отличалась от немецкой борьбы за конституцию в XIX веке тем, что в последнем случае ситуация политической определенности и защищенности придавала вопросу о гаранте конституции политический характер, что и привело к отказу от этой идеи. Однако, как остроумно замечает Шмитт, «мы знаем, что проблемы учения о государстве и конституции не разрешаются посредством того, что их отрицают и отказываются замечать. Поэтому со времени Веймарской конституции вновь стали интересоваться особыми гарантиями конституции и задаваться вопросом о ее гаранте и хранителе»⁷. И, в соответствии с «конкретным мышлением о порядке и формах», Шмитт предлага-

В. В. Анашвили, О. В. Кильдюшов. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2013. С. 313.

2. Там же. С. 320.

3. Там же. С. 323.

4. Там же. С. 325.

5. Там же. С. 330–331.

6. Шмитт К. Гарант конституции // Там же. С. 30.

7. Там же. С. 32.

ет рассматривать проблему во взаимосвязи текущего государственного-правового и конституционно-правового положения.

В данной ситуации суды гражданской, уголовной или административно-правовой юрисдикции не являются гарантом конституции в точном смысле. Функцией судебных инстанций является проверка простых законов на их содержательное соответствие конституционно-законодательным определениям. «Само по себе право судебной проверки делает суды гарантами конституции лишь в условиях государства юстиции⁸, где под контролем обычных судов находится вся общественная жизнь, и лишь в том случае, если под конституцией понимаются прежде всего основные права буржуазного правового государства, личная свобода и частная собственность, которые должны защищаться обычными судами относительно государства, то есть законодательства, правительства и управления»⁹. Право проверки используется лишь в отношении простых законов рейха, но не затрагивает законов, вносящих изменения в конституцию. Кроме того, Шмитт заявляет как данность нежелание Имперского суда проверять обычные законы рейха на предмет их соответствия общим принципам конституции и ее духу. Необходимо также отметить, что институт судебной проверки законодательства подчеркивает примат последнего в механизме принятия политического решения. Всякая юстиция привязана к нормам и прекращает существовать, если содержание этих последних становится сомнительным и спорным. Юстиция остается ограниченной прежде всего законом, и оттого, что значение конституционного закона для нее приоритетно в сравнении с простыми законами, она не становится гарантом конституции. Юстиция не может выполнять подобные функции в государстве, не являющемся чистым государством юстиции, а Веймарская республика таковым не является. Следовательно, суд не может выступать гарантом конституции.

В этом пункте Шмитт полемизирует со своим «любимым врагом» (как называет его в своем предисловии переводчик Олег Кильдюшов) Гансом Кельзеном¹⁰, настаивающем на создании

8. В работе «Легальность и легитимность» Шмитт разделяет *законодательное государство*, особенность которого в том, что высшим и решающим выражением общей воли является для него установление норм, которому подчиняются все остальные публичные функции и в котором закон и его применение отделены друг от друга, а специфической формой принуждения является легальность; *государства правосудия*, в которых последнее слово принадлежит не устанавливающему норму законодателю, а судье, разрешающему правовой спор; а также *государства правительства и государства управления*, нуждающиеся в легитимности.

9. Там же. С. 45.

10. Приведенный в приложении текст Кельзена является замечательным ответом

Государственного суда в качестве гаранта конституции и критикующем Шмитта в том числе и за то, что аргументация последнего служит явно политическим, а не сугубо правовым целям. Шмитт же пишет, что есть «интересное объяснение» стремлению «превратить сегодня в гаранта конституции суд, принимающий решения в процессе в форме юстиции. Когда требуют гаранта, то, естественно, ожидают определенной защиты и исходят из представления об определенной опасности, угрожающей из определенного направления. Ведь гарант должен защищать не абстрактно и в целом, но от совершенно определенных, конкретных угроз. Если ранее, в XIX веке, опасность исходила от правительства, то есть из сферы исполнительной власти, то сегодня озабоченность направлена прежде всего на законодателя»¹¹, защиту от которого ищут у юстиции как у третьей власти, независимой как от законодательной власти, так и от исполнительной. Но может ли суд, пусть и специально созданный государственный, справиться с этой задачей? С точки зрения Шмитта, нет, не может и не должен в силу своего положения и выполняемых функций. Если кратко резюмировать выдвигаемые Шмиттом аргументы «против», то можно отметить, что, с его точки зрения, юстиция в этом случае выступает с политическими полномочиями, что недопустимо и губительно для нее самой. Юстиция, если она желает оставаться таковой, «всегда запаздывает» и может лишь наказывать виновного и устранять беззаконие, но не предотвращать его. В противном случае она действует с политическими полномочиями. Если конституционный суд будет разрешать противоречия в конституции, он фактически сам будет устанавливать собственные полномочия. Осознающий же свое политическое влияние орган неизбежно будет стремиться к их расширению вплоть до выхода далеко за пределы предусмотренной компетенции.

Кроме того, суд может действовать лишь в ситуации положительно подтвержденного нарушения нормы конституции. Принимать же решение в ситуациях неясности и неопределенности — прерогатива законодателя. Суд, оказавшись в таком положении, опасно приблизится к установлению собственного суверенитета.

Чтобы ответить на вопрос, кто должен выступать гарантом конституции, Шмитт обращается к конкретному конституционному положению современного ему Германского рейха и ха-

на «Гаранта конституции» Шмитта. Автор демонстрирует прекрасное знание не только самой работы Шмитта, но и базовых оснований позиции последнего. Кельзен совершенно справедливо указывает на теоретические сложности и нестыковки в аргументации Шмитта.

11. Там же. С. 58.

рактизует его посредством трех понятий: плюрализма, поликратии и федерализма. Первое из них говорит о власти многих субъектов над государственным волеобразованием; поликратия возможна на основе изъятия из государства отдельных частей и обретения ими независимости от государственной воли; в федерализме же соединяются влияние на волеобразование рейха и предполагаемая поликратией эмансипация.

С точки зрения Шмитта, конституционная ситуация Германии первой трети XX века характеризуется прежде всего тем, что учреждения и нормы XIX века остались неизменными, в то время как ситуация полностью изменилась. Германские конституции XIX века относились к эпохе, основу которой великое немецкое государственное право того времени сформулировало в ясной и удобной формуле: различие государства и общества. Буржуазно-правовое государство XIX века — это законодательное государство. Юстиция в нем не могла самостоятельно решать спорные политические и законодательные вопросы. В XIX веке гарантом конституции был парламент. При этом всегда предполагалось, что парламент имеет дело с независимым от него сильным монархическим чиновничьим государством. Ведь «тенденция либерального XIX века стремилась по возможности ограничивать государство до минимума, прежде всего по возможности не позволять ему интервенции и вмешательства в экономику, вообще максимально нейтрализовать его по отношению к обществу и противоречиям интересов, с тем чтобы общество и экономика по своим собственным имманентным принципам выработали для своей сферы необходимые решения: в свободной игре мнений на основании свободной агитации возникают партии, их дискуссия и борьба мнений создают общественное мнение и тем самым определяют содержание государственной воли; в свободной игре социальных и экономических сил царит свобода договорных и экономических отношений, в результате чего кажется гарантированным максимальное экономическое процветание»¹².

Но и этот вариант гаранта конституции Шмиттом отвергается — и опять же в силу того, что обстоятельства изменились. Превосходство парламента требует различения государства от общества, однако в начале XX века мы наблюдаем тенденцию к их слиянию, и так называемых нейтральных сфер — экономики, культуры — больше не существует. Нет ничего, что потенциально не могло бы стать государством и политическим. «Общество, само организующее себя в государство, находится на пути

перехода из нейтрального государства либерального XIX века в потенциально тотальное государство. Это громадное изменение может быть реконструировано как часть диалектического развития, проходящего три стадии: от абсолютистского государства XVII и XVIII веков через нейтральное государство либерального XIX века к тотальному государству тождества государства и общества»¹³.

Говоря о современном ему состоянии Германского рейха, Шмитт отмечает, что, хотя в настоящее время мы не имеем еще тотального государства, зато имеем стремящиеся к тотальности социальные партийные образования, которые поддерживают плюралистическое государство. Парламент же не способен выступать в качестве определяющего фактора государственного волеобразования. При таком положении дел желаемому единству неоткуда взяться, тогда как «духу всякой конституции соответствует политическое решение, развеивающее сомнения по поводу того, что является общим базисом государственного единства, данным вместе с конституцией»¹⁴.

Спасти конституцию от противоречащего ей плюрализма и стать гарантом конституции может только рейхспрезидент, у которого эти полномочия, с точки зрения Шмитта, *уже есть*, поскольку у него есть право издавать постановления, заменяющие законы. Здесь Шмитт вновь обращается к легитимирующей роли сложившейся практики. Кроме того, по его мнению, для правового государства с разделением властей логично не возлагать эту дополнительную функцию на одну из существующих ветвей, поскольку это лишь даст последней перевес над другими и поможет избежать контроля, превратившись в «господина конституции». Необходимо поэтому установить особую наряду с другими нейтральную власть и посредством специфических полномочий связать и сбалансировать ее с ними. Такой властью и будет глава государства, который, с точки зрения Шмитта, символизирует непрерывность и постоянство государственного единства. Его положение является «нейтральным, посредническим, регулирующим и охраняющим»¹⁵.

Подытоживая длинную цепь дальнейших рассуждений о месте и роли рейхспрезидента, Шмитт удовлетворенно замечает, что «рейхспрезидент находится в центре всей системы партийно-политической нейтральности и независимости, построенной на плебисцитарном основании. Государственный порядок сегодняшнего Германского рейха зависит от него в той же мере, в ка-

12. Шмитт К. Гарант конституции. С. 121.

13. Там же. С. 123.

14. Там же. С. 136.

15. Там же. С. 197.

кой тенденции плюралистической системы затрудняют или даже делают невозможным нормальное функционирование законодательного государства. Так что прежде чем учреждать в качестве гаранта конституции суд для острых политических вопросов и конфликтов, перегружать и подвергать юстицию опасности подобной политизации, сначала следует вспомнить об этом позитивном содержании Веймарской конституции и ее конституционно-законодательной системы. Согласно наличному содержанию Веймарской конституции, гарант конституции уже существует, а именно рейхспрезидент»¹⁶. Кроме того, это соответствует демократическому принципу, на котором основана Веймарская республика: рейхспрезидент избран подлинно демократическим способом, когда немецкий народ полагается в качестве единства, которое обладает непосредственной «дее-способностью», а не только реализующейся через коллективные социальные образования. Шмитт заявляет, что глава государства выступает «в качестве гаранта и хранителя конституционного единства и целостности немецкого народа. От успеха этого зависит существование и долговременность сегодняшнего германского государства»¹⁷.

16. Шмитт К. Гарант конституции. С. 219.

17. Там же. С. 220.