


# Понятие политического как ключ к работам Карла Шмитта по государственному праву<sup>1</sup>

ЭРНСТ-ВОЛЬФГАНГ БЁКЕНФЁРДЕ

 ПОВЕДУ речь не о личности, а о *трусах* Карла Шмитта и начну с краткого биографического воспоминания. Будучи студентом юридического факультета, в 6-м и 7-м семестрах я читал «Учение о конституции» Карла Шмитта. Там я натолкнулся на такую формулировку: государство есть политическое единство народа<sup>2</sup>. А также еще на одну: составная часть конституции, посвященная правовому государству, представляет собой ее неполитический элемент<sup>3</sup>. Обе формулировки показались мне тогда загадочными. Я усвоил от Георга Еллинека, что государство, рассматриваемое с точки зрения социальной науки, есть целесообразный союз, а с юридической — территориальное объединение. Мне также было известно кое-что об органических теориях государства, в частности об Отто фон Гирке, изображавшем государство организмом и общественным союзом, являющимся реальным лицом, а не просто фикцией<sup>4</sup>. Однако на основании этих идей нельзя было разгадать того, что имеется в виду в тезисе «государство есть политическое единство народа». В них не хватало связи с политическим. Это стало частично ясно мне лишь позднее — в ходе чтения и обсуждения работы Карла Шмитта «Понятие политического». Чем дальше, тем сильнее я убеждался, что в этом сочинении, то есть в сформулиро-

1. Перевод выполнен по изданию: © Böckenförde E.-W. Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Fr.a.M.: Suhrkamp, 1991.
2. Schmitt C. Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 1928. S. 3, 125.
3. Ibid. S. 200.
4. Von Gierke O. Das Wesen der menschlichen Verbände. Rektoratsrede, 1902 (Neudruck, 1954). S. 8 ff.

ванном в нем понятии политического, содержится ключ к пониманию всего творчества Карла Шмитта в области государственного права. Я хотел бы изложить это подробнее.

## I

Первым здесь встает вопрос о содержании и центральном высказывании сочинения о понятии политического.

1. Это центральное высказывание следует извлечь из-под того вороха недоразумений, которые возникли как в результате дискуссии вокруг этого сочинения, так и по ходу истории его влияния. Подробное описание и опровержение недоразумений (отчасти объяснимых духовно-политической ситуацией, внутри которой это сочинение было написано и оказывало свое влияние, а отчасти — сознательным стремлением уразуметь неправильно) потребовали бы отдельного доклада. Здесь я не могу подробно на них останавливаться, а лишь кратко отмечу два распространенных и типичных недоразумения.

Первое состоит в том, что разрабатываемая в «Понятии политического» теория друга и врага используется якобы для того, чтобы квалифицировать внутривнутриполитические дискуссии *внутри* государства как отношения друга и врага, а по возможности и вести их соответствующим образом, вместо того чтобы квалифицировать их как хотя и полемическое, но все же сугубо мирное стремление создавать политический и социальный порядки и искать равновесие и компромисс. Второе недоразумение заключается в представлении, будто в сочинении речь идет о *нормативной* теории политики или политического действия, в которой различие «друга» и «врага» и вооруженная борьба как его крайнее следствие делаются целью и содержанием политики. Именно это последнее недоразумение встречалось в истории влияния чаще всего, причем сам автор не возражал против него особо, однако это толкование можно однозначно опровергнуть, опираясь на сам текст<sup>5</sup>.

2. Напротив, центральное высказывание и непреходящее научное значение этого сочинения состоят в том, что в нем выдвигается критерий (проверяемый ссылками на феномены) не поли-

5. Schmitt C. Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. Berlin: Duncker & Humblot, 1963. S. 34–35: «Война отнюдь не является целью или тем более содержанием политики, но в качестве реальной возможности это всегда наличная предпосылка, своеобразно определяющая человеческие поступки и мысли и тем самым приводящая к специфически политическому поведению». Этот пассаж дословно содержится и в сокращенном и частично измененном издании 1933 года (S. 17).

тики, а политического, политической сферы или, точнее говоря, агрегатного состояния политического. Поэтому понимание этого критерия и знание о нем служат предпосылками осмысленного политического действия. В качестве такого критерия следует признать то, что политическому как таковому — это констатируется и проверяется на феноменах — свойственно доходить до крайнего противостояния, до различия друга и врага, включающего готовность к борьбе, в том числе вооруженной, и что оно феноменально определяется этой заложенной в нем возможностью. Отсюда вытекает определение политического, которое я уже имел повод сформулировать в другом месте<sup>6</sup>: у политического нет отдельной предметной области, оно представляет собой скорее публичное поле отношений между людьми и группами людей, характеризующее степень интенсивности ассоциации или диссоциации, вплоть до различия «друга» и «врага», которое может черпать свой материал из любой предметной или жизненной сферы.

3. В свете этой дефиниции точный и проверяемый смысл обретает и второе, поначалу лишь имплицитно сделанное центральное высказывание сочинения, которое затем получило экспликацию в предисловии к переизданию 1963 года, а именно: государство — это политическое единство народа.

а. С точки зрения данного понятия политического тезис «государство — это политическое единство народа» означал, что государство — это единство, замиренное внутри себя, и именно потому — политическое единство, охватывающее также и само политическое. Снаружи оно отграничивает себя от других политических единств, внутри же него любые противоречия, конфликты и столкновения *не доходят* до уровня группирования «друг–враг», то есть они охватываются некоей общностью (дружбой), основанной на относительной однородности живущих вместе людей, и встраиваются в мирный порядок, обеспечиваемый благодаря государственной монополии на насилие. Политика внутри государства — Карл Шмитт сам говорит об этом<sup>7</sup> — является политической лишь во второстепенном смысле, в отличие от политики внешней. В классическом смысле это — полиция и забота о том (и обсуждение того), как благоустроить общество в целом и отношения внутри него, не выходящие за мирные рамки и их не разрушающие. Так что функция

государства как политического единства в том и состоит, чтобы делать все противоречия, напряженности и конфликты, возникающие внутри него, относительными и удерживать их относительность так, чтобы в рамках государственного мирного порядка открывалась возможность вести дебаты, вести публичную дискуссию и в конечном счете принимать решения согласно установленной процедуре.

б. Впрочем, это отнюдь не означает — вопреки распространенному заблуждению, — что сфера внутренней политики в государстве полностью отделена от понятия политического, а понятие политики используется здесь в совершенно ином, независимом от него значении. И внутренняя политика во второстепенном смысле остается «политической» в смысле приведенной дефиниции. Эта упомянутая второстепенность основана на том, что здесь понятие «политика» или «политическое», с одной стороны, выражает степень отделенности от политического, а с другой — не утрачивает с ним логической связи. Это приводит к следующему обстоятельству. Даже в политическом единстве, то есть замиренном и лишенном интенсивности группировании «друг–враг», существуют споры по вопросам порядка совместной жизни; при этом люди и сообщества публично группируются друг с другом и друг против друга. Такая возможность имеется в любой сфере: иногда в культурной политике, иногда в экономической, иногда во внешней и т. д. — предмет спора невозможно установить заранее. Однако люди делают это так, что интенсивность группирования по принципу «друг–враг» не достигается. Тем не менее всякое такое столкновение является второстепенно политическим в смысле шмиттовского понятия, поскольку оно в случае эскалации конфликта и отсутствия разумной политики, нацеленной на его разрешение, может достичь крайней степени интенсивности. Культуркампф в Пруссии и бисмарковской империи чуть было не достиг этой степени. Сначала он шел по пути непрерывной эскалации, приведя к экзистенциальному конфликту лояльности у католической части населения. Бисмарк был достаточно умным политиком, чтобы увидеть, что, сколь бы твердолобыми ни были, по его мнению, ультрамонтаны, в интересах сохранения рейха он не может разжигать конфликт с ними. И тогда он начал искать пути к примирению. Впрочем, нечто подобное может произойти в любой предметной сфере: подобный разгорающийся спор может возникнуть из-за университетской реформы, образовательной политики или — возможно, через несколько лет — из-за мест и объемов переработки мусора.

Таким образом, вторичное понятие политического является точной и логически верной квалификацией в той мере, в какой эта вторичная политика не отделена категориально раз и на

6. В последний раз в работе: Böckenförde E.-W. Staat — Gesellschaft — Kirche // Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft. Teilband 15. Freiburg, 1982. S. 82.

7. Schmitt C. Der Begriff des Politischen. S. 30 f. Anm. 4; далее см. предисловие 1963 года: Ibid. S. 10/11.

всегда от возможного группирования по принципу «друг–враг», а предметная связь с ним продолжает нести в себе угрозу. Тем самым политическое, как его определяет Карл Шмитт, не исчезает даже в учрежденном и дееспособном в качестве политического единства государстве, будучи вытесненным, например, в сферу внешней политики. Потенциально, как возможность эскалации группирования «друг–враг», оно всегда присутствует и в государстве, пусть даже и не выходя наружу в нормальной ситуации.

с. Поэтому однажды достигнутое состояние политического единства не дано раз и навсегда, а как состояние человеческого общежития скорее требует постоянной заботы и сохранения. Оно подвержено внешним угрозам — опасностям нападения или реальным нападениям внешних врагов, но также потенциально и угрозам внутренним. Захват политической сферы, ее включение в государство и замирение государством могут быть поставлены под вопрос, сделаться проблематичным, вплоть до состояния латентной или открытой гражданской войны, когда государственное единство перестает существовать как единство политическое. Для избегания подобных угроз и опасностей необходимо принимать меры предосторожности, стабилизировать внутренний порядок, осуществлять профилактику в отношении существующих или намечающихся напряженностей и конфликтов, чтобы дело не дошло до подобной эскалации, до диссоциации с той степенью интенсивности, когда разрушается и ставится под сомнение даже основанное на относительной гомогенности чувство общности, то есть то, что понимается под дружбой в политическом смысле. Тогда это будет разумная политика, исходящая из понимания своеобразия политического и определяющаяся им.

4. Если это — точный смысл определения государства как политического единства народа, то отсюда вытекают некоторые следствия для государственного права. Государственное право предстает в таком случае как обязательный нормативный порядок и форма существования, сохранения и поддержания дееспособности политического единства в указанном смысле. В этом отношении ему присущ специфический телос, с которым необходимо соотноситься и на который следует ориентироваться: делать возможным, сохранять и поддерживать государство как состояние политического порядка и единства. Государственное право и его интерпретация, посредством которых это состояние и этот порядок ставятся под сомнение или даже приближается распад государства, были бы вопиющим противоречием. В этом смысле государственное право является подлинно политическим: оно не второстепенным образом и опосредованно, а непосредствен-

но имеет дело с сохранением, формой и действием политического единства; его предмет касается, так сказать, гравитационного поля самого политического<sup>8</sup>.

## II

Далее я попытаюсь показать, как исходя из этого понятия политического и характеристики государства как политического единства раскрываются центральные понятия, высказывания и тезисы в государственно-правовых работах Карла Шмитта и — хотя нам их может быть трудно понять как адекватных предмету и непротиворечивых — наделяются внутренним обоснованием и логикой. Это не попытка упредить дискуссию о том, в какой мере цели, которой Карл Шмитт пытался добиться этими понятийными формулировками и высказываниями, можно было — даже ему самому — достигнуть скорее при помощи иных форм высказывания. Цель здесь прежде всего в том, чтобы указать на систематическую взаимосвязь, причем, как мне кажется, на определяющую систематическую взаимосвязь его государственно-правовых работ. «Учение о конституции» и первая редакция «Понятия политического» возникли примерно в одно время, поэтому неудивительно, что концепция «Понятия политического» отражается в «Учении о конституции» и служит ему опорой, хотя напрямую об этом не сказано. Государство как политическое единство народа, правовое государство как неполитический элемент конституции — все это действительно лишь постулируется в виде тезисов в «Учении о конституции». Но разве это не указывает на предпосылку, на несущую идейную конструкцию, которая лежит в основании? И разве таковая не имеет значение для всех государственно-правовых работ, помимо «Учения о конституции»?

Я хотел бы доказать свой тезис о ключевом характере «Понятия политического» для государственно-правовых работ Карла Шмитта на семи примерах.

1. *Понятие суверенитета и его незаменимость для государственного права.* Эта формула известна: «Суверен есть тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении»<sup>9</sup>. Если политическое единство конституируется и поддерживается в охвате напряженностей, противоречий и конфликтующих интересов, благодаря

8. Об этом см.: Böckenförde E.-W. Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatswissenschaft // Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag. Berlin: Duncker and Humblot, 1983. S. 317 (320 f).

9. Шмитт К. Политическая теология. Сборник. М.: КАНОН-Пресс-Ц, 2000. С. 15.

чему становится возможным надолго сделать их относительными и сдерживать их, то предпосылкой такого единства служит возможность неоспоримого последнего решения. Стало быть, суверенитет, содержащий в себе это полномочие, является необходимой властной позицией для государства как мирного единства<sup>10</sup>. Она позволяет принимать решения также и о чрезвычайном положении, и о том, как в нем действовать. Эта властная позиция в понятии суверенитета формулируется как право: суверен — с точки зрения государственного права — имеет право принимать подобные решения. Наиболее полное выражение эта возможность приобретает в самой крайней опасности для политического единства, когда возникает угроза его существованию как состоянию и реальной данности, хотя эту ситуацию и невозможно определить заранее и ограничить отдельными случаями. Уже писалось о «праве на спасительное действие»<sup>11</sup>. Это — другое описание того же феномена. Карл Шмитт считает, что суверенитет не может быть юридически ограниченным или условным, поскольку в противном случае государство перестало бы существовать как самостоятельное политическое единство<sup>12</sup>. Правда, от этого следует отличать вопрос о существовании фактических границ, особенно связанных с властью, и политических ограничений суверенитета, которые вообще или в определенных ситуациях фактически не позволяют осуществить суверенитет полностью. Они существуют всегда — на них зиждутся перипетии политической борьбы и сменяющихся констелляций власти. Тем не менее они не ставят под вопрос суверенитет в правовом смысле. Если же от суверенитета отказываются, отрекаются или ограничивают его в правовом смысле, так что он уже не может стать неоспоримым последним, заранее неопределимым решением, то это отнюдь не означает гибель суверенитета как такового, а лишь его переход к другому, высшему политическому единству, которое провозглашает это право за собой и в случае необходи-

10. Там же логично говорится о том, что суверенитет «следовательно, должен правильно определяться юридически не как властная монополия или монополия принуждения, но как монополия решения». См. также: Heller H. Die Souveränität (1927) // Heller H. Gesammelte Schriften. Leiden, 1971. Bd. 2. S. 120 ff, 185.

11. См. Huber E. R. Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit // Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt / H. Quaritsch (Hg.). Berlin: Duncker and Humblot, 1988. S. 33–70.

12. *Idem*. Der Begriff des Politischen. S. 39; с этим согласен Хеллер: Heller H. Op. cit. S. 185 ff. Это исходная точка для учения о конституции для федерации, которое основано на том, что вопрос распределения суверенитета между федерацией и ее членами может оставаться неразрешенным при отсутствии внутри федерации — в силу существующей гомогенности — экзистенциального конфликта. См.: Schmitt C. Verfassungslehre. S. 370 ff.

мости реализует его<sup>13</sup>. Из некогда самостоятельного политического единства может возникнуть единство, находящееся в вассальной зависимости от другого, и в таком случае оно политически ограничено действует под эгидой другого политического единства, если при нем еще возможно вести внутривнутриполитическую борьбу и принимать соответствующие решения<sup>14</sup>.

2. *Отношение государства и конституции.* То, что государство предшествует конституции, а не конституция впервые конституирует государство, является для Карла Шмитта тезисом, не нуждающимся в обосновании. Он с необходимостью следует из его понятия государства как политического единства. Ведь государство как политическое единство (что означает именно следующее: властное и мирное единство с монополией на насилие внутри) есть нечто *бытийное*, причем данное прежде всего как концентрация власти. Даже — и это кажется мне особенно важным — относительная гомогенность как основание и условие возможности этого мирного единства и действенной монополии на насилие, которая должна признаваться и гражданами, является бытийной данностью, а не нормативным постулатом или чем-то возникающим лишь вследствие выполнения конституции. Юридическая конституция и выполнение или применение ее нормативных определений не создают государства, скорее государство — как политическое единство — есть условие для их значимости. При этом не оспаривается, что благодаря юридической конституции государство наделяется более прочной формой, более определенным порядком для властного действия в нем и тем самым стабилизируется. Однако отсюда не следует ни самого существования государства, ни того, что служит его субстанцией<sup>15</sup>.

3. *Конституция и ее составные части.*

13. *Idem*. Der Begriff des Politischen. S. 51–54. Отказ или ликвидация суверенитета есть то же, что и утрата способности принимать свои последние политические решения. В таком случае верно следующее: «Из-за того, что у одного народа уже нет силы или воли, чтобы оставаться в сфере политического, политическое из мира не исчезает. Исчезает лишь слабый народ» (следует добавить: в качестве политического единства); *Ibid*. S. 54.

14. В классическом международном праве для этого применяется понятие «протекторат», а политическим понятием выступает «гегемония».

15. Это отношение государства и конституции уже схвачено в понятии конституции, когда последняя определяется в качестве решения относительно способа и формы политического единства, а не относительно его образования и сохранения, причем его существование уже предполагается. См.: *Idem*. Verfassungslehre. § 3, I. S. 21 f. Это не исключает того, что акт принятия конституции в определенных историко-политических ситуациях может совпадать с конституированием политического единства государства, например в случае отделения. Однако необходимости здесь нет, и этого не было при возникновении таких великих парадигматических конституций, как



а. Конституция — это не договор, а решение, причем решение о способе и форме политического единства<sup>16</sup>. Конституция может быть договором (в «Учении о конституции» это объясняется подробно) лишь между политическими единствами, вступающими в конфедеративные или даже федеративные отношения<sup>17</sup>. Основным примером здесь выступает союзный договор: Германский союз и Северогерманский союз, Швейцарская Конфедерация, акт о конфедерации штатов Новой Англии. В рамках государства основополагающий для него порядок и форма не могут основываться на договоре, поскольку в таком случае для государства как политического единства уже не действовали бы принцип и гарантия единства. Конституция как договор, если она должна при этом сохранять политический и правовой смысл, являлась бы договором самостоятельных, опирающихся на самих себя политических сил в рамках государства. Однако если таковые существуют, то принцип и обеспечение единства становятся для государства весьма проблематичными. Это видно на примере вопроса, как при таких условиях можно представлять себе осуществление законодательной власти, внесение изменений в конституцию и разрешение конституционного спора, когда не предполагается относительной бесконфликтности «золотой середины» или Алкионовых дней, в которые можно без всякой опасности рассчитывать на устойчивый компромисс<sup>18</sup>.

б. Даже часто критикуемое и трудное для понимания расчленение конституции на политическую и неполитическую составные части, а также квалификация части, связанной с правовым государством, как неполитической становятся понятными исходя из понятия государства как политического единства — благодаря ему они наделяются внутренней логикой. Правда, здесь в первую очередь встает критический вопрос, не является ли

французская конституция 1791 года или конституция Соединенных Штатов 1787 года.

16. Ibid. § 3. S. 20, 21–23.

17. Ibid. § 7, II. S. 62 ff.

18. Этим объясняется постоянная критика Карлом Шмиттом конституционно-правового дуализма конституционной монархии, а проявляется она уже в «Учении о конституции»: Ibid. § 6, II 5. S. 53 ff; и только усиливается и обостряется в сочинении «Государственное устройство и крах Второй империи» (1934). В нем конституционная монархия — на примере прусского конституционного конфликта — предстает в виде непрерывного компромисса, который выстраивается над противоречивыми принципами легитимации и который нужно постоянно находить заново. См. об этом: *Huber E. A. Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*. Stuttgart: Kohlhammer, 1963. Bd. III. S. 1–20. В этом контексте важно замечание: *Wahl R. Der Vorrang der Verfassung // Der Staat* 20. 1981. S. 485 ff (491 ff), о том, почему конституционная система конституционной монархии была несовместима с конституционным правосудием.

часть, связанная с правовым государством, также частью порядка в обществе и тем самым — политического порядка. Однако политическое в смысле шмиттовского понятия есть именно то, что позволяет политическому единству как этому единству, то есть как степени интенсивности ассоциации, преодолевать конфликты и противоречия, придает форму и организацию, делает и сохраняет его дееспособным. Это охватывает и легитимацию государственного действия — в демократии со стороны народа. То, что оказывает на это единство сдерживающее, уравнивающее, высвобождающее, а то и плюрализирующее воздействие (а сюда относятся основные права, разделение властей и, кроме того, заложенное в правовом государстве освобождение все более автономного гражданского общества экономики и труда), не является политическим в этом смысле; оно релятивизирует и ограничивает единство политического действия государства в интересах неполитических, свободно-индивидуалистических целеполаганий.

с. С этой точки зрения в том, что политическая часть конституции обладает перевесом над частью, связанной с правовым государством, нет никакого скачка, а есть лишь предметно-логическое следствие. Нормы, учреждающие органы государства, придают форму государственному действию, определяют необходимые процессуальные правила для дееспособности политического единства, а также касаются сохранения и защиты последнего, обладают перевесом над теми, предметом коих служит ограничение государственного действия в пользу частной и общественной свободы. Ведь эта частная и общественная свобода политически ничего не конституирует, она не создает из себя политическую ассоциацию. Исходящие от нее освобождение и индивидуализация являются применительно к политическому единству и поддерживающей его гомогенности скорее ослаблением этого единства, нежели его необходимой, интегрирующей частью<sup>19</sup>. Иначе говоря, связанная с правовым государством часть конституции и ее гарантии должны быть навешены на существующее политическое единство и форму; они не могут быть не-

19. И только кажется, будто этому противоречит тезис из сочинения «Легальность и легитимность»: *Schmitt C. Legalität und Legitimität*. München & Leipzig: Duncker & Humblot, 1932. S. 87 f, о том, что с учетом кризиса веймарского государства вторую главную часть Веймарской конституции следует сохранить и очистить от внутренних противоречий и фикций технически функционалистски-опустошенной системы легальности, в которую превратилась первая главная часть. Именно из-за того, что эта вторая главная часть (которая, впрочем, определяет не только основные либеральные права, соотносимые с частной и общественной свободой индивидов, но и «порядки совместной жизни») может быть эффективной не сама по себе, но лишь в рамках жизнеспособного в себе «политического» порядка, выдвигается требование перестроить его.

зависимы от них или обладать приоритетом перед ними, а также демонстрировать эффективное воздействие. Лишь существующее и потому способное к функционированию политическое единство создает возможность для обеспечения базовых индивидуальных прав и свобод, которые именно благодаря этому единству получают защиту от угроз и нарушений со стороны сограждан<sup>20</sup>.

#### 4. Конституционное правосудие и гарант конституции.

а. Исходя из понятия политического, логично разъясняется и постоянно выдвигаемый Карлом Шмиттом тезис о том, что подлинное конституционное правосудие есть политическая юстиция<sup>21</sup>. Повторим еще раз: государственное и конституционное право принципиально является политическим правом; не в том смысле, что право всегда имеет дело с политикой, служит порядку и оформляет совместную жизнь в политическом сообществе, а из-за того, что оно по своей материи нормирует условия, процедуры, полномочия и границы дееспособности государства как политического единства и тем самым полномочия и возможности сохранения и обеспечения этого политического единства<sup>22</sup>. Но в таком случае государственное право самой материей и своим предназначением соотносено с политическим и определяет

20. Общим для столь различных философов государства, как Томас Гоббс и Иммануил Кант, является понимание, что в исходной точке государство и создаваемая им концентрация суверенного насилия необходимы именно для того, чтобы защитить индивида от угроз и опасностей со стороны своих сограждан. См.: *Hobbes Th. Elementa philosophica de cive*. Cap. 5, 6–7; *Idem. Leviathan*. Cap. 17; *Kant I. Metaphysik der Sitten*. Teil I. § 44; *Idem. Ideen zur allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, 6. Satz // *Idem. Werke / Wilhelm Weischedel (Hg.)*. Bd. 9. S. 40 f.

21. *Schmitt C. Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929) // *Idem. Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*. Berlin, Duncker & Humblot, 1958. S. 73 ff, 97 ff; *Idem. Der Hüter der Verfassung*. Darmstadt: Duncker & Humblot, 1931. S. 26–34. Под конституционным правосудием при этом имеется в виду лишь разрешение конституционных споров в первоначальном смысле, касающихся гравитационного поля политического, то есть достижения, сохранения, стабилизации и оспаривания политической власти и ее осуществления. Из веймарской эпохи сюда относится процесс «Пруссия против рейха», а в федеративной республике, например, процесс по делам Социалистической имперской партии и КПГ (BVerfGE 2,12; 5,85), первый спор о телевидении (BVerfGE 12,205), спор о роли конституционных органов при размещении ракет (BVerfGE 68,1) или решения о финансировании партий (последний раз — BVerfGE 73,40). С учетом этого содержательную юрисдикцию Федерального конституционного суда в отношении основных прав следовало бы в смысле шмиттовского понятия охарактеризовать как высшую ступень административного правосудия в широком объеме; насколько позволяет юридическая реализация понятно установленных основных прав, конституционный суд защищает здесь замиренную правовую государственность.

22. *Böckenförde E.-W. Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatswissenschaft*. S. 320 f.

ся исходя из него. Его следует толковать и применять, отталкиваясь от этой определенности и ориентируясь на нее, поскольку его толкование и применение, с этой точки зрения, представляют собой часть специфически политического действия.

Поэтому конституционное правосудие не может быть замиренной областью, отделенной от политических диссоциаций и тем самым от связанных с ними опасностей, каковой по идее является юстиция, подчиняющаяся установленным в политическом дискурсе законам. Последняя имеет дело с законами, прошедшими процесс политического волеизъявления и принятия решения. Тем самым они, после того как этот процесс завершен, принципиально умиротворяются и получают защиту от (потенциальной) политической диссоциации. Они теперь могут и должны толковаться и использоваться сами по себе применительно к тому, что в них заложено. Поэтому и судья, который подчиняется только закону, а в остальном остается независимым, не становится политической величиной<sup>23</sup>. В отличие от этого, конституционное правосудие должно принимать решения о содержании и интерпретации конституционного права как права, определяющего дальнейшую дееспособность политического единства, формирующего его процедуры и т. д. Поэтому оно само с необходимостью располагается в собственном гравитационном поле политического, где ассоциация и диссоциация, так сказать, постоянно присутствуют потенциально и всегда могут воспламениться. Если оно верно выполняет свою задачу в соответствии со своим предназначением, то в этом смысле оно неизбежно является «политической» юстицией, что вовсе не равнозначно — здесь не должно быть недоразумения — партийно-политической юстиции.

б. Для Карла Шмитта суд, работающий в форме юстиции, не может быть гарантом конституции<sup>24</sup>. Почему? Также и здесь этот тезис раскрывается исходя из понятия политического. Суд — в том виде, в каком он возник в ходе развития европейского правового государства — по задаче, функции и пониманию своей роли его персональными носителями отделен от гравитационного поля

23. Именно поэтому задача судьи, соответствующая его функции в политической системе, состоит в самостоятельной интерпретации и применении законов независимо от предшествующего политического спора вокруг их содержания и должна избегать превращения интерпретации закона и судебное развитие права в «продолжение политики другими средствами». Как раз в этом заключается «политический характер» его задачи и функции; см.: *Luhmann N. Funktionen der Rechtsprechung im politischen System // Dritte Gewalt heute? Schriften der Ev. Akademie Hessen-Nassau*. Heft 4. Fr.a.M., 1969. S. 9 f; *Böckenförde E.-W. Verfassungsfragen der Richterwahl*. 1974. S. 89 ff.

24. *Schmitt C. Der Hüter der Verfassung*. S. 48 ff, 132; *Idem. Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*. S. 97 ff.

политики. Он начинает действовать лишь в случае обращения к нему (где нет истца, там нет судьи), ограничен выраженным требованием (*ne ultra petita*) и функционирует целиком в рамках и на основе предзаданного ему права, которое не создается судом, а существует, как правило, в форме закона. Последнее должно применяться им независимо, без того, чтобы перед ним ставились или ему разрешались далеко идущие, особенно политические, цели. Напротив, гарант конституции должен быть активно действующим и политическим органом<sup>25</sup>. Ведь гарант конституции (поскольку и насколько конституция представляет собой покров и основную правовую форму политического единства) одновременно служит гарантом самого политического единства. Не в последнюю очередь это следует и из отношения государства и конституции в том виде, как его рассматривал Карл Шмитт<sup>26</sup>.

Кстати, в этой связи трудно обойти вопрос о том, насколько едины в этом пункте применительно к эпохе Веймарской республики Карл Шмитт и Рудольф Сменд. Если внимательно прочитать «Конституцию и конституционное право» Сменда, то можно заметить, что там нет речи о конституционном правосудии. Конституция предстает там не как часть правовой системы, обеспечиваемой правоприменением и юстицией, а как порядок интеграционного процесса, в каком государство живет и действует. Правовая функция и правовая система, включая юстицию, сознательно изымаются из системы собственно государственной власти, поскольку они следуют за другой самостоятельной ценностной идеей, нежели государственно-политическая интеграция<sup>27</sup>. И даже то, что у Сменда говорится о своеобразии интерпретации конституции, ее ориентированности на оптимальную интеграцию и о непрекращающемся развитии действительности самой конституции<sup>28</sup>, сформулировано не в отношении суда. Процесс государственной интеграции, порядком и вместе с тем частью которого служит конституция, невозможно отдать под защиту суда.

5. *Самостоятельность и относительная отделенность политической сферы от частной и общественной сферы.* Если я правильно понимаю государственно-правовые работы Карла Шмитта, через них красной нитью проходит идея, что политическая сфера в целях сохранения политического единства концентрируется в государстве и органах государства и должна оставаться

25. *Idem.* Der Hüter der Verfassung. S. 132 ff.

26. *Ibid.* S. 2.

27. *Smend R.* Verfassung und Verfassungsrecht. München: Duncker & Humblot, 1928. S. 98, 152 f.

28. *Smend R.* Verfassung und Verfassungsrecht. S. 78 ff, 137 ff.

там, а государство должно, так сказать, заявить о своей монополии на политическое. Это проявляется тройным образом.

а. Связанная с основными правами свобода как не управляемая государством автономная свобода относится лишь к частной, неполитической сфере и подобает лишь ей. Следует предотвратить ее проникновение в политическую сферу, поскольку в противном случае это приведет к декомпозиции и изменению функций политической сферы и властных позиций принимающих решения государственных органов, которые превратятся в инструмент частно-общественного саморазвития.

Распределение основных прав в «Учении о конституции» подтверждает это<sup>29</sup>. Подлинными основными правами в смысле предшествующих государству до- и надгосударственных прав человека являются лишь индивидуалистические правовые свободы в строгом смысле, то есть правовые свободы взятого в отдельности индивида, очерчивающие и защищающие его частную сферу. Сюда относятся свобода вероисповедания и совести, личная свобода, неприкосновенность жилища, тайна переписки и защита частной собственности. В следующей группе (в правовых свободах индивидов в связи с другими индивидами, к чему относятся свобода мнений, свобода прессы, свобода собраний и объединений) проявляется известная двойственность, поскольку вместе с ее социальным характером признается переход в политическую сферу. Как считает Шмитт, их следует, с одной стороны, рассматривать как подлинные основные права до тех пор, «пока индивид не выходит из чисто общественного состояния и признается лишь свободная конкуренция и свободная дискуссия индивидов»<sup>30</sup>. Однако они могут легко утратить «неполитический характер» (!) и в таком случае перестают быть индивидуалистическими правовыми свободами, гарантированными в качестве догосударственной свободы в смысле принципа разделения правового государства<sup>31</sup>.

От этого отчетливо отделены права на политическое участие. Политическое участие может полагаться отдельному человеку не как догосударственному индивиду, не внутренним образом и из-за приватности и преследования интересов, но лишь как члену политического народа, как гражданину (*citoyen*)<sup>32</sup>. Именно этим объясняется недвусмысленная критика Карлом Шмиттом тайны выборов, посредством которой уничтожается публичный характер легитимации политической власти в демократии, по-

29. См.: *Schmitt C.* Verfassungslehre. S. 163–170.

30. *Ibid.* S. 165.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.* S. 168 ff.



скольку индивид призывается к избирательной урне как частное лицо (*homme*), а не как член и часть политического народа (*citoyen*), и тем самым — этот важный пункт критики не сформулирован отчетливо — закладывается угроза распада политического единства, поскольку последнее может оказаться до некоторой степени беззащитным в результате развития и преследования частных и общественных интересов<sup>33</sup>.

б. Государство не может быть незаинтересованным или запрещать себе влиять на подобные основополагающие правовые свободы, которые сами по себе могут стать политически релевантными, поскольку непосредственно касаются политического единства в его предпосылках, связанных с сохранением относительной гомогенности. В «Учении о конституции» содержится короткое замечание, которое запечатлелось у меня в памяти уже после первого прочтения:

Политическая проблема влияния на массы посредством кино настолько важна, что ни одно государство не может оставить этот мощный психотехнический аппарат без контроля; оно должно исключить его из политики, нейтрализовать, то есть в действительности, поскольку политическое неизбежно, поставить на службу порядку, даже если у него не хватает мужества открыто использовать его как средство интеграции для достижения социально-психологической гомогенности<sup>34</sup>.

В конкретном контексте речь шла об оправдании оговорки о цензуре в кино в статье 118, пункте 2, Веймарской имперской конституции и принятом во исполнение этой оговорки законе о кино от 1920 года. В статьях же кризисного для республики периода 1932–1933 годов позиция Шмитта — вероятно, в результате наблюдения за практикой влияния на массы посредством новых технических средств — становится еще резче: даже самое либеральное государство не может позволить себе оставить другим эти новые средства влияния и воздействия на массы и формирования «общественного», точнее, коллективного мнения<sup>35</sup>. То,

33. Об этом впервые говорилось в сочинении: Шмитт К. Духовно-историческое положение современного парламентаризма / Шмитт К. Политическая теология; далее — в сокращенном и концентрированном виде — в статье «Буржуазное правовое государство»: Schmitt C. Der bürgerliche Rechtsstaat // Abendland. 1928. S. 202, а также в «Учении о конституции»: Idem. Verfassungslehre. S. 245 f. Кстати, критика, имевшая место в «Духовно-историческом положении», встретила явное одобрение со стороны Рудольфа Сменда: Smend R. Op. cit. S. 37. Anm. 4.

34. Schmitt C. Verfassungslehre. S. 168.

35. Schmitt C. Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland (1932/1933) // Idem. Verfassungsrechtliche Aufsätze. S. 360; Idem. Machtposition des modernen Staates (1933) // Idem. Verfassungsrechtliche Aufsätze. S. 368–369.

что в противном случае государство смиряется с самоустранением как политического единства, хотя и не высказано отчетливо, но подразумевается Шмиттом. Можно было бы попытаться актуализировать это высказывание применительно к сегодняшнему дню (1986) — не в последнюю очередь из-за появления и мощного воздействия телевидения, которое было тогда еще совсем неизвестно; впрочем, это к нашей теме не относится<sup>36</sup>.

Второе замечание встречается в статье, написанной для «Учебника государственного права»; ею Карл Шмитт впоследствии всегда гордился, как и тем, что Рудольф Сменд сразу заметил и оценил ее. В ней содержание статьи 135 Веймарской имперской конституции квалифицируется как свобода религии, а не — вопреки Аншюцу — как свобода антирелигиозных убеждений<sup>37</sup>. Государство, которое считает собственной предпосылкой относительную гомогенность, не может, подобно своего рода великому агностику, проявлять полную незаинтересованность к религии и антирелигии.

с. Носители социально-экономических интересов должны оставаться в своей сфере, не получая доступа к государственно-политической функции; политический плюрализм следует предотвратить. Для Шмитта политической репрезентации организованных интересов не существует вообще. Политические властные позиции групп интересов способствуют ослаблению или даже подрыву государства как политического единства, причем до тех пор, пока эти группы сами не окажутся в непосредственной политической ответственности в качестве носителя решающей государственно-политической власти<sup>38</sup>. Карл Шмитт еще мог бы себе представить *stato corporativo*<sup>39</sup>. Оно основано на том, что профессиональные сообщества, синдикалистские и т. п. организации непосредственно выступают носителями властных политических решений и политической ответственности и признаются в конституции в ка-

36. См. трезвый и впечатляющий анализ этой темы: Eichenberger K. Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie // Festschrift für Leo Schürmann zum 70. Geburtstag. Freiburg, Schweiz: Universitätsverlag, 1987. S. 405 ff.

37. Schmitt C. Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung // Handbuch des Staatsrechts. Bd. 2. 1932. S. 584; Anschütz G. Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919. Berlin: G. Stille, 1933. Bem. 4 mit Anm. 2 zu Art. 135.

38. См.: Schmitt C. Der Begriff des Politischen. S. 40–45; далее см.: Шмитт К. Государственная этика и плюралистическое государство // Шмитт К. Государство и политическая форма. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2010. Этому соответствует осторожное высказывание по поводу одной масштабной работы (Kaiser J. H. Die Repräsentation organisierter Interessen. Berlin: Duncker & Humblot, 1956): «...в этой книге умно то, что постановка вопроса в ней не достигает ядра понятия конституции и закона». См.: Schmitt C. Verfassungsrechtliche Aufsätze. S. 385; Kaiser J. H. Die Repräsentation organisierter Interessen. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1978. S. 2.

39. Ит. «корпоративное государство». — Прим. пер.



честве таковых. Карл Шмитт всегда критиковал и по всей логике должен был критиковать захват политического косвенными властями, которые в качестве носителей социально-экономической или церковно-конфессиональной власти вторгаются в государственно-политическую функцию и пытаются поставить ее себе на службу, не занимая при этом позицию, связанную с принятием политических решений, и не неся ответственности<sup>40</sup>. Этим обосновывается его принципиальная враждебность в отношении всякой, в том числе церковной, *potestas indirecta*<sup>41</sup>.

6. *Необходимость *pouvoir neutre* в рамках государственной организации.* Для поддержания и деятельной актуализации политического единства, каковым является государство, представляется необходимой высшая дееспособная точка сопряжения, которая готова и способна встать над борьбой и противоборством интересов и способствовать компромиссу и интеграции. Это есть задача и функция *pouvoir neutre*<sup>42</sup>. Она необходима, чтобы не допустить эскалации противостояния интересов и иных конфликтных потенциалов до группирования «друг–враг» и тем самым до подрыва самого политического единства. Вместе с учреждением государственного порядка как властного и мирного единства возможность политической диссоциации отнюдь не исчезает раз и навсегда, а скорее всякий раз — в зависимости от ситуации и повода — может снова стать угрожающей. Поэтому, чтобы эта виртуальная возможность не стала реальной, необходима политика, которая охватывает всех и приводит к компромиссу. Однако подобная политика или этот момент в политике не могут быть реализованы теми антагонистическими силами, что связаны с ними, хоть и обоснованными, но все же частными интересами.

В «Гаранте конституции» Карл Шмитт отправляется на поиск

40. Schmitt C. Der Hüter der Verfassung. S. 71: «Напротив, плюрализм обозначает множество прочно организованных, пронизывающих все государство (то есть как различные сферы государственной жизни, так и территориальные границы земель и автономные местные корпорации) социально-властных комплексов, которые как таковые присваивают себе государственное волеизъявление, оставаясь при этом лишь социальными (негосударственными) образованиями».

41. Лат. «косвенная власть». — Прим. пер. «Суть косвенной власти состоит и в том, что она лишает ясности однозначное соответствие между отдаваемым государством приказом и политической угрозой, между властью и ответственностью, предоставляемой защитой и повиновением и, безответственно пользуясь пусть и всего лишь косвенным, но оттого не менее интенсивным господством, сосредоточивает в своих руках все преимущества политической власти, не сталкиваясь ни с каким связанным с ней риском» (Шмитт К. Левиафан в учении о государстве Томаса Гоббса. М.: Владимир Даль, 2006. С. 227).

42. Schmitt C. Der Hüter der Verfassung. S. 114 f, 132 ff.

ки подобной *pouvoir neutre* и обнаруживает ее — в условиях веймарского государства — в чиновничестве и в должности рейхспрезидента<sup>43</sup>. Другой вопрос, в какой степени на конечном этапе Веймарской республики *pouvoir neutre* действительно присутствовала там, — это *quaestio facti*. Здесь же нас интересует *quaestio iuris*, а именно то, что для государственного порядка, ориентированного на способность государства к самосохранению, к сохранению своей функциональности и дееспособности, подобная *pouvoir neutre* кажется необходимой независимо от того, где конкретно она располагается в конституционной системе.

7. *Понятие репрезентации у Карла Шмитта.* Это сложный вопрос, который мог бы стать отдельной темой, и все же я не хочу игнорировать его. В государственно-правовых трудах Карла Шмитта репрезентация всегда сопряжена с политическим единством народа, то есть с государством, а не с репрезентацией общества в отношении государства и не с репрезентацией интересов в обществе. Репрезентируется не народ в государстве, а лишь политически связанный и уже организованный в политическое единство народ, то есть опять же само государство<sup>44</sup>. Этот концепт явно опирается на идею о том, что на репрезентацию способно лишь государство как таковое, политическое единство, а репрезентация внутри и вне государства неизбежно разрушает его как политическое единство.

Возможно, понятие репрезентации (насколько мне известно, Карл Шмитт в последний раз высказывался об этом в «Учении о конституции») является понятием, не получившим у него окончательной формулировки. Можно проследить различные этапы, расстановку различных акцентов и различные формулировки. Впервые репрезентация рассматривается в работе «Римский католицизм и политическая форма», затем — в длинном примечании к работе «Духовно-историческое положение современного парламентаризма» и, наконец, в развернутом виде в «Учении о конституции», где ведется спор с Рудольфом Смендом<sup>45</sup>. (Таблицационная работа Лейбхольца о репрезентации вышла лишь в 1929 году, то есть ее еще не существовало к моменту написания «Учения о конституции».)

43. Ibid. S. 149 ff (чиновничество), S. 156 ff (рейхспрезидент).

44. Idem. Verfassungslehre. S. 210, 212.

45. Шмитт К. Римский католицизм и политическая форма // Шмитт К. Политическая теология (применительно к личному достоинству и отображению духовного принципа); Schmitt C. Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. Berlin: Duncker & Humblot, 1923. Anm. 3 zu. S. 43 (в связи с переходом в политическую сферу); Idem. Verfassungslehre. S. 204–216 (развитие понятия репрезентации как государственно-правового и политического понятия).

Следует учесть, что для понятия репрезентации, как оно сформулировано в «Учении о конституции», репрезентация общества, его интересов и группировок оказывается проблемой, более того, она им вообще не учитывается. Точно так же проблемой становится и демократическая репрезентация, при которой граждане репрезентируются в том, что их объединяет, и посредством которой также создается политическое единство<sup>46</sup>. Понятие репрезентации мыслится скорее статически, как отображение невидимого, но наличного бытия, которое становится видимым благодаря репрезентации<sup>47</sup>. В соответствии с этим репрезентация предстает не как процесс, посредством которого актуализируются и воспроизводятся единство и общее сознание, а лишь как отражение чего-то уже наличного<sup>48</sup>.

Но, с другой стороны, в этой главе «Учения о конституции» встречается как раз понимание того, что само политическое единство народа не существует от природы, а его нужно создавать: «Однако всякое политическое единство должно как-то интегрироваться, поскольку оно не существует по природе, а основано на человеческом решении»<sup>49</sup>. Это, как мне кажется, не так далеко от Рудольфа Сменда, с той разницей, что интеграция возводится к решению. И далее: «Репрезентация впервые приводит к единству, однако речь всегда идет о политическом единстве народа в политическом состоянии»<sup>50</sup>. Здесь репрезентация весьма отчетливо рассматривается с точки зрения ее связанности с действием, из-за чего она приписывается, собственно говоря, лишь правительственным органам. Они суть действующие. Однако репрезентация приписывается только правительственным, но не административным органам, поскольку именно первые отображают и конкретизируют духовный принцип политического существования<sup>51</sup>. Здесь Карл Шмитт ссылается на Лоренца фон Штейна. Однако он также демонстрирует дуализм двух представителей в XIX веке, причем народное представительство должно было, так сказать, репрезентировать народ перед лицом монарха, а сам монарх — государство как целое, особенно во внешних

46. Böckenförde E.-W. Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion. Hannover, 1983. S. 21–26.

47. Schmitt C. Verfassungslehre. S. 209: «Репрезентировать означает делать видимым и настоящим некое невидимое бытие посредством бытия, публично присутствующего»; далее см.: Ibid. S. 207.

48. О том, что репрезентация реализуется как процесс, см.: Drath M. Die Entwicklung der Volksrepräsentation, (1954), in: H. V. Rausch (Hg.), Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und der Repräsentationsverfassung, 1975, S. 260, 275 ff., 292 ff.

49. Schmitt C. Verfassungslehre. S. 207.

50. Schmitt C. Verfassungslehre. S. 214.

51. Ibid. S. 212.

и международных связях<sup>52</sup>. Но разве в первом не было репрезентации или хотя бы ее элемента? И как тогда — исходя из той отправной точки, что репрезентация как конституционно-теоретическое понятие всегда соотносится лишь с государственным единством как целым и может репрезентировать лишь его — следует понимать собственно демократическую репрезентацию, представительство народа в государстве и парламент как народное представительство? Как мне кажется, здесь многое остается открытым и незавершенным, и я хотел бы оставить это в такой незавершенности.

### III

*Итоговое замечание:* вышеприведенные рассуждения были посвящены изложению государственно-правовых трудов Карла Шмитта, а не их предметному разбору. Я попытался систематически расшифровать эти труды исходя из определенной точки, которая кажется мне основополагающей, и в рамках этого продемонстрировать их последовательность вместо часто приписываемого им окказионализма. Вопрос о том, насколько основополагающие понятия, различения и высказывания в этих работах предметно состоятельны (то есть насколько они верны и соответствуют действительности государства, государственной жизни, существования государства и его порядка и тем самым и сегодня сохраняют актуальность), не только не получил ответа, но здесь всего лишь поставлен. Как мне кажется, он может продуктивно и перспективно обсуждаться лишь на основании систематической расшифровки этих трудов. В заключение я хотел бы указать на два аспекта, которые кажутся мне определяющими в этой дискуссии: первый связан с вопросом о правильности разработанного Карлом Шмиттом критерия политического и основанного на нем понятия государства как политического единства; второй аспект соотношен с вопросом о значении свободы — индивидуальной и политической свободы — для государственного единства и государственного порядка. Насколько верно и не слишком ли упрощенно она рассматривается и определяется в государственно-правовых трудах Карла Шмитта — не в последнюю очередь с учетом образования и развития относительной гомогенности, чувства сопричастности в народе как основы для единства и дееспособности государства?

Перевод с немецкого Олега Кильдюшова

52. Ibid. S. 210–211.