

КАРЛ ШМИТТ
ГОСУДАРСТВО
ПРАВО
И ПОЛИТИКА



ТЕРРИТОРИЯ БУДУЩЕГО

У Н И В Е Р С И Т Е Т С К А Я

Б И Б Л И О Т Е К А

А Л Е К С А Н Д Р А

П О Г О Р Е Л Ь С К О Г О



С Е Р И Я

С О Ц И О Л О Г И Я

П О Л И Т О Л О Г И Я



КАРА ШМИТТ

ГОСУДАРСТВО

ПРАВО И ПОЛИТИКА

ПЕРЕВОД С НЕМЕЦКОГО
ОЛЕГА КИЛЬДЮШОВА

ИЗДАТЕЛЬСКИЙ ДОМ
«ТЕРРИТОРИЯ БУДУЩЕГО»
МОСКВА 2013

СОСТАВИТЕЛИ СЕРИИ:

В. В. Анашвили, А. Л. Погорельский

НАУЧНЫЙ СОВЕТ:

В. А. Куренной, † В. Л. Глазычев, Г. М. Дерлугьян, Л. Г. Ионин, Р. З. Хестанов

Шмитт, К.

Ш73 Государство: Право и политика [Текст] / 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»). – 448 с.

В данном сборнике представлены работы выдающегося немецкого правоведа и политического мыслителя Карла Шмитта начала 1930-х годов. Самое объемное сочинение – «Гарант конституции» (1931) – посвящено поиску выхода из той сложной конституционной ситуации, в которой оказалась Веймарская республика в момент своего системного кризиса. В нем Шмитт призывает заменить плюралистическое государство конкурирующих партий субстанциальным порядком с единой государственной волей, для чего необходима президентская диктатура в качестве гаранта конституции. Не менее важной является «Легальность и легитимность» (1932) – последняя крупная работа К. Шмитта Веймарского периода, в которой ценностно-нейтральной формальной легальности правового позитивизма противопоставляется субстанциальная легитимность, источником которой выступает гомогенный народ. Отдельный интерес представляет небольшой трактат «О трех видах юридического мышления» (1934), где вводится понятие «мышления о конкретном порядке и форме», ставшее одним из важных концептов для обоснования национал-социалистической правовой теории.

Книга адресуется всем интересующимся политической теорией и историей государственно-правовой мысли.

СОДЕРЖАНИЕ

<i>Олег Кильдюшов. Между правом и политикой</i>	7
ГАРАНТ КОНСТИТУЦИИ ·	27
Предисловие	29
Вводный обзор различных видов и возможностей защиты конституции ·	30
I. Юстиция как гарант конституции	42
II. Конкретное конституционное положение в настоящее время	112
III. Рейхспрезидент как гарант конституции ·	187
ЛЕГАЛЬНОСТЬ И ЛЕГИТИМНОСТЬ	221
Введение	223
I. Система легальности парламентского законодательного государства	235
II. Три чрезвычайных законодателя Веймарской конституции	254
Заключение	296
О ТРЕХ ВИДАХ ЮРИДИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ	307
I. Различение видов юридического мышления ·	309
II. Расположение видов юридического мышления в общем историческом развитии права	335
Заключение	354
ПРИЛОЖЕНИЯ	357
1. <i>Ганс Кельзен. Кто должен быть гарантом конституции?</i>	359
2. <i>Отто Кирххаймер, Натан Ляйтес. Замечания по поводу книги Карла Шмитта «Легальность и легитимность»</i>	411

ОЛЕГ КИЛЬДЮШОВ

МЕЖДУ ПРАВОМ И ПОЛИТИКОЙ: КАРЛ ШМИТТ В НАЧАЛЕ 1930-Х

*Перед форумом духа нашей научной работе нечего опасаться,
ничего утаивать и нечего сожалеть.*

Карл Шмитт¹

«МЕФИСТОФЕЛЬ ГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА»²

Политико-правовые работы Карла Шмитта, представленные в данном сборнике, охватывают относительно небольшой временной период — с 1931 по 1934 год. Однако, как показывает неизбежное сравнение самих текстов, за эти три года их автор проделал значительную эволюцию, которую — конечно, довольно условно — можно назвать движением *от права к политике*. Условность этого обозначения связана с тем, что для мысли Шмитта всегда была характерна определенная двойственность позиции, расположенной где-то между политикой и правом: он постоянно меняет перспективы, сдвигаясь то к одной, то к другой сфере публичного дискурса. С этим непосредственно связана литературно-жанровая и дисциплинарно-стилистическая гетерогенность его аргументации: в своих, казалось бы, чисто правовых работах он постоянно использует политические и иные внеправовые аргументы и фигуры мысли (социологические, художественные и др.)³, а в явно политико-полемиических

¹ Carl Schmit, *Ex Captivitate Salus*, Köln 1950, S. 22.

² Характеристика Шмитта, данная франкфуртским правоведом и историком права Михаэлем Штолльайсом.

³ Да и сами книги Шмитта, — кстати, все они, за некоторым исключением, довольно небольшие по объему — скорее напоминают развернутые эссе, нежели солидные юридические трактаты. Ученый иногда называл их «замечаниями» (*Zwischenbemerkungen*) и «репликами» (*Zwischenrufe*). В любом случае сознательное смешение перспектив, стилей и жанров оказалось удач-

текстах пытается представить свою позицию как фундированную с правовой точки зрения. По меткому выражению историка права Фолькера Ноймана, Шмитт никогда особо не признавал дисциплинарные границы своей профессии — правоведения: даже образование государственно-правовых понятий также являлось для него ответом на политические вызовы.

Уже в силу этой гетерогенности на основе его текстов не так просто реконструировать некое целостное учение, сквозное для всего его творчества, несмотря на однозначное политическое самопозиционирование К. Шмитта, всегда высказывавшегося за государственный авторитет и суверенитет и, соответственно, против буржуазного либерализма и партийно-плюралистического парламентаризма. По словам одного из исследователей шмиттовского наследия, его амбивалентность заключается в том, что «у Шмитта, как вряд ли у какого-то другого юриста до и после него, технико-правовые, политические, философские и художественные элементы переходят друг в друга. Он не оставил учения, которое можно было бы охарактеризовать несколькими словами, как не оставил и целостной теории государства; даже отдельные фазы его мысли двусмысленны»⁴.

Стоит ли говорить, насколько само письмо Шмитта, его явное удовольствие от метких формулировок, навсегда вошедших в историю мысли⁵, отличается от традиционной юридической литературы, в которой формально и предметно рассматриваются различные аспекты определенной правовой проблемы, включая все мыслимые и немыслимые возражения. Словно специфика политического потребовала от его теоретика собственного мыслительного и языкового стиля: вместо скучной правовой рутин юрист

ной литературной стратегией, обеспечившей ему как в рамках политической коммуникации своего времени, так и в последующем репутацию уникального «стилистического экстремиста» (Герфрид Мюнклер), способного в рамках одной формулировки соединить языковую образность с дифференцированностью содержания.

⁴ Michael Stolleis, Carl Schmitt, in: M. J. Sattler (Hg.), Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert. München 1972, S. 123.

⁵ Бернд Рютерс называет несколько «употребительных понятийных конструкций, используемых в дискуссиях вплоть до сегодняшнего дня»: «друг — враг», «легальность — легитимность», «тотальная война — тотальное государство», «отложенный формульный компромисс» и «гарант конституции». См.: Bernd Rüthers, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich. München 1988, S. 151.

Шмитт говорит часто загадочным языком политических метафор, обостряя и одновременно уточняя предметное содержание исследуемой проблемы. По меткому наблюдению одного из его современников, «можно обоснованно сомневаться в том, что объектом его научных усилий когда-либо было правоведение в традиционном смысле слова. Ведь цель любого правоведения заключается в том, чтобы объяснить данную правовую систему, не ставя под сомнения ценностные решения, лежащие в основании конкретного правового порядка. А все дело жизни Шмитта проходило не в правовом, а до-правовом пространстве. Его первой задачей стало выявление того, какой правовой порядок возможен *hic et nunc* при данных географических, технических, духовных, социальных и экономических предпосылках, но прежде всего — какой невозможен»⁶.

Однако своеобразный интеллектуальный «шпагат» между сферами политики и права стал просто избыточным после установления в Германии нацистской диктатуры, о чем прямо заявляет сам Шмитт в 1934 году: «В новом государственном и административном праве утвердился *принцип вождя* вместе с понятиями верность, преданность, дисциплина и честь, которые могут быть поняты лишь из конкретного порядка и сообщества. В трех линиях порядка — государство, движение, народ — образуется политическое единство»⁷. То есть с правом в традиционном смысле было покончено, и политика окончательно победила право. Но к такому выводу правовед Шмитт придет уже в 1934 году, хотя еще несколькими годами ранее ему, одному из ведущих юристов Веймарской Германии⁸, и в голо-

⁶ *Ernst Fraenkel*, Das amerikanische Regierungssystem, in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 4, S. 833.

⁷ *Carl Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens — Berlin: Duncker und Humblot, [1934] 1993.

⁸ Стало уже общим местом — вслед за Вальдемаром Гурианом — называть Карла Шмитта «крон-юристом» Третьего рейха, однако его реальное положение в правоведческом сообществе Германии конца 20 — начала 30-х годов, в том числе в качестве автора фундаментального «Учения о конституции», позволяет отнести его скорее к ведущим юристам Веймарской республики. Об этом свидетельствует и его роль представителя имперского правительства в процессе «Рейх против Пруссии», проходившем в Государственном суде Германского рейха в 1932 году (более известном как «удар по Пруссии»). Его интенсивные контакты с правительственными кругами также опровергают представление о Шмитте периода позднего Веймара как протагонисте национал-социалистического «решения». См.: *Wolfram Pyta*, *Verfassungsumbau*,

ву не пришло бы отказывать праву в праве на существование в качестве важнейшей автономной сферы человеческого духа и общественной практики...⁹

О РАБОТАХ СБОРНИКА

Первая работа, составляющая основу данного сборника, — «Гарант конституции» — была закончена в марте 1931 года, в разгар так называемых «Веймарских дебатов». В ее основу легла одноименная статья, вышедшая двумя годами ранее¹⁰. Шмитт переработал и расширил ее, включив в текст некоторые формулировки из статей и докладов 1929 и 1930 годов. Как говорит само название сочинения, речь в нем идет о поиске выхода из той сложной конституционной ситуации, в которой оказалась Веймарская республика, когда, по словам Шмитта, сама ее конституция «превратилась в новую проблему»¹¹.

Содержательно в сочинении доминируют традиционные для Шмитта мотивы: критика парламентаризма, мышление о суверенитете, а также децизионизм. С помощью этих мыслительных ходов и фигур он аргументирует необходимость заменить плюралистическое партийное государство субстанциальным порядком и единой государственной волей. Именно для этого ему нужен гарант конституции в смысле нейтральной силы, способной возродить единство государства. И поскольку эта задача не может быть доверена юстиции, последней надеждой Шмитта остается лишь президентская си-

Staatsnotstand und Querfront: Schleichers Versuche zur Fernhaltung Hitlers von der Reichskanzlerschaft August 1932 — Januar 1933, in: Wolfram Pyta / Ludwig Richter (Hg.), Gestaltungskraft des Politischen. Festschrift für Eberhard Kolb. 1988, S. 173ff; Bernd Rüthers, *Anwalt des Reiches*, in: NJW, 2002, Heft 51, S. 3762.

⁹ Своеобразным апофеозом «неправовой» мысли Шмитта-правоведа можно считать оправдание им массовых убийств в «ночь длинных ножей» летом 1934 года. По мнению теоретика конституционного права Гельмута Риддера, подобная апология беззакония относится «к самому низменному, что когда-либо выходило из под пера юриста». См., например: *Шмитт К.* Фюрер защищает право // *Шмитт К.* Государство и политическая форма. М.: Издательский дом ГУ-ВШЭ, 2010.

¹⁰ *Carl Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung* // *Archiv des öffentlichen Rechtes*, Neue Folge, XVI, S. 161–237.

¹¹ *Carl Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung* — 4. Aufl., — Berlin : Duncker und Humblot, 1996. S. V.

стема правления. То есть в качестве спасителя распадавшегося конституционного порядка Шмитт выдвигает фигуру рейхспрезидента, наделенного всеми властными полномочиями, — на тот момент, напомним, престарелого фельдмаршала Пауля фон Гинденбурга: именно всенародно избранный президент должен противостоять партикуляризму частных интересов. С этим ключевым — политическим, а не правовым — вопросом о том, кто должен стать «гарантом конституции», и были связаны знаменитые дебаты Карла Шмитта с Гансом Кельзенем и другими крупными юристами Веймара, выступавшими за учреждения специального конституционного суда для рассмотрения конституционных споров.

В «Гаранте конституции» Шмитт убедительно показывает», что, хотя Веймарская конституция давала дееспособному рейхстагу все необходимые права и возможности, чтобы быть определяющим фактором государственного волеобразования, тем не менее расколотый межфракционной борьбой парламент Германского рейха выпустил из своих рук право определять политическую форму. В этой ситуации он пытается обнаружить силы, способные стать источником порядка и противостоять хаосу партийно-политического партикуляризма в гибнущей «республике без республиканцев»¹². По его мнению, новым источником порядка могла бы стать лишь президентская диктатура, опирающаяся на практику издания чрезвычайных постановлений на основании ст. 48 Веймарской конституции, поскольку в силу существовавшей партийно-политической констелляции ученый уже не верил в возможность возрождения «нормального» правительства, ответственного перед парламентом. Поэтому в качестве эксперта по государственному и конституционному праву он выступает за авторитарную президентскую диктатуру, пытаясь дать максимально расширительное толкование статей Веймарской конституции, и без того наделяющих всенародно избранного рейхспрезидента правом введения чрезвычайного положения.

¹² К лету 1932 года Веймарская республика утратила в глазах миллионов немцев статус дееспособного государства: 6 миллионов безработных голодали вместе со своими семьями в результате краха системы социального обеспечения, тогда как на улицах, особенно крупных городов и особенно в выходные, царил террор партийных армий нацистов (SA и SS) и коммунистов (Rotfrontkämpferbund). Только в Пруссии и только в период между 14 июня и 20 июля 1932 года в уличной гражданской войне 99 человек были убиты и 1125 ранены. См.: *Hagen Schulze, Weimar. Deutschland 1917–1933. Berlin 1982, S. 376ff.*

Понятно, что в свете последующего сотрудничества Шмитта с нацистами¹³ в глазах многих читателей его работы времен позднего Веймара также приобрели «коричневый» оттенок, и «Гарант конституции» здесь не исключение: это и другие сочинения конца 20-х — начала 30-х годов стали рассматриваться как концептуальная подготовка национал-социалистического поворота в правовой мысли, а сам ученый — как вдохновитель нацистской диктатуры¹⁴. Причем критики с легкостью находили множество подтверждений для своих подозрений в самих текстах данного периода: основной познавательный интерес Карла Шмитта действительно был направлен не столько на государственно-правовое основание Веймарского проекта, сколько на универсальное притязание государственного суверена на господство, поскольку не право, а суверенитет как условие возможности любого порядка, в т. ч. правового, являлся основной теоретической проблемой для Шмитта-ученого...¹⁵

¹³ Многих современников поразила прежде всего та легкость, с которой Шмитт, переступив через трупы своих недавних политических союзников из правового лагеря, вписался в новый режим — как он сам говорил, «на почве новых фактов». Причем его чересчур стремительной карьерой в государстве фюрера были особенно возмущены те его коллеги-юристы, что были гораздо ближе к нацистам — например, профессора права Отто Кельройтер, Карл Август Экхардт и Рейнхард Хен. Именно Хен, — как и Шмитт, профессор Берлинского университета, возглавлявший к тому же одно из подразделений в службе безопасности SS (SD), — стал для него наиболее опасным противником, способствовавшим его падению. См.: *Bernd Rüthers, Reinhard Höhn, Carl Schmitt und andere — Geschichten und Legenden aus der NS-Zeit*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, S. 2866–2871 (2868).

¹⁴ При этом многие современные критики К. Шмитта не могут избежать «соблазна ретроспекции» и пытаются максимально приблизить его поведение до 1933 года к национал-социализму: «Прежде чем приветствовать коричневый дух времени, Шмитт верно учуял политический расклад», так что не «закон о наделении полномочиями 21 марта 1933 года, а “удар по Пруссии” 20 июля 1932 года является датой, когда он разоблачил себя как открытый сторонник Гитлера». См.: *Dirk Blasius, Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich. Göttingen 2001*. Стоит ли говорить, что таким образом интерпретированное поведение становится главным доказательством «нацистской природы» государственно-правовой мысли Шмитта.

¹⁵ И действительно для Карла Шмитта, как и для всего окружения генерала Шлейхера, речь тогда шла не столько об «эрозии конституции, а о восстановлении упорядоченных отношений». См.: *Gabriel Seiberth, Anwalt des Reiches*.

И все же на этом месте следует уточнить вместе с немецким правоведом Берндом Рютерсом: при всей справедливости многих обвинений в авторитарных тенденциях, «Шмитт в 1932 году не был сторонником Гитлера или национал-социализма, хотя и был на все сто процентов настроен антипарламентски, антидемократически и антилиберально»¹⁶. При этом, несмотря на свою критику партийно-политического плюрализма и парламентаризма, перед приходом нацистов к власти в 1933 году он в равной степени отрицательно относился к подрывным тенденциям в отношении Веймара как со стороны коммунистов, так и со стороны нацистов. Шмитт в это время поддерживал политику правых кругов, прежде всего окружение генерала, министра и позднее последнего рейхсканцлера Веймарской республики Курта фон Шлейхера, пытавшегося не допустить прихода к власти крайних элементов¹⁷. Именно эти круги, по сути, были главным адресатом шмиттовской мысли данного периода¹⁸.

Последняя крупная работа Карла Шмитта Веймарского периода, также представленная в данном сборнике, — завершенное в июле 1932 года сочинение «Легальность и легитимность». В нем правовед требует защитить субстанцию действующей конституции, оказавшуюся беззащитной в результате распространения позитивно-правового принципа формальной легальности. Подобной формальной легальности, ценностно-нейтральной в отношении любых политических целей, — в том числе устремлений таких антиконституционных организаций как коммунисты и нацисты, — Шмитт противопоставляет субстанциальную легитимность, источником которой выступает гомогенный народ¹⁹. Здесь он не только

Carl Schmitt und der Prozeß «Preußen contra Reich» vor dem Staatsgerichtshof. Duncker & Humblot, Berlin 2001.

¹⁶ Bernd Rütters, Altes und Neues von und über Carl Schmitt, in: Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 901.

¹⁷ Lutz Berthold, Carl Schmitt und der Staatsnotstandsplan am Ende der Weimarer Republik. 1999.

¹⁸ Wolfram Pyta, Schmitts Begriffsbestimmung im politischen Kontext, in: Reinhard Mehring (Hg.), Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen — Ein kooperativer Kommentar. 2003.

¹⁹ Шмиттовский идеал «государственного авторитета» на основе плебисцитарной легитимности восходит к *volonté générale* и утопии «абсолютистской демократии» Руссо, на которого Шмитт неоднократно ссылается во многих своих произведениях. Именно это обстоятельство дало право современному исследователю

прямо называет врагов существующего конституционного порядка, но и убедительно показывает, что индифферентность Веймарской конституции к конкретному содержанию политических идей — это неизбежное следствие правового позитивизма — является для нее самоубийственной. В этой перспективе К. Шмитт требует радикального изменения баланса властных отношений, опять-таки связывая свои надежды с легитимностью всенародно избранного рейхспрезидента, способного стать источником стабилизации политической ситуации и своеобразной «точкой сборки» для всех «здоровых сил», лояльных идее дееспособного государства. При этом речь идет не об утверждении новых конституционных принципов или внесении изменений в конституцию²⁰, а об внутриконституционном перевороте, т. е. об установлении президентской диктатуры в рамках действующего основного закона, для чего должны были быть использованы те возможности «конституционной политики», что были заложены в самой конституции или, по крайней мере, прямо не исключались ею²¹.

«Легальность и легитимность» вышла непосредственно перед «ударом по Пруссии», и именно в этой работе Шмитт требует упразднения или ослабления ограничений формальной легальности при чрезвычайном положении, имевшем столь важное значение для его теоретических построений. А в смысле практической политики его сотрудничество с окружением Шлейхера означало прежде всего попытку определения правовых средств, позволивших бы не допустить прихода к власти радикальных партий (НСДАП и КППГ). При этом ученому пришлось взять на себя неожиданную роль право-

дователю назвать его «демократическим нео-абсолютистом». См.: *Norbert Campagna: Carl Schmitt. Eine Einführung*. Berlin: Parerga Verlag, 2004, S. 203, 291.

²⁰ В «Легальности и легитимности» Шмитт прямо заявляет о том, что хотя изменения в конституцию и возможны, для них все же существуют известные ограничения. Впрочем, вопрос внесения изменений в Веймарскую конституцию интересовал его прежде всего по технико-правовым причинам. См.: *Bernd Rütters, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. S. 105.

²¹ Так, в записке для генерала Шлейхера Шмитт рекомендует «умеренный путь, содержащий минимум нарушений конституции», подчеркивая, что «если есть желание отойти от конституции, то это можно сделать лишь в том направлении, в каком развивается конституция под давлением обстоятельств и в согласии с общественным мнением». Цит. по: *Lutz Berthold, Carl Schmitt und der Staatsnotstandsplan*, S. 81f.

го теоретика Веймарской республики в последнюю фазу ее существования. Как показывают специальные исследования немецких историков, в любом случае окружение Шлейхера, включая Шмитта, вовсе не планировали отменять конституцию: максимум речь могла идти о временной приостановке ее действия — до тех пор, пока ситуация в рейхе вновь не стабилизируется. Так что «удар по Пруссии» со стороны правительства фон Папена летом 1932 года, в котором наш герой участвовал в качестве правового эксперта на стороне рейха, следует интерпретировать «не как подготовительный этап перед захватом Гитлером власти, а скорее как попытку предотвратить его»²².

В любом случае концепты «чисто демократического» решения Веймарского конституционного кризиса тогда уже не имели реального политического шанса и потому всерьез не рассматривались основными акторами. Помимо мирового экономического кризиса конца 20-х — начала 30-х годов XX века, подорвавшего финансово-политические компетенции имперских правительств, на глазах исчезало и доверие к способностям парламентского кризисменеджмента — причем как среди элитных групп, так у широких слоев населения. Поскольку большинство видело единственно возможный выход в авторитарном «решении», — будь то президентская или военная диктатура, — то, по словам современного немецкого исследователя эпохи, «назначение Адольфа Гитлера рейхсканцлером означало для многих давно назревшее включение сильнейшей партии в правительственную ответственность и объединение всех так называемых национальных сил для того, чтобы уберечь Германию от гражданской войны и обеспечить лучшее будущее»²³.

В вышедшем в 1934 году сочинении «О трех видах юридического мышления» Шмитт различает между нормативизмом как мышлением о нормах и правилах, децизионизмом как правом из перспективы принимающего решение и, наконец, «конкретным мышлением о порядке», соотносимым с конкретными сообществами внутри народа. Вводя в правоведческую дискуссию понятие «мышления о конкретном порядке и форме», он противопоставлял его

²² *Gabriel Seiberth, Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozeß «Preußen contra Reich» vor dem Staatsgerichtshof. Duncker & Humblot, Berlin 2001.*

²³ *Michael Wildt, Ernst Fraenkel und Carl Schmitt. Eine ungleiche Beziehung, in: Daniela Münkel/Jutta Schwarzkopf (Hg.), Geschichte als Experiment. Festschrift für Adelheid von Saldern. 2004. S. 7.*

прежде всего правовому позитивизму, резко критикуемому им как смешение децизионизма и нормативизма. Важнейшим представителем этого направления был «любимый враг» Карла Шмитта — Ганс Кельзен.

В рамках нового концепта право понималось как конкретный порядок, реализованный в различных институтах, в которых различные инстанции имеют определенные полномочия. Впрочем, несмотря на значительный интерес, этот концепт все же остался без детальной разработки. В общих чертах, по Шмитту, подобное «конкретное мышление» характеризуется тем, что порядок для него даже юридически не есть правило или сумма правил, а наоборот: правило есть лишь элемент и средство порядка²⁴. И хотя подобный тезис о том, что фактически применяемое в каждом конкретном случае право укоренено не столько в писаных законах, сколько в правовых привычках соответствующих «товарищей по праву» (*Rechtsgenossen*), и тогда являлся далеко не новым, тем не менее стоит остановиться на нем несколько подробнее. Дело в том, что в историческом контексте 1934 года «конкретное мышление о порядке» в соединении с концептом народного сообщества (*Volksgemeinschaft*) стало поворотным пунктом в национал-социалистической правовой теории. Этот своеобразный теоретический *novum* был немедленно зафиксирован такими компетентными наблюдателями и критиками, как Эрнст Френкель: «Представлению о том, что сообщество есть единственный источник права, соответствует учение о том, что вне сообщества не может быть никакого права. [...] Кто находится вне сообщества, тот является действительным или потенциальным врагом. Внутри сообщества царят мир, порядок и право. Вне сообщества царят сила, борьба и уничтожение»²⁵. Речь шла вовсе не о том, что все конкретные сообщества, раз они представляют упорядоченное целое, должны стать источником права для конкретных порядков — для Шмитта это было бы очередным признанием автономных групп интересов, ничем структурно не отличающимся от партикуляристского кошмара Веймарской республики: лишь в соединении с национал-социалистическим представлением о сообществе этот концепт нового порядка при-

²⁴ *Carl Schmitt*, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg 1934, S. 13.

²⁵ *Ernst Fraenkel*, *Der Doppelstaat. Recht und Justiz im «Dritten Reich»*, in: *Gesammelte Schriften*, Band 2, S. 193.

обретает децизионистское измерение, поскольку в качестве носителей конкретного порядка признаются лишь те группы, что являются «сообществом» в духе фюрера и партии (воля фюрера, ставшая законом).

Таким образом в «Трех видах» Шмитт предпринимает попытку переосмыслить в свете новых политических реалий традиционное представление о правовом порядке. Здесь, а также в ряде небольших статей в юридической прессе он развивает новые принципы толкования права, — опять-таки с целью «адаптации» права к перестройке всей государственности в соответствии с нацистской доктриной²⁶. Однако по мнению историков немецкого права, развитие мысли Шмитта от чистого децизионизма к «конкретному мышлению о порядке и форме» впервые проявилось в написанном в ноябре 1933 года предисловии ко второму изданию «Политической теологии»²⁷. В нем он говорит следующее: «Если чистый нормативист мыслит надличными правилами, а децизионист реализует должное право правильно понятой ситуации в своем личном решении, то институциональное правовое мышление развивается в надличных учреждениях и формах»²⁸. Эта идея и получила дальнейшее развитие в сочинении «О трех видах юридического мышления», став своеобразным исходным пунктом для шмиттовского концепта «конкретного мышления о порядке и форме». И хотя эта формула остается у Шмитта довольно смутной, с точки зрения современного правоведения она оказалась весьма точным определением правовых отношений в Германии после 30 января 1933 года: подобное «понятие» никоим образом не ограничивало новых властителей в их понимании права и просто выражало готовность ориентироваться на произошедшее, на новый порядок, оставляя открытой возможность признания любых форм, которые он породит в будущем...

Концепт Шмитта предполагал, что существуют различные «конкретные порядки», как брак, семья, университет, предприятие, трудовая служба, вермахт или НСДАП, и в эти порядки, получившие «признание в качестве неизменных естественных данностей» дол-

²⁶ См., например: *Шмитт К.* Новые принципы для правовой практики // *Шмитт К.* Государство и политическая форма. М.: Издательский дом ГУ-ВШЭ, 2010.

²⁷ *Michael Stolleis, Carl Schmitt*, in: *Staat und Recht*, S. 140.

²⁸ *Carl Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 2. Auflage, München/Leipzig 1934.

жен включаться каждый индивид. И хотя подобные порядки неизбежно предполагают представление о социальной статике, конкретные права и обязанности внутри этих порядков нуждаются в оформлении и содержательном наполнении, которые возможны лишь как реализация воли фюрера. Именно поэтому шмиттовское «конкретное мышление о порядке и форме» оказалось особенно подходящей конструкцией для интеграции нацистской идеологии в традиционное право²⁹.

«ВЕЙМАРСКИЕ ДЕБАТЫ»

Шмиттовский «Гарант конституции» вызвал резкую критику с разных сторон³⁰, включая многих известных коллег-правоведов. Не остался в стороне и постоянный оппонент Шмитта — не менее знаменитый немецкий юрист австрийского происхождения Ганс Кельзен³¹, с которым они вели жаркие дебаты, прежде всего по поводу кельзеновского варианта правового позитивизма, так называемой «чистой теории права». При этом помимо профессиональной конкуренции и ревности двух ученых мужей разделяли и политические убеждения: в отличие от «реакционера» Шмитта Кельзен был близок к немецкой социал-демократии³².

Не меньший любитель публичных дебатов, чем Шмитт, Г. Кельзен также использовал любую возможность такого рода, чтобы направить конфронтацию в позитивное для себя русло: в ходя постоян-

²⁹ *H. Schlosse, Grundzüge der Neueren Privatsrechtsgeschichte, 8. Auflage, Heidelberg 1996, S. 254.*

³⁰ Примечательна реакция на «Гаранта конституции» со стороны представителей Франкфуртского института социальных исследований: шмиттовское исследование возможностей авторитарного выхода из кризиса Веймарской республики было встречено довольно амбивалентно. Например, Карл Корш, с одной стороны, осудил заигрывание Шмитта с фашистским тотальным государством (не путать с нацизмом), а с другой стороны, согласился с данным в работе критическим анализом господствовавших буржуазно-либеральных представлений о государстве.

³¹ Современный немецкий юрист и философ Хорст Драйер даже назвал Кельзена применительно к 20 веку «юристом столетия».

³² Ганс Кельзен — наряду с Герхардом Анщюцом, Рихардом Тома и несколькими другими юристами — относился к числу немногих демократов среди ведущих правоведов Веймарской Германии в целом. См.: C. Gusy (Hrsg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik. 2000.*

ных дискуссий с коллегами-конкурентами он уточнял и заострял собственную позицию в не меньшей степени, чем его оппоненты, включая Карла Шмитта. Современный немецкий политический философ даже говорит в этой связи о том, что «через взаимное отрицание соперники постоянно продвигались в собственном методологическом и теоретическом самопонимании»³³.

В этом смысле полемическая работа Кельзена «Кто должен быть гарантом конституции?», приведенная в данном сборнике в качестве приложения, представляет собой не только блестящую критику ключевого текста Шмитта, но и в каком-то смысле провидческий анализ дальнейшего обострения кризиса Веймарской республики.

Как уже говорилось, одной из главных проблем здесь являлась проблема демократической легитимации предполагаемого гаранта конституции. Согласно Кельзену, в рамках системы, напоминающей американскую с ее *checks and balances*, именно конституционный суд должен был стать тем противовесом, что ограничил бы компетенции правительства и парламента. На что последовало справедливое возражение Шмитта: с политико-правовой точки зрения, слабость данной позиции заключается в отсутствии у суда какой бы то ни было демократической легитимности. Однако из этого демократического аргумента вовсе не следует делать автоматический вывод о «более демократическом» характере шмиттовской позиции: как указывает французский исследователь творчества Шмитта А. Ле Дивеллек, стилизация рейхспрезидента в качестве «гаранта конституции» является лишь частью более широкой стратегии расширения компетенций главы государства и ослабления и без того часто недееспособного парламента. Конечно, Шмитт довольно убедительно характеризует рейхстаг с его конфронтацией политических партий как расколотый, нейтрализованный и ослабленный, указывая, что подобное доминирование «общества» над политической системой особенно опасно для государства, поскольку угрожает единству немецкого народа и основополагающим принципам его конституции. Именно поэтому демократически и прямо избранный рейхспрезидент лучше всего воплощает это единство: кому же еще, спрашивает Карл Шмитт своего оппонента Ганса Кельзена, защищать основные конституционные ценности? И здесь для

³³ W. Kersting, *Neuhegelianismus und Weimarer Staatsrechtslehre. Zum kommunitaristischen Etatismus Hermann Hellers*, in: U. Carstens (Hrsg.), *Der Wille zur Demokratie*. 1998, S. 195 ff. (204).

усиления своей позиции он задействует ранне-либеральный концепт Бенжамена Констана о *pouvoir neutre*, абстрагируясь от исторического контекста его возникновения. Однако с его интеграцией в учение о гаранте Веймарской конституции у Шмитта возникает множество трудностей, на которые не без основания указывает Кельзен...

Стоит ли говорить, что дебаты Шмитт—Кельзен сами давно стали предметом пристального изучения историков права³⁴. Так, относительно недавно в 2006 году в Берлине прошла конференция на тему: «Кельзен, Шмитт и “Гарант конституции”»: Веймар, 1931 год». Причем со временем познавательный интерес правоведов и историков сдвигается к тому, что раньше оставалось без внимания: совпадение позиций и их слабые места. Так, правовед из Констанца Кристоф Шенбергер выделяет пять аспектов, по поводу которых знаменитые юристы Веймарской Германии были единого мнения: 1) конституционное правосудие есть лишь часть защиты конституции; 2) судебное толкование нормы не является силлогизмом, но содержит в себе элемент произвола; 3) оба автора аргументируют не только с точки зрения правовой техники, но и с точки зрения правовой политики; 4) институт конституционного правосудия способен изменить баланс власти между основными государственными органами; 5) в особой мере это происходит в федеративных системах³⁵.

По мнению К. Шенбергера, наиболее слабое место шмиттовского учения заключается в его теории интерпретации: в «Гаранте конституции» Шмитт использует теорию судебного толкования, которую он сам прямо отверг еще в 1912 году в работе «Закон и приговор»³⁶. Кроме того, выбор в пользу рейхспрезидента осуществлен в его учении совершенно *a priori*. У Кельзена же проблематично то, что его учение о конституционном правосудии одно-

³⁴ Об их парадигматическом значении см. например: C. Jabloner, Verrechtlichung und Rechtsdynamik, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht 54 (1999), S. 261 ff.

³⁵ Christoph Schönberger, Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei Carl Schmitt und Hans Kelsen: Gemeinsamkeiten und Schwachstellen, in: Olivier Beaud/Pasquale Pasquino (ed.), La controverse sur le «gardien de la Constitution» et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt. Der Weimarer Streit um den Hüter der Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit. Kelsen gegen Schmitt, Paris 2007, S. 177–195.

³⁶ См.: Carl Schmitt, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis. 1912.

временно противоречит и его позитивистскому методу, и его теории демократии³⁷.

Как справедливо указывает немецкий историк права Оливер Лепсиус, дебаты между двумя правоведами, помимо чисто юридического значения, имели также политические импликации, связанные с тем, что Веймарская конституция серьезно изменила отношения между государством и обществом. Согласно Шмитту, разделение государства и общества, существовавшее во времена кайзера, давно исчезло, и общество овладело государством. Теперь возникла необходимость спасти государство от «плюралистического разложения», поэтому защита конституции должна была заключаться скорее в том, чтобы сберечь субстанциональное единство народа и содержание основных конституционных решений. Эта роль больше всего подходит рейхспрезиденту, который воплощает в себе народ. По мнению Кельзена, напротив, народ с социологической точки зрения есть множество конкурирующих социальных сил, единство которых определяется лишь правовым путем. Поэтому цель демократии заключается в защите меньшинства от большинства, превращающего свою легитимную законодательную власть в диктатуру. И тогда главная функция конституционного правосудия заключалась бы в том, чтобы защищать меньшинство и обеспечивать мирную демократическую смену власти³⁸.

Несмотря на очевидное противоречие между шмиттовской «политической теологией» и кельзеновской «политической технологией» (Маттиас Йестедт), оба юриста понимали конституционное право как право политическое. При этом их понятия политического и понятия права были совершенно различны. Шмитт настаивал на том, что юстиция может и должна оставаться вне политики, тогда как защита конституции означает политическую защиту существенных конституционных решений в чрезвычайном состоянии; и поскольку здесь невозможно подведение одной нормы под другую, то, следовательно, эта функция может быть возложена лишь на политическую инстанцию, т. е. рейхспрезидента. Именно этот момент оспаривал Кельзен: конституционные нормы и законы име-

³⁷ *Christoph Schönberger*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei Carl Schmitt und Hans Kelsen.

³⁸ *Oliver Lepsius*, Der Hüter der Verfassung — demokratiethoretisch betrachtet, in: O. Beaud/P. Pasquino (ed.), La controverse sur «le gardien de la Constitution» et la justice constitutionnelle», S. 103–126.

ют одну и ту же природу, так что защита конституции должна быть нормальной судебной процедурой в нормальной ситуации. По словам М. Йестедта, шмиттовской драматизации представления о «гаранте конституции» была противопоставлена кельзеновская нормативистская рутинизация процедуры...

Второе приложение к данному сборнику — «Замечания по поводу книги Карла Шмитта “Легальность и легитимность”» Отто Кирххаймера и Натана Ляйтеса. История этого текста также довольно примечательна. Левый юрист Кирххаймер, учился у Шмитта в Бонне и даже защитил у него докторскую диссертацию по теории государства в социализме и большевизме³⁹. В июле 1932 году опубликовал статью под названием «Легальность и легитимность»⁴⁰. То есть название для своей знаменитой работы, вышедшей в сентябре того же года, Шмитт позаимствовал именно у него. Причем в самом тексте сочинения он положительно ссылается на данную статью в социал-демократическом теоретическом журнале «Die Gesellschaft», указывая на правильность понимания Кирххаймером легитимности парламентской демократии, заключающейся «лишь в ее легальности».

Несмотря на серьезные политические различия между двумя правоведами, Кирххаймер, которого в Бонне даже называли «любимым учеником Шмитта», также довольно высоко оценил сочинение своего Doktorvater'a. Так, в одной из статей он отплатил ему той же монетой: «Если в будущем захотят посмотреть на духовное состояние этой эпохи, то книга Карла Шмитта «Легальность и легитимность» окажется тем сочинением, что отличается как своим обращением к основам учения о государстве, так и своей осторожностью в выводах»⁴¹.

При этом Отто Кирххаймер не был единственным левым интеллектуалом Веймара, подпавшим под чары Карла Шмитта. По словам правоведа Вильгельма Хенниса, компанию ему тогда состави-

³⁹ *Otto Kirchheimer, Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*. Heymann, Berlin 1928. По мнению современного немецкого правоведа Фолькера Ноймана, сама диссертация, как и остальные работы Кирххаймера того времени, несут печать влияния Карла Шмитта на молодого юриста. Это касается и наиболее известной работы Кирххаймера Веймарского периода — сочинения «Веймар — и что потом?»: *Otto Kirchheimer, Weimar — und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung*. Laub, Berlin 1930.

⁴⁰ *Otto Kirchheimer*, in: *Die Gesellschaft*, Band 2, Heft 7, 1932.

⁴¹ *Otto Kirchheimer, Verfassungsreaktion 1932*, in: *Die Gesellschaft*, IX, 1932, S. 415ff.

ли именно те, кто надеялся использовать «шмиттовские методы в левых целях». Так, в это время шмиттовская критика буржуазных политико-правовых институтов привлекла внимание и некоторых левых правоведов, посещавших его семинар по конституционному праву, — например, Эрнста Френкеля и Франца Неймана⁴². Понятно, что уже через считанные месяцы их отношение к Шмитту резко изменилось, а через несколько лет все они — уже в силу еврейского происхождения — оказались в вынужденной эмиграции. Причем, Кирххаймер уже в ноябре 1933 года охарактеризовал своего бывшего ментора в одном английском журнале как «theorist of the Nazi Constitution»...

Стоит признать, что обсуждаемый в ходе «Веймарских дебатов» юридический и технико-правовой материал довольно труден для понимания даже для подготовленного читателя — в силу как временной дистанции, так и самой предметной специфики рассматриваемых конституционных проблем Германского рейха. При этом феномен «левого шмиттианства» среди тогдашних социал-демократических юристов вызывает устойчивый интерес у современных историков права, изучающих его в рамках не прекращающегося на Западе «шмиттовского ренессанса»⁴³.

Будем надеяться, что эти, а также иные трудности — вроде специфической лексики языка немецких правоведов конца 20-х — начала 30-х годов XX века — не помешают заинтересованному русскому читателю начала XXI века познакомиться с этими замечательными образцами интеллектуальной работы, ценными не только своим серьезным предметным содержанием, но и структурами и фигурами аргументации и критики.

⁴² 7 сентября 1932 Нейман написал Шмитту: «Если исходить из того, что основополагающим политическим противоречием в Германии является противоречие экономическое, что основополагающим для группирования «друг—враг» является группирование «труд—собственность», то станет понятно, что при подобных политических противоречиях уже невозможно править парламентским образом». Цит. по: Rainer Erd (Hg.), *Reform und Resignation. Gespräche über Franz L. Neumann*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985, S. 79.

⁴³ *Volker Neumann, Verfassungstheorie politischer Antipoden: Otto Kirchheimer und Carl Schmitt*, in: *Kritische Justiz* 14/1981, 31 ff; *Riccardo Bavaj, Otto Kirchheimers Parlamentarismuskritik in der Weimarer Republik. Ein Fall von «Linksschmittianismus»*, in: *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, LV, 1, Januar 2007.

ЕЩЕ РАЗ ОБ АКТУАЛЬНОСТИ ШМИТТА

Нам уже приходилось в других местах писать об актуальности наследия Карла Шмитта сегодня, в начале XXI века⁴⁴. Поэтому ограничимся здесь простой констатацией: налицо не просто интерес к его работам со стороны интеллектуалов противоположных идеологических направлений – то есть как левых, так и правых, но и его заметный рост – например, если судить по количеству работ, написанных в последнее время о самом Шмитте или в рамках полемики с ним⁴⁵. Более того, уже сам этот феномен «шмиттовского ренессанса» стал предметом рефлексии, поскольку его влияние не ограничивается границами Германии и предметом права, но охватывает многие страны, особенно такие, как Испания, Италия, а также все больше – страны Восточной Европы, включая Россию.

Очевидно, что за последние годы произошла «нормализация» статуса Шмитта, и сегодня он воспринимается как несомненный классик, то есть как крупнейший теоретик государства и права и вообще как политический мыслитель XX века. И это несмотря на все многочисленные предостережения, например, вроде вердикта Эрнста Блоха, говорившего о том, что «кровавая изворотливость» Шмитта разрушает либеральный фетиш права только ради возможности свободно корчить фашистские гримасы, представляя по-садистски привлекательной и парализующей как Медуза...

По меткому наблюдению Герфрида Мюнклера, та суггестия, что по-прежнему исходит от шмиттовских текстов, объяснима его специфическим языком и стилем в гораздо большей мере, чем это готовы признать как его поклонники, так и его критики. Хотя, конечно, очевидно, что никуда не девались и те структурные проблемы Модерна, что являлись предметом его рефлексии. Здесь достаточно вспомнить о наиболее острых из них: эмансипация политического от порядка государства Модерна, появление политических ак-

⁴⁴ Кильдюшов О. Читая Шмитта // *Шмитт К. Государство и политическая форма*. М.: Издательский дом ГУ-ВШЭ, 2010; Кильдюшов О. Карл Шмитт как теоретик (пост)путинской России. Чудесное превращение из маргиналов в новые классики // *Политический класс*, 2009. № 1.

⁴⁵ По скромным подсчетам лишь в период между 1996 и 2002 годом к и без того безграничной библиографии добавились еще 85 монографий о Шмитте – то есть одна книга в месяц! См.: *Alain de Benoist: Carl Schmitt. Bibliographie seiner Schriften und Korrespondenzen*. Berlin: Akademie Verlag, 2003.

торов, не дояльных государственному целому, приватизация политического и т. д.

Однако главную ценность для нас представляет его способность проблематизации предмета в той форме, которая открывает новые эвристические пространства. Поэтому его интеллектуальным мастерством готовы восхищаться даже те, кто не согласен с содержанием его идей. Именно это имел в виду, например, Герберт Маркузе, когда — применительно к теории тотального государства — писал о том, что вся последующая литература пользуется лишь объедками его идей. Эта уникальная эвристика должна стать отдельным предметом рефлексии, поскольку именно она позволяет самостоятельно искать ответы на важнейшие вопросы современности каждому, кто заинтересован в интеллектуальном поиске, свободном от всякой ангажированности и партийности. То есть более адекватным, нежели простое восхищение, выражением понимания его метода являются исследовательские импульсы, возникающие при чтении почти всех его текстов.

Понятно, что помимо подобной формы проблематизации, неугасающий интерес к Шмитту поддерживает и тематика его работ, сами названия которых звучат более чем современно. Однако самое главное, его *arcanum*, все же в другом: в основе шмиттовских построений всегда лежит глубокая мысль, не останавливающаяся ни перед какими интеллектуальными границами, тем более табу или *Denkverbot*. Не менее поразительна его «междисциплинарность», о которой сегодня много говорят, но мало кто практикует на деле. Далеко не само собой разумеется, что специалист в области государственного права столь запросто совершает экскурсии в смежные и не очень области знания, среди которых — не только философия и социология, но также теория литературы, религиоведение и др. Другие критики отмечают то, что Шмитт постоянно пересекает границы и в буквальном смысле слова. Достаточно взглянуть на его тексты, чтобы убедиться в том, что, несмотря на весь национальный пафос, его мысли никак невозможно приписать какой бы то ни было провинциализм: автор свободно двигается в пространстве истории идей не только Англии, США и Франции, но и Испании и Италии⁴⁶.

⁴⁶ Об этой «глобальности» интеллектуальной работы Шмитта говорит и то, что фрагменты текстов и отдельные выражения на основных европейских, а также древних языках приводятся в его работах без перевода. В данном сборнике мы сохранили этот символический жест общеевропейского культурного контекста, также оставив их в форме оригинала.

Понятно, что было бы наивно пытаться искать сегодня у Шмитта окончательные ответы на все эти вопросы, тем более зная о его собственных заблуждениях и ошибках, вроде ничем неограниченной готовности к «роману» со всем, что заявляет о приоритете лояльности к государственному целому, кто пытается выдать себя за «государство» как таковое. Впрочем, даже этот шмиттовский урок может быть полезен всем тем интеллектуалам в современной России, кто сегодня стоит перед вполне объяснимым соблазном легитимации — юридической, социологической, философской и т. д. — тех отношений политического и социально-экономического господства, что носят очевидно архаичный, не поддающийся демократической легитимации и в этом смысле досовременный характер. Стоит ли говорить, что этот урок — не менее важная часть интеллектуального наследия «политического теолога» Карла Шмитта.

Москва, октябрь 2012

ГАРАНТ КОНСТИТУЦИИ

ПРЕДИСЛОВИЕ

В данном сочинении переработана и расширена статья «Гарант конституции», вышедшая в марте 1929 года (Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge, XVI, S. 161–237). Кроме того, некоторые формулировки из статей и докладов 1929 и 1930 годов были введены в систематический контекст данной темы.

Научное изучение подобного предмета невозможно без представления о конкретной конституционной ситуации. Впрочем, это является очень сложным заданием, полным опасностей. И не столько из-за ожидаемых превратных партийно-политических толкований — это общий риск духовной свободы, — сколько из-за чрезвычайной запутанности сегодняшнего конституционно-правового состояния Германии, находящегося в процессе больших изменений. Тот, кто сегодня хочет на нескольких страницах высказаться *de Statu Imperii Germanici* и дать общую картину, должен учитывать противоречивое смешение систем, системных фрагментов и тенденций. Сегодня конституция превратилась в новую проблему, видимо, в большинстве стран мира, и даже во Франции Ж. Бартелеми недавно (выступая с докладом перед предпринимательским Союзом экономических интересов) начал с того, что требование реформы государства является актуальнейшей темой настоящего времени. В Германии также было бы невозможно разрешить этот вопрос простой «реформой рейха», то есть путем изменения нынешней системы федеративного государства. Что больше всего затрудняет понимание нашего конкретного конституционного положения, так это одновременное соединение и скрещивание федеративной организации с другими принципами государственного волеобразования. Я попытался обозначить их как «плюралистическое партийное государство» и «поликратия» и рассмотреть возникающую отсюда проблему «внутриполитической нейтральности государства»;

Перевод выполнен по изданию: Schmitt, Carl: Der Hüter der Verfassung / Carl Schmitt. — 4. Aufl., — Berlin : Duncker und Humblot, 1996.

и вовсе не из-за радости от «остроумного» или «стимулирующего» тезиса, но лишь под давлением необходимости, связанной с самим этим предметом.

*Res dura et regni novitas me talia cogunt
Moliri*¹

Берлин, март 1931

ВВОДНЫЙ ОБЗОР РАЗЛИЧНЫХ ВИДОВ И ВОЗМОЖНОСТЕЙ ЗАЩИТЫ КОНСТИТУЦИИ

Требование [учреждения] гаранта и хранителя конституции чаще всего есть признак критического конституционного состояния. Поэтому поучительно и заслуживает внимание то, что планы и предложения [учреждения] подобного гаранта в новейшей конституционной истории впервые возникли в Англии, причем после смерти Кромвеля (1658), т. е. после первых современных попыток создания писаных конституций во время внутривнутриполитического распада республиканского правительства — ввиду неспособности парламента принимать предметные решения — и непосредственно перед реставрацией монархии. Тогда предлагалось, например, создать особую корпорацию, которая наподобие спартанского эфората должна была охранять существующий порядок *Commonwealth* и не допускать реставрации монархии. Множество идей о «хранителе свободы» и «хранителе конституции» возникло особенно в кругу *Харрингтона*². От них идея подобных учреждений через Пенсильванские конституции идет к конституциям Французской революции. Здесь в конституции VIII года (1799) по-

¹ Цитата из Вергилия, приведенная уже в 17-й гл. «Государя» Макиавели: *букв.* Тяжелое положение и юность [моего] царства вынуждают меня к таким вещам (*лат.*).

² *F.H. Russel Smith, Harrington and his Oceana, Cambridge 1914, S. 175;* выражения оригинала — “Conservators of Liberty” и “Conservators of Charter”, призванные “to guard whatever constitution was decided on and to prevent the restoration of monarchy”.

является сенат как хранитель (*Conservateur*) конституции. Это учреждение также непосредственно предшествовало противоположному политическому движению, эпохе Наполеона I³. Поэтому вдвойне интересно то, что *Sénat Conservateur* сыграл роль хранителя конституции лишь после военного поражения Наполеона, когда декретом от 3 апреля 1814 года объявил Наполеона и его семью низложенными за нарушение конституции и прав народа⁴.

Немецкую борьбу за конституцию в XIX веке невозможно сравнивать с такими великими революциями. Тем не менее конституции германской конституционной монархии также ни в коем случае не упускали из виду проблему защиты конституции. Особенно характерны в этом отношении определения Баварской (1818) и Саксонской (1831) конституций. В разделе «Об охране конституции» в них рассматривается: 1. присяга короля, государственных служащих и граждан государства на верность конституции⁵; 2. право сословий подавать жалобы в случае нарушения конституции; 3. право сословий предъявлять обвинение в случае нарушения конституции; 4. условия изменения конституции. Саксонская конституция, кроме того, рассматривает в этом разделе еще и полномочие государственного суда толковать конституцию в спорных случаях, когда нет согласия между правительством и сословиями⁶. Впрочем, после опыта времен прусского конфлик-

³ О деталях пути, ведущего от Харрингтона к североамериканским конституциям и оттуда к Сийесу см.: *F. Russel Smith*, а.а.О. S. 208. В качестве подтверждения выводов *Рассела Смита* я хотел бы обратить внимания на предложения *Тубодо*, которые цитируются в: *André Blondel*, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Paris 1928, S. 177. *Тубодо* вспоминает об опыте, который имелся с пенсильванскими цензорами.

⁴ Декрет сената от 3 апреля 1814 года; за ним последовало постановление законодательного корпуса от того же дня (“*Considérant que Napoléon Bonaparte a violé le pacte constitutionnel*”): *Duguit-Monnier* S. 177.

⁵ Подробнее о конституционной присяге см. превосходное сочинение: *Ernst Friesenhahn*, *Der politische Eid*, Bonn 1928, S. 35 f., 112 f.

⁶ Применительно к Баварии см.: *Stoerk*, *Handbuch der deutschen Verfassungen*, 2. Aufl. 1913, S. 105; далее см.: *M. v. Seydel*, *Bayerisches Staatsrecht*, 2. Aufl. 1896, I S. 386, 517 f. (примечательно разделение отдельных гарантий по различным пунктам системы, тогда как «защита конституции» как таковая уже не занимает никакого систематического места и даже не присутствует в предметном указателе в превосходном и подробном 4-м томе (регистре)); применительно к Саксонии см.: *Stoerk*, S. 343; *J.H. Beschorner*, *Die*

та и после больших успехов политики Бисмарка вопрос гарантий конституции понятным образом молчаливо не замечался, а в следующем поколении уже толком не осознавался в условиях всеобщего конституционно-теоретического равнодушия. *Георг Йеллинек* затрагивает эту проблему в заключительной главе своего «Общего учения о государстве» (1-е изд., 1900) под названием «Гарантии публичного права». То, что он перечисляет в качестве подобных гарантий (политическая присяга, парламентская ответственность и обвинения против министров) соответствует политической ситуации и схеме немецкого XIX века. *Отто Майер* говорит в своем «Саксонском государственном праве» (1909) о положениях в защиту нарушенной или превратно истолкованной конституции: «Все они установлены таким образом, чтобы по возможности не применяться; и до сих пор действительно такой возможности им не представилось».

Вероятно, что тогда, при том чувстве политической определенности и полной защищенности, даже сам вопрос о гаранте конституции был бы воспринят как «политика» и тем самым отвергнут. За это время умы уже накопили опыт того, что умение выставлять собственную концепцию неполитической, а вопросы и мнения противника политическими есть специфически политический прием. Далее 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 об ее гаранте и хранителе. Государственный суд Германского рейха называет сам себя «гарантом имперской конституции»⁷. Председатель Имперского суда д-р *Симонс* назвал Имперский суд «защитником и хранителем» рейхskonституции⁸. В многочисленных предложениях выдвигается требование создать Государственный или Конституционный суд в качестве хра-

Ministerverantwortlichkeit und der Staatsgerichtshof im Königreich Sachsen, Berlin 1877; *Opitz*, Staatsrecht des Königreichs Sachsen (1884), II S. 246; *Otto Mayer*, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen (1909) S. 214 f. Дальнейшие примеры см.: *R. Mohl*, Die Verantwortlichkeit der Minister in Einheerrschaften mit Volksvertretung, Tübingen 1837, S. 14/15.

⁷ Решение от 15 октября 1927 года (RGZ. 118 Ahnhang S.4); *Lammers-Simons*, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich, Bd. I, Berlin 1929, S. 295.

⁸ Deutsche Juristen-Zeitung 1924, S. 246.

нителя, гаранта, стража или уполномоченного конституции. В правоведческой литературе эта проблема также стала вновь осознаваться. Моя статья «Гарант конституции», вышедшая в марте 1929 года в «Архиве публичного права» (Bd. XVI, S. 161 ff.), встретила широкое одобрение и в частности привела еще и к тому, что предусмотренное конституцией положение германского рейхспрезидента в последние годы стало обозначаться как положение гаранта конституции⁹.

Почти все предыдущие предложения и проекты исходили из того, что суд путем процесса в форме юстиции должен разрешать как конституционные споры, так и сомнения и разногласия относительно конституционности законов рейха. Правда, различные предложения приводят к бессистемности и смешению высших решающих инстанций: Государственный или Конституционный суд, Имперский суд (согласно ст. 13, п.п. 2 ИК), Суд имперских приговоров («Имперский суд обязательного толкования законов» в смысле намерений *Цайлера*),¹⁰ Имперский административный суд — все они должны пока неясным координированным образом примкнуть к многочисленным существующим высшим судам рейха и земель, так что *Р. Грау* по праву говорил о «множестве конкурирующих друг с другом, а при определенных обстоятельствах — и противоречащих друг другу гарантов конституции»¹¹. В целом обычный способ

⁹ В частности в публикации Союза за обновление Рейха: “Die Rechte des deutschen Reichspräsidenten nach der reichsverfassung”, 2. Aufl. Berlin 1930, — сочинении, которое имеет чрезвычайные заслуги в распространении верного понимания предусмотренного конституцией положения рейхспрезидента и тем самым в опровержении многочисленных узких и бессмысленных взглядов и проектов реформ. Кроме того, следует назвать: *W. Simons*, Einleitung zu *Lammers-Simons* a.a.O. II, S. 9, 11; *H. Pohl*, Die Zuständigkeit des Reichspräsidenten, in: *Anschütz-Thoma*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. I, Tübingen 1930, S. 483; *F. Glum*, Parlamentskrise und Verfassungslücke, *Deutsche Juristen-Zeitung* 1930, (15 ноября), S. 1417.18; *В. Йеллинек (W. Jellinek)* в своем заключении о пределах владения собственностью и экспроприации, подготовленном для 36-го съезда немецких юристов (1930, S. 319, 320), и в: *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, § 72 (Das einfache Reichsgesetz), II S. 177/8.

¹⁰ *E. Schiffer*, Die deutsche Justiz, Berlin 1928, S. 257 f.; против этого выступают *В. Симонс: Lammers-Simons*, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich, Bd. II, Berlin 1930, S. 8, и *Grünhut*, *Iudicium*, 1930, S. 143.

¹¹ *Archiv des öffentlichen Rechts*, N.F. Bd. XI (1926) S. 287 f.

рассмотрения этого сложного конституционно-правового вопроса еще и сегодня находится под сильным влиянием склонности «юристов юстиции» передавать разрешение всех проблем просто процедуре в форме юстиции и совершенно не учитывать фундаментальную разницу между решением в процессе и разрешением сомнений и разногласий относительно содержания конституционного определения. Прежде всего возникла потребность в защите от законодателя, т. е. парламента, вследствие этого проблему защиты конституции произвольно ограничили проблемой защиты от антиконституционных законов и постановлений, а эту проблему в свою очередь довели до того, что принялись искать гаранта конституции в области юстиции, «особо не задумываясь» о самом предмете, как бегло, но метко сказал *Рудольф Сменд* в своей критике¹². Среди авторов первых послевоенных лет лишь *Л. Виттмайер* представляет собой достойное похвалы исключение, когда объявляет рейхсрат в силу его права протеста гарантом конституции и тем самым вновь демонстрирует часто забываемую взаимосвязь между защитой конституции и усложнением внесения изменений в конституцию¹³. Представленные планы и предложения, напротив, чаще всего предусматривают передачу разрешения сомнений и разногласий относительно конституционности правовых предписаний (законов и постановлений) некому суду (Суду имперских приговоров, Государственному суду Германского Рейха). Особенно в предложениях 33-го и 34-го съездов немецких юристов (Гейдельберг, 1924; Кельн, 1926) были сделаны попытки разрешить проблему посредством распространения компетенции Государственного суда Германского рейха согласно ст. 19 ИК помимо конституционных споров внутри одной земли и на таковые внутри рейха¹⁴.

¹² *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig 1928, S. 143.

¹³ *Die Weimarer Verfassung*, Tübingen 1922, S. 329.

¹⁴ После переворота *Альфред Фридман*, видимо, первым выдвинул требование дать некому высшему суду возможность «объявлять недействительным закон, противоречащий конституции, и направленный на устранение прав, обоснованных конституцией»: *Alfred Friedmann, Revolutionsgewalt und Notstandsrecht*, Berlin 1919, S. 182. Из заседаний Веймарского национального собрания представляет интерес предложение *Абласа* (№ 273, Prot. S. 483), согласно которому Государственный суд Германского рейха в случае обращения 100 членов рейхстага должен принимать решения с обязательной силой относительно конституционности законов; это предложение (как и эвентуальное предложение) было отклонено. 33-й съезд немецких

Видимо еще полностью находясь под впечатлением от пережитков довоенной поры и под влиянием часто обсуждавшегося тогда

юристов (Гейдельберг, 1924; докладчики *Г. Трипель* и *граф цу Дона*) требовал предусмотреть возможность для Государственного суда перед обнародованием имперских законов решать вопрос об их совместимости с конституцией и далее требовал распространения компетенции Государственного суда (который согласно ст. 19 может рассматривать лишь конституционные споры внутри одной земли) также на конституционные споры внутри рейха. 34-й съезд немецких юристов (Кельн, 1926; докладчики *Аншюц* и *Менде*) рекомендовал изменить статью 19 ИК; Государственный суд Германского рейха должен также разрешать и конституционные споры внутри рейха; далее Государственный суд должен иметь исключительное право рассматривать действительность законов рейха, обнародованных должным образом; целью законодательства должно быть «сосредоточение полномочия толковать имперское конституционное право в высшей инстанции в Государственном суде Германского рейха». Рейхсминистерство внутренних дел опубликовало в 1925 году (издательство Neumann) проект «Закона о защите единства рейха», согласно которому вопросы публичного права, а особенно конституционного права, должны рассматриваться Судом имперских приговоров в ходе процедуры правового разбирательства (*Rechtsentscheidverfahren*). Проект закона, опубликованный тогдашним рейхсминистром внутренних дел д-ром *Кюльцом* (*Külz*) (DJZ. 1926, Sp. 842), предусматривал в случае сомнения или разногласий по поводу того, находится ли некое правовое предписание имперского права в противоречии с рейхskonституцией, возможность обращения рейхстага, рейхсрата или правительства рейха в Государственный суд Германского рейха, причем согласно этому проекту, по видимому, не исключалось общее право судебной проверки; см.: *Külz*, DJZ. 1926, Sp. 837; *Poeltzsch*, DJZ. 1926, Sp. 1269; *Bötticher*, Leipz. Z. 1926, S. 822; *Richard Grau*, Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Rechtsverordnungen, AöR., N.F. XI, S. 287. (1926); *Fritz Morsten Marx*, Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, S. 129 f. (Berlin 1927); *Schelcher*, Fischers Zeitschr. f. Verwaltungsrecht, Bd. 60 S. 305; *Bredt*, Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. Bd. 82 1927, S. 443; *Nawiasky*, AöR., N.F. XII (1927) S. 130 f.; *Hofacker*, Gerichtssaal, Bd. 94 S. 213 (1927). Переданный 25 марта 1927 года в правовой комитет рейхстага проект, соответствующий публикации рейхсминистра *Кюльца* (*Reichstagsdrucksachen Nr. 2855 III 1924/26*), также предусматривает имеющее силу закона решение о конституционности в Государственном суде (в случае обращения квалифицированного большинства рейхстага или рейхсрата, а также судов, которые должны подавать ему акты, если

«австрийского решения»¹⁵, в ситуации усталости первого десятилетия после краха едва ли затрагивали предметное значение подобного распространения юстиции и довольствовались абстрактными нормативизмами и формализмами.

Однако серьезное расширение компетенций Государственного суда Германского рейха, особенно наметившееся в практике ст. 19 ИК после 1925 года, должно было бы быстро привести к политическим и конституционно-правовым сомнениям, посредством которых была остановлена экспансия форм юстиции, которую ранее требовали как само собой разумеющееся. Практика ст. 19 ИК исключительно посредством прецедентов определила как понятие конституционного спора, не разрешимое посредством безграничной словесной «дефиниции» (конституционный спор есть всякий спор по поводу одного из положений конституции), так и понятие «конституционного спора внутри одной из земель» и, наконец, разрешила вопрос участия в качестве стороны процесса в Государственном суде. Ведь должно было броситься в глаза, что теперь в Государственный суд на землю или земельное правительство по крайне политизированным делам могли подавать уже и политические партии, парламентские фракции, отдельные группы

считают некое правовое предписание несовместимым с имперским предписанием). Об этом см.: *K. Frhr. von Imhoff*, *Bayr. Verwaltungsblätter*, Bd. 75 (1927) S. 241 f. Об изменяющем конституцию характере подобного закона см.: *Hofacker a.a.O.*, *R. Grau a.a.O.*, *Imhoff a.a.O.* и *Bredt, a.a.O.* S. 453 f., — все они считают необходимым закон о внесении изменений в конституцию; против этого (на мой взгляд, несправедливо): *Löwenthal*, *DJZ*. 1927, S. 1234, *Reichsverwaltungsblatt* 1930 S. 748. — Впрочем, по поводу литературы можно еще заметить, что авторы диссертаций о Государственном суде (видимо популярная тема для «докторских работ») чаще всего подступают к сложному вопросу при помощи нескольких только что освоенных формул и шаблонов; это простительно и нельзя поставить в упрек молодым авторам.

¹⁵ Согласно ст. 89 и 139 Австрийской федеральной конституции от 1 октября 1920 года; об этом, например, см.: *W. Jellinek*, *Jur. Woch.* 1925, S. 454, где присутствует следующее выражение, характерное для тогдашнего настроения: «Если принять во внимание бросающуюся в глаза целесообразность австрийского регулирования... то вероятно австрийское регулирование будет перенесено также и на Германию». Это предположение не сбылось; moreover, после 1925 года в глаза бросались иные свойства австрийского решения, нежели его целесообразность.

депутатов, религиозные сообщества, общины и даже дворянские объединения¹⁶. Было трудно предсказать, какие социальные величины и группы (профессиональные представительства, лоббистские ассоциации, субъекты публичного права) подобным образом однажды могут быть допущены в качестве сторон процесса¹⁷. Впрочем, здесь уже примерно на протяжении года вновь произошло известное торможение, на что в частности указывает соответствующее решение по вопросу прусского избирательного права от 17 февраля 1930 года¹⁸, которое будет подробнее рассмотрено ниже.

В любом случае необходимо рассматривать проблему в конкретной взаимосвязи нашего государственно-правового и конституционно-правового положения. В подтверждение этой необходимости достаточно вспомнить, — в отличие от поспешных абстракций тех первых попыток решения, — о различных «гарантах конституции», в огромном числе возникавших в ходе долгой истории этой конституционно-правовой проблемы. К классическому примеру спартанских эфоров часто обращались еще в XIX веке, в основном с обязательным «*quis custodiet ipsos custodes*»¹⁹

До 1929 года — фракции ландтагов: решение временного Государственного суда от 12 июля 1921 года (RGZ. 102, S. 415) и от 21 ноября 1925 года (RGZ. 112, Anhang S. 1); политические партии (вместе с осторожным ограничением споров по поводу избирательного права): RGZ. 118, Anhang S. 22; RGZ. 120, Anhang S. 19 (рай Мекленбург-Любек Национал-социалистической рабочей партии против земли Мекленбург-Шверин); но не: Независимая социал-демократическая партия Саксонии против земли Саксония (RGZ. 121, Anhang S. 8); церкви земель: RGZ. 118, Anhang S. 1; общины: решение от 12 января 1922 года, DJZ. 1922, Sp. 427, далее решение по делу «магистрат города Потсдама против земли Пруссия» от 9 июля 1928 года, RGZ. 121, Anhang S. 13; территориальная группа Нассау бывшего прямого имперского дворянства (5 семей!) против прусского государственного министерства, решение от 10 мая 1924, RGZ. 111, Anhang S. 1.

См. особенно убедительную критику значительного расширения компетенций Государственного суда: W. Hofacker, Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, Reichsverwaltungsblatt 1930, S. 33 f.

RGZ. 128, Anhang S.1; а также (вместе с описанием заседаний): Ausgewählte Entscheidungen des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich, herausgegeben von Reichsgerichtspräsident Dr. Bumke, Heft 2, Berlin 1930; подробнее об этом приговоре см. ниже.

Кто будет надзирать над надзирающими (лат.).

и с тем предупреждающим дополнением, что хранитель легко превращается в хозяина конституции, и тогда возникает угроза двойного главы государства; но часто вместе с сетованием по поводу дурных последствий действий непредсказуемой, безответственной инстанции, действующей по своему усмотрению²⁰. Другие

²⁰ Об эфрате в государстве лакедемонян см.: *Busolt-Swoboda*, *Griechische Staatskunde* (Handbuch der Altertumswissenschaft, IV 1, München 1926), S. 670, 683; там указаны источники и остальная литература. Эфоры должны были охранять существующий государственный и общественный порядок, а также воспитание граждан государства и нравы, чтобы *vóμος* являлся единственным господином в государстве. Они принимали при сягу царей и давали собственную. Они также должны были защищать существующий порядок прежде всего от восстаний угнетенных илотов и имели право убивать подозрительных илотов без всяких последствий. Это рассматривалось в качестве войны против внутреннего врага; поэтому эфоры ежегодно торжественно объявляли илотам войну по всей форме. *Busolt-Swoboda* (S. 670) объявляет это «наивной хитростью»; что справедливо в той мере, в какой в войне против «внутреннего врага» существуют методы, демонстрирующие не столько наивность, сколько хитрость. В любом случае эфоры были органом, политический характер которых проявляется именно в этой взаимосвязи с внутривластным понятием врага. Также представляет интерес сетование Аристотеля по поводу учреждения должности эфоров и космонов (Политика, II 7 (В 10, 1272 С), в переводе Жебелева): «Самое же печальное — возможность полной отмены порядка; это часто устраивается теми могущественными силами, которые не желают подчиниться грозящему им суду». Об эфорах у *Альмузия* см.: *G. Leibholz*, *Der Begriff der Repräsentation*, Berlin 1929, S. 84 Anm.; о предложении *Фухте*, превращающее эфрат во вторую главу государства см.: *K. Wolzendorff*, *Staatsrecht und Naturrecht*, 1916, S. 408; *Mohl*, *Encyclopädie* 2. Aufl. 1872, S. 647; *Dahlman*, *Politik* 3. Aufl. 1847, S. 197 ff.; *Bluntschli*, *Allgemeines Staatsrecht* 2. Band, 4. Auflage, München 1868, 10. Kapitel, S. 552. Важнейшая часть всей этой государственно- и конституционно-теоретической литературы, проходящей сквозь столетия, содержится в гегелевской критике фиктивных планов учреждения эфрата (*Wissenschaftliche Behandlungsarten des Naturrechts, Sämtliche Werke I S. 479*): «Поэтому выход из положения ищут в совершенно формальном различии. Действительная власть полагается, правда, в качестве единой и сконцентрированной в правительстве; но ей противопоставляется возможная власть, и эта возможность должна в качестве таковой обладать способностью принуждения по отношению к данной действительности. Предполагается, что это второе бессильное существование общей воли должно обладать способностью суждения, следу-

предложения и учреждения вроде трибунов²¹, цензоров²² и синдиков²³ также относятся к данному первому виду хранителей конституции. Второй вид основан на примере римского сената, который посредством своей сдерживающей и консервирующей деятельности являлся подлинным хранителем римских

ет ли власти покинуть ту первую волю, с которой она связана, соответствует ли еще власть понятию всеобщей свободы». «И этой воле надлежит вообще осуществлять контроль над верховной властью, и если в ней частная воля вытеснит всеобщую, лишить ее власти; причем сделано это должно быть посредством публичного заявления, обладающего абсолютной силой воздействия, в результате чего с этого момента все действия верховной государственной власти теряют всякое значение». Далее говорится: этот второй репрезентант всеобщей воли должен был бы обладать «реальной властью», чтобы иметь возможность принуждать высшую власть. Но поскольку «реальная власть» находится у другого репрезентанта всеобщей воли, то он может предотвратить любую конкретную определенность и «уничтожить все возложные на эфорат функции — контроль, публичное объявление интердикта и любые другие формальности, — причем с таким же правом.... Ибо эти эфоры в такой же степени суть одновременно частные воли, как и первые, и судить о том, обособилась ли их частная от всеобщей воли, может так же правительство, как и эфорат о нем».

Ст. 21, 28 французской конституции VIII года (1799) и многочисленные постановления сената вплоть до упразднения трибуната постановлением сената от 19 августа 1807 года.

О пеннсильванских цензорах см. выше; другие примеры «специально назначенных цензоров», рассматривающих все действия правительства на предмет их конституционности, см.: *R. Mohl, Verantwortlichkeit der Minister* S. 223 f. О богемских дефензорах будет опубликовано исследование г-на д-ра *Рудольфа Сланка*.

Spinosa, *Tractatus politicus* VIII 920 f.; X § 2 f. editio Bruder p. 108, 130: quorum (именно этих синдиков) officium solummodo sit observare, ut imperii jura, quae concilia et imperii ministros concernunt, inviolata serventur, qui propterea potestatem habent, delinquentem quemcumque imperii ministrum, qui scilicet contra jura, quae ius ministerium concernunt, peccavit, coram suo iudicio vocandi et secundum constituta iura damnandi; они должны избираться пожизненно, быть не моложе 60 лет “ne longa admodum dominatione nimirum superbiant”, командовать военными, иметь право созывать суверенное собрание совета и т.п. В качестве собственной функции и действий синдиков характерным образом указывается, что их авторитет должен сохранять форму государства (ut imperii forma servetur).

конституционных порядков и *авторитет* которого — это слово используется здесь в его точном смысле в отличие от *potestas*²⁴ — должен был утверждать решения народа, чтобы не допустить нарушений предусмотренного конституцией порядка и международных обязательств²⁵. Этот пример также имел длительное воздействие на конституционно-правовое мышление европейского человечества. На нем основывается установка сделать хранителем конституции вторую палату. Согласно французской конституции VIII года, например, ст. 21, *Sénat Conservateur* подтверждает или аннулирует все акты, представленные трибуналом или правительством в качестве антиконституционных; сходным образом и в конституции от 14 января 1852 года, ст. 29, — все акты, представленные ему в качестве антиконституционных правительством или петицией граждан. Согласно действующему конституционному праву французской республики сенат (вторая палата) конституирует себя в качестве *Haute Cour de Justice* в случае выдвижения обвинения против министров и в иных случаях политической юстиции (ст. 9 конституционного закона от 24 февраля 1875 года). В государственной и конституционно-теоретической литературе все еще продолжает жить прообраз «сената», оберегающего конституцию. Так, в самом знаменитом монархоборческом сочинении *Юний Брут* требует учреждения сената, который должен проверять и надзирать за осуществляемым королем толкованием и исполнением законов²⁶. Харрингтон уже упоминался; от него линия развития ведет к Сийесу и XIX веку²⁷.

Народное представительство, т. е. избранная палата, в определенной конституционно-правовой ситуации также представит защитницей конституции, по крайней мере «прав народа» в отно-

²⁴ Об отличии *auctoritas* и *potestas* см.: *Carl Schmitt, Verfassungslehre*, 1928, S. 75 Anm.

Очень интересное применение этого различения к актуальному внутривнутриполитическому положению Германии см.: *Die Tat*, Oktober 1930, S. 509 f. (анонимная статья «Холодная революция»); далее см.: *Leopold Ziegler, Fünfundzwanzig Sätze vom deutschen Staat*, Darmstadt 1931, S. 43

²⁵ *Mommsen, Römisches Staatsrecht III*, S. 1041; остальную литературу об *auctoritas* римского сената см.: *Verfassungslehre* S. 75 Anm.

²⁶ *Junius Brutus, Vindiciae contra tyrannos*, Edinburg 1579, p. 128.

²⁷ Об исторической линии см.: *H.F. Russel Smith a.a.O.* S. 15, 205 f.; об идеях и предложениях *Cuÿeca* см.: *A. Blondel a.a.O.* S. 173; об их влиянии в Швейцарии см.: *Eduard His, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, Bd. 1, *Die Geschichte der Helvetik und der Vermittlungsakte 1798–1813*, Basel 1925, S. 196 f.

шении правительства²⁸; особенно надзорный комитет²⁹, образованный опять же «с целью защиты прав народного представительства от правительства». В этом особенно ясно выражается то, что подобные учреждения всегда могут рассматриваться лишь в конкретном общем контексте конституционной структуры. Если конституция, — согласно распространенным в XIX веке представлениям, — основана на договоре между государем и народом, правительством и народным представительством³⁰, то любой партнер по договору может выступать в качестве гаранта той части конституции, что затрагивает

В частности тогда, когда ландтаг принимает конституционные жалобы. Согласно гл. VII, § 21 Баварского конституционного акта от 26 мая 1818 года (в редакции закона от 19 января 1872 года), например, любой гражданин государства, как и любая община, могли подавать в ландтаг жалобы на нарушение конституционных прав. У Р. Моля народное представительство в случае нарушения конституции правительством может в самом крайнем случае призвать народ к вооруженному сопротивлению (ответственность министров, S. 575); далее (правда, с оговоркой права судебной проверки) см. например: *Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, Monografien aus Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, I. Bd., Tübingen 1860, S. 85/86*; критику такого понимания «земельных сословий как защитников конституции» см.: *R. Gneist, Gutachten zum 4. deutschen Juristentag über die Frage: "Soll der Richter über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen ist?" Berlin 1863, S. 28*. *Гнейст* видит действительную гарантию во взаимодействии наследного монарха, постоянной первой и избираемой второй палаты; впрочем, в своей речи в ландтаге 9 февраля 1866 года (*Stenogr. Berichte S. 128*) он назвал депутатов «стражами конституции»; хотя это был особый случай. О взглядах *Блунчли* см. ниже.

14
Посредством ст. 35, п. 2 ИК 4 июля 1919 года по предложению *Хаусмана* (*Hauffmann*) в текст конституционно-законодательного регулирования было внесено выражение «с целью защиты прав народного представительства в отношении имперского правительства». Привязать этот временной комитет с идеей «сохранения конституции» соответствовало особенно вюртембергской традиции (см. старую вюртембергскую конституцию 1819 года, § 187 ff.).

О практических последствиях данного понятия конституции см. ниже. Примером из прусской конституционной истории является протест палаты депутатов от 10 февраля 1866 года (*Aktenstück Nr. 41, Stenogr. Berichte S. 137, 141 f.*): «С целью сохранения своих прав и прав всего представляемого ею согласно ст. 83 конституции народа Палата заявляет протест» против представления прокуратуры относительно судебного преследования депутатов *Твестена* и *Френцеля* из-за их выступлений в палате депутатов. Однако следует иметь

его собственные права и полномочия, и склонен рассматривать выгодные для его политических притязаний конституционные определения в качестве «собственно» конституции. Но и «представляющее единство» правительство может в соответствии со своим понятием рассматриваться в качестве «защитника ведомств и хранителя государственных учреждений»³¹. *Отто Майер* говорит в своем «Саксонском государственном праве» (1909, S. 214): «Высший гарант конституции есть король». В этой связи также следует упомянуть учение о нейтральной и посреднической власти короля и президента, которое будет подробнее рассмотрено ниже³².

В том, что в германских конституциях XIX века наряду с другими гарантиями предусматривается особый суд по государственным делам для «судебной защиты конституции»³³, выражается та простая истина, что судебная защита конституции может быть лишь частью учреждений защиты и гарантий конституции и было бы крайне поверхностно за этой судебной защитой не замечать очень узких границ любого правосудия и забывать многие другие виды и методы гарантий конституции.

I. ЮСТИЦИЯ КАК ГАРАНТ КОНСТИТУЦИИ

1. ОБЩЕЕ (АКЦЕССОРНОЕ) ТАК НАЗЫВАЕМОЕ МАТЕРИАЛЬНОЕ ПРАВО СУДЕБНОЙ ПРОВЕРКИ НЕ КОНСТИТУИРУЕТ В ГЕРМАНИИ НИКАКОГО ГАРАНТА КОНСТИТУЦИИ

Суды гражданской, уголовной или административно-правовой юрисдикции, принимающие решения в процессе, не являются гарантом конституции в точном смысле. Впрочем, заблуждение име-

в виду, что здесь речь идет о защите от вторжения в собственную сферу, т. е. о случае самообороны.

³¹ Ср., например: *Adolf Trendelenburg*, *Naturrecht*, 1860, S. 375.

³² Ст. 71 португальской конституции от 29 апреля 1826 года (*Dareste* S. 497) и ст. 98 бразильской конституции от 25 марта 1824 года именуют короля и императора «ключом всей политической организации» и возлагают на него задачу беспристанно следить за сохранением независимости, равновесия и гармонии других политических ветвей власти.

³³ Формулировка «судебная защита конституции» содержится, например, в § 195 вюртембергской конституции 1819 года; она особенно точна, поскольку отличается от судебных других учреждения по защите конституции и тем самым предотвращает ложную и опасную абсолютизацию судебной защиты.

зовать их подобным образом вполне объяснимо, поскольку они осуществляют так называемое материальное право судебной проверки, т. е. проверяют простые законы на их содержательное соответствие конституционно-законодательным определениям и в случае противоречия отказывают простому закону в применении. Вследствие этого даже Имперский суд, после того как он решением от 4 ноября 1925 года (RGZ. III, S. 320) объявил себя полномочным рассматривать простые законы рейха на предмет их содержательного соответствия имперской конституции, иногда именуется гарантом конституции³⁴.

Склонность выставлять суды, принимающие решения в процессе высшей гарантией конституции, видимо, главным образом объясняется широко распространенными представлениями о Верховном суде Соединенных Штатов Америки. Этот по праву известный во весь мир суд стал для многих немецких юристов, кажется, своего рода мифом. Во время заседаний конституционного комитета Веймарского национального собрания проявились странные неясности, документально зафиксированные в протоколах конституционного комитета. Там речь идет о «Государственном суде для защиты конституции», каковой якобы имеется «во всех крупных демократических государствах, например, Америке, «где его существование оправдало себя»³⁵. Здесь в нескольких словах следует напомнить, что высшая судебная палата Соединенных Штатов в силу своего авторитарного (autoritären) толкования таких понятий, как собственность, ценность и свобода, как говорят по праву, именно в экономической области занимает «уникальную для всей мировой истории позицию»³⁶, которую уже из-за этого невозможно просто перенести на политически и социально совершенно иное состояние континентального европейского государства. Положение высшей судебной палаты Соединенных Штатов сформировалось в рамках государства юстиции англосаксонского типа, которое в качестве государства без административного права сильно контрастирует с государствами европейского континента, причем здесь нет никакой разницы, является ли европейское го-

³⁴ См.: "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung", in: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Berlin 1929, S. 154-178. Protokolle S. 485; против этого ранее: *H. Preuß* a. a. O. S. 483/484.

"that court occupies the unique position of the first authoritative faculty of political economy in the worlds history": *John R. Commons*, *Legal Foundations of Capitalism*, New York 1924, S. 7.

сударство республикой, как Франция, или монархическим чиновническим государством, как Пруссия XIX века. Высший американский суд есть нечто совершенно иное, нежели Государственный суд, и его юстиция есть нечто совершенно иное, нежели то, что сегодня в Германии пытаются именовать государственным или конституционным правосудием. С полным принципиальным осознанием своего характера инстанции, принимающей решение в процессе, он ограничивается рассмотрением определенных спорных дел (*real, actual "case" or "controversy" of "Juridiciary Nature"*).³⁷ Ссылаясь на свою *"strictly judicial function"*, он отказывается от любых высказываний по политическим или законодательным поводам и не желает становиться даже административным судом³⁸. Он принципиально отказывается делать заключения для конгресса или президента³⁹. Что касается его практического значения и действия, то с точки зрения сегодняшнего ненормального положения Германии нельзя оценивать его деятельность по временам экономического процветания и внутривнутриполитической безопасности, но следует обратить внимание на критические и беспокойные времена. И тогда знаменитые прецедентные дела эпохи Гражданской войны — решения, затрагивающие такие политически спорные вопросы, как рабство или девальвация — показывают, что в подобных случаях авторитет суда находился под серьезной угрозой, а его позиция по делу никак не могла утвердиться⁴⁰. Однако главнейшее и собственно фундаментальное своеобразие Верховного суда, видимо, заключа-

³⁷ *Charles Warren, The Supreme Court in United States History, Boston 1924, Bd. I p. 52, 108 f.; Charles Evans Hughes, The Supreme Court of the United States, New York 1928, p. 31 (Muskrat v. United States, 1911, 219 U.S. 346); о строгой ограниченности подлинной юстицией (cases of Juridiciary Nature) см. p. 22.*

³⁸ Подтверждение см.: *Hughes a.a.O. S. 22.*

³⁹ Единственный до сих пор случай консультативного заключения (*advisory opinion*) произошел при президенте *Монро*; об этом см.: *Warren, a.a.O. II, p. 56; см. замечание Хьюза по этому поводу (Hughes a.a.O. p. 31): "nothing of the sort could happen today".* Высший представитель правительства в Верховном суде (*solicitor-general*) *Джеймс М. Бек* безуспешно предлагал предоставить конгрессу право вместе с президентом запрашивать у Верховного суда заключение в случае, если проект закона вызывает сомнения на предмет его соответствия конституции. См.: *Ogg-Ray, Introduction to American Government, 2. Aufl., 1926, p. 422, Anm. 3.*

⁴⁰ *Warren III p. 22 f. (Dred Scott Case), p. 244 (Legal Tender Case); далее Income Taxe Case 1895 года.*

ется в том, что он проверяет справедливость и разумность законов помощью всеобщих принципов и основополагающих позиций, которые лишь только по злему умыслу можно назвать «нормами», и затем в случае необходимости трактует определенный закон как неприменимый⁴¹. Он может это сделать, поскольку в действительности выступает в отношении государства в качестве хранителя общественного и экономического порядка, принципиально не подвергающегося сомнению. Как вполне точно подметил еще *Р. Гнейст*, он обладает трансцендентной властью по отношению к государству⁴². Лишь в этой связи можно рассматривать частую критику того, что он годами тормозит и блокирует законы о защите труда и определения в области социальной политики, даже затрагивающие женский и детский труд и казавшиеся нам в Германии само собой разумеющимися, трактуя их в качестве антиконституционных. Естественно, здесь не идет речь ни об апологии, ни о низвержении американского Верховного суда, но лишь о том, чтобы коротким уточнением предотвратить бессмысленные переносы и мифификации. В принципе, следует сказать, что само по себе право судебной проверки делает суды, принимающие решения в процессе. гарантами конституции лишь в условиях государства юстиции, 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, т. е. законодательства, правительства и управления. Таким способом, на основании 5-й и 14-й поправок и под воздействием часто цитируемой формулы *due process of law*⁴³, американский Верхов-

Сюда относятся такие понятия, как *reasonableness* и *expediency*. О связи и отождествлении "constitution", "fundamental rights", "natural equity", "will of the people" и т. д. см. интересные наблюдения в работе: *John Dickinson, Administrative justice and the Supremacy of Law in the United States*, Cambridge, Harvard University Press, 1927, p. 97, 101.

⁴¹ Gutachten a. a. O. S. 23.

⁴² 5-я (адресованная федерации) поправка 1791 года: No person shall be "deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation". 14-я (адресованная штатам) поправка 1868 года: "Nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny within its jurisdiction the equal protection of the law". — Преувеличенной, но и характерной является крити-

ный суд в своей практике стремился отстоять и защитить от [вмешательства] законодателя принципы буржуазного общественного и экономического порядка в качестве высшего порядка и истинной конституции.

Право судебной проверки, применяемое германским Имперским судом (Reichsgericht) в знаменитом решении от 4 ноября 1925 года⁴⁴, а также иными высшими судами (Имперская финансовая палата (Reichsfinanzhof), Имперский суд по делам обеспечения (Reichsverwaltungsgericht), прусский Высший административный суд и т. д.), в сравнении с правом проверки того самого американского суда, напротив, имеет очень скромное значение и осуществляется, как выясняется при ближайшем изучении его объема, в очень узких границах. Обоснование решения от 4 ноября 1925 года основано на следующем положении: то, что судья подчиняется закону (ст. 102 ИК), «не исключает того, что судья может признать недействительным определенный закон рейха или некоторые из его положений в той мере, в какой они противоречат иным, предшествующим предписаниям, которые должен учитывать судья»⁴⁵. Тем самым сказано, что суще-

ка, содержащаяся в часто употребляемом выражении: “due process is short the Supreme Court says it is”.

⁴⁴ RGZ. III S. 322; см. подробное обсуждение в: Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. I S. 171 ff.

⁴⁵ Здесь можно сравнить с соответствующими положениями знаменитого основополагающего решения Верховного суда Соединенных Штатов в деле *Marbury v. Madison* 1803 года (1 Cranch, 137) — Chief Justice Marshall: “The powers of the legislature are defined and limited... It is a proposition too plain to be contested that either the constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these two alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative act, and, like other acts, is alterable when the legislature is pleased to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law, if the later part be true, written constitutions are absurd attempts of the part of the people to limit a power, in its own nature illimitable”. Имперский суд избегает подобных конституционно-правовых соображений; он аргументирует, несмотря на краткость приведенных им доказательств, более осторожно и менее принципиально и ограничивается положением: «поскольку предписания имперской конституции могут утратить силу лишь посредством закона о внесении изменений в конституцию, принятого должным образом».

ствуют конституционно-законодательные определения, под регулирование которых могут быть подведены обстоятельства рассматриваемого дела, и что в случае коллизии данное конституционно-законодательное регулирование имеет приоритет над простым законодательным регулированием подобных обстоятельств дела. В случае коллизии конституционно-законодательное определение будет учитываться лишь в той мере, в какой оно с точки зрения своего содержания делает возможным предсказуемое, измеримое и соответствующее обстоятельствам дела подведение рассматриваемого случая; ведь подобная коллизия, как и любая настоящая коллизия, логическим образом предполагает однотипность противоречащих определений. В отношении общих принципов и положений, предоставления полномочий и простого определения компетенций дело выглядит совсем иначе, нежели в отношении подведения в соответствии с обстоятельствами дела. Лишь подведение под обстоятельства дела, подпадающего под конституционно-законодательное регулирование, дает судье возможность (не отказать в действительности, а, как выразился Имперский суд) отказать простому закону в применении, или еще точнее: вместо подведения под его действие обстоятельств дела подвести их под действие предыдущего закона и тем самым разрешить рассматриваемое дело. Это собственно не отказ в действительности, а лишь неприменение простого закона к конкретному случаю ввиду применения конституционного закона. Поэтому в одном из последующих предложений данного решения (S. 322/23) верно говорится о том, что судья вынужден оставить закон «вне применения». Из подробного же рассмотрения этого положения следует то, что привязка судьи к закону не противоречит данному виду права судебной проверки, а скорее является его основой и единственным оправданием. Но в то же время это означает, что в случае коллизии вместо простого закона подведение определяют лишь нормы, позволяющие подведение в соответствии с обстоятельствами дела, а не общие принципы, предоставление полномочий и т. д.

В основаниях принятия приговора от 4 ноября 1925 года также подчеркивается, что право проверки используется лишь в отношении простых законов рейха, но не затрагивает законов, вносящих изменения в конституцию, т. е. возникших по процедуре ст. 76 ИК. Если закон рейха принят согласно ст. 76, то согласно этому обоснованию прекращается всякая дальнейшая возможность проверки. Очень важный с конституционно-правовой точки зрения вопрос о границах полномочия пересматривать и вносить из-

менения; возможность откровенного злоупотребления положением ст. 76; уже подробно обсуждавшаяся в правовом учении о действующей конституции необходимость различения внутри полномочия вносить изменения, которые невозможно разрешить при помощи голого абсолютизма, стремящегося обнаружить в ст. 76 всемогущего суверена или даже носителя конституционно-учредительной власти⁴⁶; — все эти вопросы не затрагиваются правом судебной проверки, существующим в столь узких границах. Тем самым отпадает вопрос, существуют ли, например, недопустимые нарушения конституции, которые становятся неправомерными и по процедуре ст. 76, и допускает ли эта статья «апокрифические акты суверенитета» в силу обычного права. Кажется, что Имперский суд не использует право судебной проверки даже тогда, когда в форме простого закона выходит распоряжение или мера, которая, по сути, не является законом в смысле понятия закона правового государства и потому, при отсутствии прямого конституционно-законодательного утверждения, не может приниматься в ходе законодательной процедуры и выходит за рамки законодательного полномочия законодателя. Законодательной процедурой можно легко злоупотребить для установления норм, отличных от соответствующих праву норм, — для отдачи отдельных приказов, увольнения, помилования, нарушения, предоставления привилегий и т.д. В этом очень часто заключается угроза для независимости судей, и следовало бы установить (оборонительное) право судебной проверки с целью защиты установленного конституцией положения юстиции. Это было бы самозащитой судов от несанкционированного вмешательства других государственных властей. Тогда суды смогут быть гарантами одной части конституции, именно той, что затрагивает их собственное основание и позицию, — определений о независимости юстиции. В обосновании приговора Имперского суда не говорится об этом, и не происходит важного различия в рамках права судеб-

⁴⁶ Об этом см.: *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre* S. 102, *Jur. Woch.* 1929, S. 2314; *Carl Bilfinger*, *Der Reichssparkommissar*, 1928, S. 17; далее см.: *AöR.* XI (1926) S. 194; *Zeitschrift für Politik* Bd. XX, 1930, S. 81 f.; *R. Thoma* in: *Nipperdey*, *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, 1929, Bd. I S. 38 f., а также см.: *Anschütz, Thoma*, *Handbuch des deutschen Staatsrechts* I S. 143, *W. Jellinek* eud. II S. 154 (ограничение по крайней мере по отношению к нарушениям конституции), и наконец и в первую очередь: *E. Jacobi*, *Reichsverfassungsänderung*, in: *Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, 1929, Bd. I S. 233 f.

ной проверки: с одной стороны — неприменение законодательных определений, противоречащих конституционно-законодательным определениям; с другой стороны — защита от антиконституционного вмешательства других государственных властей, особенно законодателя, в деятельность независимой юстиции⁴⁷. И все же вполне мыслимо, что посредством ст. 105 и 109 ИК можно было бы предотвратить самые ужасные злоупотребления и откровенные исключительные законы. В этом случае следовало бы иметь в виду, что осуществление права судебной проверки, предпринятое со ссылкой на названные статьи конституции, означало бы защиту и охрану конституции совсем иным образом, нежели в тех случаях, которые имел в виду Имперский суд в своем решении от 4 ноября 1925 года и в которых речь идет лишь о коллизии при подведении обстоятельств дела. Приведение доказательств в решении от 4 ноября 1925 года строго придерживается подведения обстоятельств дела и ни в коем случае не высказывается по поводу иного рода права судов на проверку, служащего самозащите независимой юстиции.

Из оснований решения по этому приговору от 4 ноября 1925 года, наконец, следует, что Имперский суд не желает проверять обычные законы рейха на предмет их соответствия общим принципам конституции (в отличие от соответствия отдельным конституционно-законодательным определениям, под которые можно подводить [обстоятельства дела]). Он не претендует на общую, т.е. абстрагирующуюся от подводимых конституционно-законодательных обстоятельств проверку закона на его соответствие духу конституции и на соблюдение общих принципов, образующих ту часть имперской конституции, что связана с правовым государством, а именно раздел об основных правах и различении властей. Скорее обоснование осторожно, если не сказать формалистски, придерживается такой конституционно-законодательной нормы в соответствии с положениями права, тип и логическая

Когда 3-й Сенат по гражданским делам в постановлении от 25 января 1924 года (RG. 107, 319) говорит: ст. 105 ИК в соединении со ст. 103 «накладывает на суды ответственность следить за тем, чтобы правосудие осуществлялось во всех случаях, в которых оно должно иметь место согласно законам», то, видимо, он имеет в виду это защитное право проверки; однако также см. следующее постановление пленума от 22 февраля 1924 года (а.а.О. S. 323), согласно которому ст. 103 и 105 ничего не говорят об объеме правосудия, которое должны осуществлять суды. Об обратном случае самозащиты законодательного корпуса от юстиции см. выше.

структура которой делает возможным конфронтацию с нормой простого закона. Согласно этому решению, прежде всего также не существует никакой судебной проверки закона на его соответствие подобным общим правовым принципам, как доверие, правота, разумность (*reasonableness, expediency*) и схожие представления, используемые в практике Верховного суда Соединенных Штатов. В одном решении (RGZ. Bd. 118, S. 326/27, J.W. 1928, S. 102 ff.) даже прямо говорится о том, что понятие добрых нравов (§ 826 BGB.) применимо лишь в сфере частноправовых отношений и неприменимо к публично-правовым отношениям между законодателем и гражданином государства. А председатель Имперского суда д-р *Симонс* сообщил, видимо, вполне соглашаясь с этим, что сенаты отказываются критиковать норму, принятую согласно установленному конституцией порядку, с точки зрения ее правоты и тем самым ставить себя над «суверенным законодателем»⁴⁸. Эта констатация представляет особый интерес, поскольку Союз судей использовал приговор 5-го гражданского сената от 23 ноября 1923 года (о принципе оценки с точки зрения справедливости, верности и веры в зависимости от дела, RGZ. 107, S. 78) для выдвижения своего требования применять принцип доверия также и в отношении законодательного регулирования оценки.

Таким образом, примененное Имперским судом право судебной проверки имеет лишь признаки любого права судебной проверки: оно является исключительно «акцессорным» и есть, как выражается *Х. Трипель*, лишь «правосудие по случаю»⁴⁹; оно подвергается судебному решению лишь от случая к случаю и по возможности осуществляется любым судьей, т.е. является *диффузным*⁵⁰; его влияние есть простое *прецедентное влияние* решения одного из высших судов, который существует в Германии наряду со многими другими высшими судами рейха и земель. Его отличие от права проверки в американской юстиции заключается главным образом в том, что там оно охраняет общие принципы и тем самым делает суд гарантом и хранителем существующего общественного и экономического порядка. Германский Имперский суд, в со-

⁴⁸ Deutsche Juristen-Zeitung 1924, S. 243.

⁴⁹ См.: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler, Heft 5 S. 26.

⁵⁰ Я хотел бы предложить это слово «диффузное» для обозначения противопоставления с правом проверки, *скоцентрированным* в одной единственной инстанции.

ответствии с только что изложенными границами его права проверки, ни в коем случае даже не приближается к такому положению. Т.е. для данного права судебной проверки характерно то, что центр тяжести политического решения продолжает находиться в законодательстве. Всякая юстиция привязана к нормам и прекращает существовать, если сами нормы в своем содержании становятся сомнительными и спорными. Вследствие этого право судебной проверки в любом государстве, как и в сегодняшнем Германском рейхе, зависит от норм, делающих возможным подведение дела в соответствии с его обстоятельствами. Это уже другой вопрос, насколько мыслимо и допустимо посредством неопределенных и обобщенных понятий, посредством обращения к верности и вере или к обычаям отношений дать судье определенную свободу и пространство для действий по своему усмотрению в частноправовой сфере. Относительно стабильные отношения и устойчивые социальные взгляды могут привести здесь к достаточной предсказуемости и обязательности. И в публично-правовой сфере, а именно в административно-правовых и даже полицейско-правовых вопросах, возможны неопределенные понятия, пока для ситуации, предполагаемой во всякой норме, и без прямого решения законодательства или правительства можно установить достаточно ясную и устойчивую норму на основании представлений товарищей по праву (*Rechtsgenossen*) и правовой практики. Во всех случаях нормы, делающие возможным определенное, измеримое подведение, должны оставаться основанием для судебной проверки и решения. Привязанность к подобной норме также является предпосылкой и условием любой независимости суда. Если судья покидает территорию, где действительно существует подведение дела под действие общих норм в зависимости от его обстоятельств и тем самым содержательная привязка к закону, то он уже не может быть независимым судьей, и никакая видимость формы юстиции не избавит его от этого следствия. Привязка к закону, которому только и подчиняется судья согласно ст. 102, означает не только границу, но и подлинное обоснование для свободы принятия решения: ради господства исключительно закона, которое проявляется в приговоре судьи, должны исчезнуть все остальные ограничения в отношении судьи»⁵¹.

M. Grünhut, Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung, Monatschrift für Kriminalpsychologie 1930, Beiheft 3 S. 3; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 274/6.

Поэтому проблема Движения за свободное право и «творческого судейства» в первую очередь является конституционно-правовой проблемой.⁵²

В соответствии этим, право судебной проверки у судей, принимающих решение в процессе, основано на противоположности какому-либо превосходству судьи в отношении закона или законодателя. Оно возникает из своего рода чрезвычайного положения судьи, когда налицо противоречивые положения законов, и судья, сталкиваясь с противоречивыми требованиями, тем не менее, должен принять решение в процессе⁵³. Если же для принятия

⁵² Движение за свободное право, несмотря на пояснение *Радбруха* (*Radbruch*, ArchSozW., N.F. 4 (1906) S. 355), часто не замечало конституционно-правовой взаимосвязи между независимостью и ограничением. Очень точны замечания *Кауфманна*, представленные на съезде правоведов государственного права 1926 года (*E. Kaufmann Veröffentlichung Heft 3 S. 19*): Судья должен находиться в рамках своей специфической судейской задачи, он не имеет права опрокидывать порядок, существующий между судьей и законодателем, и присваивать себе специфически законодательную задачу; он имеет право лишь порицать за нарушение известных крайних границ. Несмотря на всю «свободу» судейской «творческой» деятельности, несмотря на широту его права на собственное усмотрение и многих неопределенных понятий, данная «привязанность к закону» сохраняется, пока речь идет о буржуазном правовом государстве. Далее см., например: *W. Jellinek, Verwaltungsrecht 1928 S. 10*: «Юстиция совершенно свободна от правовых установлений»; или: *H. Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, 1923, S. 52*. «Заполнение пробелов в законах всегда должно в первую очередь исходить из оценки интересов, которая явным образом присутствует в самом законе». О границах судейского усмотрения относительно формирования нового права очень хорошо сказано в работе: *Junker, in: Stein, Grundriss des Zivilprozeßrechts. 3. Aufl., 1928, S. 23/24*; о том, что не существует усмотрения «в соответствии с долгом», но лишь «в соответствии с законом» см.: *Scheuner, Nachprüfung des Ermessens durch die gerichte, Verw. Arch. 33 (1928), S. 77* (для самой юстиции это без сомнения верно; впрочем сохраняется проблематичность различия между положениями, «уполномочивающими» на «свободное» действие и содержательно обязательными нормами, делающими возможным подводить дело в зависимости от его обстоятельств, пусть даже и лишь посредством дальнейшей отсылки к таким нормам, как «доверие», обычаи общения и т.д.).

⁵³ О конституционно-правовом «чрезвычайном положении» судьи см.: *Radbruch*, Arch. Soz.-W. N.F. 4 (1906), S. 355. В этой статье выявляется взаимосвязь

решения он выберет одно из противоречащих положений в качестве основания для своего решения в процессе, другое противоречащее положение не находит применения. Это все. Как уже было показано, неточно говорить, что решающий в процессе судья «отказал в действительности» не примененному закону; правильно говорить о «неприменении закона», ограниченном решением в конкретном процессе, которое оказывает более и менее предсказуемое влияние в качестве прецедента на решение других инстанций. Однако юстиция остается ограниченной, прежде всего, законом, и оттого что она ставит свою привязку к конституционному закону выше привязки к простому закону, она не становится гарантом конституции. Она не может выполнять подобные функции в государстве, не являющимся чистым государством юстиции. Впрочем, следует иметь в виду, что соблюдение общего принципа соответствия закону и тем самым также соответствия конституции не конституирует никакой особой инстанции. Иначе пришлось бы в каждом ведомстве и конечном счете в каждом гражданине государства рассматривать соответствующего гаранта конституции, что в некоторых конституциях выражается тем, что они доверяют защиту конституции бдительности всех граждан государства⁵⁴. Однако отсюда вытекает лишь общее право на неповиновение и, в конечном счете, на пассивное или даже активное сопротивление,

с конституционно-правовым вопросом разделения властей (со ссылкой на: *Hatschek, Englisches Staatsrecht I, S. 1065*), но затем она все же вновь теряет под влиянием критики Движения за свободное право и, вероятно, из-за конституционно-теоретического вакуума довоенной эпохи. Различение властей выдается за «рационализм» (также см.: *E. Kaufmann, Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika, Leipzig 1908, S. 34*). *Радбрух* говорит о «все еще бродящем духе *Монтескье*» (S. 365), но этот дух есть как раз дух самого буржуазного правового государства, который выбрала для себя Веймарская конституция и который исчезнет лишь с самим буржуазным правовым государством. О взглядах *Монтескье* на юстицию также см. ниже.

⁵⁴ Так говорится во французских конституциях 1791 (последнее предложение), 1830 и 1848 годов (о неудачной попытке сделать отсюда практические выводы см.: *Verfassungslehre S. 116*). Из недавних примеров — конституция Вольного города Данцига от 15/17 ноября 1920 / 14 июня 1922 года, ст. 87: «Обязанностью каждого гражданина государства является защита конституции от противозаконных посягательств», или греческая конституция от 2 июня 1927 года, ст. 127: *La garde de la constitution est confiée au patriotisme des Hellènes Daresté-Delpech S. 656*).

рое также называют «революционным чрезвычайным правом»⁵⁵. Поэтому в систематических описаниях право на сопротивление выглядит в качестве крайней гарантии конституции, защите и охране которой оно должно служить⁵⁶. Однако конституционно-правовая функция гаранта конституции заключается именно в том, чтобы заменить и сделать избыточным это общее и случайное право на неповиновение и сопротивление. Лишь в таком случае имеется гарант конституции в институциональном смысле. Т.е. гарантом конституции являются не все органы и люди, которые посредством неприменения антиконституционных законов или невыполнения антиконституционных распоряжений от случая к случаю могут способствовать тому, что уважается конституция и не наносится ущерба интересам, охраняемым конституционно-законодательным образом. Этим систематическим соображением обосновывается то, что не следует рассматривать суды в качестве гаранта конституции, даже если они осуществляют акцессорное и диффузное право судебной проверки. Впрочем, ввиду гарантии судебной неприкосновенности для судов, вероятно, менее рискованно не повиноваться антиконституционным законам и распоряжениям. Однако речь не идет о том, чтобы объявить одну категорию ведомств гарантом конституции лишь потому, что охрана конституции связана для них с меньшими угрозами, нежели для других. Этот аспект наименьшего риска также не в состоянии обосновать никакого «гаранта конституции».

2. ПРЕДМЕТНЫЕ ГРАНИЦЫ ВСЯКОЙ ЮСТИЦИИ (УГОЛОВНОЕ ПРАВОСУДИЕ В СЛУЧАЕ ПОЛИТИЧЕСКИХ ДЕЛИКТОВ ПРОТИВ ГОСУДАРСТВА И КОНСТИТУЦИИ; ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ОБВИНЕНИЯ МИНИСТРАМ)

Следующим, отдельным вопросом является вопрос о том, что юстиция вообще может сделать для защиты конституции и насколько в ее области можно организовать особые учреждения,

⁵⁵ R. Gneist, Gutachten zum 4. Deutschen Juristentag: "Soll der Richter über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen ist?" Berlin 1863, S. 31.

⁵⁶ См., например: R. Mohl, Die Verantwortlichkeit der Minister, 1837, S. 18, 575; Dahlmann, Politik (3. Aufl. 1847) S. 197 f.; Bluntschli, Allg. Staatsrecht, 2. Bd. 4. Aufl., 1868, S. 552 f.; Gény: Charles Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, Paris 1928, S. 44 f.

смыслом и целью которых является защита или гарантия конституции. То, что в послевоенное время этот очевидный вопрос поначалу не ставился, внимание обращали почти исключительно на (осуществляемую Государственным судом) судебную защиту, а гаранта конституции с несомненной самоочевидностью искали в сфере юстиции, объясняется многими причинами. Прежде всего — неверно понятым и абстрактным представлением о правовом государстве. В качестве идеала правового государства само собой напрашивается разрешение всех политических вопросов в форме юстиции, при этом упускается из виду, что посредством экспансии юстиции на, вероятно, уже не юстициабельную материю можно лишь навредить юстиции. Ведь следствием этого, как я часто показывал и применительно к конституционному, и к международному праву, была бы не юридизация политики, а политизация юстиции. Впрочем, последовательно формалистический метод выше подобных сомнений и просто неопровержим, поскольку работает с фикциями, которые беспредметны и потому неопровержимы. Уже нет никаких предметных затруднений и сомнений, если можно не учитывать все предметные различия и игнорировать предметные различия конституции и конституционного закона, закона в смысле понятия правового государства и закона в смысле формального, т.е. политического понятия закона, а также предметное различие закона и приговора судьи или основополагающее различие *Трипеля* между разрешением правового спора и компромиссом.⁵⁷ Как только право превращается в юстицию, а далее юстицию к тому же формализуют, называя юстицией все, что делает судебное ведомство, тогда проблема правового государства быстро разрешается, и проще всего было бы предоставить Имперскому суду право определять основные направления политики на основании доверия, чтобы завершить правовое государство в формальном смысле.

Вероятно, что часть той самоочевидности, с которой требуют создания Государственного суда с непредсказуемой компетенцией, основана на подобных понятийных заблуждениях. Однако отсюда еще не вытекает никакого конкретного института, и не следовало бы допускать подобные, несколько наивные ссылки на «правовое государство». С помощью одного слова «правовое государство» ничего не решается. Ссылаясь на правовое государство, можно

Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Berliner Festschrift für W. Kahl, Tübingen 1923, S. 19 f.

требовать совершенно различных и противоречивых учреждений. Например, уважаемыми авторами в качестве единственного метода правового государства выдвигается акцессорное судебное право проверки и всячески оспаривается создание специального Государственного суда, поскольку он необходимо приведет к ограничению общего права проверки и сконцентрирует диффузный контроль, осуществляемый всем чиновническо-судебным сословием, в одном единственном месте, в результате чего он будет легче поддаваться политическому захвату и влиянию. *Гуго Пройс* даже высказался в этой связи о «козле, которого назначили садовником»⁵⁸, а *Х. Штоль* говорит: «Полное право судебной проверки лишь увенчает собой правовое государство». «Подобно тому, как независимые административные суды обеспечивают контроль и защиту от посягательств управляющего государства, так и независимые органы должны надзирать за государством как законодателем»⁵⁹. В XIX веке с помощью подобных высказыва-

⁵⁸ В Конституционном комитете Веймарского национального собрания (Protokolle S. 483/84): «Теперь же Вы хотите найти выход (применительно к общему праву судебной проверки), лишая суд права проверки и создавая вместо этого чрезвычайную судебную палату, которая должна приступить к деятельности после обращения 100 депутатов рейхстага. Это такое решение, при котором, — да простят меня депутаты рейхстага, — в известной мере козла назначают садовником... Это никакое не дополнение к правовой защите, которой каждый гражданин лишается в результате того, что обычного судью лишают его важнейших задач». Очень интересно и следующее пояснение: «Несколько иным является то, хотите ли Вы без установления отвода дать определенному числу депутатов рейхстага возможность решать этот вопрос (материального соответствия определенного закона конституции). Это можно было бы оправдать с той точки зрения, что подобная проверка конституционности осуществлялась бы лишь в редких случаях». Это заблуждение *Пройса* объясняется тем, что он не стремился и не предвидел чудовищного расширения так называемых основных прав. Особенно отчетливую критику так называемого австрийского решения (см. выше) и опеки над Имперским судом, проявляющейся в существующих проектах см.: *F. Morstein Marx* а.а.О. S. 116 f., 139 f.

⁵⁹ *Iherings Jahrbücher* 76, S. 200, 201, *Jur. Wochenschrift* 1926, S. 1429 (замечание по поводу приговора Имперского суда от 4 ноября 1925 года; впрочем, здесь *Штоль* выступает за «австрийский образец»), далее см. сборник: *Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichte der Deutschen*, Bd. III., Berlin 1930, S. 187. Об этом же см.: *Morstein Marx* а.а.О. S. 151/52: «Никак не меньшее, нежели закон-

ний о правовом государстве часто выдвигались требования ответственности министров в форме юстиции, по поводу которой полагали, что она завершает и увенчивает конституцию. «Правовая ответственность министров, — считал *Гнейст*, — завершает правовое государство в качестве последнего дополнения»⁶⁰. Или же: «Правовая ответственность министров есть не только вершина ответственности чиновников, но и правового государства вообще; она есть высшая гарантия общественного правового состояния: без нее конституция и конституционные права беззащитны перед любым злоупотреблением властью, без нее все публичное право народа остается *lex imperfecta*»⁶¹. Однако в дальнейшем будет показано, что согласно всему накопленному опыту именно ответственность министров в форме юстиции является довольно незначительной и неинтересной по сравнению с политической ответственностью, и что завершение и увенчивание правового государства посредством подобных форм юстиции проблематично в той же мере, в какой форма юстиции усовершенствует саму себя. В любом случае из подобного исторического опыта и из многозначности слова «правовое государство» следует, что лучше не делать абстрактных ссылок на «собственно» правовое государство и вместо этого применять различия и понятия конкретного конституционного учения.

Помимо неоднозначности и удобства слова «правовое государство», далее помимо распространенной потребности в централизации и концентрации диффузного права проверки, применяемого в Германии многочисленными высшими судами, вероятно, существует и другое, более интересное объяснение стремления

ность законодательства, соответствие законодательства форме юстиции осуществляется посредством неограниченной компетенции судебной проверки обычным правовым путем. Это есть лишь завершение правового государства». *Ф. Адлер* (*F. Adler, Verfassung und Richteramt, Z. f. ö. Recht, Bd. X (1930) S. 120*) считает общее единое право проверки естественным, а его концентрацию в особой инстанции — «искусственным решением».

Der Rechtsstaat, Berlin 1872, S. 175.

Schulze, Preußisches Staatsrecht, 2. Aufl. Berlin 1888/90, Bd. II S. 905; с ним согласен *Писториус: Pistorius, Der Staatsgerichtshof und die Ministerverantwortlichkeit nach heutigem Deutschem Staatsrecht, Tübingen 1891, S. 209.* *Р. Мольт* говорит в предисловии (*R. Mohl, Verantwortlichkeit der Minister, 1837*): «Закон об ответственности министров представляется многим в качестве последнего камня в здании конституционного государства».

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. Сегодня конституционно-законодательное регулирование в значительной части уже служит защите определенных вопросов и интересов, которые ранее были делом обычного законодательства, от этого законодателя, т.е. от сменяющегося парламентского большинства. Конституционно-законодательное «укоренение» должно защитить определенные интересы, особенно интересы меньшинства, от соответствующего большинства. В этом заключается примечательное изменение функции и тенденция, направленная против демократического принципа большинства. Впрочем, по примеру *Дж.С. Милля*, — создавшего множество типично либеральных государственных конструкций XIX века и еще сегодня влияющего на политические представления гораздо сильнее, нежели это понимают носители данных представлений из-за недостатка конкретного исторического сознания,⁶² — «истинная» демократия также может определяться как защита меньшинства; поэтому по-

⁶² *J. St. Mill, Considerations on Representative Government* (1. Auflage 1861), Kap. 7: Of true and false Democracy: ложная демократия есть представительство лишь только большинства, а истинная есть представительство всех, в том числе меньшинств. Естественно, «истинная» демократия является «истинной». В действительности она является либерализмом, защищающимся от демократии, как правильно сказано в работе: *L. v. Ottlik, Diktatur und Demokratie, Arch. f. Geschichte der Philosophie und Soziologie, XXXIX* (1930) S. 223. Подобные дефиниции, оперирующие при помощи различения истинного и ложного, подлинного и неподлинного, вовсе не являются особенностью немецких комментаторов и *Отмара Шпанна*. Скорее они суть рефлексы политических различений, и их «истинное» или «ложное», «подлинное» или «неподлинное» есть рефлекс экзистенциального различения друга и врага. О структурном совпадении хода мысли у австрийских социал-демократов с либеральной конструкцией государства *Д.Ст. Милля* см. прим. 26 и 27 в моем докладе о *Гуго Пройсе* (*Recht und Staat, Heft 72, Tübingen 1930, S. 34*).

стоянный компромисс между большинством и меньшинством должен являться ее подлинной и истинной сущностью⁶³. С помощью дополнения «истинный» или «ложный» можно превратить в противоположность любое политическое понятие, в т.ч. традиционное понимание того, что в демократии решает большинство, а побежденное меньшинство лишь заблуждалось по поводу своей истинной воли. Как бы то ни было, за таким изменением функции конституционно-законодательного регулирования естественно следует изменение представления о гаранте конституции. Если в XIX веке, прежде всего, думали о защите от правительства, то сегодня часто имеют в виду лишь защиту от законодательства парламентского большинства. Однако если теперь опасность угрожает из сферы законодательства, то законодатель больше не может быть гарантом. В сфере исполнительной власти гаранта не ищут потому, что все еще пребывают под впечатлением от вековой конституционной борьбы с правительством. Если же гарант не относится ни к сфере законодательной, ни к сфере исполнительной власти, то, видимо, не остается ничего иного, как именно юстиция. В подобных течениях мыслей вновь проявляется то, насколько и в Германии живо учение о различении властей с традиционным их разделением на три ветви. Здесь оно соединяется с все еще сохраняющей влияние традицией средневекового государства юстиции и приводит, таким образом, к «самоочевидным» требованиям учреждения суверенного суда.

Поэтому вначале следует поставить вопрос: насколько вообще возможно конституировать гаранта конституции внутри сферы юстиции? Может ли функция гаранта конституции в принципе и в целом осуществляться в форме юстиции? И является ли подобная деятельность, даже если ее осуществление окружено видимостью формы юстиции, действительно юстицией, а форма юстиции чем-то иным, нежели вводящим в заблуждение покровом для иного рода — и в любом случае политического — полномочия?

Kelsen, Bericht vom Staatsrechtslehretag, Heft 5, S. 81. Вероятно, наряду с «формальным» понятием монархиста, которое точно сформулировал А. Хензель (A. Hensel, AöR., N.F. Bd. XV S. 415: «Монархист — тот, мнение которого отличается от мнения Венской школы»), также существует аналогичным образом сконструированное формальное понятие демократа. Формулировка Хензеля не только «смешная»; с ясностью шутки она затрагивает сущностный момент: в частности тот, что именно формализм в публичном праве может иметь специфически политическое значение.

Для ответа на эти вопросы интерес представляют, прежде всего, те дела, в которых нарушение конституционно-законодательных определений ведет к настоящему уголовному, гражданскому или административному процессу. В случае гражданского и административного правосудия судебная защита служит правовым интересам одной из сторон и осуществлению ее притязаний. Защите конституции как таковой служат лишь уголовные процессы по определенным деликтам: государственная измена и другие наказуемые действия, при которых объектом защиты со стороны уголовного законодательства выступает конституция как целое (в отличие от отдельных конституционно-законодательных определений). Политический характер подобных процессов проявляется в отклонениях от обычного уголовного правосудия: например, в процессах о государственной измене Имперский суд является первой и последней инстанцией (GVG. § 134); уже утратившим силу Законом о защите республики от 21 июля 1922 года (Reichsgesetzblatt I, S. 525) вводился специальный Государственный суд как особый суд политического правосудия. В других государствах по примеру английской верхней палаты компетенция Государственного суда лежит на второй палате; согласно ст. 9 французского конституционного закона от 24 февраля 1875 года, например, вторая палата, сенат, может конституироваться в качестве суда (*cour de justice*) для рассмотрения дел президента республики, министров и далее для выявления посягательств на безопасность государства (*attentats commis contre la sûreté de l'Etat*). Даже в самом последовательном правовом государстве в подобных делах по политическим интересам отклоняются от общей юрисдикции обычных уголовных судов⁶⁴. Несмотря на подобные модификации, здесь все еще речь идет о выявлении задним числом вины, лежащей в прошлом, о репрессивной и виндикативной уголовной юстиции. Подобного рода юстиция является важным и значимым делом и может в более широком и общем смысле характеризоваться как защита конституции. Тем не менее, проблема гаранта конституции этим не решается. Поскольку вследствие применения юридической и судебной формы защита конституции будет ограничена уже совершенными, произошедшими деяниями, а подлинно интересные дела остаются вне рассмотрения в форме юстиции. Если последовательно осуществляется юридизация и разрабатывается настоящая процессу-

⁶⁴ Об этом см.: *Verfassungslehre* S. 134; далее см.: *H. Triepel, Bericht vom Staatslehrertag 1928 a.a.O. S. 9 f.*

альная процедура с ролями сторон, то эта защита в существенной мере есть лишь корректура задним числом, поскольку всегда лишь завершённые действия подводятся под существующие законодательные определения.

Судьба судебных палат, создаваемых для выдвижения обвинения министрам, является поучительной в этом отношении. Ещё *Бенжамен Констан*, либеральный борец за данное учреждение, вполне осознавал особенность и уникальность ситуации выдвижения обвинения министрам. В своем знаменитом сочинении «Об ответственности министров» (1815) он указывает на то, что закон об ответственности министров не может быть «ни точным, ни детализированным, тогда как с точки зрения правового государства в иных случаях применительно к уголовному праву и уголовному процессу следует требовать ясного подведения. «*C'est une loi politique dont la nature et l'application ont inévitablement quelque chose de discrétionnaire*». Потому этим и должен заниматься особый рода суд, а именно палата пэров, характеризующаяся независимостью и нейтральностью. Существенным и одновременно общим коррективом здесь также является публичность дискуссии, «*la publicité de la discussion*», это центральное представление либеральной мысли. Министр не может жаловаться на то, что здесь нет гарантий защиты обвиняемого, как это принято в нормальном уголовном процессе, поскольку он заключил особый контракт с государством, за службу которого он поступил. Если его честолюбие удовлетворяется высоким и блестящим положением министра, то он должен принять на себя и риск подобного политического процесса и отвечать перед судом, который в значительной мере принимает решения по своему усмотрению (*arbitraire*). «*Mais cet arbitraire est dans le sens de la chose même*». Этот риск смягчается торжественностью формы, публичностью дискуссии, эхом в общественном мнении, благородством судей и своеобразием наказания⁶⁵. Об этих разработках классического представителя буржуазной правовой государственности вспоминают сегодня, поскольку они демонстрируют разумную чувствительность к своеобразию процедуры и трудностям политической юстиции и очень далеки от голых абстракций. Но и при большем внимании к особенностям политической юстиции неизбежным остается политически парализую-

De la responsabilité des ministres, Paris 1815, S. 36, 44, 52 u.a. О большом значении *Констана* для конституционного учения буржуазного правового государства и парламентарной системы см. ниже.

щее воздействие формы юстиции. Опыт XIX века это показал; даже можно сказать, что это и было подлиннейшим конституционно-историческим опытом и ядром всей внутриполитической борьбы между германской монархией и германской буржуазией в XIX веке. Ведь в германских конституционных монархиях ответственность министров в форме юстиции имела именно политический смысл предотвратить политическую ответственность министра и по возможности политически обезопасить всю «ответственность»⁶⁶. Форма юстиции являлась надежным средством избавления от политических последствий. Утешение находили в том, что говорили, будто Государственный суд выполняет свое предназначение уже тем, что «его существование приводит к тому, что ее ни разу не пришлось задействовать»⁶⁷. Сегодня институт ответственности министров в форме юстиции утратил свое практическое значение, и ст. 59 Веймарской конституции, этот пережиток времен борьбы между парламентом и монархией, растворяет состав преступления и предмет ответственности в общей безграничности, когда определяет, что обвинение может быть выдвинуто за наказуемое нарушение не только имперской конституции, но даже имперского закона⁶⁸.

Для лучшего прояснения этого конституционно-исторического опыта обратимся к важнейшему и часто затрагиваемому случаю

⁶⁶ Vefassungslehre S. 331.

⁶⁷ Pistorius а.а.О.; см. также приведенное выше на замечание *Otto Mayera*. В остальном, как известно, в Пруссии и в рейхе не была введена даже ответственность в форме юстиции. Но там, где она регулировалась применимым образом, как в большинстве средних государств, она без труда была лишена эффективности вследствие подчинения Германскому Союзу. «Ведь под ударами бундестага в 1850 году пала именна та, кургессенская конституция, что устанавливала наиболее действенную ответственность министров»; *F. Thudichum*, Die Minister-Anklage nach geltendem deutschem Recht und ihre Unrathlichkeit in Reichssachen, Annalen des Deutschen Reichs, 1885, S. 668.

⁶⁸ Критику ст. 59 см. прежде всего: Binding, Die staatsrechtliche Verantwortlichkeit (Zum Leben und Werden der Staaten, München und Leipzig 1920, S. 408): «Само собой разумеется, что в этом обвинении министров не осталось ни атома от его прежней природы, возникавшей из соавторства пакта между королем и народом государства». Сила субстанциально юридической мысли, которая всегда восхищает в Биндиге, проявляется и в этих государственно-правовых пояснениях и затрагивает сразу самое существенное: ранее конституция — это договор, а сегодня уже нет.

конституционных споров XIX века, к прусскому конфликту 1862–1866 годов, и попытаемся рассмотреть его, опираясь на учебник самого знаменитого немецкого теоретика государственного права, *Аншюца*. В качестве условия правового государства *Аншюц* особенно решительно требовал учреждения общего государственного суда, т.е. ответственного за все конституционные споры⁶⁹. Однако если мы применим его высказывания и мнения к интересному конституционному спору 1862 года, то происходит следующее: согласно *Аншюцу*, «самоочевидностью» является то, что Государственный суд может решать лишь правовые вопросы (в отличие от политических вопросов). «Я не думаю, — говорит он, — что по этому поводу необходимы еще какие-то замечания»⁷⁰. Однако по вопросу, о котором шла речь в прусском конституционном конфликте, может ли правительство продолжать вести дела без закона о бюджете, он говорит в учебнике *Майера-Аншюца* буквально следующее: «Здесь заканчивается государственное право; вопрос, который следует разбирать в случае отсутствия закона о бюджете, не является вопросом права»⁷¹. Чем же, по *Аншюцу*, должен был заниматься германский Государственный суд, который был призван разрешить тот самый прусский конституционный конфликт? С одной стороны, Государственный суд ограничен чисто «правовыми вопросами», с другой — здесь заканчивается государственное право. С помощью высказываний *Аншюца* перед лицом такого конкретного и важного случая, как прусский конституционный конфликт 1862 года, невозможно никакое судебное решение. И все же ценность подобного суда должна заключаться в том, что все конституционные споры принимают правовую форму и разрешаются судебным приговором. Возможность *«non liquet»*, которую *Р. Мольт* признавал даже применительно к обвинению против министров, и тот «очень даже возможный случай», что судья «должен объявить смысл закона сомнительным»⁷², вообще не учитываются. Поэтому подобное понимание в случае серьезного конституционного конфликта приведет к сложностям и противоречиям. Это заложено в самой природе дела, которая чрезвычайно затрудняет соединение подлинной юстиции и подлинного конституционного спора и не устраняется в результате предостав-

⁶⁹ См. выше.

⁷⁰ Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1926, Berlin 1927, S. 13.

⁷¹ Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts München und Leipzig 1919, 7. Auflage, S. 906.

⁷² R. Mohl, Die Verantwortlichkeit der Minister, 1837, S. 185.

ления конституционному суду права самостоятельно устанавливать сомнительный смысл конституционного закона.

Применительно к настоящему времени подобную, простую структуру любых политических разногласий относительно предпосылок и содержания конституционно-правовых полномочий можно проиллюстрировать на другом, но схожем с интересующей нас здесь точки зрения примере. Распоряжением от 18 июля 1930 года (RGBl. I S. 299) рейхспрезидент распустил рейхстаг со следующими словами: «После того как рейхстаг постановил сегодня потребовать прекращения действия моих распоряжений от 16 июля, изданных на основании ст. 48 имперской конституции, я распускаю рейхстаг на основании ст. 25 имперской конституции». Затем имперское правительство в распоряжении от 26 июля 1930 года (RGBl. I S. 311), изданном на основании ст. 48, в значительной части повторило те распоряжения, отмены которых требовал распущенный рейхстаг. При всех возникающих здесь конституционно-правовых сомнениях и разногласиях (а требовать их разрешения в Государственном суде в Лейпциге сегодня, в декабре 1930 года, станут лишь отдельные zeloty слепого нормативизма), один вопрос становится особенно важным: означает ли применение ст. 48 в распоряжении от 26 июля 1930 года антиконституционный маневр и устранение законодательного полномочия большинства рейхстага, и можно ли далее сказать по праву, что рейхстаг не мог образовать большинство и вследствие этого являлся недееспособным. Это в свою очередь действительно зависит от того, сделало ли имперское правительство все для того, чтобы добиться большинства — вопрос, жарко оспаривавшийся в газетах и в ходе предвыборной агитации. Естественно, здесь нет необходимости затрагивать аргументы целесообразности и агитационную бессмыслицу. Но в качестве достаточно характерного показателя здесь можно процитировать следующие противоречивые мнения из одного и того же номера социал-демократического журнала особого ранга и уровня. В 8-м номере первого года выпуска журнала «*Neue Blätter für den Sozialismus*» (август 1930 года) *Август Ратман* пишет в статье «Буржуазное наступление против парламента и конституции» на с. 340: «Действия правительства Брюнинга можно было бы оправдать, если бы оно субъективно могло быть убеждено в том, что ни в коем случае невозможно образовать большинство, необходимое для создания правительства. Однако оно никоим образом не стремилось к такому большинству слева, где только то и могло возникнуть. Оно, напротив, проигнорировало и раз-

было все усилия, которые предпринимались другой стороной, например, социал-демократами с интенсивностью, почти граничащей с самоотречением. Совершенно однозначно: правительство Брюнинга стремилось или только к большинству, поддержанному справа, или оно вообще не хотело никакого большинства. Поскольку первое было недостижимо, оно предпочло превратиться в правительство меньшинства и оставаться у власти посредством тактического злоупотребления ст. 48. Тем самым невозможно предполагать, что правительство Брюнинга было полностью уверено в объективной данности предпосылок применения ст. 48. Речь идет о чистом нарушении конституции, и ни о чем ином». Однако в том же номере на с. 374 имеется высказывание *Эдуарда Хаймана*: «Однако я считаю неверным, когда, как в официальных социал-демократических высказываниях, говорится о том, что было возможно левое большинство.... Но без Народной партии не было никакого большинства. Если это так, то у Брюнинга не было никакого выбора; он должен был стремиться к правому большинству и должен был в случае его провала прибегнуть к роспуску рейхстага или к ст. 48». Если подобные разногласия по поводу все еще непосредственно стоящих перед глазами обстоятельств возможны среди единомышленников одного круга и одного журнала, то становится понятным, — ради этой констатации и были приведены цитаты, — что в подобных конституционно-правовых высказываниях с юридической точки зрения речь может идти лишь *quis iudicabit*, т.е. только о решении, а не о псевдонормативности судебного свойства в форме юстиции. Согласно действующей конституции, в зависимости от положения вещей принимать решение полномочно правительство рейха, рейхспрезидент вместе с визирующим рейхсканцлером или рейхстаг. Если рейхстаг действительно не способен действовать и образовать большинство, т.е. не в состоянии использовать свои конституционные полномочия — например, прямо выразить недоверие рейхсканцлеру согласно ст. 44 или потребовать согласно ст. 4, п. 3 отмены распоряжений, изданных согласно ст. 48, п. 2), то этот недостаток не может восполнить даже суд. Однако если вместо конституционного органа учредить Государственный суд, который должен разрешать все возникающие сомнения и разногласия и к которому могло бы обращаться большинство рейхстага, вероятно, неспособное ни на какие иные решения, или даже меньшинство рейхстага, то этот Государственный суд являлся бы политической инстанцией наряду с рейхстагом, рейхспрезидентом и правительством рейха. Этим не было бы

достигнуто ничего, кроме того, что по каким-нибудь «основаниям» правительственные акты стали бы выходить или запрещаться при видимости соблюдения формы юстиции. Никакая сама судорожная фикция не смогла бы предотвратить того, что каждый считал бы подобный суд политической инстанцией и оценивал в качестве такового. Тогда проявились бы сложности и противоречия, к которым должно привести любое соединение серьезных конституционных конфликтов с действительной юстицией.

Проблематичность этого соединения рассмотрели *Р. Смэнд* (в своей книге «Конституция и конституционное право») и *Х. Трипель* (в своем докладе перед съездом немецких правоведов в области государственного права в 1928 году)⁷³. Однако уже на основании предшествующего опыта применительно к любому суду можно выдвинуть простую альтернативу, очевидную в случае Государственного суда по обвинению министров и постоянно повторяющуюся в различных формах «государственного правосудия» или «конституционной юстиции», призванной контролировать законодателя или правительство: или налицо очевидное, без сомнения устанавливаемое нарушение конституции, — и тогда суд осуществляет юстицию репрессивного и vindикативного рода и в какой-либо форме говорит «виновен» в отношении совершенных деяний; или же имеет место неясное и сомнительное дело, будь то по фактическим причинам, будь то из-за неизбежной неполноты и широты любой писаной конституции в целом или своеобразия второй главной части Веймарской конституции в особенности, — и тогда нет никакого «чисто правового вопроса», и решение суда есть нечто иное, нежели судебное решение, т.е. нечто иное, нежели юстиция. Внутренняя логика любой до конца продуманной формы юстиции неизбежно приводит к тому, что подлинное судебное решение возникает лишь *post eventum*. Когда этот недостаток пытаются исправить временными постановлениями суда, тогда судья вынужден принимать или предотвращать политические меры и таким образом становится политически активным, что превращает его в мощный фактор внутренней и возможно даже внешней политики; в таком случае его судебная независимость больше не сможет защитить его от политической ответственности, если во-

⁷³ Smend a.a.O. S.135; Triepel, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtler, Heft 5, 1929, S. 8: «сущность конституции до определенной степени находится в противоречии с сущностью конституционного правосудия» («до определенной степени» в оригинале убрано).

«...еще сохраняется политическая ответственность»⁷⁴. Независимость суда лишается своего конституционно-правового основания в той мере, в какой она отделяется от несомненного содержания конституционно-законодательных определений. Именно поэтому неизбежно, что юстиция, пока она остается юстицией, политиче-

⁷⁴ О допустимости временных постановлений Государственного суда Германского Рейха согласно ст. 19 см.: *F. Giese*, DJZ. 1929, S. 132; *Giese* считает не вызывающей сомнений «возможность рассматривать допустимым также издание или запрет суверенных актов рейха путем временных постановлений». С этим согласны: *Heinsheimer*, Jur. Woch. 1926, S. 379, *Lammers*, eod. S. 376, *W. Simons*, Einleitung, in: *Lammers-Simons* II S. 11. А также президент имперской финансовой палаты: *Jahn*, Darf der Staatsgerichtshof einstweilige Verfügungen erlassen? Jur. Woch. 1930, S. 1160, особенно 1162: «Здесь речь идет о задачах правительства, которое несет ответственность»; и 1163 (критика аналогии с § 944 ZPO, согласно которой в крайних случаях вместо суда постановление может издать председатель): «Тем самым отдельному человеку было бы дано право самовластно решать через голову рейхспрезидента, министров, рейхстага, ландтагов. Мне кажется, что это несовместимо с демократической конституцией, какая была создана в Веймаре». О практике Государственного суда Германской рейха см. решение от 17 ноября 1928 года (RGZ. 122, Anh. S. 18 f.; *Lammers-Simons* I S. 156 f.): Государственный суд берет на себя это полномочие. Однако следует учитывать, что здесь речь идет о финансовых притязаниях. Допустимость временных постановлений, видимо, принципиально подтверждается в решении от 10 октября 1925 года (RGZ. 111 Anh. S. 21f.; *Lammers-Simons* I S. 212): с учетом возможности (и в целях надежности) исполнения, и вместе с интересным аргументом: «Однако ничто не говорит за то, что издание временных постановлений должно быть исключено» (при ближайшем рассмотрении этим просто говорится: почему бы и нет?). С другой стороны, имеется серия отклоненных предложений о временных постановлениях: решение от 23 октября 1929 года (RGZ. 126, Anh. S. 1 f.; *Lammers-Simons* II S. 72), здесь уже имеется принципиальное ограничение: «лишь с большой осторожностью и лишь в исключительных случаях»; особенно важно решение от 13 июля 1929 года (*Lammers-Simons* II S. 98): Государственный суд не может посредством временных постановлений предотвращать обнародование принятых законов; и прежде всего заявление в решении от 17/18 июля 1930 (RGZ. Bd. 129 Anhang S. 31) о том, «что Государственный суд и в дальнейшем будет так же, как это было до сих пор, с крайней осторожностью и бережностью использовать средство временных распоряжений». Впрочем, в этом решении также прямо сказано, что в этих временных постановлениях речь идет о поддержании баланса интересов, а не о правосудии.

ски всегда опаздывает, и, чем основательней и тщательней, в соответствии с требованиями правового государства и формы юстиции оформляется процесс, тем сильнее она опаздывает. При несомненных нарушениях конституции, которые не являются обыденностью в культурном государстве, это приводит в лучшем случае к наказанию виновного и устранению оставшегося в прошлом беззакония. В сомнительных случаях проявляется диспропорция между судебной независимостью и ее предпосылкой, строгой привязкой к закону, содержащему содержательные ограничения.

Это подтверждается не только развитием [института] обвинения в отношении министров, но и остальным практическим опытом. Об особенности государственного суда при федеративной организации и о Государственном суде Германского рейха согласно ст. 19 РИ еще будет сказано ниже (в 4 части этой главы). В действительности в политической жизни повсюду узнаваем общий принцип, который всегда побеждает в случае соприкосновения защиты конституции и юстиции. Поэтому даже в самом последовательном и праведном правовом государстве становятся неизбежными корректировки и модификации формы юстиции, пока сохраняется уважение к конституции. Если в налоговом праве уже стало необходимым установить, что при толковании налоговых законов следует «учитывать их цель, их экономическое значение и изменение ситуации» (§ 4 Имперского положения о сборах), то в конституционном праве пока гораздо меньше возможности потерять из виду конкретный предмет. Почему в любом государстве для таких деликтов, как государственная измена или покушение на основы государства отходят от компетенции общих обычных уголовных судов и передают их или на рассмотрение в первой и последней инстанции высшему суду, или учреждают в качестве чрезвычайного суда особый государственный суд для защиты безопасности государства?⁷⁵ По какому праву посредством государственного или конституционного суда ограничивается или отменяется контрольная компетенция обычных судов? И по какому праву полномочие инициировать процесс в подобном государственном или конституционном суде передается лишь отдельным политическим органам (правительство, парламент и т.д.; согласно ст. 13, п. 2 ИК лишь «компетентным» центральным ведомствам рейха и земель)?⁷⁶ Почему разумным и неизбеж-

⁷⁵ См. выше.

⁷⁶ Согласно немецкому проекту от 1926 (DJZ. 1926, Sp. 842) обращаться в Государственный суд смогли бы рейхстаг, рейхсрат или правительство рейха. Другие

вым является учет вопросов целесообразности, как это, например, делается в области федеративного налогового права между компетенциями Имперской финансовой палаты и рейхсрата.⁷⁷ Почему в имперском законе от 30 августа 1924 года (т.н. план Дауэса) в отношении решения Суда по делам Имперских железных дорог (Reichs-Eisenengericht) была предусмотрена возможность того, что правительство рейха или Общество имперских железных дорог может обратиться к арбитру, если один из них считает, что выполнение судебного решения ставит под угрозу обслуживание долга и выплату процентов по репарационным долговым обязательствам?⁷⁸ Если в отношении решения такого специального суда, как Суда по делам Имперских железных дорог, могут быть необходимыми подобные корректуры по причине внешнеполитической целесообразности, разве они, как минимум, не так же необходимы в отношении реше-

— примеры см.: *Verfassungslehre* S. 137. О чисто политическом смысле этого ограничения права обращения см. заслуживающую большого внимания критику: *Merstein Marx* а.а.О. S. 116 ff.

— § 5 Закона о финансовом компромиссе между рейхом, землями и общинами от 27 апреля 1926 года (RGBl. I S. 203) гласит: В случае разногласий между рейхсминистром финансов и земельным правительством по вопросу о том, совместно ли действующее в этой земле налоговое предписание с имперским правом, решение принимает Имперская финансовая палата по обращению рейхсминистра финансов или земельного правительства. Рассмотрение проходит в Большом сенате в составе, предусмотренном в § 46, п. 2, п. 1 Имперского положения о сборах. Подробные предписания будут определены в особом законодательном регулировании. Относительно вопроса о том, способны ли налоги земель и общин нанести ущерб налоговым поступлениям рейха и не противостоят ли превалирующие интересы имперских финансов введению налогов, напротив, решает рейхсрат по обращению рейхсминистра финансов или земельного правительства. Кроме того, рейхсминистр финансов может отдать вопросы толкования налоговых законов на заключение Имперской финансовой палате (§ 43 Имперского положения о сборах).

— § 44, п. 3 Закона рейха об Обществе имперских железных дорог (Закон об Имперских железных дорогах) от 30 августа 1924 года (RGBl. II S. 272) гласит: Если правительство рейха или Общество считает, что выполнение решения суда ставит под угрозу обслуживание долга и выплату процентов по репарационным долговым обязательствам, то любая из сторон может в течение месячного срока после объявления решения обратиться к арбитру (§ 45). Согласно имперскому закону от 13 марта 1930 года (план Янга) этот абзац вычеркнут, как и § 45 (RGBl. 1930, II S. 364).

ния суда, призванного разбирать все конституционные споры Германского рейха? И если они необходимы, то не отменяется ли тем самым вновь принцип безграничного применения формы юстиции?

Пока эта сложная проблема рассматривалась в рамках конкретного конституционно-правового сознания, всегда удавалось избегать разговоров о «государственном правосудии» или «конституционной юстиции». *Сийес*, отец этих идей, говорил лишь о *jury constitutionnaire, magistrature constitutionnelle*, призванной защитить конституцию от нарушений. При этом он говорил, что эта магистратура есть ничто в сфере исполнительной власти и правительства, а также в сфере законодательства, но это именно конституционная магистратура; он прямо не называет ее юстицией, но скорее дает понять, что считает ее частью конституционно-учредительной власти или, по крайней мере, относит к осуществлению этой власти⁷⁹. В швейцарских конституционных планах того времени, где говорится об охраняющем конституцию суде присяжных, речь также идет о жалобе по поводу совершенных нарушений конституции⁸⁰. В результате того, что в наполеоновских конституциях гарантом конституции становится *sénat conservateur*, вновь оставляют сферу юстиции и ответственность возлагается на законодательную или совещательную инстанцию. Представители либерального правового государства, особенно *Бенжамен Констан* и *Гизо*, продолжают осознавать естественные границы юстиции и часто высказываются об этом с точностью эпиграммы. *Констан* — в цитированных выше разработках по поводу обвинения в отношении министров⁸¹, *Гизо* — посредством фразы, которую сегодня в Германии нужно повторять беспрестанно, что при подобной юридизации «политика ничего не приобретает, а юстиция может потерять все»⁸². Теоретики конституции в либеральной Германии XIX века, выступавшие за правовое государство, особенно *Моль*, *Блунчи* и *Гнейст*, рассматривали проблему в большом систематическом контексте; для них наиболее надежной гарантией конституции являлась либо законодательная кор-

⁷⁹ Подтверждения этого см.: *André Blondel* а.а.О. S. 174 f.

⁸⁰ Об этом см.: *Ed. His*, *Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts*, Bd. I, Basel 1921, S. 196/202.

⁸¹ См. выше.

⁸² *Des conspirations et de la justice politique*, Brüssel 1846, S. 101. Во время конфликта между председателем Имперского суда и правительством рейха этот тезис, к сожалению, подтвердился и в личном отношении.

корация (в качестве представителя образованных и имущих), либо взаимодействие наследной монархии и обеих палат⁸³. В остальном же в основном интересовались обвинением в отношении министров — тогдашним единственным инструментом ответственности министров и якобы «последним камнем в здании конституционно-государства»⁸⁴, — или правом судебной проверки в отношении королевских распоряжений; но при этом здесь также избегали поверхностных фикций абсолютной формы юстиции⁸⁵. Позже мож-

См. ниже.

34 P. Mohl, *Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, Vorwort: «Закон об ответственности министров представляется большинству последним камнем в здании конституционного государства».

P. Mohl, *Verantwortlichkeit der Minister*. Например, S. 15 (критика саксонского решения, превращающего Государственный суд в арбитра и толкователя), S. 187 (об оправдании ввиду чрезвычайного случая) и т.д.; далее см. замечания о французской революции 1848 года, государственном праве, международном праве и политике: *Monographien I S. 561–564* (Tübingen 1860), S. 562: «Как бы ни был устроен Государственный суд и ни определена ответственность, в любом случае очевидно то, что закон может обеспечить лишь твердое и справедливое рассмотрение дела после достигнутой победы над посягательством изменников государства». *Bluntschli a.a.O. II*, S. 550 f. *Gneist, Gutachten S. 23*: никакой последующей проверки посягательств на общие принципы конституции; в допускающем неверное толкование тезисе *Gneista*: «Для каждой статьи конституции на место интерпретации становится юрисдикция» (*Der Rechtsstaat*, 1867, S. 175) имеется в виду административное судопроизводство; в остальном *Gneist* мало доверял государственному или конституционному суду, состоящему из профессиональных чиновников; см. его высказывание во время заседания Прусской палаты депутатов от 9 февраля 1866 года (*Sten. Ber. S. 130*): «Насколько я знаю историю, чиновничество ни разу не выдержало испытания, когда весь вопрос конституционности правительства, обладающего всей полнотой власти, хотели возложить на плечи пары доверенных мужей! Даже в Англии судебный персонал, находящийся в блестящем положении, сравнимом с министерским, окруженный коллегами из блестящей, независимой, высоконравственной адвокатуры, ни разу не выдержал подобного испытания, которое должно постоянно происходить здесь. А в убогом положении наших чиновников семеро подобных мужей должны всерьез вынести беспристрастный приговор суда по этому вопросу, стоящему между министрами и обвинителями министров? Я никогда не скрывал, что вся большая коллегия высшего трибунала с его шестью или семью сенатами была бы вряд ли достаточно сильна — если бы мы были должны принимать законы — для того,

но было довольствоваться беззаботностью предвоенных лет, которые позволяли себе формализм, просто отрицающий предметные проблемы. Однако как только вновь проявились конкретные политические противоречия, тогда тут же пробудилось осознание того, что любая форма юстиции привязана к узким границам. И когда в 1919 году при помощи этих средств попытались разрешить вопрос вины за развязывание войны, *Эрих Кауфман* во впечатляющем сочинении напомнил о границах юстиции правового государства⁸⁶.

3. ОСНОВОПОЛАГАЮЩЕЕ ВЫЯВЛЕНИЕ СОДЕРЖАНИЯ СОМНИТЕЛЬНОГО В СВОЕМ СОДЕРЖАНИИ КОНСТИТУЦИОННОГО ЗАКОНА, ПО СУТИ, ЕСТЬ КОНСТИТУЦИОННОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО, А НЕ ЮСТИЦИЯ

Для ответа на принципиальный конституционно-теоретический вопрос здесь следует еще раз повторить, что никакого буржуазного правового государства не существует без независимой юстиции, никакой независимой юстиции — без содержательной привязки к закону, и никакой содержательной привязки к закону — без предметного различения закона и судебного приговора. Буржуазное правовое государство покоится именно на предметном различении различных властей. Различение властей можно отвергать по абсолютистским соображениям, как это обычно происходило в учении о государственном праве германской конституционной монархии, можно также оставлять судье определенную свободу, однако нельзя передавать ему политическое решение, дело законодателя, не изменяя его государственно-правового положения. Принципиальное различение законодательства и юстиции не опровергается ни тем, что неточные обозначения (различение властей, разделение властей) вдавливают их в буквальный смысл, ни указанием на трудности разграничения в деталях и на возможности пересечения их границ и т.п., ни, наконец, напоминанием о том, что вместо обычного

чтобы из своих постоянных членов образовать Государственный суд». — То, что *Тудихум* говорит о «бесполезности» обвинения министров, рождено уже из другого духа. *Хенель* (*A. Haenel*, *Deutsches Staatsrecht I. Bd.* 1892, S. 562 ff.) рассматривает федеральное правосудие при конституционных спорах внутри стран-членов в систематическом контексте «заботы о государствах» (а не заботы о праве).

⁸⁶ *Untersuchungsausschuß und Staatsgerichtshof*, Berlin 1920, S. 83 f. Речь идет о понятии судебной процедуры.

разделения на три части (законодательная, исполнительная и судебная власти) также возможны и иные разделения и различия. Как верно говорит Ларнод⁸⁷, существует столько же разделений властей, сколько существует государств. Но это многообразие не дозывает, что вообще нет никаких различий или, что правильным было бы игнорировать все различия законодательства и юстиции. Относительно буржуазного правового государства продолжает оставаться в силе то, что государство без предметного различия законодательства, исполнительной власти (правительство и управление) и юстиции не имеет «никакой конституции» в смысле буржуазного правового государства⁸⁸.

В буржуазном правовом государстве юстиция существует лишь в качестве судебного приговора на основании закона. Формула «на основании закона», используемая всеми германскими конституциями начиная с XIX века, имеет центральное значение для организации буржуазного правового государства. В последние годы я часто указывал на это и демонстрировал систематическую взаимосвязь⁸⁹. Для сферы всех германских конституций эта формула имеет не меньшее (хотя и иное) значение, чем формула “*due process of law*” для англосаксонско-конституционного права. Из нее также следует, что нужно различать между законом и судебным приговором и вследствие этого также между законодателем и судьей. Как бы ни была разнообразна реализация разделения властей в различных государствах, смысл дифференциации властей в правовом государстве неизменно заключается в том, что организационным разделениям государственных функций соответствует предметное различие деятельности, по крайней мере, применительно к нормальному регулированию компетенций. Закон — не приговор суда, приговор суда — не закон, а рассмотрение «дела» «на основании закона». Особое положение судьи в правовом государстве, его объективность, его положение над сторонами, его независимость и несменяемость, — все это основано лишь на том, что он принимает решения именно на основании закона и что его решение содержательно вы-

Revue politique et parlementaire 126 (1926), S. 186.

Verfassungslehre S. 127.

Verfassungslehre S. 152. Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach Weimarer Verfassung, Berlin 1926, S. 17/18, JW. 1926, S. 2271 (неверное толкование: R. Grau, Der Vorrang der Bundeskompetenz, Festschrift für Heinitz, 1926, S. 403).

водится из другого решения, измеримо и предсказуемо уже содержащегося в законе. Если же законодательные органы в виде исключения осуществляют в форме законодательства иные функции, нежели функции законодательства, то это можно обозначить как «формальное законодательство», как аналогичным образом можно говорить о формальном понятии юстиции, когда ответственное судебное ведомство подобным образом выходит за предметные границы юстиции. Однако это еще не оправдывает обратных заключений беспредметного формализма, который переворачивает дело с ног на голову и называет законом все, что законодательные органы осуществляют в формах законодательства, а юстицией — все, что делает суд; судья независим, таким образом, каждый, кто независим, есть судья; таким образом, все, что независимый орган совершает под защитой своей независимости, есть юстиция; *ergo* достаточно передать разрешение всех конституционных споров и разногласий независимым судьям и получаем «конституционную юстицию». Посредством такого рода формальных понятий все можно подогнать подо все; все может стать юстицией, но точно так же — «нормой» и установлением нормы, а в конечном счете — конституцией⁹⁰. Соответствующая конституции организация превращается в мир обманчивых фикций, а правоведение — в поле для тренировки того способа мышления, которому *Хофакер* присвоил название «логики гусиной лапы»⁹¹.

⁹⁰ «Через опосредование идеи конституционной формы», как выражается *Кельзен* (Bericht S. 38).

⁹¹ В соответствии с силлогизмом, над которым надсмехался Шопенгауер: человек имеет две ноги, тогда все, что имеет две ноги, есть человек, следовательно, гусь есть человек и т.д.; Gerichtssaal XCIV, S. 213 f. Arch. f. Soz. Wissenschaft XXI, S. 18 f. (Die Erneuerung des Rechtsbetriebs), Reichsverwaltungsblatt 1930 S. 34. Об опустошениях, произведенных этой логикой в учении о понятии закона см.: Verfassungslehre S. 143 f. По поводу общей проблемы правовой теории следует сделать следующее замечание: по существу нет никакой иной юстиции, кроме как привязанной к законодательству. Поэтому следует придерживаться предметного различия законодательства и юстиции, и невозможно сконструировать никакой универсальной «последовательности ступеней» от конституции к судебному приговору, как это делает *Кельзен* (Bericht S. 31 f., 42). То, что судья предпринимает на основании закона, содержательно регулируется законом и потому является существенно отличным от законодательства «на основании (конституционного) закона». Выражение «на основании закона» лишается своего специфического для правового государ-

Вся ошибочность этого рода логики, разыгрывающейся в стран-
ном смешении беспредметных абстракций и переполненных фан-

ства смысла, если подобным образом оно переносится на иные отношения, нежели содержательные, и универсализируется. Используя неточность языка, можно сказать, что законодатель также издает свои законы «на основании» конституционно-законодательных определений, которые превращают его в законодателя, например, рейхстаг на основании ст. 68 ИК, рейхсканцлер определяет основные направления «на основании» ст. 56 ИК, а рейхспрезидент принимает диктаторские меры «на основании» ст. 48 ИК. Из подобных ссылок на компетенции и «уполномочивания» невозможно никакое содержательное выведение конкретного государственного акта, как это имеется в виду при применении закона судьей и при вынесении решения «на основании» закона. Если судья на основании некоего уголовно-законодательного определения приговаривает обвиняемого к тюремному заключению, то указывающий на заключение приговор содержательно выводится из закона, при помощи подведения состава преступления в рассматриваемом деле под норму, которая делает возможным подведение состава преступления и уже заранее определяет содержание приговора в определенных пределах (тюремное заключение). Когда рейхсканцлер «на основании» ст. 56 ИК заключает союз с Россией, или когда рейхспрезидент «на основании» ст. 48 издает распоряжение о «помощи Востоку» (Osthilfe), то союз с русскими или помощь Востоку содержательно не выводятся из конституционно-законодательных определений ст. 56 или 48 посредством подведения обстоятельств дела, подобно тюремному заключению из уголовно-законодательной нормы. Будет злоупотреблением допускать переход друг в друга определения компетенций и установления содержательных норм, называть словом «норма» самые различные положения, приказы, регламентации, полномочия и решения, и там, где идет речь о юстиции, уже не проводить различия между юстициабельными (justiziablen) и не-юстициабельными «нормами». К сущности судебного решения относится то, что содержательно оно может выводиться из лежащей в основании нормы, что ограничивающая судью норма действительно измеряемым и предсказуемым образом ограничивает его, а не только уполномочивает. Пространство для неопределенных понятий может сохраняться; но если «норма» становится столь широкой и бессодержательной, что уже невозможно подведение обстоятельств дела или имеется лишь определение компетенций, то в той же мере вместе с юстициабельной нормой исчезает основание для возможной формы юстиции. Если основные направления политики вместо рейхсканцлера будут определяться Имперским судом под прикрытием его независимости, то все же это не будет юстицией, даже если бы все определения гражданского или уголовного процесса были объявлены

тазией метафор, проявляется при рассмотрении проблемы хранителя или гаранта конституции. Один закон не может быть гарантом другого закона. Менее сильный закон, разумеется, не может защитить или гарантировать более сильный. А, наоборот, разве может закон, изменение которого затруднено, защитить простой закон? Тем самым все перешло бы в свою противоположность, поскольку речь идет о защите и охране конституции, а не о простом законе, и проблема именно в том, чтобы защитить закон, изменение которого затруднено, от изменений посредством простого закона. Проблема вообще бы не возникала, если бы норма могла нормативно защищать саму себя. Норма действует сильнее, слабее или точно так же, как и другая норма; между нормами возможны противоре-

«соответствующими ее смыслу», даже если бы была установлена такая «строгая норма», что Имперский суд был вправе устанавливать лишь правильные направления, и даже если бы решение принималось «на основании» этой «нормы» и «на основании» прений сторон и адвокатов после устной договоренности, короче говоря, даже если бы была инсценирована столь детальная пародия некоего процесса.

Как и любая иная конституционно-теоретическая проблема, проблема «конституционной юстиции» также не разрешается лишь при помощи «формальных» понятий. Как только теряется из виду предметное различие законодательства и юстиции и различие юстициабельных и не-юстициабельных норм, становится заметно, что подобная легкая простота представляет собой лишь игру двусмысленностей. Когда *Кельзен* говорит, например, сквозной «лестнице правопорядка» и на этом выстраивает весь ход своей мысли, то это возможно лишь до тех пор, пока не различаются, но постоянно смешиваются друг с другом различные значения многозначного слова «конституция» — основная норма, общее политическое решение, «случайное содержание написанных параграфов конституции» (*Р. Сменд*), конституционно-законодательное определение полномочий, материально-правовое установление отдельных конституционно-законодательных норм — как и многие виды «норм». В статье *Каспару* (*A. Caspary, Versuch über den Begriff des Staatszweckrechts, Zetschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, Bd. 83 (1927) S. 238*) верно подмечено: если конституция превращается в позитивное право, то она есть «право не в большей и не меньшей степени, чем гражданский кодекс, который также действует вовсе не «на основании» конституции». Так и «теория ступеней» с ее «универсальностью» нормы представляет интерес, вероятно, для абстрактной правовой теории, но не для конституционной теории. Специфическая проблема ее не затрагивается, поскольку вместо конституционно-теоретического основания дается пустая схема из теории права о «правопорядке» и универсальной «лестнице»

ция и коллизии, которые могут быть разрешены каким-либо образом; одна норма может содержательно повторять другую норму; она может придать ей новый, усиленный вид действенности (например, когда простой закон подтверждается в качестве конституционного закона); норма может вводить новые правовые последствия, угрозу наказания и т.д. (усиленные «санкции»); можно создавать все более сильные нормы, с все более усложненным изменением. Пока это осуществляется нормативно, защиты и гарантии всевозможные достигаются посредством еще более сильной нормы, но в отношении конституционного закона это как раз и невозможно, если, в соответствии с понятием, он должен являться высшей и сильнейшей нормой. В случае вопроса о гаранте конституции речь идет о защи-

или «иерархии» «норм». Только этим объясняется своеобразное представление, что в случае конституционной юстиции речь идет о юстиции норм над нормами, что (конституционная) законность законов «с точки зрения теории и техники права ничем не отличается от требования законности правосудия и управления» (Bericht S. 53), и что закон как таковой вместо основания принятия решения в процессе может быть предметом процесса. Поскольку существуют законы с более и менее сильной действенностью, а конституционный закон может изменяться лишь в усложненных условиях ст. 76 ИК, тогда как обычный закон может быть изменен или отменен последующим обычным законом, можно с известной правотой говорить о более и менее сильных, о «более высоких» и «менее высоких нормах». Это выражение применимо и не вводит в заблуждение, пока так обозначаются лишь подобные степени изменчивости и отменяемости. Но оно становится переполненной фантазией метафорой, когда вслед за этим говорят об общей «иерархии норм» и в этой картине смешивают три или четыре различных вида преобладания и подчинения: «преобладание» конституции над всей государственной жизнью, «преобладание» более сильного закона над менее сильным, «преобладание» закона над приговором судьи и законоприменительным актом, преобладание начальника над подчиненным. На самом деле существует лишь иерархия конкретно существующих инстанций, преобладание и подчинение конкретных инстанций. «Иерархия норм» — это некритичная и неметодическая антропоморфизация «нормы» и импровизированная аллегория. Если одну норму сложнее изменить, нежели другую, то это в любом мыслимом отношении — логически, юридически, социологически — есть нечто иное, нежели иерархия; конституционно-законодательное определение компетенций не находится с исходящими от соответствующих органов актами в отношении руководящего органа (поскольку установление нормы не является ведомством), и тем более простой закон не является подданным закона, изменение которого усложнено.

те более сильной нормы от менее сильной. Для нормативистской и формалистской логики это вообще не проблема, так как более сильной действенности не может угрожать или представлять опасность менее сильная, и формалистское конституционное право опять же заканчивается для нее именно там, где начинается предметная проблема.

Если бы конституционная юстиция была юстицией конституционного закона над простым законом, то это было бы юстицией одной нормы как таковой над другой нормой как таковой. Но не существует юстиции нормы над нормой, по крайней мере, до тех пор, пока понятие «норма» сохраняет определенную точность и это слово не превращается просто в выражение с дюжиной параллельных, боковых и задних дверей, т.е. в средство безграничной многозначности, для чего оно, кстати, прекрасно подходит. *Отто Майер* уже давно настойчиво предупреждал о злоупотреблении и запутанности значения слова «норма»⁹². К сожалению, безрезультатно. В противном случае было бы просто невозможно представление о конституционной юстиции как юстиции норм над нормами. Если словом «конституционная юстиция» обозначается вид юстиции, характеризующейся видом закона, используемого в качестве основания для принятия решения, то любой гражданский процесс, где решение принимается на основании ст. 131 или ст. 153 ИК, является конституционной юстицией. Или предметом процесса должна стать конституция (точнее: отдельный конституционный закон)? Однако закон, служащий основанием для принятия решения в процессе, является не предметом процесса, а именно основанием решения. Или следует мыслить конституционный закон персонифицированным в судьбе, а простой закон персонифицировать как сторону процесса? Тогда своеобразие «конституционной юстиции» состояло бы в том, что здесь норма являлась бы как судьей, так и стороной процесса, а также основанием решения и, наконец, даже содержанием решения — удивительный процесс, конструкция которого доказывает только то, что можно предпринять при помощи слова «норма», когда абстракции становятся метафорами, а «универсальность» понятий, в конечном счете, заключается в том, что пустые и беспредметные абстракции переходят одна в другую, как в игре теней тень одной фигуры проходит сквозь тень другой.

Применение одной нормы к другой есть нечто качественно иное, нежели применение нормы к неким обстоятельствам, и любое под-

⁹² Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924 S. 84 Anm.

ведение одного закона под другой закон (если оно вообще мыслимо) есть нечто по существу отличающееся от подведения отрегулированного обстоятельства под его регулирование. Если будет выявлено противоречие между простым и конституционным законом и простой закон должен утратить силу, то это нельзя именовать применением конституционного закона к простому закону в том же смысле, что и в случае применения закона в форме юстиции к конкретному делу. В первом случае нормы сравниваются друг с другом и в случае коллизий и противоречий, возможных по очень отличающимся причинам, одна норма отменяет другую. Во втором случае, при применении закона в форме юстиции к определенным обстоятельствам, конкретное дело подводится под общие понятия (и установленный законом «состав преступления»). Если конституционный закон определяет, что теологические факультеты сохраняются (ст. 149, п. 3 ИК), а простой закон в противовес этому определяет, что теологические факультеты ликвидируются, тогда применением конституционного закона является сохранение теологических факультетов и применением простого закона — их ликвидация. Это трудно оспорить. В обоих случаях имеет место применение закона к одному обстоятельству, и решение в обоих случаях равным образом достигается посредством подведения обстоятельств дела под определенный закон. Если же, напротив, содержание одного закона сталкивается с содержанием другого закона, выявляется их коллизия или противоречие и встает вопрос о том, какой из двух противоречащих законов должен действовать, то общие правила сравниваются между собой, но не подводятся одно под другое или «применяются» одно к другому. Решение о том, что действовать должно одно или другое из двух общих правил возникает не из подведения обстоятельств одного правила под другое. Да и что должно подвешиваться в подобном ясном деле? Если один закон устанавливает противоположность другого закона и противоречие разрешается тем, что действует одно из двух противоречащих предписаний, а другое не действует, то этот недействительный закон не подводится под действительный или действительный закон под недействительный. В данном только что названном примере установленное законом «обстоятельство дела» обеих противоречащих друг другу норм одно и то же — теологические факультеты. Т.е. нельзя сказать, что теологические факультеты конституционного закона подводятся под теологические факультеты простого закона. Точно так же при разрешении этого противоречия не происходит никакого подведения одного противоположного распоряжения под другое или «при-

менения к нему». Было бы бессмысленно говорить, что «отмена» подводится под «сохранение в силе» или наоборот. Таким образом, этот ясный случай показывает, что типичный процесс судебного решения в форме юстиции, принимаемого посредством подведения обстоятельств дела, не имеет места в случае разрешения коллизии норм. Вообще не происходит никакого подведения. Сначала выявляется противоречие, а затем принимается решение о том, какая из противоречащих норм должна действовать, а какая остаться «вне применения»⁹³.

Если придерживаться этого простейшего случая очевидного противоречия между конституционным законом и простым законом,

⁹³ См. выше. «Противоречие» одной нормы с другой также есть нечто иное, нежели «противоречие» с нормой, выявляемое в случае судебного приговора «виновен». Если норма гласит: не убий, и судья определил: X убил, то противоречие с нормой, которое тем самым выявляется, есть противоречие иного рода, нежели противоречие между двумя противоречивыми нормами: «не убий» и «убий». Констатация: то, что сделал X, есть убийство, и другая констатация: одна норма определяет противоположность другой нормы, логически и юридически несводимы к одной общей и «универсальной» категории. Возможно, что нормативистский подход пытался применить здесь метод фиктивных удвоений, абсолютно характерный для него, поскольку он говорит не о деле, а лишь о его формалистской тени. Как нормативизм приводит к тому, чтобы действительности конкретного договора приписывать действительность общего положения о том, что действительные договора действительны (*Verfassungslehre* S. 69 f.), так к действительности любого закона прибавляется еще действительность общего закона о том, что действующие законы действуют, как к любому запрету добавляется дальнейший запрет нарушать действующие запреты и т.д. и т.п. С помощью подобных пустых прибавлений утверждается, что помимо конституционного закона и помимо простого закона также существует и некое конституционно-законодательное определение, которое запрещает издавать простые законы, противоречащие конституционному закону; этот запрет нарушил автор простого закона, и это нарушение конституции было установлено судьей. Но это не являлось бы никакой иерархией норм и конституционной юстицией. Если судья решает здесь, что законодатель действовал вопреки подобному запрету, то, по сути, это являлось бы репрессивной уголовной юстицией, а не конституционной. В остальном при помощи добавления конституционно-законодательного запрета ничего не выигрывается; тем самым констатация того, что между одним приказом и противоположным приказом существует противоречие, также не превращается в подведение обстоятельств дела в смысле применения закона в виде юстиции.

то ничто не наводит на мысль говорить здесь о юстиции конституционного закона над простым законом. Единственно возможная в подобном случае юстиция являлась бы виндикативной уголовной юстицией ввиду совершенного нарушения конституции — в отношении преступника, а не нормы. Практический интерес в разрешении коллизии законов в целом направлен не на подобные случаи очевидного противоречия, не столь часто встречающиеся в нормальные времена, и не на последующую коррекцию совершенных в прошлом нарушений, а на вопрос совершенно иного рода — кто разрешает сомнения и разногласия по поводу того, имеет ли место противоречие вообще и в какой мере. С учетом Веймарской конституции интерес к этому вопросу очень велик, ведь особенно во второй главной части конституции параллельно выдвигаются самые различные принципы, отдельные материально-правовые определения, программы, директивы и отсроченные формальные компромиссы⁹⁴, и если считать все эти разнообразные положения «нормами», то слово «норма» тут же становится ничего не значащим и не употребимым. В наиболее сложных и практически важных случаях неясность или противоречие заключается здесь уже внутри самих конституционно-правовых определений, которые неясны и противоречивы в себе, поскольку ссылаются на бессвязную череду противоречивых принципов. Здесь явно исчезает возможность изобретать лестницу норм, и если одно конституционно-законодательное определение определяет нечто иное, нежели другое (например, ст. 133, п. 1 и 2), то эту коллизию не разрешить при помощи образа какой «иерархии» норм. Но и в других случаях сомнений и разногласий по поводу того, существует ли вообще противоречие между конституционным и обычным законом, не происходит подведение обстоятельств дела в смысле настоящей юстиции, поскольку сомнение всегда затрагивает лишь содержание конституционного закона. Если конституционный закон гласит: теологические факультеты сохраняются, а простой закон гласит: теологические академии ликвидируются, то возможно сомнение относительно того, являются ли теологические академии теологическими факультетами и затрагивается ли конституционным законом предмет, затронутый простым законом. При ближайшем рассмотрении это также не является ни подведением обстоятельств дела простого закона под конституционный закон, ни подведением в смысле своего рода судебного подведения конкретных обстоятельств под определен-

⁹⁴ Verfassungslehre S. 31 f.

ный закон. Скорее спрашивается о том, подпадает ли предмет простого закона одновременно и под конституционный закон. Один и тот же предмет подводится под оба закона. Подведение одного и того же предмета под конституционный закон тождественно его подведению под простой закон. Вопрос лишь в том, под какой из двух противоречащих законов следует подводить конкретный предмет, но только конкретный предмет, а не простой закон. Тем самым ясно доказывается, что подобные вопросы и сомнения затрагивают лишь содержание конституционного закона, а не подведение простого закона под конституционно-законодательное определение. Вопрос о том, подпадает ли предусмотренные простым законом обстоятельства дела (теологические академии) под обстоятельства дела, предусмотренные конституционным законом (теологические факультеты), затрагивает возможность подведения более узкого понятия под более широкое, а не подведение предмета из сферы сущего под норму долженствования. Лишь психологически неточно можно сказать, что происходит подведение (чего в случае очевидного противоречия между двумя нормами невозможно сказать даже психологически). Но данный вид подведения не является подведением в специфическом смысле юстиции, а лишь подведением, свойственным всякому человеческому суждению и мнению. В конце концов, «юстицией» и «нормотворчеством» является даже тот случай, когда кто-нибудь скажет, будто лошадь — не осел. И при рассмотрении сомнений и разногласий о том, существует ли противоречие между двумя нормами, не одна норма применяется к другой, — поскольку сомнения и разногласия затрагивают лишь содержание конституционного закона, — но на самом деле устраняется сомнение относительно содержания нормы, которое выявляется в своей аутентичности. По сути, это есть устранение неясности относительно содержания конституционного закона, и потому определение содержания закона, следовательно, по сути, есть законодательство, даже конституционное законодательство, а не юстиция.

Всегда присутствует одна и та же очевидная альтернатива: или налицо очевидное и несомненное противоречие в отношении конституционно-законодательных определений, и тогда суд расследует это нарушение, прямо выявляя его по всей форме, по образцу виндикативной юстиции; или сомнение относительно содержания некой нормы настолько обосновано, а сама норма настолько неясна в своем содержании, что не может идти речи о нарушении даже в том случае, когда суд придерживается мнения, отлич-

ного от мнения законодателя или правительства, постановления которых находятся в противоречии с сомнительным конституционным законом. В последнем случае ясно, что решение суда не имеет иного смысла, кроме аутентичной интерпретации. Поэтому саксонская конституция 1831 года верно заявила в своей ст. 153, п. 3, что в случае сомнения относительно толкования отдельных пунктов конституционного акта приговор Государственного суда не может быть отменен посредством соглашения между правительством и условиями, но «должен рассматриваться и выполняться в качестве аутентичной интерпретации». Это соответствует природе предмета и затрагивает все дела, связанные с инстанцией, определяющей таким образом основополагающее содержание нормы, причем не важно, организована ли эта инстанция в виде суда или иначе, происходит ли процесс в форме юстиции или нет. Любая инстанция, аутентично разрешающая сомнения относительно сомнительного содержания нормы, по сути, действует как законодатель. Если она проясняет сомнительное содержание конституционного закона, то она действует как конституционный законодатель.

Последнее, теоретико-правовое основание подобной постоянно возникающей альтернативы заключается в следующем: в любом решении, даже принимаемом судом в форме процесса посредством приведения обстоятельств дела, заключен элемент чистого решения, который невозможно вывести из содержания нормы⁹⁵. Я назвал это «децизионизмом». Даже в случае суда, лишь акцессорным образом осуществляющего свое право проверки, заметен этот децизионистский элемент. Если не поленишься и, например, заглянуть в «Историю Верховного суда Соединенных Штатов» Уоррена, то при всех важных решениях можно обнаружить шаткую аргументацию и сильное меньшинство несогласных и протестующих судей; имеют место т.н. решения «пять против четырех» или же «решения в один голос», вероятно, избыточно критикуемые⁹⁶. В любом случае, тем самым разбивается наивная вера в то, что приведение доказательств в подобных решениях не имеет никакого иного смысла кроме превращения сомнительной до тех пор неконституционности в неконституционность, очевидную всему миру. Смысл не в убеждающей аргументации, а именно в решении посредством авторитарного

Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912; *Politische Theologie*, München und Leipzig 1922; далее см.: *H. Isay*, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin 1929.

⁹⁵ Об этом см., например: *Ogg-Ray*, *Introduction to American Government*, 2. Aufl. New York 1926, S. 428.

устранения сомнения. Но более сильным и сущностно определенным является децизионистский характер любого приговора инстанции, специфическая функция которой заключается в разрешении неясностей и разногласий. Здесь децизионистский элемент не только часть решения, добавляющаяся к нормативному элементу, чтобы вообще сделать возможным *res judicata*; скорее, смысл и цель приговора есть решение как таковое, и его ценность заключается не в убедительной аргументации, а в авторитарном устранении сомнения, возникающего именно из многих возможных, противоречащих друг другу аргументаций. Ведь, несмотря на прогресс нашего критического мышления, к сожалению, все еще остается актуальным древний опыт, когда именно логицистский острый ум может с легкостью производить все новые сомнения. Впрочем, тем самым опровергается часто проявляющееся или, по крайней мере, неосознанно присутствующее в планах учреждения подобного суда представление о том, что подобный суд устраняет сомнения и разногласия благодаря своему качеству лучшего юридического специалиста, т.е. он как бы является своего рода высшим, правоведческим экспертом. В подобных ходах мысли часто упускается из виду, что действие экспертизы в значительном мере основано на силе ее аргументации, и что в этом смысле экспертиза означает противоположность чистому решению. Судья — не эксперт, и соединение экспертной деятельности с судебной уже само по себе содержит неясное смешение, поскольку деятельность эксперта, по сути, является не судебной деятельностью, не юстицией, а управлением⁹⁷. Но ес-

⁹⁷ Сюда же относятся заключения Имперского суда (*das Einf.-Gesetz zum GVG*, § 4) и Антимонопольного суда (*VO*, § 20) в отношении злоупотреблений господствующим экономическим положением от 23 ноября 1923 года (*RGBl. I. S. 1067*). О заключениях Имперской финансовой палаты согласно § 43 Имперского положения о сборах см.: *J. Popitz*, in: *Steuer und Wirtschaft*, VIII (Oktober 1928) Sp. 985; *A. Hensel*, eod. Sp. 1130 («интересное подтверждение изменения функций государственных учреждений»). Особенно странная связь содержится в § 106 Закона о трудовом суде: «Если договаривающиеся стороны смогли согласно § 91 заключить третейский договор по трудовым спорам, то они могут и без исключения трудовой юрисдикции договориться о том, что важнейшие для разрешения правового спора вопросы по делу должны разрешаться посредством арбитражного заключения (договора об арбитражном заключении). Соглашение означает, что вопросы по делу, разрешаемые посредством арбитражного заключения, изымаются из разбирательства по существу и приведения доказательств в процессе в трудо-

ли результат экспертизы становится обязательным для исполнения, то это уже решение, а не экспертиза⁹⁸. Если это касается каждого судьи, то это должно в бесконечно большей мере касаться инстанции, призванной аутентично и окончательно устранять сомнения и разногласия.

Для конституции типа Веймарской это имеет непосредственное практическое значение и еще по одной причине. Любая конституция полна «оговорок», но автор этой конституции, кроме того, слишком сильно проигнорировал тот старый опыт, что нельзя вписывать слишком много в одну конституцию⁹⁹. А партийные политики скорее вопреки первым проектам *Гуго Пройса* вписали слишком много именно во вторую главную часть. Впрочем, при тогдашнем состоянии конституционной теории это было вполне логично и бесспорно. Ведь если конституция формалистски отождествляется с отдельным конституционным законом, который затем столь же формалистски определяется как «не что иное, как закон, изменение которого усложнено», то каждый старается использовать возможность усложнить изменение всего, что ему дорого. Кроме того как уже говорилось, вторая главная часть конституции (на которую приходится особенно много сомнений и разногласий) среди

вом суде, и что ведомство трудового суда связано арбитражным заключением». — О попытке посредством экспертизы добиться нейтрального государства специалистов (экспертов) см. ниже.

Bertram, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Bd. 53, 1928, S. 428: «Вместе с квази-аутентичной интерпретацией в ходе экспертизы трудовой суд *de facto* превратился бы в Суд для нормативного толкования законов; все, что было по праву приведено против плана подобного суда (см.: *Reichel*, *Gesetz und Richterspruch* S. 111; и упомянутые там работы), также говорит против осуществления подобной обязательной экспертизы в Имперском суде. Имперский суд, устраняющий сомнения и пробелы в законе, вторгся бы в пределы области законодателя и одновременно лишил бы себя непредвзятости, необходимой для осуществления судебной деятельности». «Проведение экспертизы не является составной частью судебной деятельности, это есть управленческая деятельность, и потому ее следует ограничить тем (*das Einf.-Gesetz zum GVG*, § 4), что может быть поручено судам, т.е. делами управления юстицией».

О проблеме оговорок см.: *C. Bilfinger*, *Zetschr. f. ausl. öff. Recht u. Völkerrecht*, ... S. 63; о «государственном правосудии» см.: *F.W. Jerusalem*, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1930 S. 97 f. Об остальном см.: *Benjamin Constant*, *Réflexions sur les Constitutions*, Paris 1814, chap. 9: *De la nécessité, de ne pas étendre les constitutions à trop d'objets*.

пестрого множества своих принципиальных деклараций вообще не содержит никакого решения, в т.ч. никакого компромиссного решения, а одни только многозначительные формулы, отодвигающие решение, которое должно учитывать разнообразные, часто даже противоречащие точки зрения. Регулирование компромиссов по церковному и школьному вопросу является очевидным примером этого. При подобных «отсроченных формальных компромиссах»¹⁰⁰ разрешение «сомнений и разногласий» в действительности вообще является первой установленной нормой. Инстанция, которая летом 1927 года должна была бы рассматривать очень спорный тогда вопрос о конституционности проекта имперского закона о школе, сначала была бы вынуждена дать ст. 146 ИК ее содержание и разрешить школьный вопрос в принципе. Если при этом решает суд, то он явно является конституционным законодателем, выполняющем абсолютно политическую функцию.

4. ГОСУДАРСТВЕННЫЙ СУД ГЕРМАНСКОГО РЕЙХА

а) Предметная взаимосвязь понятия конституции и конституционного правосудия; признание Государственным судом Германского рейха предметных границ юстиции; особенная взаимосвязь конституционного договора и конституционной юстиции

Вовсе не вопросом правовой теории, а вопросом политико-практической целесообразности является вопрос о том, насколько далеко простирается стремление наделить уже существующие и вновь учреждаемые инстанции функцией основополагающего выявления содержания неясных и неопределенных конституционных законов и тем самым создать противовес в отношении законодательного корпуса. Далее делом политико-практических соображений является то, стремятся ли заместить эту инстанцию неснимаемыми профессиональными судьями и тем самым подвергнуть юстицию чиновников политическому испытанию. И этот вопрос целесообразности не может быть разрешен без конституционно-теоретического осознания и является слишком серьезным, чтобы при его разрешении можно было себе позволить отказаться от предметных и содержательных понятий. Прежде всего, не будет ни теоретически, ни практически правильным формализовать понятие конституционного спора «через опосредование идеи кон-

¹⁰⁰ Verfassungslehre S. 31 f.

ституционной формы». Т.е. невозможно лишить его конкретного смысла и предмета, а затем просто назвать все конституционным спором, рассмотрение которого будет являться компетенцией «конституционного суда».

Первой предпосылкой любого государственного правосудия или конституционной юстиции скорее является определенное понятие конституционного спора, которое — по крайней мере в своем содержательном принципе и своей структуре — делает этот вид споров ясно отличимым, поскольку позволяет понять непосредственную предметную взаимосвязь с конституцией. Было бы крайне неразумно идти обратным путем и прийти к тому, что Государственный или Конституционный суд будет сам давать содержание абсолютно неопределенному и безграничному понятию конституционного спора посредством голых преюдиций и тем самым будет сам определять, что является конституционным спором. Это означало бы, что Государственный суд сам наделяет себя компетенциями. Само по себе вполне возможно создать орган, который таким образом будет сам разрабатывать свои компетенции и полномочия. Это даже является типичным явлением конституционной жизни, когда орган, осознающий свое политическое влияние, постоянно расширяет круг своих полномочий. Так, германский рейхсрат, несмотря на осторожное установление норм и дозирование его полномочий посредством конституции Бисмарка от 1871 года, при этой конституции имел гораздо больше политического влияния, чем это можно было бы понять из текста конституции. С другой стороны, сегодня конституционно-правовое значение как рейхсрата, так и отдельных немецких земель, особенно Пруссии, совершенно другое и гораздо более значительное, чем это смогло бы проинтерпретировать самое пытливейшее крючкотворство с текстом действующей конституции рейха. Вероятно, суд также может развиваться в авторитет с большим политическим влиянием далеко за пределами предусмотренных компетенций. Но именно судебная инстанция, призванная сегодня в Германии разрешать споры по действующей конституции рейха, находится в странном положении, не имея ограниченного каким-либо образом понятия конституционного спора. Прежде всего, из-за уже упоминавшейся характерной особенностью действующей конституции рейха, федеративная организация которой погружает параллельно рейх и земли в практически непреодолимый хаос компетенций и полномочий. А вторая ее главная часть (ст. 109–165 под проблематичным заголовком «Основные права и обязанности немцев») может стать бесконечной без-

дной сомнений, разногласий и — в той мере, в какой она будет позитивироваться и актуализироваться — правовых притязаний и, вследствие этого, правовых споров. Имея подобную конституцию, учреждать конституционный суд для конституционных споров и не давать ему никакого иного понятия конституционного спора, — т.е. никакого иного разграничения его компетенций, кроме абсолютно пустой словесной дефиниции, согласно которой любой спор относительно конституционного определения является конституционным спором, — в действительности означает не что иное, как передать решение о компетенции суда ему самому. С учетом предметного значения конституционных споров в действительности здесь может заключаться компетенция устанавливать компетенцию самого удивительного рода, которая при последовательном применении не далека от той компетенции устанавливать компетенцию, в которой государственно-правовая литература довоенного времени с подачи Хенеля и Розана даже усматривала критерий суверенитета.

Правда, в сегодняшней действительности практический результат будет совершенно иным, причем не только потому, что согласно ст. 19 ИК Государственный суд полномочен рассматривать конституционные споры лишь внутри земли, а не внутри рейха. Замещенный профессиональными юристами суд, осознающий свое положение в качестве суда, вероятно, скорее всего, вообще не захочет покидать сферу подлинной юстиции. Но тогда он окажется перед дилеммой, на которую постоянно указывалось в данных размышлениях, поскольку применительно к конституции она возникает при каждом точном рассмотрении границ юстиции: или очевидным образом речь идет о несомненных нарушениях конституции, т.е. юстиции *post eventum*; или же речь идет о сомнительных случаях, и тогда пространство юстиции сокращается до нуля, поскольку, во-первых, общее предположение говорит в пользу действительности актов законодателя и правительства, и, во-вторых, даже в случае ошибочных государственных актов ничтожность, недействительность и ошибочность подобных актов, как показал в своей теории ошибочных государственных актов Вальтер Йеллинек¹⁰¹, лишь в относительно редких случаях является следствием ошибки, т.е. нарушением какой-либо нормы. Если же усматривать задачу конституционного суда именно в том, чтобы

¹⁰¹ W. Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkung*, Tübingen 1908; *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen 1913, s. 209; *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Berlin 1929, S. 253 f.

разрешать сомнения относительно содержания конституционного определения, тогда то, что он делает, как было показано выше, уже является не юстицией, а неясным соединением законодательства и юридической экспертизы. Поэтому так же неудивительно, что подобный суд в конкретной действительности своей практики всегда стремится вернуться в границы юстиции и, прежде всего, избегает в серьезных случаях с определенными последствиями выступать против обычного законодателя или полномочного правительства. Ведь вместе с подобным противостоянием он сам превратился бы в законодателя или в правительство, как только вышел бы за рамки чисто защитной самообороны независимой юстиции, привязанной к нормам. Здесь действует тот заложенный глубоко в природе предмета мотив, который одновременно с любым новым видом юстиции создает и новые исключения, оговорки и корректуры. Так, например, французский *Conseil d'Etat* вместе с административно-судебным контролем также развил понятие правительственных актов, *actes de gouvernement*, чтобы изъять их из этого контроля¹⁰². Не следует выставлять стремление любого суда, замещенного профессиональными чиновниками-судьями, оставаться в рамках предметной области юстиции в качестве чисто политической осторожности или тем более в качестве низменной трусости, и стремиться психологически или социологически «разоблачить» его. Скорее этим доказывается лишь то, что бесцельно противоречащим предмету образом навязывать юстиции функции, выходящие за пределы сферы подведения обстоятельств дела, т.е. за те границы, существующие в результате привязки к содержательно определенным нормам.

В своем решении от 17 февраля 1930 года по поводу конституционности прусского избирательного закона¹⁰³ Государственный суд Германского рейха отказался рассматривать в качестве антиконституционных определения прусского земельного избирательного закона от 1920/24 годов, относительно которых — в любом случае на основании распространенного мнения, разделяемого уважаемыми правоведами и особенно согласно предыдущим решениям самого Государственного суда — можно было бы с пол-

Об этом см. недавние *Rapports des Institut International de Droit Public* (1930), содержащие сообщения *P. Сменда*, *P. Лона* (*R. Laun*) и особенно касательно французского развития *П. Дюз* (*P. Duez*).

RGZ. 128 Anhang S. 1 f.; *Ausgewählte Entscheidungen des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, herausgegeben von Reichsgerichtspräsident Dr. *Bumke*, Heft 2, Berlin 1930, S. 15/16.

ным основанием усомниться, не нарушают ли они провозглашенный в конституции рейха принцип равенства выборов. Здесь можно совершенно абстрагироваться от того, как это сомнение действительно следовало бы разрешить. Напротив, крайне важно, что (при ближайшем рассмотрении) сам Государственный суд не разрешил его по сути, а в определенном смысле, несмотря на принятое решение, объявил себя неправомочным. Ведь ядром основания принятия решения в этом важном приговоре является следующий ход мысли: Государственный суд отвечает на рассматриваемый вопрос о том, произошло ли нарушение принципа равенства выборов: «В его случае (т.е. принципа равенства выборов) речь идет не о логико-математическом понятии, а о правовом понятии, — и затем тут же добавляет, — поэтому равенство и неравенство не являются взаимоисключающими противоположностями». Антитетическое противопоставление логико-математического, с одной стороны, и правового, — с другой, методически является чрезвычайно важным. Оно содержит в себе заслуживающее серьезного внимания неприятие пустого нормативизма, с помощью которого долгое время пытались сделать беспредметным государственное и конституционное право. Но и здесь от этого можно абстрагироваться, поскольку подобная антитеза «логико-математического» и «правового» служит Государственному суду лишь для того, чтобы, несмотря «на строгость, присущую принципу равенства ст. 22 ИК», все же считать отклонения от этого равенства оправданными, если только они «оправдываются действительно срочной необходимостью». Вероятно, существуют юристы, которые увидят в выражении «действительно срочная необходимость» подводимое понятие, поскольку они помнят о неопределенных понятиях, которые встречаются в гражданско-правовой и административно-правовой практике и могут применяться судами в форме юстиции в той мере, в какой относительно предсказуемые взгляды на взаимоотношения и нравы и относительно стабильное положение внутри упорядоченного государственного сообщества (например, общественная безопасность и порядок в обычном полицейском праве, вопрос потребности или вопрос пригодности) достаточным образом могут заменить содержательное установление нормы законодателем. Тем более интересно то, что Государственный суд не становится жертвой этого ошибочного отождествления различных областей права, а идет совершенно иным путем. Непосредственно после только что процитированных положений говорится буквально следующее: «Относительно того, возможны ли и в какой мере возможны отклонения

от отдельных избирательных принципов в интересах всей избирательной системы и в целях обеспечения достижения преследуемых государственно-политических целей, в соответствии с этим должен решать соответствующий законодатель... Государственный суд, **если вообще** и может опротестовать его решения, то лишь в том случае, если они явно лишены внутреннего оправдания, и если поэтому о них можно с уверенностью сказать, что они противоречат выраженной в п. 1, ст. 22 ИК воле конституционного законодателя». Этим предложением решение по поводу всякой неопределенности, неуверенности, сомнений и разногласий объявляется делом законодателя (или естественно, в зависимости от положения, делом правительства) и в действительности изымается из ведения Государственного суда. Если вспомнить о том, что призывы к созданию Государственного суда возникли именно из потребности добиться разрешения сомнений и разногласий по поводу конституционно-правовых определений в форме юстиции, то это мнение Государственного суда Германского рейха имеет основополагающее значение для проблемы государственного суда вообще. Он стремится противостоять лишь очевидным, т.е. несомненным нарушениям конституции. Он оставляет в силе все решения законодателя, при которых тот, как говорится несколькими предложениями далее, «во всяком случае, не исходил из соображений, его относящихся к делу». Слова «явно» и «с уверенностью» должны особенно броситься в глаза с учетом нашего исходного пункта — устранения неопределенности и сомнений. Специфическое децизионистское своеобразие разрешения сомнений и неопределенностей, выходящее за предметные границы юстиции, проявляется здесь так же ясно, как и нежелание Государственного суда дать за себя в роль носителя подобного решения. Если Государственный суд противодействует лишь очевидным, несомненным, с уверенностью выявляемым нарушениям конституции, то он является именно противоположностью инстанции, призванной разрешать сомнения и неопределенности. Потому еще более примечательно и даже потрясающе, что Государственный суд, который с крайней осторожностью ограничивает себя только общим контролем всего антиконституционных законов, добавляет к этому ограничение еще и слова «если вообще». Следует ли понимать это как очевидное ограничение или как особого рода оговорку, выражающую осторожность даже в отношении явных нарушений конституции, — этого не понять без дальнейших объяснений. Однако видимо, это направлено на дальнейшее ограничение.

Первым условием «конституционной юстиции» остается ясное понятие конституционного спора. Оно в свою очередь может быть определено лишь в тесной взаимосвязи с ясным понятием конституции. Расширение «конституционных споров» лишь по текущей целесообразности и по интуитивным соображениям и непродуманный допуск сторон, наоборот, могли бы затронуть и изменить сущность самой конституции и привести к неожиданным последствиям, которые осуществили бы месть за недостаточное конституционно-теоретическое сознание. Понятия «конституционный спор», «конституционное правосудие» и «конституция» предметно настолько тесно связаны, что не только изменение понятия конституции изменяет понятие конституционного спора, но и новая практика конституционных процессов и конституционное правосудие, наоборот, может изменить сущность конституции.

Теоретически и практически определимый вид конституционных споров и вследствие этого особого рода Государственный суд для их разрешения возникают в том случае, когда конституция есть договор (т.е. дву- или многостороннее правоотношение, а не одностороннее политическое решение или закон), или, по крайней мере, когда она понимается как договор. Исходя из сущности договора, в частности, можно ответить на центральный вопрос, что такое конституционный спор и кто может быть стороной конституционного спора. Этот вопрос, стоящий в начале любого обсуждения по поводу Государственного суда, не может быть передан самому суду в ожидании того, что он в своей практике по своему усмотрению разработает понятие конституционного спора и допуска сторон. Иначе гарант превратился бы в господина конституции. Если Государственный суд должен в форме юстиции разрешать конституционные споры, то должно быть заранее ясно, что является конституционными спорами, и при подобном вопросе невозможно отделаться при помощи «формальных» ответов. Если конституция по своей сущности является договором или компромиссом, то отсюда следует применимое и ясное понятие конституционного спора. Поскольку подобные споры, как и споры по поводу договора, суть споры, возникающие между сторонами договора по поводу содержания договора (например, квартирные споры — это споры между хозяином и съемщиком жилья относительно договора о найме), то конституционные споры суть споры между сторонами конституционного договора или компромисса относительно содержания их договоренностей. Разногла-

и споры, возникающие из такого договора, особенно подходят для судебного и третейского разрешения, поскольку и насколько подтвержденное содержание договора является основой для судебной деятельности, обеспечивая выведение судебного решения из содержания договора¹⁰⁴. Вследствие этого именно в государственных договорах правомочным объявляется Государственный суд¹⁰⁵, а в международном праве споры между государствами, вытекающие из некоего договора, обычно считаются «юстициабельными» или «арбитрабельными».¹⁰⁶ Здесь понятие конституции приводит к последовательным и практически употребимым понятиям конституционного спора, допуска в качестве стороны и тем самым правосудия. Но и наоборот: если самые различные социальные группы без конституционно-теоретического обоснования допускаются Государственным судом в качестве сторон, то это приводит к плюралистическому пониманию государства и превращает конституцию из политического решения носителя конституционно-предельной власти в систему приобретенных по договору прав, соблюдение которых заинтересованные группы и организации могут навязать государству посредством процесса.

Государственный суд как специфически союзно-государственное (федеральное) учреждение

В подлинном союзе (союзе государств и союзном государстве) конституция является договором в качестве союзной конституции государств, объединившихся посредством союзного договора. При

и здесь не утверждается о некоей безграничной и абсолютной юстициабельности, но лишь о возможности определения того, кто является стороной договора и что есть спор по поводу договора.

Например, государственный договор между Германским рейхом и Свободным государством Баварией о передаче управления почтой и телеграфом Баварии в ведение рейха от 23/31 марта 1920, § 13 (RGBl. S. 640); разногласия между подписывающими договор сторонами относительно толкования этого договора должны разбираться Государственным судом. Или же см. § 43 государственного договора о передаче государственных железных дорог в ведение рейха от 31 марта 1920 года (RGBl. S. 787).

Например, ст. 38 Гаагского соглашения об арбитраже 1907; ст. 13, п. 2 Положения о Лиге Наций; ст. 36 Статута постоянного международного трибунала; ст. 2 Германо-Швейцарского договора об арбитраже и учете интересов от 3 декабря 1921 года (*Strupp, Documents, V, S. 591*) и т.д.

подобной политической организации часто учреждается инстанция для разбирательства споров внутри членов союза и далее для разрешения споров внутри отдельных государств, способных представлять угрозу безопасности и однородности внутри союза¹⁰⁷. При этом предполагается, что основанием конституции является договор, о правильном толковании и применении которого между подписавшими сторонами могут возникать споры, которые должны быть разрешены. Если в ходе развития договорная основа исчезает, и организация союзного государства держится лишь на политическом решении единого носителя конституционно-учредительной власти, — как это произошло с союзно-государственными учреждениями Германского рейха после принятия Веймарской конституции, — то вместе с другими учреждениями союзного государства может вводиться или вновь учреждаться особого рода суд союзного государства, пока по конституции сохраняется союзно-государственная организация.

Ст. 19 ИК в разделе «Рейх и земли» находится в систематической взаимосвязи с союзно-государственной организацией Германского рейха. В ней говорится о не частноправовых спорах между рейхом и землями, о спорах между землями и, наконец, о конституционных спорах внутри одной земли. Содержащееся в этом тройственном перечислении понятие конституции двояким образом определяется идеей договора: посредством союзно-государственной организации рейха и посредством последствий эпохи конституционной борьбы середины XIX века, для которой конституция являлась договором (пактом, соглашением) между правительством и народным представительством. При союзно-государственной организации споры между рейхом и землями или между землями суть споры по поводу союзно-договорных отношений, или, по крайней мере, по поводу сохраненной в конституции координации государственной структуры. Однако согласно историческому пониманию конституционные споры внутри земли суть споры меж-

¹⁰⁷ *Verfassungslehre*, S. 113 f. Тем самым не утверждается о возможности или правильности безграничной формы юстиции для всех союзных отношений; об этом точно сказано в: *C. Biffinger Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens* Tübingen 1923, S. 9 f.; также см. выше мнение *A. Хенеля*. Речь здесь идет лишь об общей взаимосвязи конституционного договора и юстициабельности. Союзная конституция, как никакая иная конституция, не может распадаться на систему отдельных прав и обязательств: *R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht* S. 172.

парламентом и правительством по поводу существующего между ними конституционного договора¹⁰⁸. Союз как таковой имеет интерес к конституционным спорам внутри земли, поскольку он заинтересован в мирном их устранении и разрешении, в соответствии с общим «замирением», относящимся к сущности любого союза (*Verfassungslehre*, S. 369). В соответствии с этим разрешение Государственным судом подобных споров, разыгрывающихся внутри одной из земель, тесно связано с союзно-государственной организацией и неотделимо от нее. Потому уже по этой причине недопустимо просто «распространить» полномочие Государственного суда рейха разбирать конституционные споры внутри земли на конституционные споры внутри рейха. Это было бы серьезным изменением конституции, что возможно лишь путем изменения конституции¹⁰⁹; это полностью изменило бы все учреждение в ее структуре и придало бы одной и той же инстанции две противоположные функции, — одну, специфически связанную с правом союзного государства, и другую, специфически внутригосударственную, — которые должны осуществляться параллельно. Федеральное учреждение союзного права было бы смешано централистско-унитаристским учреждением, и путаница, царящая сегодня в союзно-государственном праве Германского рейха, стала бы еще более мутной и непрозрачной. Государственный суд рейха для разрешения конституционных споров внутри земли и Государственный суд рейха для разрешения имперско-конституционных споров внутри рейха суть образования с различными сущностями, поскольку первый покоится на предпосылке и основании союзно-государственной организации, а второй — нет. Это было бы не простое «распространение», а шаг в другую конституционно-правовую область, когда к компетенции союзно-государственной инстанции рейха добавляется функция, задуманная с точки зрения унитарного государства.

Союзный суд, разрешающий конституционные споры внутри одного из государств-членов, одновременно является гарантом со-

¹⁰⁸ *Verfassungslehre*, S. 115.

Закон об изменении конституции нужен еще и потому, что, по сути, это привело бы к созданию новой инстанции с законодательными функциями; это не учитывается в работе: *Löwenthal*, DJZ. 1927, Sp. 1234 f. und *Reichsverwaltungsblatt* 22. Nov. 1930, S. 748. Закона об изменении конституции справедливо требуют: *Hofacker*, *Gerichtssaal* 1927, S. 213; *R. Grau* a.a.O. S. 287; *Bredt*, *Zeitschrift f. d. ges. Staatsw.*, Bd. 82 (1927) S. 437; *v. Imhoff* a.a.O. S. 244 f.

юзной и земельной конституции. Особенно он является гарантом существенной для каждого союза конституционной однородности. Ни в одном союзе или союзно-государственном образовании конституция государства-члена не может рассматриваться независимо от конституции всего государства. Поэтому Государственный суд Германского рейха, когда он разрешает конституционные споры внутри земли, не может игнорировать имперскую конституцию, но должен использовать ее в качестве основания своего решения. Отсюда далее следует, что из определений действующей имперской конституции внутри земли могут возникать настоящие конституционные споры, поскольку рейх устанавливает конституционно-организационные определения для земельных конституций (ст. 17, 30, 36, 37, 38, 39 ИК). Но отсюда не следует, что все споры по поводу применения и исполнения определений имперской конституции, если они территориально привязаны или относятся к конфликтующим сторонам внутри земли, являются конституционными спорами внутри земли. Поскольку имперская конституция действует внутри земли не как часть земельной конституции, а самостоятельно. Организация земли устроена не так, что она основана, во-первых, на земельной конституции и, во-вторых, на территориально ограниченной имперской конституции, воспринятой земельной конституцией. Земельная конституция затрагивает лишь остаток государственности, еще отходящий землям; и лишь с этим соотносится учреждение Государственного суда земли, компетенция которого согласно ст. 19 ИК уступает компетенции Имперского суда. Согласно конституционно-историческому развитию формулы «конституционные споры внутри земли»¹¹⁰, споры по поводу имперской конституции не являются спорами внутри земли. В этом ничего не может изменить ст. 19 ИК, как ясно следует из объяснений представителя рейхсминистерства юстиции, тайного советника *Цвайгерта*¹¹¹, в ходе обсуждения Веймарской конституции, а в статье буквально утверждается обратное, хотя и не «несомненно» (как сказано в решении от 13 апреля 1927 года, RGZ. 120 Anhang S. 21). Скорее прав *Р. Тома*, когда говорит: «Буквально в статье дается скорее отрицательный ответ на вопрос», может ли спор по поводу имперской консти-

¹¹⁰ Об этом см.: *Verfassungslehre*, S. 114.

¹¹¹ Prot. S. 411. — В опровержение мнения *Калля*, пытавшегося любой спор, предметом которого является конституция, назвать конституционным спором; далее см. высказывание *Гуго Пройса* от 2 апреля 1919 года в рукописных протоколах заседаний конституционного комитета (Bd. I Nr. 6, Nebenakten 3).

ции рассматриваться в качестве конституционного спора внутри земли¹¹². Материалы также говорят в пользу отрицательного ответа¹¹³. Предпосылка, сделанная в ст. 19 (конституционные споры внутри земли, «в которой нет суда для их разрешения»), подтверждает это мнение. Цель ст. 19 все же заключается не в том, чтобы передать разрешение конституционных споров по поводу имперской конституции в ведение государственного суда земли и превратить государственные суды земель в инстанции территориально ограниченного права имперской конституции. Она служит лишь интересам рейха как единой союзно-государственной организации в разрешении политических конфликтов, возникающих внутри земли по поводу земельной конституции.

Впрочем, Государственный суд Германского рейха придал своей компетенции дальнейшее распространение. Он рассматривает в качестве конституционных споров внутри земли споры, «укорененные в имперской конституции», «в той мере, в какой спорным является одно из предписаний имперской конституции, каковое дополняет земельную конституцию или иные конституционно-правовые формы земли».¹¹⁴ Тем самым ограничение «внутри земли» стано-

Die Staatsgerichtsbarkeit im Deutschen Reich, Reichsgerichtsfestschrift 1929, I S. 181. Впрочем, сразу вслед за этим Тома говорит, что буквальное прочтение допускает и утвердительный ответ.

R. Thoma a.a.O. S. 181.

Решение от 12 июля 1921 года (RGZ. 102 S. 415 und AöR 42 S. 79; *Lammers-Simons* I S. 357); промежуточные решения от 15 октября 1927 года (RGZ. 118, Anhang S. 4 und *Lammers-Simons* I S. 292); три решения от 17 декабря 1927 года (*Lammers-Simons* I S. 330, 341 f. u. 398 f.); промежуточное решение от 12 мая 1928 года (RGZ. 120, Anhang S. 19 und *Lammers-Simons* I S. 352); и наконец, это ясно подтверждается предыдущей практикой: решение от 24 июня 1930 года (RGZ. 129, Anhang S. 1 f.; там же на с. 6 находится приведенная выше формулировка; также см.: *Poetsch-Heffter*, Handkommentar, 3. Auflage, S. 157 (со ссылкой на ст. 17, 37 f. ИК, что, по моему мнению, не имеет решающего значения); *H.H. Lammers*, J.W. 1928, S. 3255 Anm., вслед за предыдущим промежуточным решением Государственного суда он считает уже «несомненным», что споры по поводу имперской конституции относятся к конституционным спорам внутри земли. Мне же, напротив, кажется верным аргумент *Лейбгольца* (*G. Leibholz*, Gleichheit vor dem Gesetz, S. 126 Anm.), что в ст. 19 под конституционным спором следует понимать «спор по поводу применения, использования или толкования основного закона отдельного государства». «Это явно следует из лишь субсидиарной компетенции Государственного суда; поскольку иначе существовала бы воз-

вится или чисто территориальным ограничением, или зависит от того, что обе стороны или, по крайней мере, обвиненная сторона являются земельными инстанциями или организациями. Так, в качестве конституционного спора внутри земли рассматриваются претензии религиозных сообществ к земле на основании исторического названия со ссылкой на определения имперской конституции; в качестве конституционного спора внутри земли должен рассматриваться случай, — при соблюдении предпосылки допуска в качестве стороны, — когда организация чиновников усматривает в земельном законе об оплате нарушение ст. 129 ИК, когда общины, церкви, отколовшиеся партии, торговые палаты, ремесленные палаты, адвокатские и медицинские коллегии, профсоюзы, лоббистские ассоциации самого различного рода, университеты, вероятно, даже теологические факультеты захотят использовать в своих интересах одно из непредсказуемых положений второй главной части Веймарской конституции. Выражение «конституционные споры внутри земли» тем самым освобождается из строго союзно-государственной взаимосвязи. Границы здесь уже не найти.

Но и в случае споров между рейхом и землями возникнет множество неясностей, если все «не частноправовые споры» между рейхом и землей будут прямо направляться на рассмотрение Государственного суда Германского рейха, и, кроме того, если понятие спора будет пониматься столь широко, что под него, в конечном счете, подпадает любое разногласие между рейхом и землей. Тогда соответствующий орган рейха может просто превратить Государственный суд в высшую надзорную инстанцию, а земля, наоборот, посредством подачи жалобы в Государственный суд опередить нормальный ход надзора со стороны рейха; споры между рейхом и землей могут одновременно быть конституционными спорами внутри земли и наоборот. Конституционные возможности, инстан-

можность для земель, учредивших суд для разрешения подобных споров, обходить обоснованную таким образом компетенцию Имперского суда или Государственного суда и заменить решением земельного суда». Далее верно говорится у *Хубера* (*E.R. Huber*, AöR. XIX (1930) S. 456) в рецензии на книгу: *Fr. Kühn*, *Formen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Reichs- und Landesstaatsrecht*, Leipzig 1929. *Аншютц* (*Anschtz*, Kommentar, 3. Bearbeitung, S. 154 (Nr. 2 zu Art. 19) отказался от своего прежнего понимания и встал на точку зрения Государственного суда; *Гизе* (*Giese*, Kommentar, 8. Aufl., S. 82) подчеркивает исключительный характер конституционных споров внутри земли, вытекающих из имперской конституции.

ции и пути, которые имперская конституция ввела для отношений между рейхом и землями, — а именно введение управления со стороны рейха согласно ст. 48, п. 1 ИК, решение по поводу конституционности земельного закона согласно ст. 13, п. 2 и имперский институт надзора со стороны рейха согласно ст. 15¹¹⁵ — могут перепутаться еще сильнее, нежели это происходит уже сейчас. Можно было бы попытаться избежать этого результата посредством подчеркивания субсидиарного характера компетенции согласно ст. 19 РК. Но в предыдущей практике Государственный суд не стал ограничивать свою компетенцию, исходя из этого аспекта. Правительство рейха, кажется, при случае использует Государственный суд для того, чтобы избежать необходимости выразить собственные политические взгляды¹¹⁶. Кроме того, в принципе недопустимо выставлять

115 Принципиальное понимание отношения ст. 15 к ст. 19 ИК Государственный суд высказал в решении от 9 декабря 1929 года (RGZ. 127, Anhang S. 125, *Lammers-Simons* II S. 25): «Подпадающий под ст. 19 спор нечастноправового рода является в соответствии с этим также спором между рейхом и землей по поводу того, нарушается ли способом исполнения имперского закона землей смысл вводимого имперского закона, т.е. является ли исполнение такого рода недостаточным». Из подробного регулирования ст. 15, аб. 3 «не следует заключать, что в тех случаях, когда разногласие по поводу способа исполнения имперского рейха еще не нашло своей отдельной формулировки в результате формального осуждения недостатков, этот спор нечастноправового рода не мог бы рассматриваться в Государственном суде. В подобных случаях скорее начинает дополнительно действовать ст. 19. Она определяет общий принцип». В качестве критики см. очень точные, на мой взгляд, разъяснения фон Яна (*von Jan*, Bayr. VerwBl. 1930, S. 68 f.). В споре по поводу тюрингской школьной молитвы (решение от 11 июля 1930 года, RGZ. 129, Anhang S. 18) Государственный суд объявил вопрос, должно ли согласно ст. 15, п. 3 ИК обращение в Государственный суд предшествовать так называемое осуждение недостаточности, «не нуждающимся применительно к данному делу в исследовании», поскольку, во-первых, подобное осуждение имело место, и, во-вторых, в любом случае имеет место нечастноправовой спор согласно ст. 19, из чего «прямо» вытекает компетенция Государственного суда Германского рейха. Приведенный рейхом аргумент, что Тюрингия признала компетенцию Государственного суда (S. 14), примечательным образом не был принят Государственным судом. Очень характерно замечание Ламмерса (*H.H. Lammers*, J.W. 1928, S. 325 Anm.): «То, что правительство рейха не встало прямо на сторону церкви и тем самым вызвало «разногласие» в смысле ст. 15, п. 3 ИК или «спор» в смысле ст. 19 ИК, очевидно, объясняется как сложностью оценки вопросов, находящихся в веде-

решение Государственного суда в качестве всеобщей альтернативы (возможностям решения в рамках гражданского, уголовного, финансового и иного права). Можно сделать компетенцию суда субсидиарной, но невозможно превратить материальное понятие конституционного правосудия в «субсидиарное» понятие. Имеет ли место конституционный спор, не может зависеть от того, что другие инстанции не заняты этим делом, как это не может быть и дополнением ко всякому разногласию. Как и понятие самой конституции, понятие подобных спорных дел не может определяться в качестве субсидиарного или дополнительного. Деятельность Государственного суда должна постоянно демонстрировать непосредственную и специфическую взаимосвязь с самой конституцией.

с) Государственное и конституционное правосудие как выражение тенденции превращения конституции в конституционный договор (компромисс)

Кроме союзно-государственной возможности рассматривать конституцию в качестве договора, существует еще одна, существенно иная возможность обращаться с конституцией как с договором и тем самым как с основанием государственного или конституционного правосудия. Ведь если государство не понимается как замкнутое в себе (будь то господство монарха или правящей группы, будь то однородность единого в себе народа) организованное единство, то оно дуалистически или даже плюралистически основано на договоре и компромиссе многих сторон. В таком случае вид и форма его политического существования определяются договорами или соглашениями¹¹⁷. Так средневековое сословное го-

нии земельного права, так и политическими соображениями. Кажется понятным, что для рейха важно, чтобы публично-правовой спор, который в рамках ст. 19 ИК мог рассматриваться Государственным судом как в качестве «нечастноправового спора между рейхом и землей», так и в качестве «конституционного спора внутри земли», по возможности нашел свое окончательное разрешение. Поэтому правительство рейха считало в качестве данности, что церковь сама может участвовать в споре в Государственном суде, к тому же церковь боролась за причитающиеся ей права и была способна лучше, чем правительство рейха, представить обстоятельства дела, укорененные в саксонском земельном праве».

¹¹⁷ Здесь можно опустить различие между договором и соглашением; хотя необходимо заметить, что примечательным, если не вызывающим опасения сим-

сударство держалось на договорах разнообразного рода, на соглашениях, договоренностях, капитуляциях, компромиссах, рецессиях, установлениях (*Stabilimenta*), — на системе взаимных договоров с благоприобретенными по ним правами и с типичными, экзистенциальными оговорками, в случае необходимости — с правом на сопротивление, которое также относится к данному типу договоров. К широко распространенному, десятилетиями вполне господствовавшему пониманию германского XIX века также относилось то, чтобы рассматривать конституцию как договор, причем письменный договор, партнерами в котором были государь и народ, король и палаты, правительство и народное представительство. Отсюда в качестве особого практического следствия вытекало однозначное понятие конституционных споров, каковым оно как исторически традиционное понятие оставалось в Германии в сущности неоспоримым до 1919 года: конституционными спорами являются лишь споры между правительством и парламентом по поводу их взаимных прав, вытекающих из конституционного пакта. Еще одним, политически чрезвычайно важным следствием было то, что вследствие этого изменение конституции также должно было пониматься как договор между контрагентами конституционного договора. Однако применительно к интересующему нас здесь контексту важно, прежде всего, то, что разногласия, различия и споры по поводу содержания писаной конституции должны были разрешаться путем взаимных договоренностей. Так в Баварии произошло знаменитое конституционное примирение 1843 года, которое, хотя и не считалось аутентичной интерпретацией конституции, а лишь «средством толкования», тем не менее, послужило в качестве основания для осуществления правословий на одобрение бюджета при оговорке сохранения спор-

птомом стало то, что сегодня в Германии это различие, разработанное Биндигом и Трипелем для межгосударственных отношений (международное право и союзное право) и недавно названное *Коровиным* «неоспоримым» (*Korowin*, *Das Völkerrecht der Übergangszeit*, Berlin-Grunewald 1929, S. 25), стало переноситься на внутрисударственные отношения и договоренности, например: *H. Liermann*, *Über die rechtliche Natur der Vereinbarungen politischer Parteien untereinander*, *AöR.*, N.F. XI (1926) S. 411; о «соглашении» в литературе по трудовому праву на тему теории тарифных договоров см.: *E. Jacobi*, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Leipzig 1927, S. 260 f.; *Hueck-Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, П 1930, S. 116, где с точки зрения трудового права показана бессмысленность этого различия. Там же приводится литература.

ных пунктов¹¹⁸. В § 153 Саксонской конституции 1831 года открыто и прямо делается вывод: лишь только если возникают сомнения относительно толкования отдельных пунктов конституционного документа, и они не могут быть разрешены посредством согласия между правительством и сословиями, решение принимает Государственный суд. Подмеченное *Карлом Бильфингером*¹¹⁹ родство многих конституционно-правовых явлений с международным правом присутствует везде, где выдвигается идея конституционного договора или конституционного компромисса, что становится особенно ясно и заметно проявляется именно в том, что сомнительные или спорные случаи, прежде всего, становятся предметом переговоров, а компетенция суда основана на ее признании сторонами.

Действующая имперская конституция придерживается демократической идеи однородного, неделимого единства всего немецкого народа, который в силу своей конституционно-учредительной власти посредством позитивного политического решения, т.е. посредством одностороннего акта, дал себе эту конституцию. Тем самым все толкования и применения Веймарской конституции, пытающиеся сделать из нее некий договор, компромисс или что-то подобное, торжественным образом отвергаются как нарушения духа конституции. Но, тем не менее, договорный элемент вновь возвращается в Веймарскую конституцию в той мере, в какой она сохраняет союзно-государственную организацию, в результате чего, —

¹¹⁸ *Seydel*, Bayerisches Staatsrecht, 2. Aufl., II Bd. (1896) S. 565 f. *Зайдель* объявляет конституционное примирение ценным средством толкования, политическое значение которого заключается в том, что в нем выражаются совпадающие правовые представления короны и палат (S. 571). Конституционное примирение опубликовано в: *Stoerk-Rauchhaupt*, Handbuch der deutschen Verfassungen S. 109. О взаимосвязи понятия конституции и толкования конституции особенно ясно сказано в: *R. Mohl*, Verantwortlichkeit der Minister, 1837, S. 173 f.: «Однако если нуждающийся в прояснении закон еще не определен подобным удовлетворительным образом, то действуют следующие положения: 1. Конституционный документ есть инструмент договора относительно установленных принципов правления, заключенного между государем и народом по общему согласию» и т.д.

¹¹⁹ *Betrachtungen über politisches Recht*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. I (Berlin 1930) S. 63; также см.: *F.W. Jerusalem*, Die Staatsgerichtsbarkeit, S. 97 f. На «аналогию международных споров» уже указывали: *R. Thudichum* a.a.O. S. 681; *R. Mohl*, Verantwortlichkeit der Minister, 1837, S. 209.

даже если исчезает союзная основа, — в качестве конституционной неизбежно признается федералистская часть, т.е. содержащая договорные отношения. Тем самым создается основание и для союзно-государственного вида Государственного суда, рассмотренного в предыдущем параграфе. Но наряду с этим в действительности нашего сегодняшнего конституционного состояния появляется еще один элемент, родственный договорному или дополнительный к нему, — а именно плюралистический элемент. Развитие многих социальных групп, политических партий, лоббистских ассоциаций и других организаций происходит в направлении того, что в Германском рейхе множество устойчиво организованных комплексов с собственными бюрократиями и целой системой вспомогательных и опорных организаций распространяется за пределы земель и присваивает себе государственное волеобразование, а также общественные властные позиции в рейхе, землях и органах самоуправления. В качестве носителя этого плюрализма, который будет рассмотрен ниже, могут рассматриваться различные социальные величины и властные комплексы: устойчиво организованные политические партии, лоббистские ассоциации (союзы промышленников, земельные союзы, профсоюзы) и религиозные общества. Они существуют и действуют в качестве носителей отчасти прочного и устойчивого, предсказуемого многообразия социальной власти. Их значение для различных областей (внешняя политика, экономика, культура, мировоззрение) различно и может быть правильно понято лишь в их систематической взаимосвязи; это плюралистическое разделение государства достаточно заметно в качестве тенденции. Прежде всего, можно выявить то воздействие, которое важно здесь для проблемы конституции как договора: сама конституция и происходящее в ее рамках государственное волеобразование выступает в качестве компромисса различных носителей государственного плюрализма. Таким образом, коалиции этих социально-властных организаций, сменяющиеся в зависимости от предмета компромисса (внешняя политика, экономическая политика, социальная политика, культурная политика), превращают само государство в плюралистическое образование. В теоретической литературе с большой конституционно-теоретической беззаботностью уже прокламируется тезис, будто парламентское государство вообще по своей сути есть компромисс¹²⁰. Тем самым, хотя,

H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925, S. 324 (с типичной либеральной подменой либерализма и демократии); *Wesen und Wert der Demokratie*,

вероятно, и не осознавая всех конституционных последствий, прямо говорят о том, что сегодняшнее государство вместе с его конституцией есть объект компромисса социальных величин, участвующих в компромиссном договоре.

Сама Веймарская конституция также часто понимается и определяется в качестве компромисса, причем как в целом, — когда в ней видят «классовый мир», «религиозный мир» или хотя бы лишь «перемирие» между немецким рабочим классом и немецкой буржуазией, католиками и протестантами, христианами и атеистами и т.д.,¹²¹ — так и применительно к важнейшим разделам и определениям, например, о церкви и школе, причем выражение «школьный компромисс» стало особенно употребимым и не является ничего не значащим. Во всех подобных случаях плюралистического расщепления государственного и конституционного единства воплощающие плюрализм партии выдвигают притязание на саму конституцию, т.е. на государственную власть и ее осуществление. Конституция становится их конституцией, это они заключили ее. Они требуют права на участия в государственной власти, так как могут сослаться на то, что являются носителями компромисса, т.е. контрагентами договора, в результате которого появилась как сама конституция, так и все остальные виды государственного волеобразования. Их разногласия все больше напоминают международные споры и потому разрешаются сначала посредством двусторонних переговоров, арбитража, и в конечном счете (если имеет место добровольное признание

2. Aufl. Tübingen 1929, S. 57; также особенно характерным является: Bericht über Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5 S. 81, где компромиссный характер современного демократического государства связывается с конституционным правосудием в союзном государстве. При этом весь доклад построен на том, что конституция есть конституционный закон, а конституционный закон есть норма. Многозначное понятие нормы вновь оказывается здесь средством для смещения понятий: если все, что угодно, считается нормой, то даже фундаментальное, теоретически и практически находящееся в центре любого конституционно-правового обсуждения отличие понятия конституции, — является ли конституция политическим решением однородного в себе народа, законом (какого законодателя?), договором или компромиссом (каких договаривающихся сторон?) — может исчезнуть, и тогда все (решение, закон и договор) может быть объято словом «норма».

¹²¹ Об этом см.: *Carl Schmitt*, Hugo Preuß; sein Staatsbild und seine Stellung in der deutschen Staatslehre, Tübingen (Recht und Staat, Heft 72) 1930, S. 31/32.

и арбитрабельный или юстициабельный спор) также посредством судебного решения. В сегодняшнем немецком учении о государстве и конституции отсутствует систематическое осознание этого положения. Кроме того, заинтересованные стороны этого плюрализма чаще всего не хотят, чтобы их практика предстала в свете систематического изучения. Они не заинтересованы даже в том, чтобы доводить до конца практические выводы, так как уже из оглядки на своих сторонников и избирателей по возможности пытаются избежать политических рисков. Так, множество всего используется для того, чтобы с помощью так называемого формализма скрыть действительность и держать ее в двусмысленном туманном свете посредством неясного антитезиса «правового» и «политического», служащего для всех в качестве укрытия и убежища.

Во многих правовых спорах, рассматриваемых сегодня Государственным судом Германского рейха, легко заметить, что подлинными сторонами правового спора являются подобные социальные властные образования или их партийные коалиции, так что процесс лишь отражает плюралистическую структуру государства. Даже в спорах между рейхом и землями часто в действительности процесс против некой партийной коалиции ведет враждебная ей партия. То, что здесь происходит сделки, и подобные сделки заключаются как нечто вполне само собой разумеющееся, есть самое лучшее доказательство того, что политические партии при всеобщем признании рассматривают предмет конституционного спора как нечто, подпадающее под их договоренности и соглашения, т.е. находящееся в их распоряжении. Так в недавно завершеном споре (декабрь 1930 года) между рейхом и Тюрингией из-за блокирования средств на полицейские расходы была заключена подобная сделка.¹²² Хотя в подобном случае решение по предмету спора можно оправдать тем, что,

¹²² Сделанное председателем Государственного суда и принятое сторонами предложение о сделке имело, по сообщениям прессы от 23 декабря 1930 года, следующее содержание:

Стороны согласны в том, что вопрос о том, является ли и в какой мере Национал-социалистическая рабочая партия Германии подрывной или преследующей иные наказуемые цели, не может и не должен рассматриваться в рамках нынешнего процесса. Точка зрения, которую каждая сторона имеет по этому вопросу, ни в коем случае не затрагивается данной сделкой и содержащимися в ней заявлениями. Стороны исходят из того, что принципиальный вопрос будет вскоре прояснен в другом, еще незавершенном процессе в Имперском суде.

во-первых, речь идет о союзно-государственном отношении между рейхом и землей, из которого невозможно полностью устранить федералистский, т.е. договорной элемент, и которое в конкретном случае, кроме того, помимо конституции регулируется многочисленными соглашениями и договоренностями; во-вторых, спор затрагивает финансовые притязания, особый характер которых уже был признан практикой временных распоряжений Государственного суда.¹²³ Однако совершенно иного рода знаменитая сделка между прусским Государственным советом и прусским Государственным министерством от 31 октября 1923 года, содержащая со-

Рейх прекращает блокировать средства на полицейские нужды; удержанные до сих пор суммы будут выплачены задним числом. Земля Тюрингия отзывает свой иск из Государственного суда.

Земля Тюрингия повторно безусловно признает ответственность за сохранение неполитического характера полиции общественной безопасности (Schutzpolizei) как целого, а также за неполитическое поведение отдельных служащих. В соответствии с этим, тюрингское правительство при принятии на службу, повышении и перемещении полицейских чинов будет руководствоваться не партийно-политическими взглядами, но исключительно исходя из единства и интересов службы. Стороны согласны в том, что принципиальный отказ зачислять на службу социал-демократов несовместим с этим точно так же, как и передача списка кандидатов в партийную организацию в целях установления партийной принадлежности.

Гарантии соблюдения этих обязательств берет на себя тюрингское Государственное министерство в его совокупности (!).

Этой сделкой не затрагивается вопрос о том, обосновывают ли принципы и соглашения, на основании которых землям выплачиваются средства на полицейские расходы, правовую обязанность по выплате или лишь политическое обязательство рейха.

¹²³ Например, в решении от 17 ноября 1928 года, RGZ. Bd. 122 S. 18 f.; *Lammers-Simons I S. 175* (продолжение выплат); в противовес решению от 13 июля 1929 года, *Lammers-Simons II S. 99*: «В соответствии с этим Государственный суд не может даже посредством временных распоряжений предотвратить обнаружение принятых законов»; но прежде всего решение от 17/18 июля 1930 года (RGZ. 129 Anhang S. 28), представляющее здесь особый интерес, поскольку иск по временной выплате рейхом Тюрингии средств на полицейские нужды (т.е. денежных сумм) отклоняется здесь с помощью уже упоминавшегося выше принципиального замечания о том, «что Государственный суд и в дальнейшем будет так же, как это было до сих пор, с крайней осторожностью и бережностью использовать средство временных распоряжений».

глашение этих двух органов относительно толкования и применения ст. 40 прусской конституции и на основании этого соглашения называемая¹²⁴ еще не оконченный процесс беспредметным и завер-

¹²⁴ Сделка опубликована в: *Ludwig Waldecker, Die Verfassung des Freistaates Preußen*, 2. Aufl. 1928 (*Stilkes Rechtsbibliothek* Nr. 4 S. 110 ff.). Ее текст настолько характерен, что с учетом интересующих нас здесь важных формулировок его следует процитировать развернуто:

I. Участники спора согласны во мнении, что ст. 40, п. 1 Прусской конституции предоставляет Государственному совету самостоятельное право на получение информации от Государственного министерства, независимо от его задач согласно п. 2–4 этой статьи, но не особое право на экспертизу, контроль и участие, как уже было прямо подчеркнуто в тексте жалобы Государственного совета от 20 октября 1922 года (LT-Drucks. 4761). В остальном участники спора желают сделать осуществление этого принципа в отдельном случае предметом соответствующего соглашения, причем Государственное министерство уже сейчас открыто заявляет о своей готовности по возможности информировать Государственный совет по всем важным вопросам и относительно общего направления инструкций прусскому представителю в рейхсрате.

II. Участники спора едины в том, что вопрос о том, обязано ли Государственное министерство публиковать и те принятые ландтагом законы, при внесении которых не были проведены экспертные слушания Государственного совета, не может быть разрешен без привлечения ландтага. Однако Государственное министерство безусловно признает в отношении Государственного совета, что определением ст. 40, п. 2 Прусской конституции оно безусловно обязано своевременно информировать Государственный совет обо всех законопроектах до их внесения в ландтаг с целью проведения экспертизы.

III. Государственное министерство считает открытым в отношении Государственного совета вопрос, следует ли различать толкование ст. 40, п. 4 Прусской конституции между административными и правовыми распоряжениями в смысле установленной при применении ст. 51 практики и лишь при административных распоряжениях заслушивать Государственный совет или его профильный комитет. Однако все случаи, в которых речь идет о смешанных правовых и административных распоряжениях, или в которых в этом направлении характер распоряжения кажется сомнительным, оно будет решать в пользу слушаний в Государственном совете.

Государственный совет в свою очередь считает открытым сформулированный выше вопрос в отношении Государственного министерства, но будет для срочных или важных исполнительных распоряжений, будь

шенным. Этот случай показывает, насколько стороны конституционного спора внутри земли при участии Государственного суда рассматривают предмет конституционного спора как нечто, подпадающее под их договоренности и соглашения. Однако здесь предметом спора является не что иное, как осуществление конституционных полномочий и компетенций.

Разрешение споров в форме процесса всегда с легкостью приводит к координации действий сторон, особенно если преобладает представление о гражданском процессе и его аналогии переносятся на конституционный процесс. Тогда координация между сторонами, существующая в ситуации процесса, соединяется с координацией, которая существует в рамках договорных представлений и применительно к предмету спора содержится в уравнивании сторон процесса и сторон договора, так что обе взаимно поддерживают и усиливают друг друга. Лишь при расследовании явных нарушений конституции действительна аналогия уголовного процесса. В остальном неожиданно разворачиваются точки зрения и аргументы гражданского процесса. Так, в решении Государственного суда от 3 декабря 1927 года говорится: «При проверке вопроса, представляет ли собой отдельный спорный случай правовой спор, следует исходить из посыла заявителя, подобно тому, как в гражданском процессе при проверке допустимости правового рассмотрения за основу берутся утверждения истца».¹²⁵ В отдельных случаях это может быть вполне верным, но нуждается в дальнейшей дифференциации; прежде всего, следует учитывать особенность государственного и конституционного правосудия, которое не может по примеру гражданского процесса разделять право участия в качестве стороны и актив-

то административные или правовые распоряжения, проводить укороченную процедуру слушаний, необходимую для государственных нужд.

IV. Предстоящее соглашение было представлено на одобрение участников спора представителями при заключении сделки: тайным советником юстиции, профессором д-ром *Калем* — за Государственный совет, статс-секретарями д-ром *Фройендом* и *Фритце* — за Государственное министерство. Это одобрение было получено со стороны Государственного министерства в июле, со стороны Государственного совета — в октябре 1923 года. Представитель Государственного совета проинформирует об этом председателя Государственного суда. Продолжающийся процесс должен тем самым считаться беспредметным и завершенным.

¹²⁵ Entscheidung vom 3. Dezember 1927, RGZ. 120, Anhang S. 1 f.; *Lammers-Simons I* S. 147.

ную легитимацию. И наоборот, если гражданский процесс одним единственным предложением аподиктически без дальнейшей аргументации или дифференциации выставляется в качестве основополагающей аналогии и считается чем-то очевидным и само собой разумеющимся, то это неверно и вводит в заблуждение.

В государственно-правовой литературе заметны подобные тенденции. Если предыдущая государственно-правовая теория, как и теория публичного права вообще, со всей решимостью исходит из того, что не существует никакого права на участие в государственной власти и никакого права на получение должности для ее осуществления, и что обладатель публично-правовых полномочий или компетенций ни в коем случае не распоряжается ими как своим субъективным правом, а сингулярность, аномальность и архаичность монархии, напротив, усматривалась именно в том, что монарх обладал правом на должность и свои государственные полномочия, что в современном государстве якобы совершенно немыслимо, — как известно, на этой сингулярности положения монарха *Бернацик* построил свою юридическую дефиницию различения монархии и республики,¹²⁶ — то сегодня различные инстанции, участвующие в государственном волеобразовании, превращают толкование конституции и осуществление своих полномочий в предмет договоренностей и процессов, проходящих по аналогии с гражданским процессом, и при этом государственно-правовая литература не находит в этом чего-то особенного. Кажется, что здесь, как и в иных случаях, она скорее ограничивается регистрацией прецедентных случаев, и оставляет будущему далеко идущие последствия сначала неосознанно введенного, совершенно нового государственного принципа. Впрочем, в самой значительной до сих пор публикации на эту тему, в уже многократно цитировавшемся сочинении *Трипеля* «Споры между рейхом и землями» (1923), в соответствии с темой рассматриваются лишь союзно-государственные правовые споры, т.е. такие, при которых договорная координация сторон может быть оправдана федералистским элементом имперской конституции, и хотя *Трипель* очень широко определяет понятие спора, он все же тридерживается того, что земля не может подавать жалобу без учета «особого отношения к праву». В этом смысле здесь явно подчеркивается взаимосвязь полномочия подачи жалобы и субъективного публичного права. Государственный суд также ни в коем случае не стремится в каждом нарушении действующего конституционного определения

¹²⁶ *Bernatzik, Republik und Monarchie, 2. Aufl. Tübingen 1919 (1. Aufl. 1892).*

усматривать нарушение субъективного права и тем самым основание для подачи жалобы.¹²⁷ Но, несмотря на это, субъективное публичное право легко конструируется и утверждается в большинстве случаев нарушения интересов, причем оно должно приводить лишь к обоснованию жалобы.¹²⁸ Именно обоснованность понятия правового спора понятием субъективного права делает понятие конституционного спора внутри земли еще более сложным и проблематичным. Ведь субъективные публичные права санкционировали бы в данном случае лишь плюралистическое разложение государства.

К сожалению, чаще всего этого не понимают. *Ф.В. Ерузалем* в своей книге о государственном правосудии¹²⁹ определяет объем государственного правосудия словами о том, что «все, что относится к процессу государственного волеобразования, носителями которого являются государственные органы», относится и к сфере государственного правосудия. Он стремится «также признать за занимающим положение органа носителем в таком его качестве субъективные права», которые «как таковые, как в гражданском правосудии (!)», становятся предметом жалобы. Государственный орган, говорит он, также «может быть носителем субъективного права, если правопорядок предусматривает за ним сферу самостоятельности в осуществлении своей деятельности как органа». К этому он добавляет вполне характерное ограничение: «Естественно, субъективное право носителя органа на основании сегодняшнего государственного права, например, никогда не приблизится к полномочию на наследование». Хотелось бы на это надеяться, — не хватало еще, чтобы правоведение настолько развило идею родства сегодняшнего плюрализма со средневековым феодальным и сословным государством с его благоприобретенными правами, что даже попыталось бы гарантировать обладание властью еще и в качестве наследственного права. Но подобные предложения крайне симптоматичны для степени разложения понятия государства и заслужи-

¹²⁷ Entscheidung vom 17. November 1928, RGZ. Bd. 122, Anhang S. 18 f.; *Lammers-Simons* I S. 169: «Точно так же, если принцип равенства земель должен признаваться в качестве неписаного содержания имперской конституции, то отсюда Пруссия еще не может выводить свое субъективное публичное право, в силу которого она была бы вправе выступить против содержания имперского закона, в остальном (!) принятого в соответствии с конституцией».

¹²⁸ Entscheidung vom 3. Dezember 1927, RGZ. 120, Anhang S. 1 f.; *Lammers-Simons* I S. 147.

¹²⁹ *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1930, S. 51/53.

вают самого серьезного внимания. *Ерузалем* завершает этот абзац следующим тезисом: «Тем, что оно (государственное правосудие) в соответствии с конституцией разрешает споры между органами по поводу их компетенции, имперская конституция признала деятельность государственных органов в качестве предмета субъективных прав в той мере, в какой те имеют полномочие отстаивать свои компетенции в отношении других органов посредством соответствующих обращений к государственному правосудию». Формулировку *Анцюца* (Kommentar S. 154), что полномочие государственного органа подобно субъективному праву, *Ерузалем* находит «сомнительной», но лишь потому, что она идет недостаточно далеко: скорее подобное полномочие должно быть тождественно субъективному праву. Столь же характерна формулировка *М. Левенталя*, который находит различие государственного и административного правосудия в том, что в государственном правосудии задействуются права на участие в государственной власти, а в административном правосудии — права против государственной власти.¹³⁰ Практика Государственного суда Германского рейха чрезвычайно осторожна в отношении подобных теоретических конструкций и не позволяет превращать себя в инструмент государственного плюрализма. В особенности она допускает полномочие политических партий лишь в отношении споров относительно избирательного права,¹³¹ а полномочие фракций политических партий — даже не в целом, а при строгом ограничении.¹³² Кроме то-

Reichsverwaltungsblatt 1929, S. 526. Тем примечательнее, что в рецензии на книгу *Ерузалема* (Reichsverwaltungsblatt 1930, S. 748) *Левенталь* очень решительно и метко высказывается против конструкции субъективных прав государственного органа.

Entscheidung vom 17. Dezember 1927, *Lammers-Simons* I S. 334 und 345.

Фракции в качестве партий допускаются по следующим предметам спора: действительность выборов в ландтаг; срок полномочий земельного собрания; назначение комиссий по расследованию; действенность законов, в принятии которых они участвовали или имели право участвовать; конституционность чрезвычайного постановления; в остальном «их полномочие может быть обосновано лишь особыми обстоятельствами»; см. перечисление прецедентных случаев и принципиальное изложение в решении от 24 июня 1930 года (RGZ. 129, Anhang S. 8). Тем не менее здесь не следует далее обсуждать право партий обращаться в Государственный суд; рассмотрение этого вопроса, до сих пор отсутствовавшее в систематическом изложении, будет представлено *Э. Фризенханом* (Бонн).

го, поскольку конституционные споры внутри рейха не относятся к компетенции Государственного суда, то тенденция к плюрализму, заложенная в расширении понятия конституционного спора, лишается своих наиболее опасных возможностей.

Тем не менее, крайние последствия подобных конструкций субъективных прав заслуживают теоретического внимания: конституция перестала бы рассматриваться как политическое решение всего, единого в себе народа; так называемые государственные органы, т.е. обладатели полномочий государственной власти, могли бы рассматривать свои властные полномочия и компетенции в качестве субъективных прав, которые они осуществляют и в случае необходимости отстаивают в отношении враждебных организаций от имени социальных организаций, в качестве уполномоченных которых они становятся «государственными органами». Государственное волеобразование в целом и во всех важных деталях превратилось бы в компромисс, партнеры которого — носители социальной власти, образующие плюралистическое государство — в зависимости от ситуации то использовали бы субъективные права на обладание государственной властью посредством назначенных ими государственных органов, то, если речь заходит о том, чтобы избежать политического риска, вспоминали бы о том, что те являются «формальными» и собственно вообще не существуют.

Подобным тенденциям я противопоставил в моем «Учении о конституции» систему демократического конституционного государства с позитивным понятием конституции. Если придерживаться того, что Веймарская конституция означает политическое решение единого немецкого народа как носителя конституционно-учредительной власти и в силу этого решения Германский рейх есть конституционная демократия, то вопрос гаранта конституции может быть разрешен иначе, нежели посредством фиктивного соответствия форме юстиции.

II. КОНКРЕТНОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ ПОЛОЖЕНИЕ В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ

1. ПЛЮРАЛИЗМ, ПОЛИКРАТИЯ И ФЕДЕРАЛИЗМ

Конкретное конституционное положение сегодняшнего Германского рейха будет кратко охарактеризовано здесь посредством трех понятий: плюрализм, поликратия и федерализм. При

этом речь идет о трех отличных друг от друга явлениях развития наших государственно-правовых отношений, различным образом проявляющихся в различных областях государственной жизни. Названные три феномена на первый взгляд связаны между собой лишь общим противостоянием, противостоянием замкнутому и полному государственному единству, в остальном же отличаются между собой по своей природе. Слово федерализм должно здесь выражать параллельное сосуществование множества государств внутри одной союзно-государственной организации; множественность государственных образований присутствует здесь на государственной почве. Напротив, плюрализм, обозначает множество прочно организованных, пронизывающих все государство, — т.е. как различные области государственной жизни, так и территориальные границы земель и автономные местные корпорации, — социально-властных комплексов, которые как таковые присваивают себе государственное волеобразование, оставаясь при этом лишь социальными (негосударственными) образованиями. И, наконец, поликратия есть множество автономных с точки зрения права участников общественного хозяйства, самостоятельностью которых ограничивается государственная воля. Для первого, предварительного различения можно сделать следующее противопоставление: плюрализм обозначает власть многих социальных величин над государственным волеобразованием; поликратия возможна на почве изъятия из государства и обретения самостоятельности по отношению к государственной воле; в федерализме оба аспекта соединяются в антитезе, которую сформулировал *Карл Бильфингер*: влияние на волеобразование рейха и свобода от рейха в сфере собственной независимости и самостоятельности. Эти короткие дистинкции не должны стать чем-то вроде исчерпывающих дефиниций, но лишь служить исходным пунктом для обзора нашего нынешнего конституционного положения.

Каждое из трех явлений в отдельности может рассматриваться и исследоваться самостоятельно. Однако в реальности государственной жизни они чаще всего будут проявляться вместе с одним и двумя другими, будь то в союзе с ними, будь в противостоянии и противодействии им. Всегда одно может прикрыться другим и, несмотря на это, находить в злоупотреблениях другого свое собственное оправдание. Так, например, выходящие за границы земель, прочно организованные, поддерживающие плюрализм социально-властные комплексы с их пронизывающими весь рейх

политическими партиями могут объявляться защитой от угрозы федерально-партикулярного расщепления рейха; но когда данные партии приходят к власти в одной из земель, то они могут, наоборот, также прибегать к федералистским элементам имперской конституции против одной из враждебных им партий, задающих тон в рейхе. Поликратия общественного хозяйства — насколько она осуществляется местными автономными корпорациями и в особенности местным самоуправлением — также может служить политической партии и социально-властному комплексу, к которому относится партия, в качестве опоры и вспомогательного средства против другой партии, хотя и не в той мере, что федералистская самостоятельность; но тогда весь традиционный пафос самоуправления в действительности служит плюрализации немецкой государственности. Федерализм может оправдать себя тем, что он является организацией государства и тем самым нейтрализует и преодолевает носителей власти в условиях плюрализма, действующих исключительно социально, а потому без государственного чувства ответственности. Так что всегда, в зависимости от тактического положения, одно явление может разыгрывать или использовать другое, поддерживать или подрывать его, противостоять или содействовать ему. На данном запутанном беспорядке центробежных сил и системе центростремительных встречных движений стоит сегодняшний Германский рейх.

Особенно плюралистические тенденции, которые уже обозначились в определенном, затронутом выше понимании государственной юрисдикции, вовсе не являются случайными и разрозненными явлениями. Скорее они относятся к тем силам, без учета которых сегодняшние конституционные отношения Германии останутся необъяснимыми, и которые следует охарактеризовать здесь, по крайней мере, при помощи нескольких кратких объяснений, чтобы тем самым сделать возможным понимание как конкретной ситуации действующей имперской конституции, так и конкретной проблемы гаранта конституции. Каждый институт и даже каждая норма имеет в себе, в качестве имманентной предпосылки своего существования или своей действительности, данную взаимосвязь с определенной ситуацией, и взаимосвязь становится более интенсивной и непосредственной в той мере, в какой учреждение приближается к политическому центру государственного волеобразования. То, что в Германии на протяжении длительного времени пытались учредить гаранта конституции без предметного понятия конституции и конституционного судебного производства, достаточно странно.

Однако еще более странно, что подобное учреждение, немислимое вне статичности и постоянства, стремились поместить в ситуацию, подробное рассмотрение которой и даже простой взгляд на которую отвергали в принципе.

2) Превращение парламента в арену плюралистической системы

Конституционная ситуация настоящего времени характеризуется, прежде всего, тем, что многочисленные учреждения и нормативные установления XIX века остались неизменными, однако сегодняшняя ситуация полностью изменилась по сравнению с предшествующей. Германские конституции XIX века относились к эпохе, основную структуру которой великое немецкое государственное право того времени сформулировало в ясной и удобной формуле: различие государства и общества. При этом уже другой вопрос, который нас здесь не интересует, как оценивается государство, а как общество, ставится ли одно выше другого или нет, является ли одно зависимым от другого и каким образом и т.д. Все это не отменяет самого различия. Далее следует учитывать, что в существенной мере «общество» было полемическим понятием, направленным против существовавшего монархического военно-чиновнического государства, и в качестве противопоставления имело в виду конкретное, существовавшее тогда монархическое государство военных и чиновников, в противовес которому все, что не относилось к этому государству, как раз и называлось «общество». Тогда государство было отличимо от общества. Оно было достаточно сильным, чтобы самостоятельно противостоять остальным социальным силам и тем самым самому определять образование групп, так что многочисленные различия внутри «свободного от государства» общества — конфессиональные, культурные, экономические противоречия — релятивировались им, а в случае необходимости также и посредством совместного противостояния ему, и не препятствовали объединению в «общество». Однако с другой стороны оно придерживалось значительной нейтральности не-интервенционизма в отношении религии и хозяйства и в широкой мере уважало автономию данных областей жизни и деятельности; то есть оно не было абсолютистским и достаточно сильным в том смысле, чтобы лишить все негосударственное всякого значения. Таким образом, было возможно равновесие и дуализм; в частности можно было считать возможным вне-религиозное и внемировозренческое, даже совершенно агно-

стическое государство и конструировать свободное от государства хозяйство, как и свободное от экономики государство. Однако определяющей точкой соотнесения все же оставалось государство, поскольку оно представало перед глазами в конкретной очевидности и различимости. Еще и сегодня многозначительное слово «общество», насколько это интересно здесь, прежде всего, обозначает то, что не есть государство, и в частности то, что не есть церковь.¹³³ Данное различие в качестве предпосылки лежит в основании всех важных учреждений и нормативных установлений общественного права, которые развились в ходе XIX века в Германии и составляют сегодня большую часть нашего общественного права. То, что государство немецкой конституционной

¹³³ Наиболее простое и ясное описание часто необозримо многозначных представлений об «обществе» см.: *Eduard Spranger, Das Wesen der deutschen Universität (Akademisches Deutschland III, 1, S. 9)*: «В немецком социологическом словоупотреблении принято, что бесконечное разнообразие свободных и организованных, выросших и созданных, временных и длительных форм человеческого совместного бытия, которые не являются церковью и государством, кратко обозначать как “общество”. Это образование столь же туманно как “среда”». Это замечание *Шпрангера* затрагивает негативный характер представления об «обществе». Однако, как мне кажется, оно не соответствует тому другому историческому факту, что «общество» в конкретной ситуации XIX века обладало не только негативным, но помимо этого и вполне специфически политическим, т.е. полемическим смыслом, в результате чего слово перестает быть туманным и обретает конкретную точность, какую одно политическое понятие получает благодаря своему конкретному контр-понятию. В результате этого понятия данной ситуации, образованные с помощью слова *societas*, насколько они обрели историческое значение, также чаще всего имеют оппозиционный смысл: не только «социализм», но также и «социология», которая — как говорит *Карл Бринкманн* — возникла как «оппозиционная наука» (*Carl Brinkmann, Versuch einer Gesellschaftswissenschaft, München und Leipzig 1919*). Г-н студент права *Г. Вибек* из Берлина обратил мое внимание на одно место книги *Хаснера (L. v. Hasner, Filisofie des Rechtes und seiner Geschichte in Grundlinien, Prag 1851, S. 82)*, содержащее следующую интересную для дальнейшего изложения в основном тексте мысль, а именно относительно общества, «преобладающего в самоорганизации»: «Однако общество как роящаяся, неорганизованная масса есть не этическая, но лишь переходная, историческая форма. В организованном виде она становится этической, т.е. самим государством, если последнее должно быть чем-то большим, нежели *abstractum*».

монархии с его противопоставлениями государя и народа, короны и палаты, правительства и народного представительства было вообще сконструировано «дуалистически», является лишь выражением более общего, фундаментального дуализма государства и общества. Народное представительство, парламент, законодательный корпус мыслились как арена, на которой общество выступает и противостоит государству. Здесь оно должно объединиться с государством (или государство с ним).¹³⁴

Во всех важных понятийных образованиях проявляется основная дуалистическая структура. Конституция — рассматривается как договор между государем и народом. Существенное содержание государственного закона обнаруживается в том, что он есть вмешательство в свободу и собственность граждан». Правовое предписание (*Rechtsverordnung*) обращено ко всем гражданам государства, в отличие от административного предписания (*Verwaltungsverordnung*), затрагивающего лишь ведомства и чиновников. Бюджетное право основано на представлении, будто между двумя партнерами регулярно заключается бюджетное соглашение, и даже в последнем издании учебника Майера-Анщюца (*Meyer-Anschütz*, 1919, S. 890, 897) закон о бюджете называется «бюджетным соглашением». Когда для такого управленческого акта, как составление государственного бюджета, требуется т.н. формальный закон, то в данной формализации проявляется не что иное, как политизация понятия: политическая власть парламента достаточно велика, чтобы, с одной стороны, установленная норма считалась законом лишь в случае участия парламента и одновременно, с другой стороны, чтобы навязать формальное, т.е. независимое от предметного содержания понятие закона; т.е. данная формализация лишь только выражает политический успех народного представительства в отношении правительства, общества в отношении монархического чиновнического государства. Самоуправление также предполагает во всех своих учреждениях различие государства и общества; самоуправление есть часть общества, противостоящего государству и его чиновничеству; его понятия и учреждения

¹³⁴ Например, см.: *Lorenz von Stein*, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, Bd. 2 (Ausgabe von *Gottfried Salomon*, München 1921, II, S. 41): Палата есть орган, «посредством которого общество овладевает государством». Или см. другое глубоко содержательное замечание: *Rudolf Gneist*, *Die nationale Rechtsidee von den Ständen*, Berlin 1894, S. 269: всеобщее требование тайного голосования есть «верный признак затопления государства обществом».

формулировались и развивались в XIX веке на основе данной предпосылки.

Подобное «дуалистическое» государство есть балансирование двух различных видов государства: правительственного и законодательного государства одновременно. Оно тем больше превращается в законодательное государство, чем больше парламент в качестве законодательной корпорации проявляет свое превосходство над правительством, — т.е. чем больше тогдашнее общество проявляет свое превосходство над существовавшим тогда государством. Все государства можно разделить по сфере государственной деятельности, в которой находится центр их деятельности. В соответствии с этим существуют государства юстиции или лучше государства правосудия, помимо этого государства, в сущности, являющиеся правительством или исполнительной властью, и наконец, законодательные государства. Средневековое государство, как в значительной мере англосаксонское мышление о государстве вплоть до настоящего времени, исходит из того, что ядро государственной власти заключено в юрисдикции. Государственная власть и юрисдикция здесь отождествляются, как это еще и сегодня соответствует способу выражения в *Codex Juris Canonici* (например, cap. 196, 218), хотя при этом следует учитывать, что основополагающее описание власти римско-католической церкви и ее высших должностей проявляется не в образе судьи, а в виде пастыря во главе своего стада. Абсолютистское государство, принимающие свои формы, начиная с XVI века, возникло именно из краха средневекового, плюралистического, феодально-сословного правового государства и его юрисдикции и опиралось на военных и чиновничество. Поэтому в существенной мере это государство *исполнительной власти и правительства*. Его *ratio, ratio status*, часто неверно истолкованный государственный резон, находится не в содержательных нормах, а в эффективности, с которой он создает ситуацию, когда вообще впервые могут действовать нормы, поскольку государство кладет конец причине всех беспорядков и гражданских войн — борьбе за нормативно правильное. Это государство «устанавливает общественный порядок и безопасность». Лишь после того, как это произошло, законодательное государство буржуазно-правовой конституции смогло проникнуть в него. В т.н. чрезвычайном положении тогда проявляется соответствующий центр государства. Государство юстиции использует для этого право объявлять чрезвычайное положение (*Standrecht*) (точнее юрисдикцию объявления положения), т.е. суммарную юстицию; государство исполни-

тельной власти, — прежде всего, передачу исполнительной власти, в случае необходимости связанную с отменой основных прав; законодательное государство — постановления о введение особого и чрезвычайного положение, т.е. суммарную законодательную процедуру.¹³⁵

При подобном разделении и типизации видов государства всегда следует иметь в виду, что чистое законодательное государство так же мало возможно, как и чистое государство правосудия или государство, которое без остатка являлось не чем иным, как правительством и управлением. В этом смысле любое государство есть соединение и смешение этих видов, некое *status mixtus*. Однако посредством данной оговорки можно прийти к полезной характеристике государств в зависимости от центральной области государственной деятельности. Поэтому будет справедливо и чрезвычайно продуктивно для решения проблемы гаранта конституции, если мы охарактеризуем возникшее в XIX веке буржуазное правовое и конституционное государство как законодательное государство. Как метко заметил *Рихард Тома*, «видоопределяющей тенденцией современного государства» стало то, что решение, «о разумности и справедливости которого всегда можно спорить», «передается от судьи законодателю».¹³⁶ Государство правосудия возможно, пока содержательно определенные нормы предполагаются и бесспорно признаются даже без сознательного и писаного установления норм со стороны некой организованной центральной власти. В законодательном государстве, напротив, не может существовать никакой конституционной юстиции или государственной юрисдикции в качестве подлинного гаранта конституции. Это последняя причина того, что в подобном государстве юстиция не может самостоятельно решать спорные конституционные и законодательные вопросы.

¹³⁵ Подробнее о чрезвычайном положении см. ниже. В сочинении *Л. Вальдекера* (*Ludwig Waldecker, Die Grundlagen des militärischen Verordnungsrechtes in Zivilsachen während des Kriegszustandes, AöR. XXXVI (1917) S. 389ff.*) верно подмечена взаимосвязь государства юстиции и права объявления чрезвычайного положения, однако не верно истолкована последовательность дальнейшего развития.

¹³⁶ *Richard Thoma, Grunrechte und Polizeigewalt (Festgabe für das Preußische Oberverwaltungsgericht) Berlin 1925, S. 223; несколько иначе в речи на Германском съезде правоводов государственного права в Вене, 1928: Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, S. 109; далее см.: Reichsgerichtsfestschrift 1929, S. 200; Handbuch des Staatsrechts, Bd. II S. 109, 136/37.*

В этой связи заслуживает подробного цитирования высказывание *Блунчли*, поскольку за предметную ясность и мудрость конкретного знания оно может считаться классическим фрагментом из государственного права XIX века. *Блунчли* признает, что конституция, само собой разумеется, действительна и для законодательства, которое ни в коем случае не имеет права делать то, что ему прямо запрещается. Он может по достоинству оценить причины и преимущества американской практики судебной проверки законодательства. Он продолжает далее: «Но если иметь в виду то, что законодатель, как правило, убежден в конституционности закона и стремится к ней, и тем не менее, по этому поводу очень быстро возникают различные мнения, так что, если его притязание может стать предметом спора, то суд, вероятно, будет иного мнения по этому вопросу, нежели законодатель; если учесть, что в данном случае все же более высокий авторитет законодателя должен уступить менее высокому — если не по принципу, то по действию — авторитету судов, и представитель всей нации в конфликте с одним из органов государственного тела должен встать позади него; если подумать о расстройстве и разладе, которые таким образом проникают в целостное движение государственной жизни, и вспомнить, что суды в их сегодняшнем виде в основном призваны исследовать частноправовые нормы и правоотношения и в основном склонны к тому, чтобы делать акцент на формально-логических моментах, тогда как здесь часто речь идет именно о важных государственно-правовых интересах и всеобщем благополучии, учитывать и поддерживать которые есть задача законодателя: то все же следует отдать предпочтение европейской системе, хотя она не защищает от всех бед и также частично ответственна за несовершенство человеческих отношений. Против несправедливых приговоров верховных судов, как правило, также не существует никакого внешнего вспомогательного средства. Однако законодательный корпус своим формированием несет важнейшие гарантии того, что он не станет использовать свои полномочия вопреки духу конституции».¹³⁷ Ключевым является последнее предложение. Оно показывает, что для представлений XIX века парламент по

¹³⁷ Allgemeines Staatsrecht, 4. Aufl. 1868, Bd. I S. 561/62. Особенно поучительно сравнить с данными тезисами *Блунчли* аргументацию *Р. Гнейста*: последний видит гарантию в совместном участии в законодательстве, в котором задействованы наследственная монархия, постоянная первая и избираемая вторая палата; Gutachten a.a.O. S. 23.

своей природе и сущности в себе самом нес подлинную гарантию конституции. Это относится к вере в парламент и является предпосылкой того, что законодательная корпорация является несущей опорой государства, а само государство — законодательным государством.

Однако данное положение законодательной корпорации было возможно лишь в определенной ситуации. При этом в частности всегда предполагалось, что парламент, законодательное собрание, в качестве представителя народа или общества — а они, народ и общество, могли отождествляться до тех пор, пока оба противопоставлялись правительству и государству — в качестве партнера по конституционному пакту имеет дело с независимым от него, сильным монархическим чиновническим государством. Тогда парламент, насколько он является представительством народа, становится подлинным хранителем и гарантом конституции, поскольку партнер по договору, правительство, заключило договор исключительно против воли. Поэтому правительство заслуживает подозрения; оно требует расходов и сборов; оно мыслится как расточительное, а народное представительство как бережливое и рачительное, что в целом соответствовало и могло соответствовать действительности. Ведь тенденция либерального XIX века стремилась по возможности ограничивать государство до минимума, прежде всего по возможности не позволять ему интервенции и вмешательство 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 создает общественное мнение и тем самым определяет содержание государственной воли; в свободной игре социальных и экономических сил царит свобода договорных и экономических отношений, в результате чего кажется гарантированным максимальное экономическое процветание, поскольку автоматический механизм свободной экономики и свободного рынка самоуправляется и регулируется экономическими законами (через спрос и предложение, обмен результатами труда, ценообразование, создание доходов в народном хозяйстве). Основные гражданские права и свободы, особенно личная свобода, свобода выражения мнений, свобода договоров, экономики и ремесла, частная собственность, т.е. подлинные ориентиры рассмотренной выше практики Верховного суда Соединенных Штатов, предполагают подоб-

ное, принципиально не-интервенирующее, нейтральное государство, вмешивающееся лишь в целях восстановления нарушенных условий свободной конкуренции.

Это государство, принципиально нейтральное — в либеральном, неинтервенционистском смысле — в отношении общества и экономики, остается предпосылкой конституций даже тогда, когда допускаются исключения для социальной и культурной политики. Однако оно принципиально изменилось, причем именно в той мере, в какой та дуалистическая конструкция *государство – общество, правительство – народ* потеряла свое напряжение, а законодательное государство стало завершённым. Ведь теперь государство становится «самоорганизацией общества». Тем самым исчезает, как уже говорилось, постоянно до этого предполагавшееся различие государства и общества, правительства и народа, в результате чего все основанные на данной предпосылке понятия и учреждения (закон, бюджет, самоуправление) становятся новыми проблемами. Но одновременно проявляется что-то еще более важное и глубокое. Ведь если общество само организует себя в государство, то государство и общество должны быть принципиально тождественны, и тогда все социальные и экономические проблемы непосредственно становятся проблемами государственными. Уже невозможно различие между государственно-политическими и общественно-неполитическими сферами. Исчезают все — основанные на предпосылке нейтрального государства — до сих пор обычные противопоставления, которые возникают вследствие различия государства и общества и являются лишь случаями конкретного применения и версиями данного различия. Антитетические разделения вроде государства и экономики, государства и культуры, государства и образования, далее: политики и экономики, политики и школы, политики и религии, государства и права, политики и права, которые имеют смысл в том случае, когда им соответствуют предметно разделенные, конкретные величины или предметные области, утрачивают свой смысл и становятся беспредметными. Общество, превратившееся в государство, становится государством экономики, государством культуры, государством обеспечения, государством благосостояния, государством снабжения; превратившееся в самоорганизацию общества, следовательно, практически неотделимое от него государство захватывает все общественное, то есть все, что касается человеческого общежития. В нем больше не существует области, относительно которой можно было наблюдать безусловную нейтральность госу-

дарства в смысле не-интервенционизма. Партии, в которых организованы различные общественные интересы и устремления, суть само общество, превратившееся в партийное государство, а поскольку партии экономически, конфессионально или культурно детерминированы, то государство уже не может оставаться нейтральным в отношении экономической, конфессиональной и культурной сфер. В государстве, ставшем самоорганизацией общества, уже нет ничего, что — по крайней мере, потенциально — не было бы государственным и политическим. Подобно тому, как изобретенное французскими юристами и солдатами понятие потенциального вооружения государства охватывает все, а не только военную сферу в узком техническом смысле, но также промышленную и экономическую подготовку к войне и даже интеллектуальное и моральное воспитание и подготовку граждан государства, так и это новое государство охватывает все области. Выдающийся представитель немецких фронтовиков, *Эрнст Юнгер*, ввел для обозначения этого удивительного процесса очень точную формулу: **тотальная мобилизация**. Несмотря на содержание и правильность данных формул потенциального вооружения или тотальной мобилизации в деталях, необходимо учитывать и применять важное понимание, что присутствует в них. Ведь они выражают нечто более широкое и демонстрируют значительные и глубокие изменения: общество, само организуящее 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.

Заметнее всего это изменение проявляется в области экономики. Здесь можно — как из признанного и бесспорного факта — исходить из того, что экономика общественных финансов достигла такого масштаба как в отношении к предыдущим, предвоенным размерам, так и в сегодняшнем отношении к свободной и частной, т.е. необщественной экономике, что налицо не только чисто количественное увеличение, но также и качественное, «структурное изменение», затронувшее все сферы общественной жизни, а не только непосредственно финансовые и экономические вопросы. И какие бы цифры ни приводились по поводу этого изменения, — при этом неважно, является ли статистически верными

многочисленные приводимые данные расчетов за 1928 год, согласно которым 53% немецкого национального дохода контролируется государством,¹³⁸ — в целом данный феномен является неоспоримым и бесспорным. Специалист с большим авторитетом, статсекретарь профессор *Й. Попиц*, в обобщающей речи о финансовом компромиссе¹³⁹ исходит из того, что при распределении большей части немецкого национального дохода в действительности исключен саморегулирующийся механизм свободной экономики и свободного рынка, а его место заняло «определяющее влияние некой принципиально внеэкономической воли, а именно воли государства». Другой знаток предмета высшего уровня, рейхскомиссар по экономии государственный министр *Земмис*, говорит, что экономика общественных финансов является решающей для политической ситуации в Германии.¹⁴⁰ Как мне кажется, экономистами была найдена довольно точная формулировка для противопоставления предыдущей системы нынешней: от долевого (при которой государству полагался лишь доля национального дохода, своего рода дивиденд с чистой прибыли) к системе контроля, при которой государство — вследствие интенсивных отношений экономики финансов и народного хозяйства, вследствие сильного увеличения как государственных потребностей, так и государственного дохода, — в качестве совладельца и нового распределителя национального дохода, производителя, потребителя и работодателя участвует в народном хозяйстве определяющим образом. Данную формулу, которую *Фриц Карл Манн* выдвинул в интересном и содержательном труде «*Die Staatswirtschaft unserer Zeit*» (*Fritz Karl Mann*, Jena 1930), здесь также следует при-

¹³⁸ Эта цифра рассчитана в справочнике: *Vierteljahrsheften für Konjunkturforschung*, Bd. 5 (1930), Heft 2 S. 72; ее использовали и ввели в оборот *J. Popitz*, *G. Müller-Oerlighausen*, в своем докладе об экономическом кризисе от 4 ноября 1930 года (*Mitteilungen des Langnamvereins*, Jahrg. 1930, Neue Folge 19. Heft, S. 409); см.: *Otto Pfeleiderer*, *Die Staatswirtschaft und das Sozialprodukt*, Jena 1930, *Manuel Saitzew*, *Die öffentliche Unternehmung der Gegenwart*, Tübingen 1930, S. 6f.

¹³⁹ *J. Popitz*, *Der Finanzausgleich und seine Bedeutung für die Finanzlage des Reiches, der Länder und Gemeinden*; Veröffentlichung des Reichsverbandes der deutschen Industrie, Berlin 1930, S. 6; далее см.: *der öffentliche Finanzbedarf und der Reichssparkommissar*, Bankarchiv, XXX, Heft 2 (15. Oktober 1930) s. 21.

¹⁴⁰ *Saemisch*, *Deutsche Juristenzeitung*, 1. Januar 1931, Sp. 17; далее см.: *Der Reichssparkommissar und seine Aufgabe*; *Finanzrechtliche Zeitfragen* Bd. 2, Berlin 1930, S. 12.

менять лишь в качестве формулы, не затрагивая в остальном народно-хозяйственную критику. Решающим для государственно-теоретического и конституционно-теоретического рассмотрения здесь является то, что отношение государства к экономике сегодня и есть подлинный предмет актуальных внутривластных проблем, а традиционные формулы предшествовавшего государства, основанного на разделении государства и общества, способны лишь скрыть данное положение дел.

В любом современном государстве отношение государства к экономике образует подлинный предмет непосредственно актуальных внутривластных вопросов. На них уже невозможно отвечать посредством старого либерального принципа невмешательства, абсолютного не-интервенционизма. За некоторыми исключениями это также признается всеми. В сегодняшнем государстве, — причем тем более, чем современнее является индустриальное государство — экономические вопросы составляют главное содержание внутривластных трудностей, а внутренняя и внешняя политика в значительной части есть экономическая политика, причем не только как таможенная и торговая или социальная политика. Если некий государственный закон направлен «против злоупотребления доминирующим экономическим положением» как немецкое Постановление о картелях от 2 ноября 1923 года), то вместе с данной формулировкой также признаются понятие и существование «экономической власти» с благословения государства и закона. В сегодняшнем государстве существует развернутое трудовое право, тарифная система и государственное посредничество при спорах об оплате труда, посредством которых оно в значительной мере определяет уровень оплаты; оно предоставляет гигантские субвенции различным отраслям экономики; оно является государством благосостояния и обеспечения и вследствие этого одновременно государством налогов и отчислений чудовищных размеров. В Германии к этому добавляется то, что оно также является еще и государством репараций, которое должно собирать миллиардную дань для чужих государств. В подобном положении требование не-интервенционизма становится утопией, даже противоречием в себе. Ведь не-интервенционизм означал бы, что в социальных и экономических противоречиях и конфликтах, борьба в которых сегодня вовсе не ограничивается чисто экономическими средствами, будет открыт путь различным властным группам. Не-интервенционизм в подобном положении есть не что иное, как интервенция в пользу соответственно более сильного и бесцер-

монного. И вновь подтверждается простая истина якобы парадоксального тезиса, высказанного Талейраном по поводу внешней политики: невмешательство — это сложное понятие, которое означает примерно то же, что и интервенция.

В переходе к экономическому государству лежит наиболее заметное изменение относительно представлений о государстве XIX века. В других областях также можно наблюдать переход, даже если там он чаще всего воспринимается не столь актуальным вследствие подавляющего перевеса экономических трудностей и проблем. Не удивительно, что защита от подобной экспансии государства проявляется, прежде всего, как защита от такой государственной деятельности, которая в данный момент именно определяет вид государства, то есть как защита от государства закона. Поэтому в первую очередь требуют гарантий против законодателя. Именно так вполне можно объяснить первые неясные поиски выхода, которые затрагивались в первой части данного сочинения и которые цеплялись за юстицию, чтобы создать противовес все усиливающемуся и все расширяющемуся законодателю. Они должны были закончиться пустыми внешними проявлениями, поскольку возникли не в результате конкретного изучения конституционно-правовой ситуации в целом, а в результате напоминающей рефлекс реакции. Их подлинная ошибка заключалась в том, что власти современного законодателя они могли противопоставить лишь юстицию, которая была или содержательно привязана к определенным нормам именно этого законодателя, или же могла противопоставить ему лишь неопределенные и спорные принципы, с помощью которых невозможно обосновать авторитет, превосходящий законодателя. Хотя поворот к государству экономики и благосостояния и означал критический момент для традиционного законодательного государства, но все же он не должен был и потому не мог сам по себе наделять суды новой силой и политической энергией. В изменившейся таким образом ситуации и с учетом подобного расширения государственных задач и проблем выход из затруднений, вероятно, может найти правительство, но точно не юстиция. Сегодня, наверное, в большинстве государств европейского континента юстиция лишена тех содержательных норм, на основании которых она была бы в состоянии самостоятельно справиться с абсолютно новой ситуацией.

Парламент, законодательный корпус, носитель и средоточие законодательного государства, в тот самый момент, когда его победа казалась окончательной, превратился в противоречивое в се-

бе образование, отрицающее собственные предпосылки и предпосылки своей победы. Его предыдущее положение и превосходство, его экспансионистское давление в отношении правительства, его выступление от имени народа — все это предполагало различие государства и общества, которого после победы парламента больше не существовало, по крайней мере, в данной форме. Его единство, даже его тождество с самим собой, до сих пор определялось через его внутривластического противника — через предшествующее монархическое государство военных и чиновников. Как только последнее исчезло, парламент развалился, так сказать, внутри себя. Как говорится, государство теперь — самоорганизация общества, но спрашивается, как самоорганизующееся общество достигает единства, и действительно ли единство наступает в результате «самоорганизации». Ведь «самоорганизация» означает, прежде всего, постулат и процедуру, характеризующуюся противопоставлением предшествующим, сегодня уже не существующим методам государственного волеобразования и консолидации, т.е. процедуру исключительно негативную и полемически окрашенную. Тождество, заложенное в слове «само» и пристегнутое посредством языка к «организации», не обязано гарантированно проявляться в любом случае ни как единство общества, ни как единство государства. Как мы достаточно часто видели, существует и безуспешные и безрезультатные организации.

В качестве несущей опоры самоорганизации общества вначале мыслились политические партии. Однако выяснилось, что они в значительной части изменились. Для партии в смысле либерального конституционного государства характерно то, что она основана на свободной агитации, а не есть образование, превратившееся в прочный, устойчивый, постоянный и насквозь организованный социальный комплекс. Как «свобода», так и «агитация», по идее, запрещают любое социальное и экономическое давление и допускают в качестве мотивации лишь свободное убеждение социальное и экономически свободных, духовно и интеллектуально самостоятельных людей, способных на собственное суждение. Данное представление о партии, до сих пор предполагающееся в буржуазных конституциях правовых государств, лежит также в основании установленных норм действующей имперской конституции. Часто подчеркивается, что имперская конституция не знает «партий» и высказывается по поводу этого слова лишь однажды, в ст. 130, п. 2, и то лишь негативно и отрицательно. Также часто описывается огромный отрыв данной регламентации от действительности.

сти наших сегодняшних внутривластных отношений. Здесь можно было бы добавить, что когда имперская конституция игнорирует политическую партию, то она делает и может делать это лишь потому, что всегда пытается исходить из того, что политическая партия есть социологически непрочное, слабо сформированное, настолько текучее или даже воздушное образование, что его можно рассматривать именно в качестве несуществующего. Ведь регион, в котором партии вообще и должны существовать, это, как последовательно и настойчиво говорил *Гуго Пройс*, исключительно сфера общественного мнения, а последнее он — в соответствии со всей традицией этого понятия — рассматривает в качестве «неопределимого флюида», неподдающегося организации. Вместо этого сегодня большинство крупных партий частично сами суть прочные, насквозь организованные образования, частично находятся внутри насквозь организованных социальных комплексов с влиятельной бюрократией, постоянной армией оплачиваемых функционеров и целой системой вспомогательных и поддерживающих организаций, с которыми связана духовно, социально и экономически объединенная клиентела. Одним словом, для части граждан государства посредством некоторых организационных социальных комплексов в известной мере уже осуществилось то, что ранее было охарактеризовано как поворот к «тотальному»: распространение на все области человеческого бытия, отмена либеральных разделений и нейтрализаций различных областей типа религии, экономики и образования. Так что хотя мы не имеем тотального государства, зато имеем некоторые стремящиеся к тотальности социальные партийные образования, полностью охватывающие своих членов, начиная с их юности. Как говорит *Эдуард Шпрангер*, каждое из них имеет «полную культурную программу», и их параллельное существование образует и поддерживает плюралистическое государство. Благодаря тому, что существует множество подобных конкурирующих друг с другом комплексов, взаимно ограничивающих друг друга в определенных пределах, т.е. плюралистическое партийное государство, предотвращается столь же энергичное утверждение тотального государства как такового, как это уже произошло в так называемых однопартийных государствах — Советской России и Италии. Однако плюрализация не отменяет поворота к тотальному, а лишь, так сказать, парцеллирует его, когда каждый организованный социально-властный комплекс — от певческого кружка и спортивного клуба вплоть до вооруженной самообороны — стремится осуществить

тотальность в самом себе и для самого себя. То, что такое слово, как «однопартийное государство», в качестве обозначения столь различных государственных образований вообще возможно и просто вошло во всеобщее словоупотребление, доказывает яснее всего, в какой мере слово «партия» перестало обозначать неорганизованное образование, основанное на свободной агитации. Открытый и невозмутимо либеральный критик такого развития, *М.Й. Бонн*, охарактеризовал данное превращение как переход к новому феодальному и сословному государству; такой авторитетный ученый-правовед, как *Трипель*, выявил противоречие прочно организованной партийной системы и установленных норм и предпосылок конституции; обширная литература, посвященная изменению формы и структуры немецкой партийной системы, показывает, что поворот, скрывающийся за формулой «самоорганизация общества посредством партий», давно уже присутствует в научном сознании в качестве новой проблемы.

Несмотря на это, предполагаемое в конституции понятие партии, кажется, улетучивается с неосознаваемой самоочевидностью. Я не вижу, чтобы это выходило за пределы подобной специальной литературы и отдельных печальных жалоб, например, чтобы произвело некое неизгладимое впечатление, когда такой ученый, как Макс Вебер, придерживается сущностного определения партии как «образования, основанного на свободной агитации». К примеру, Государственный суд Германского рейха, напротив, дал определение политической партии, которое именно благодаря своей беспроblemной самоочевидности позволяет впечатляющим образом понять глубокие изменения понятия «партия» и тем самым всей нашей государственной системы. Государственный суд говорит в своем приговоре от 7 июля 1928 года: «Для участия в процессе в Государственном суде в качестве политических партий могут рассматриваться лишь такие объединения лиц, которые имеют возможность посредством своей деятельности оказывать влияние на результаты выборов. Группы, которые, несомненно, не могут обеспечить себе доступ в народное представительство, т.е. чья возможность политической деятельности вовсе не затрагивается действием избирательного права, не являются политическими партиями в парламентском смысле». Если в качестве полноправной допускается лишь агитация, имеющая определенную перспективу (причем перспективность доказывается лишь предыдущими успехами на выборах), то это означает отказ от ранее основополагающего принципа безусловно свободной агитации и безусловно равных шансов на агитацию для любого по-

литического мнения и любой политической партии.¹⁴¹ В качестве критерия партии в парламентском смысле Государственный суд выдвигает ряд требований. На первом месте стоит достаточное количество членов; Независимая социал-демократическая партия Саксонии не была признана партией с тем обоснованием, что во время выборов в рейхстаг 20 мая 1928 года в трех саксонских избирательных округах она собрала лишь 2953 голоса и тем самым не имеет ни малейшего шанса получить мандат во время выборов в саксонский ландтаг. Таким образом, допускаются лишь устойчиво организованные партии, а не «несвязанные группы», — с обоснованием, что иначе были бы невозможны пропорциональные выборы. Первые распознаются по следующим признакам: программа; соответственно обширная организационная основа; газеты, которыми располагают партии. Короче говоря, речь должна идти об образованиях, «которым не откажешь в определенной устойчивости», и «в случае которых можно рассчитывать на достаточную продолжительность». «Партия предполагает устойчивое объединение значительного числа граждан государства для достижения политических целей».¹⁴² Партия, объединение и орден становятся одним и тем же.

При ближайшем рассмотрении такое определение партии, данное Государственным судом, есть признак того, что не только понятие партии, но также и понятие выборов претерпело принципиальные изменения. Ссылка на действие пропорциональной избирательной системы играет ключевую роль в обосновании решения Государственного суда, но требует дальнейшего пояснения. Ведь не только данное новое понятие партии обосновывается нуждами пропорциональной избирательной системы. Даже отклонения от принципа равенства выборов оправдываются тем, что про-

¹⁴¹ Прочитанное положение присутствует в обосновании решения Государственного суда от 7 июля 1928 года и затрагивает Независимую социал-демократическую партию Саксонии (RGZ. 121, Anhang S. 8; *Lammers-Simons* I S. 309 f.). Не совсем созвучно этой оценке «бесперспективности» утверждение в решении от 17 декабря 1927 года, касающемся Гамбургской земельной организации Партии народного права (*Lammers-Simons* I S. 348): «Поэтому недопустимо ставить кандидатуры, не имеющие шансов на выборах... в иные условия, нежели имеющие большие шансы».

¹⁴² Решения от 17 декабря 1927, *Lammers-Simons* I S. 346; от 12 мая 1928, *Lammers-Simons* I S. 414, и от 7 июля 1928 (Независимая социал-демократическая партия Саксонии), RGZ. 121 S. 8 и *Lammers-Simons* I S. 311.

порциональная избирательная система делает подобные ограничения необходимыми, поскольку равенство выборов есть не логико-математическое, а правовое понятие, и поскольку признанной политической целью является преодоление расщепления партий. Государственный суд молчаливо обходит то, что обе отрицаемые ею вещи — «математическое» и раскол партий — вообще проникли в нашу партийную ситуацию в столь интенсивной мере лишь благодаря пропорциональной избирательной системе, и что поэтому оба аспекта скорее обосновывают необходимость ограничения пропорциональной избирательной системы, нежели ограничения равенства или непосредственности выборов. Однако в действительности пропорциональное избирательное право и устойчиво организованные партии связаны друг с другом именно теснейшим образом. Хотя современные конституционные отношения характеризуются посредством устойчивых партийных организаций даже независимо от пропорционального избирательного права. Распространенная, часто очень острая критика пропорционального избирательного права не должна упускать этого из вида, в частности при обсуждении вопроса о том, в какой мере возможны реформы и что может быть достигнуто в результате «отмены» пропорциональной избирательной системы. Но важнейшее из того, что можно утверждать в данной связи, самым отчетливым образом показывает абсолютное изменение традиционных понятий: в действительности сегодняшней практики выборов посредством перевеса пропорциональной избирательной системы не только ограничивается и частично отменяется равенство и прямой характер выборов, но и сам процесс под названием «выборы» приобретает абсолютно новое содержание. Доминирующее положение предшествующего парламента конституционной монархии покоилось на том, что его члены были избраны. В качестве избранной всем народом корпорации он от имени народа противостоял королю и его правительству. Выборы выражали непосредственную взаимосвязь между избирателем и депутатом. То, что проигравшее меньшинство не получало никакого специально организованного представительства, было последовательно демократичным; ибо при отказе от той аксиомы, что проигравшее меньшинство стремилось вызвать результат выборов (а не собственную особую волю) и потому соглашается с волей большинства как со своей собственной волей, разрушается основополагающее представление любой демократии. Когда теперь, чтобы сделать невозможными поражения на выборах, посредством пропорциональной избирательной системы ор-

ганизуют представительство меньшинства, то будет логичным признавать большое число и более мелких партий. Когда идет борьба с расколом партий, то борются с действием системы, которая больше не воспринимает такую демократическую аксиому тождества воли всех граждан государства. Когда ради пропорциональной избирательной системы ограничивают равенство и непосредственность выборов, тем самым выражается то, что подчиненная пропорциональной избирательной системе процедура выборов, сталкивающаяся с двумя основными свойствами равного и непосредственного демократического избирательного права, имеет приоритет над данными основными свойствами и считается важнее, нежели сами демократические выборы. Ведь в конечном счете пропорциональное избирательное право с его системой списков ведет к тому, что масса имеющих права голоса вообще больше не избирает депутата. Скорее происходит следующее: из темноты тайных совещаний в неконтролируемых комитетах массам избирателей выкладывают множество партийных списков с длинным рядом имен; затем во время выборов эти массы разделяются по партийным спискам. Больше уже не идет речи о том, чтобы отдельный избиратель определял непосредственно отдельного депутата; теперь имеет место лишь государственное группирование и разделение масс избирателей по множеству партийных списков. Если при этом речь идет о социально-связанных членах устойчивых партийных организаций и союзных им социальных властных групп, то этот процесс означает не что иное, как призыв регулярных партийных армий; но если в этом процессе участвует масса остальных граждан, еще не охваченная подобными организациями, она колеблется между этими устойчивыми организациями — в качестве презрительного «сплавного леса» или «летучих песков» — и тем самым чаще всего оказывает решающее влияние. Это также нельзя назвать выборами, хотя это не в такой мере противоречит идее демократии, как плюрализм устойчиво организованных комплексов. Однако это также больше не является выборами в смысле традиционного представления о выборах депутатов и представителей, а в действительности есть процесс, напоминающий плебисцит. Таким образом, все еще обозначаемый как «выборы» процесс сегодняшних выборов в рейхстаг или ландтаг раздваивается на две части: с одной стороны — чисто статистическое выявление плюралистического разделения государства на множество устойчиво организованных социальных комплексов, а с другой стороны — элемент плебисцита.

Демократическое государство часто обозначается, даже определяется как партийное государство. Парламентско-демократическое государство в особом смысле есть партийное государство в еще большей мере. В какой-то мере любое государство можно охарактеризовать как партийное государство, но тем самым доказывается только то, что подобное обозначение является пустым и ничего не значащим, пока за ним не последуют подробные данные о виде, организации, структуре и числе партий. Для того чтобы парламентско-демократическое законодательное государство и государство, которое является партийным в данном особом смысле, могло выполнять регулируемые конституцией функции в соответствии с предпосылками конституции, партии должны соответствовать предполагаемому в конституции понятию партии, которое, — как уже говорилось, — в соответствии с либеральным понятием партии понимает партию лишь как свободное образование. Ведь смысл всех предусмотренных конституцией институтов и методов парламентской демократии, также особенности характерные для парламентской системы Веймарской конституции, заключается в том, что усиливающийся процесс перехода и роста эгоистических интересов и мнений через партийную волю ведет к единой государственной воле. Т.е. укрепление партий не должно быть слишком сильным, поскольку иначе оно вызовет слишком большое сопротивление трансформации и переплавке. Партии мыслятся как средство государственного волеобразования, и их допускают и признают, естественно, вовсе не для того, чтобы они использовали свое участие в государственном волеобразовании как объект компромиссных сделок с другими партиями или тем более как средство шантажа. Скорее парламент должен быть сценой процесса переключения, посредством которого многообразие социальных, экономических, культурных и профессиональных противоречий, интересов и мнений превращается в единство политической воли. Таково старое, — впрочем, в большей мере либеральное, нежели демократическое — убеждение, что именно парламентские методы лучше всего подходят для того, чтобы подобным образом использовать партии в качестве трансформаторов, что именно парламент есть то место, где партийный эгоизм — в силу хитрости идеи или хитрости института — становится средством образования надэгоистической, надпартийной, государственно-политической воли. В особенности та партия, что добивается участия в правительстве, именно посредством этого будет вынуждена более широко учитывать раз-

личные точки зрения, а не только свои узко партийные мотивы. Однако переход от эгоистической партийной воли к ответственной государственной воле постоянно срывается вследствие вида, состава и числа партий, вследствие только что упомянутого превращения партий в устойчиво организованные величины с устойчивым аппаратом управления и устойчиво связанной клиентелой, а, кроме того, из-за большого числа партий и фракций, необходимых для получения большинства. Тогда, вопреки предпосылкам предусмотренного конституцией регулирования, приходят лишь такие правительства, которые вследствие своих фракционных компромиссных ограничений слишком слабы и стеснены, чтобы править самостоятельно, а с другой стороны, все же обладают слишком сильным инстинктом власти и обладания, чтобы помешать править другим. Таким образом, подобная «хитрость» идеи или института просто больше не функционирует, и вместо государственной воли происходит лишь косящееся в разные стороны умножение минутных и частных интересов. Существующее положение немецкого парламентаризма характеризуется тем, что государственное волеобразование зависит от лабильного, меняющегося от случая к случаю парламентского большинства, образуемого — в любом отношении — гетерогенными партиями. Большинство есть всегда коалиционное большинство и совершенно отличается в зависимости от области политической борьбы — внешней, экономической, социальной или культурной политики. Одним словом, данное парламентско-демократическое партийное государство есть лабильное партийно-коалиционное государство. Изъяны и недостатки подобного положения изображались и критиковались довольно часто: непредсказуемое большинство; неспособные к правлению и вследствие своих компромиссных ограничений безответственные правительства; непрерывные партийные и фракционные компромиссы, заключаемые за счет третьих лиц или государственного целого, при которых каждая участвующая партия требует платы за свое содействие; распределение государственных, коммунальных и иных публичных должностей и доходных мест между сторонниками по какому-нибудь принципу в зависимости от размера фракции или тактической ситуации. Даже те партии, которые со здоровым государственным настроением стремятся поставить интересы целого над партийными целями, — частично из-за внимания к своей клиентеле и своим избирателям, но в еще большей мере из-за имманентного плюрализма подобной системы — вынуждены или уча-

ствовать в непрекращающейся торговле компромиссами, или стоять в стороне без всякого влияния. В конце концов, они оказываются в положении собаки, известной по басне Лафонтена, которая с лучшими намерениями охраняла жаркое своего хозяина, но когда увидела, как на него набросилась другая собака, то в результате также приняла участие в трапезе.

Различие между парламентским партийным государством со свободными, т.е. не устойчиво организованными партиями, и плюралистическим партийным государством с устойчиво организованными образованиями как носителями государственного волеобразования может быть большим, нежели различие между монархией и республикой или какой-либо иной государственной формой. Устойчивые социальные связи, которые сегодня суть носители плюралистического государства, делают из парламента, в котором их представители присутствуют в виде фракций, простое отражение плюралистического разделения самого государства. Откуда при таком положении вещей должно взяться единство, в котором исчезают и переплавляются жесткие партийные связи и интересы? Дискуссии больше не происходит; мое простое указание на данный идейный принцип парламентаризма даже дало *Рихарду Тома* повод говорить о «совершенно заплесневелом» фундаменте. Некоторые т.н. «поперечные связи» (интересы сельского хозяйства, рабочих, синовников, а в отдельных случаях и женщин), проходящие сквозь политические партии, могут в отдельных предметных областях приводить к образованию большинства; однако поскольку в ситуации плюрализма речь идет не только о парламентских партиях и фракциях, — и, кроме того, подобные поперечные связи сами могут быть факторами плюралистического группирования, — то они означают, прежде всего, усложнение, но вовсе не устранение и прекращение, а скорее даже подтверждение и усиление подобного состояния. Знаменитая «*solidarité parlementaire*», выходящие за партийные границы общие частно-эгоистические интересы парламентских депутатов, собственно подлинных профессиональных политиков, могут быть действенным мотивом и полезным объединяющим фактором, однако понятным образом этого недостаточно в таком сложном положении сегодняшней Германии и при таком значительном упрочении организаций. Так, парламент из сцены для объединяющих, свободных договоренностей свободных народных представителей, из трансформатора партийных интересов в интересы надпартийные превращается в сцену плюралистического разделения организованных общественных сил. В результа-

те он или не способен образовать большинство и вследствие своего имманентного плюрализма становится недееспособным, или его большинство задействует все легальные возможности в качестве инструментов и средств сохранения своей власти, используя время своего пребывания в государственной власти по всем направлениям, прежде всего, пытаясь по возможности ограничить шансы сильнейшего и опаснейшего противника сделать то же самое. Вероятно, было бы наивно объяснять это лишь человеческой злобой или тем более некой особой низостью, возможной лишь сегодня. Немецкая государственная и конституционная история обнаруживает аналогичные процессы в предыдущие столетия с пугающей частотой, и то, что император и князья сделали при распаде старой Римской империи германской нации для сохранения своей власти в наследственных владениях, повторяется сегодня в многочисленных параллелях.

И в этом отношении изменения по отношению к XIX веку являются фундаментальными. Они скрываются здесь под покровом оставшихся неизменными слов и формул, за старыми способами мышления и речи, за формализмом на службе у этих пережитков. Однако не следует заблуждаться по поводу того, что [их] влияние как на понимание государства и конституции, так и непосредственно на государство и саму конституцию чрезвычайно велико. Оно состоит преимущественно в том, что в той самой мере, в какой государство превращается в плюралистическое образование, на место верности государству и его конституции встает верность социальной организации, основополагающему для государственного плюрализма образованию. К тому же, как упоминалось ранее, часто социальный комплекс имеет тенденцию становиться тотальным, т.е. полностью привязывать к себе охваченных им граждан государства как в экономическом, так и мировоззренческом плане. Так в конечном счете и возникает плюрализм моральных ограничений и обязательств верности, некое «*plurality of loyalties*», вследствие которой плюралистическое разделение все больше стабилизируется, а образование государственного единства подвергается все большей угрозе. В качестве логического следствия этого становится невозможным существование верного государству чиновничества, поскольку такой род чиновничества также предполагает государство, отличное от организованных социальных комплексов. Но помимо этого возникает плюрализм понятий легальности, который разрушает уважение к конституции и превращает почву под конституцией в небезопасную территорию, за которую бо-

рется много сторон, тогда как духу всякой конституции соответствует политическое решение, развеивающее сомнения по поводу того, что является общим базисом государственного единства, данным вместе с конституцией. Господствующая на данный момент группа или коалиция с самой чистой совестью именуется «легальностью» использование всех легальных возможностей, укрепление своих властных позиций и применение всех государственных и предусмотренных конституцией полномочий в законодательстве, управлении, политике назначений, дисциплинарном праве и самоуправлении. Из чего следует само собой, что любая серьезная критика или тем более покушение на ее положение предстает как «нелегальность», как переворот и как нарушение духа конституции; в то время как любая оппозиционная организация, затронутая подобными правительственными методами, ссылается на то, что нарушение предусмотренного конституцией равенства шансов означает самый скверный проступок против духа и основ демократической конституции, и тем самым также с самой чистой совестью может вернуть обратно упрек в нелегальности и неконституционности. Между этими двумя взаимными отрицаниями, почти автоматически функционирующими в ситуации государственного плюрализма, перемалывается сама конституция.

Данное рассмотрение конкретных конституционных отношений должно привести к осознанию действительности, взгляда на которую многие стремятся избежать по различным мотивам и под множеством предлогов. Но, несмотря на это, ее ясное понимание абсолютно необходимо для конституционно-правового исследования, направленного на изучение проблемы сохранения и защиты действующей имперской конституции. Вовсе недостаточно говорить о «кризисе» вообще или отделяться от проделанного выше анализа ссылкой на «литературу о кризисе». Если сегодняшнее государство должно быть законодательным государством, если, кроме того, происходит такое расширение областей государственной жизни и деятельности, что уже можно говорить о повороте к тотальному государству, и если при этом законодательный корпус одновременно превращается в сцену и средоточие плюралистического разделения государственного единства на множество устойчиво организованных социальных комплексов, то при ответе на самый сложный вопрос сегодняшнего конституционного права мало поможет разговор о «суверенитете парламента» с помощью формул и контрформул, возникших в ситуации конституционной монархии XIX века.

в) Поликратия в общественной экономике

Развитие плюралистических тенденций, накапливающихся и проявляющихся в законодательном корпусе, соединяется с поворотом к экономическому государству. В области общественной экономики – в последовательной связи с ее значительным расширением – собственно должны были бы проявиться большая целостность общего руководства, единые директивы и тем самым возможность целостной финансовой и экономической программы. Как и любая, даже самая мелкая хозяйственная единица, экономический комплекс такого масштаба, какого сегодня достигла общественная экономика в Германии, нуждается как минимум в определенном плане, даже при стремлении держаться на расстоянии от социалистической плановой экономики. Однако парламент, ставший теперь лишь сценой и рефлексом плюралистического и лабильного партийно-коалиционного государства, вряд ли способен на составление подобного плана, поскольку для этого необходимы последовательность и постоянство, простирающиеся на длительные сроки и над изменяющимися ситуациями. А на это невозможно рассчитывать при нынешних партийных и коалиционных отношениях. Поэтому в отсутствие подобной целостности и когерентности в общественной экономике развивается сосуществование и хаос многочисленных, в значительной мере самостоятельных и независимых друг от друга автономных участников общественной экономики. Это состояние было охарактеризовано *Поппицом* как поликратия, чем очень точно обозначается особый феномен, который хотя и тесно связан с плюрализмом нашей государственной системы, но не вполне тождественен ему. В общественной экономике Германии сегодня господствует «почти необозримое многообразие недостаточно связанных между собой выразителей воли самого разнообразного рода и квалификации». *Поппиц* перечисляет: рейх, 17 земель, 65000 общин и их объединений, участники социального страхования (7427 больничных касс, 106 профессиональных товариществ, 35 учреждений страхования инвалидов, Имперское ведомство страхования служащих, Горняцкое пенсионное страховое общество, Ведомство содействия занятости и страхования безработных); кроме того, он причисляет сюда: обладающие собственной властью крупные учреждения общественной экономики, прежде всего, Рейхсбанк, Имперская почта и Имперская железная дорога; наряду с этим иные более или менее самостоятельные общественные учрежде-

ния и предприятия.¹⁴³ Возможно, подобный обзор и перечисление нуждаются в более подробной дифференциации, и мыслимы некоторые дополнения и новые точки зрения. Но из этого не следует, что научная заслуга выявления данного важнейшего явления нашего сегодняшнего государственного состояния становится меньше, и это не умаляет познавательной ценности данной констатации, а также ее большого значения для составления конкретной картины нашего положения.

Вследствие подобной поликратии проявляется недостаток единых директив, дезорганизация и бесплановость, даже антипод плановости, масштабы которых особенно велики, поскольку государство уже давно осуществило поворот к экономическому государству. Его экономическое влияние выросло столь чрезвычайно, что расширение государственной деятельности, как говорит *Попиц*, «уже давно движется в направлении государства управления с его дополнением в виде государства налогов, уже преодолело уровень государства благосостояния и угрожает начать движение просто к государству обеспечения». Поликратия участников общественной экономики в правовом плане строится главным образом на автономии и самоуправлении, прежде всего на самоуправлении общин. Признанный принцип «универсальности сферы деятельности» допускает почти безграничное расширение экономики общин; частноправовая форма коммунальных акционерных предприятий позволяет в значительной степени избегать государственного контроля (государственный надзор, служба консультирования коммун при рейхсминистерстве финансов) и создавать для себя своего частноправовой аллод, который может иметь сходное политическое значение, что и средневековый аллод для вассала, позволявший ему освободиться от государственного союза, основанного на ленной конституции. Во всем этом легко заметить и выявить функциональное изменение, произошедшее с институтом самоуправления. Выше говорилось, что учреждение самоуправления, как оно сохраняется в Германии и регулируется множеством продолжающих действовать законов XIX века, текст которых остался неизменным, предполагает конкретную ситуацию этого века с ее различием государства и общества, и что при этом самоуправление, в сущности, выступает как часть отличного от государства общества. Если же государство становится самоорганизацией общества, а должности в самоуправлении замещаются теми же участниками государственного плюра-

¹⁴³ См. выше.

лизма, что обладают властными позициями в государстве, то структура правового института местного самоуправления становится проблематичной, в особенности отношении государственного надзора и самоуправления. Любая попытка составить и реализовать обширную финансовую и экономическую программу с едиными директивами для руководства общественной экономикой натывается на препятствия и препоны со стороны этой многообразной поликратии, которая укрывается за мощной стеной законодательной и конституционно-законодательной защиты правового государства. Однако ее сопротивление непреодолимо вовсе не из-за ее собственной силы, но лишь потому что поликратия и плюрализм связаны между собой (так же, как поликратия и федерализм).

Необходимо еще более подробно изучить и рассмотреть проблему этой поликратии. Прежде всего, в интересах данного конституционно-правового исследования мне представляется необходимым предпринять следующее различение внутри обозначенного таким образом целостного комплекса. Одна часть этих сил поликратии получает свое политическое значение и способность к сопротивлению из союза с участниками государственного плюрализма, которые заинтересованы в поликратии, поскольку она одновременно предлагает властные позиции для их организаций. Другая часть, напротив, обязана своим обоснованием и в значительной части также своим возникновением некой, в известном смысле, противоположной тенденции: в связи с плюралистическим разделением государства определенные комплексы и учреждения, особенно нуждающиеся в защите из-за их общеэкономической роли, должны изыматься из сферы партийно-политического влияния и оставаться партийно-политически нейтральными. Сюда относятся, прежде всего, Рейхсбанк и Имперские железные дороги. Процесс подобной нейтрализации будет рассмотрен ниже. Здесь его следует упомянуть, поскольку к феномену поликратии в целом необходимо подходить дифференцированно с той точки зрения, что существуют такие носители поликратии, что являются лишь вспомогательными средствами и союзниками плюрализма, и такие, что обязаны своим существованием противоположному плюрализму движению.

Тем самым вовсе не отрицается или тем более не опровергается сам факт и весь феномен, обозначаемый словом «поликратия». Просто становится более ясно, что для точного описания сегодняшнего конкретного конституционного положения и для обнаружения многочисленных противоречий и угроз политическому единству народа, предполагаемому при демократии, следует учи-

тывать различные противоречащие друг другу направления. Свое собственное значение поликратия общественной экономики приобретает в результате того, что она соединяется с плюралистическим распадом парламентского законодательного государства при одновременном интенсивном превращении государства в государство экономическое. В центре данной проблемы, лишь обозначенной здесь несколькими словами, стоит вопрос, который вначале ставился так: насколько вообще совместимы парламентаризм и планово хозяйствующее государство? На него был дан однозначно отрицательный ответ в сочинении, которое еще и сегодня является очень актуальным (*H. Göppert, Staat und Wirtschaft, Tübingen 1924*). Однако с учетом конкретного вида парламентаризма он может быть более дифференцированным. Ведь для государства, парламент которого превратился лишь в зеркальное отражение социально-властных комплексов, этот вопрос должен являться более острым и опасным, нежели для государства, в котором государственная воля образуется при помощи нормально функционирующей двухпартийной системы. Еще большей степени интенсивности этот вопрос достигает в том случае, если одновременно с развитием плюрализма государство не просто хозяйствует посредством нескольких экономических предприятий, но уже само превращается в экономическое государство, находящееся в точке перехода к государству благосостояния, субвенций и снабжения. И самая крайняя, критическая точка постановки вопроса наступает в том случае, когда подобное экономическое государство с подобным плюралистически детерминированным парламентом при значительных экономических трудностях и в аномальной экономической ситуации вынуждено — для того, чтобы вообще сохраниться — выполнять единые директивы и значительные экономические и финансовые планы, обширные как по предметному охвату, так и по временному протяжению. На конкретный, уточненный таким образом вопрос, совместимы ли друг с другом плюралистический парламентаризм и современное экономическое государство, конечно, сегодня будет дан отрицательный ответ.

7. Федерализм

Вопрос о том, совместима ли парламентская система с определенными видами государственной организации, в немецком учении о государстве ставился лишь относительно федеративной организации и до 1918 года на него чаще всего давался отрица-

тельный ответ. В немецком федеративном праве Бисмарковской конституции считается аксиомой, что парламентаризм и федеративная организация являются даже взаимоисключающими антиподами. *Эрих Кауфман* выдвинул данный тезис во время войны (1917) в своем сочинении «Наследие Бисмарка в конституции рейха» и выявил «тесную и обоснованную природой предмета взаимосвязь между федерализмом и невозможностью парламентаризма» вообще, а не только применительно к монархическому федеративному государству 1871 года. В основании идеи *Гуго Пройса* лежал подобный тезис с обратной оценкой, по крайней мере, относительно монархического государства; вследствие этого в своих набросках конституции он исходил из того, что федеративное государство необходимо заменить широкой децентрализацией и самоуправлением. В «Учении о конституции» (1928) я отстаивал ту точку зрения, что подлинную причину очевидной здесь несовместимости в первую очередь следует искать не в противоречии парламентаризма и федерализма, а в особого вида отношении демократии и федерализма: ведь если и национальная демократия, и любая федеративно-обусловленная организация предполагает субстанциальную однородность, то сложно объяснить существование множества самостоятельных, демократических государств внутри национально-гомогенного единства. В национальной демократии федеративное государство возможно лишь до тех пор, пока сохраняются, — с существенно измененной функцией, — устойчивые рамки федерализма, доставшегося в наследство от иных конституционных состояний. В Веймарской конституции не был учтен сложный вопрос принципа федеративной конструкции; скорее просто сохранили федеративную организацию и одновременно в рамках национальной демократии ввели парламентаризм не только на уровне рейха, но — согласно имперской конституции (ст. 17) — и в каждой отдельной земле. И вот на протяжении двенадцати лет федеративная организация и парламентаризм существуют параллельно на уровне рейха и на уровне земель, так что совместимость доказана как бы *ipso facto*. Однако не следует упускать из виду, какое структурное и функциональное изменение сделало это возможным. Совместимость данной федеративной организации с данным парламентаризмом в действительности объясняется лишь тем, что в парламенте рейха, т.е. в Германском рейхстаге, и даже в образующих правительство партийных коалициях, с одной стороны, постоянно представлены влиятельные федеральные партии, среди которых почти постоянно присутствует пар-

тия, полностью ограниченная одной землей и представляющая ее федеральные интересы — Баварская народная партия; однако в то же время различные, образующие государство социально-властные комплексы с их выходящими за границы земель общеимперскими организациями, напротив, заинтересованы в том, чтобы при любых обстоятельствах отстоять те властные позиции, что они добились в отдельных землях, поскольку таким образом они лучше всего защищены против враждебной партии или партийной коалиции, доминирующей в рейхе или в отдельных землях. Таким образом, федеративные учреждения и позиции также могут стать союзниками и опорными пунктами плюрализма. Однако возникающая таким способом «совместимость» парламентаризма и федерализма достигается лишь путем двустороннего ослабления целостности и прочности государственного единства.

Невзирая на эту возможность объединения плюрализма и федерализма, федеративная организация, тем не менее, всегда может стать особенно мощным противовесом этим абсолютно плюралистическим властным образованиям и методам их партийной политики. Действенная территориальная децентрализация возможна сегодня в плюралистическом партийном государстве лишь на основе федеративной организации. Доставшееся от немецкого XIX века учреждение коммунального самоуправления, предполагающее противостояние государства и общества, больше не обладает внутри государства, ставшего самоорганизацией общества, мощностью для действенного сопротивления плюралистическим силам, если те заняли все без разбору властные позиции в государстве и обществе, государственном надзоре и местном самоуправлении. Государственная самостоятельность отдельной земли, напротив, предоставляет такую возможность. Демократия и федерализм, — если придерживаться примеров Соединенных Штатов и Швейцарской конфедерации, — совместимы друг с другом при определенных конкретных предпосылках; и федерализм, т.е. федеративная организация государства, предоставляет в подобной демократии наиболее надежное средство территориальной децентрализации. Вследствие этого федерализм в государственном обществе, имеющем федеративную организацию и парламентское правление одновременно, в сегодняшнем Германском рейхе, получает два новых обоснования: во-первых, он является вспомогательным средством подлинной территориальной децентрализации, во-вторых, — по аналогии с уже обсуждавшимися автономными отщеплениями от общественной экономики и затрагиваемыми

ниже попытками «нейтрализации», — он может рассматриваться в качестве средства против методов партийно-политического плюрализма.

2. ПОИСКИ ВЫХОДА И ПРОТИВОПОЛОЖНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ

а) Попытки создания экономической конституции

С учетом того навязчивого факта, что государство в значительной мере господствует над экономической областью или влияет на нее. становится очевидно, что ответом на проблемы вроде плюрализма и поликратии должна стать реформа действующей имперской конституции. Ведь хотя сегодняшнее государство можно обозначить как государство экономики, тем не менее, государственная конституция, — как в большинстве современных государств, так и в Германии, — является не «экономической конституцией», а неточным образом обозначаемой «политической» конституцией, которая игнорирует экономические величины и силы как таковые и предстает «нейтральной» по отношению к экономике. Как и всякое человеческое общежитие, любая экономика и любое «общество» содержат в себе некую «конституцию», т.е. некий порядок. Так что при традиционном для XIX века разделении государства и общества, политики и экономики, рассматривающихся в качестве различных областей, говорить об определенной общественной и экономической конституции можно в совсем ином смысле, неточным и сбивающим с толку образом. Но в таком случае подобная «экономическая» или «общественная» конституция именно не является конституцией государственной. Для организации и политического устройства государства применяются не экономические образования и величины как таковые (например, предприятие, профсоюз, экономическое объединение, торговые палаты или другие представительства интересов), и отдельный гражданин государства обладает своей политической позицией и гражданскими правами не в качестве экономического субъекта типа работодателя или наемного труженика, производителя или налогоплательщика или как-то на основании экономических качеств или результатов; для подобной государственной конституции он всегда остается лишь *citoyen*, а не *producteur*. К основополагающим, позитивным качествам действующей имперской конституции относится то, что она отвергла систему экономической конституции, в особенности «политическую» систему советов. «Укоренение системы советов» в ст. 165 имперской

конституции — как настойчиво подчеркивалось — должно было иметь лишь экономическое, а не государственно-организационное значение. Если бы данную статью приняли в иной редакции, то действующая имперская конституция превратилась бы в фантастическое монструозное образование, поскольку содержала бы в себе различные, противоречащие друг другу конституции и в своей последней статье, словно в виде приложения, обосновывала бы вторую, параллельную конституцию, вновь ставящую под вопрос всю предшествующую организационную структуру. Поэтому недопустимо использовать ст. 165 для того, чтобы делать из действующей конституции конституцию экономическую, а из экономической конституции ст. 165 — государственную конституцию Германии.¹⁴⁴ Им-

¹⁴⁴ Разработки одного из лучших знатоков в данной области, Э. Татарины-Тарнхейдена (*E. Tatarin-Tarnheyden, Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie, ein kommentar zu Artikel 165 der Reichsverfassung, Berlin 1930, S. 13*) лишь по видимости противоречат сказанному здесь. Впрочем, *Татарин* говорит о том, что ст. 165, п. 1 дает «идейное основание законодательно регулируемой экономической конституции, намеченной в дальнейших абзацах». Такая не должна быть чем-то «отличным от государственной конституции», но являться «составной частью государственной конституции». Но, если я правильно понимаю, составной частью государственной конституции может называться не что иное, как, например, право на самоуправление (ст. 127). И хотя далее говорится о том, что в соответствии с этим Веймарская конституция выбрала «двойной путь» политического волеобразования — с одной стороны, путь демократии подсчета голосов, а с другой стороны, путь взаимодействия экономических классов и профессиональных сословий, тем не менее, на с. 12 говорится, что демократия подсчета голосов была положена Веймарской конституцией в «основу своей политической системы», и далее: «И опять же, как это часто имеет место в конституции Веймара, компромиссный продукт; расположение рядом друг с другом двух различных государственных систем — атомистической и органической, которое реально политически терпимо лишь потому, что последней — посредством ее отвлечения от реально политической на экономическую область — придается вторичное значение». Здесь можно лишь сказать: *ergo*. Если — как однажды сформулировал *Х. Херрфард* — ст. 165, последняя статья действующей конституции, одновременно является первой статьей некой будущей конституции, то это, собственно, также лишь подтверждает тезис, выдвинутый выше. Особенно ценны и интересны в данной связи разработки Э. Якоби (*E. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927, S. 392–395*): Здесь (ст. 165 ИК) в любом случае является ошибочным представление об осо-

перский экономический совет также не является решающим государственным органом, даже если бы он — во исполнение программы ст. 165 по созданию советов — стал постоянным. Первая, организационная часть имперской конституции остается политически решающей частью. Она содержит принятое с полным осознанием решение против политического строительства рейха в экономической конституции.

бой экономической конституции наряду с государственной конституцией». В ст. 165, п. 1 *Якоби* не видит «никакой общественно-правовой инновации». И напротив, если бы была реализована запланированная в ст. 165, аб 2 система, то «речь действительно шла бы об общественно-правовых инновациях». «Однако эта программа не реализована... Общественно-правовой экономической конституции согласно ст. 165, п. 2 имперской конституции не существует». Основополагающий выбор вида и формы политического существования, относящийся к конституции, делает невозможным подобное сосуществование двух противоречащих друг другу конструктивных принципа; это должно было стать причиной того, что программа ст. 165 не может быть реализована, не поставив при этом Веймарскую конституцию буквально с ног на голову. В этом же и суть вопроса о том, может ли в действующей имперской конституции существовать репрезентация (в отличие от простого представительства) экономических интересов. Я придерживаюсь того, что это не так; аргументация *Глюма* (*F. Glum, Der deutsche und der französische Reichswirtschaftsrat, Berlin 1929, S. 37 f.*; далее см. раздел «Rechswirtschaft»: *Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. I S. 582*) основана на том, что «экономика» делается неким целым и вследствие этого становится чем-то политическим, не переставая «противостоять государству». Посредством репрезентации она должна быть «втянута внутрь государства». *Глум* ссылается на § 17 Постановления о временном Имперском экономическом совете от 4 мая 1920 года: «Члены Имперского экономического совета суть представители всей экономики немецкого народа», и затем продолжает: «Тем самым ясно выражается, что члены Имперского экономического совета, — причем как постоянные, так непостоянные члены, — вообще не должны представлять никаких интересов, даже экономических интересов всего народа». Ведь это может означать лишь одно: либо они суть репрезентанты, и тогда они представляют весь народ, а не экономику; или же они ими не являются. То, что они не являются представителями интересов, еще не делает их репрезентантами. *Глум* обнаруживает еще одну возможность: стремление к созданию своего рода органов из независимых экспертов. Однако независимый эксперт также не является репрезентантом. О различных видах независимости, которые необходимо различать, см. ниже.

Так возникает очевидное несоответствие: экономическое государство, но не экономическая конституция. Понятно желание достичь гармонии в каком-либо направлении — либо очищая государство от всех элементов, придающих ему характер экономического государства, либо, наоборот, путем замены действующей неэкономической конституции конституцией экономической, т.е. полностью решительно экономизируя все государство. Первое требование привело бы к тому, что сегодняшние политические партии, которые в значительной мере суть устойчиво организованные представительства интересов и более или менее «феодално-сословные» союзы, должны будут вновь превратиться в независимые образования, ориентирующиеся на свободные мнения, на свободную агитацию, а отдельный депутат — вновь стать независимым, в соответствии с действующей конституцией (ст. 21). В частности можно попытаться сделать это путем введения строгой «несовместимости», причем не только традиционной несовместимости вроде «несовместимости» парламентского мандата и должности чиновника, но и т.н. экономической несовместимости, т.е. несовместимости парламентского мандата и определенных экономических профессий или должностей, например, юрисконсульта, секретаря партийной или общественной организации, члена наблюдательного совета, банкира, государственного поставщика и т.д. Подобная несовместимость, вероятно, была бы в конкретных случаях очень ценной и необходимой и соответствовала бы требованию моральной чистоты государственной жизни.¹⁴⁵ Но в целом она не может устранить систему, основанную на тесном объединении государства и общества. Массы сегодняшних избирателей, вероятно, всегда будут группироваться по экономическим интересам, и это невозможно запретить никаким декретом; введение несовместимости для определенных экономических профессий и должностей означало бы при наших запутанных экономических отношениях неравенство и несправедливость по сравнению с другими, также экономически детерминированными должностями и профессиями; однако для опосредованного воздействия социальных и экономических сил имеется только законодательно неуловимых возможностей, что в результате этого возникла бы лишь новая завуалированная система, а вся структура государственной жизни осталась бы неизменной.

¹⁴⁵ О проблеме несовместимостей см.: *Werner Weber, Parlamentarische Unvereinbarkeiten (Inkompatibilitäten)*, AöR. N. F. bd. 19 (1930) S. 161 f.; о так называемых экономических несовместимостях см. S. 239 f.

Другое, противоположное требование дать государству, которое теперь является экономическим государством, уже и подлинную экономическую конституцию, — будь это конституция государства сословий, профсоюзов или советов, — на первый взгляд обладает преимуществом честности и соответствия реальности. Однако оно является преимуществом лишь абстрактно, а в действительности опасно и вводит в заблуждение. Здесь следует говорить не о практических трудностях осуществления — оценке и различении отдельных профессиональных отраслей и групп, расчете голосов и распределении политической власти на основании экономического значения, — а лишь об основополагающей идее, направленной против подобных, якобы очевидных требований. Их выполнение привело бы не к укреплению единства политической воли, но лишь к угрозе ему; экономические и социальные противоречия были бы не решены и сняты, а проявились бы более открыто и бескомпромиссно, поскольку тогда борющиеся группы были бы свободны от необходимости идти обходным путем через всеобщие народные выборы и народное представительство. Крайне примечательно, что сегодня лишь два крупных государства имеют подобные экономические конституции: коммунистическая Россия с ее системой Советов и фашистская Италия с ее *stato corporativo*. В значительной мере они все еще являются аграрными странами, которые ни в коем случае не находятся во главе экономического развития и индустриального прогресса, и общеизвестно, что их экономическая конституция стоит в тени строго централизованной партийной организации и т.н. однопартийного государства. Система экономической конституции здесь вовсе не имеет того смысла, чтобы сделать экономику свободной и автономной, а напротив, направлена на то, чтобы отдать ее в руки государству и подчинить ему; однопартийная система возникает из необходимости воспрепятствовать захвату государства со стороны многих партий, т.е. предотвратить плюралистическое разделение государства.

*в) Проблема внутривнутриполитической нейтральности
в плюралистическом партийном государстве*

Естественно и понятно без разъяснений, что необходимы инстанции и процедуры, нейтральные по отношению к плюралистическим методам партийно-государственного волеобразования, т.е. независимые от сил такого рода партийного государства. Поскольку здесь предполагается лишь краткое изложение нынешнего консти-

туционного положения, то не будут затрагиваться планы реформ, хотя если и следует, как минимум, упомянуть изданные «Союзом за обновление Рейха» основные принципы, проекты законов и материалы, посвященные «Проблеме рейхсрата» (Berlin 1930) — по причине их особого значения. Однако помимо всех предложений и требований уже сегодня существуют учреждения и организации, подлинный смысл которых заключается в противодействии методам партийно-государственного плюрализма. До сих пор это чаще всего недостаточно ясно осознавалось во взаимосвязи по ряду причин: они сильно отличаются друг от друга и связаны между собой лишь общим противостоянием лабильному государству партийных коалиций; некоторые из них скрывались под мифическими лозунгами или оставались невидимыми; но прежде всего, многие из них по природе предмета менее заметны, тогда как методы лабильного государства партийных коалиций доминируют на переднем плане нашей политической жизни. Несмотря на это, подобные нейтральные силы относятся к сегодняшнему государству, и данное государство было бы без них немыслимо, поскольку в действительности не может быть государства, которое являлось бы только плюралистическим партийным государством. Кроме чисто партийно-обусловленных сил должны существовать и иные, непартийные и надпартийные силы, чтобы государственное единство не распалось на плюралистическое сосуществование социально-властных комплексов. Кроме того, если к тому же предусмотренные конституции органы и инстанции не способны на образование единой государственной воли, становится абсолютно неизбежным исчезновение политической субстанции по каким-либо пунктам социальной или политической системы. Тогда иные, будь то легальные или тайные силы — добровольно или вынужденно, сознательно или полусознанно — перенимают на себя роль государства и правят, так сказать, из-под полы. «Хитрость идеи», в силу которой единство воли всего народа должно обеспечиваться именно в парламенте, все не зависит от партийных коалиций и фракционных помещений; парламент не обладает неотъемлемой монополией на то, чтобы быть единственной сценой для действия хитрости идеи, и последняя может легко найти себе другое поле. Поэтому к общей картине действительности нашего сегодняшнего государственного состояния необходимым образом также относятся данные разнородные силы и способы решения проблем. В той мере, в какой они объединены совместным противостоянием нынешнему лабильному государству партийных коалиций, они в своей совокупности могут быть

обозначены как попытка утверждения партийно-политически нейтрального государства. При этом само собой разумеется, что многозначное само по себе слово «нейтральный», определяемое — как и любое политическое понятие — через свое конкретное противопоставление, в данном контексте означает не что иное, как противоположность силам и методам лабильного государства партийных коалиций. Их власть достаточно сильна и централизована, чтобы объединить посредством общего противостояния множество отличающихся друг от друга сил. Однако после приведенных выше разъяснений по поводу частично связанных друг с другом, частично противоположных друг другу плюралистических, поликратических и федералистских группировок, должно быть и так понятно, что в зависимости от тактической ситуации также вовсе не исключается возможность заключения союза между ними.

Согласно исторической традиции германского государства, здесь в первую очередь речь следует вести об учреждениях и методах чиновничьего государства и искать в нем подлинный противовес разрушающим воздействиям лабильного государства партийных коалиций. В таком случае чиновничество одновременно приобретает новую, соответствующую изменившемуся положению государства задачу и функцию, которую невозможно ни понять, ни обосновать при помощи понятий монархического государственного права. Действующая имперская конституция идет навстречу этому и охраняет немецкое чиновничество посредством предусмотренных конституцией институциональных гарантий от методов парламентарной политики раздела добычи (ст. 129, 130 РК). Она даже запрещает чиновникам быть «слугами одной партии» и дает определенные гарантии их независимому положению (принцип пожизненной службы, нерушимость благоприобретенных прав, обращение в суд в обычном порядке в случае имущественно-правовых притязаний и т.д.). Уже давно известно, что, несмотря на подобный конституционный запрет, должности чиновников, по крайней мере, во многих землях открыто рассматриваются как объекты добычи и компромисса правящих партий. О способности немецкого государства чиновников сопротивляться государству партийных коалиций большинство сегодня думает очень скептически и пессимистично. Однако следует учитывать, что на уровне рейха, где чиновников, а именно т.н. политических чиновников, назначает независимый от партийных коалиций рейхспрезидент, распределение чиновничьих должностей среди участников коалиций еще не стало настолько само собой разумеющимся, как в землях, где мини-

стры коалиционных партий, не встречая такой предусмотренной преграды, действуют как партийные агенты. Кроме того, вероятно, можно с некоторым оптимизмом надеяться на то, что назначенные чиновниками сторонники партии вследствие пожизненной службы чиновников и других предусмотренных конституцией гарантий освобождаются от партии, усваивают государственную установку немецкого чиновничества и через институт профессионального чиновничества из слуг партии превращаются в чиновников государства. Элементы государства чиновников, которые еще можно предполагать в Германии, могут таким образом образовать заслуживающий внимания фактор в системе партийно-политически нейтрального государства и спасти смысл непартийной компетентности. Но какими бы, несомненно, ценными и незаменимыми они ни были, они не могут преодолеть отсутствие правительства, способного стабильно править. Профессиональное чиновничество природой предмета ограничивается сферами юстиции и управления. Вследствие этого основополагающие нормы или директивы оно получает от законодательства или от правительства. Оно неспособно самостоятельно принимать политическое решение и в соответствии с нормами и масштабами своей компетентности определять направления политики. Оно может препятствовать и блокировать и в этих рамках оказывать свое нейтрализующее воздействие, но не решать и править в подлинном смысле.

Но еще в меньшей степени было бы возможно положить в основание нейтрального государства юстицию, и под какой-нибудь юридической маскировкой передать политические решения судам и государственным судам с профессиональными судьями. О требованиях и планах осуществить решение сложнейших вопросов нашего сегодняшнего конституционного состояния посредством суда с видимостью формы юстиции, уже говорилось в I-м разделе данного сочинения. Вероятно, подобные попытки решения могут не только казаться обоснованными собственно юристам юстиции, чьи мыслительные привычки определены ходом гражданско- и уголовно-процессуального порядка, но и соответствовать определенным склонностям немецкого характера, особенно часто цитированной немецкой «потребности в легальности». Сегодня уже более осознанно судят о подобных планах «юридизации» политики и лучше понимают узкие границы формы юстиции, которые именно в интересах независимой юстиции и правового государства следует защищать от партийной политизации. Независимый германский корпус профессиональных судей в качестве внутривласти-

тически нейтральной величины относится к тому комплексу, который ранее характеризовался как государство чиновников. Угроза как для этого профессионального судейского корпуса, так и для непартийной объективности возникнет в случае попытки использовать его для установления в качестве нейтрального государства скрытого политического государства юстиции.

Более серьезным и широко распространенным вне кругов юристов юстиции является устремление создать своего рода нейтральное государство специалистов и экспертов, в котором принятие политических решений предоставляется специалистам в отдельных областях, в особенности административным, финансово-техническим или экономическим специалистам.¹⁴⁶ В пользу этого встречается множество статей в большинстве современных государств. В качестве особенно показательного для Германии примера здесь в первую очередь можно назвать учреждение должности рейхскомиссара по экономике. «Ибо, что означает этот институт в принципе, как не *testimonium* представления, будто применительно к правительству и его членам существует много такого, чего они, как политики, не могут сказать или инициировать без ущерба для себя, но что должно быть сказано или инициировано, и именно поэтому это должен взять в свои руки некто иной, кто следует лишь профессиональному долгу и чей нейтралитет кажется гарантированным его должностью и личностью. Понимание того, что при любой государственной форме и, вероятно, особенно при федеральной и одновременной демократической государственной форме существуют противоречия между политикой — в смысле партийной и коалиционной политики, а не в смысле или лишь в очень ограниченной мере в смысле государственной политики вообще — и строгой компетентностью, являет-

¹⁴⁶ Об общей проблеме партийно-политически нейтрального эксперта в сегодняшней демократии см.: *Alfred Zimmerl*, Democracy and the Expert, in *The Political Quarterly*, Bd. I (Januar 1930) S. 7–25, с особым вниманием на Advisory Committees при Женевской Лиге Наций. Из новейшей немецкоязычной литературы об англосаксонской *Civil Service* следует упомянуть: *Carl J. Friedrich*, Das Berufsbeamtentum in den Vereinigten Staaten, *Beamten-Jahrbuch* heft 3, Berlin 1930, S. 3 ff. (также см. интересное замечание того же автора о влиянии идеи германского государства: «Deutsche Gedanken beim Aufbau des amerikanischen Staates», *Festgabe für Carl Schurz*, Berlin 1929, S. 131; *Fritz Morstein Marx*, Berufsbeamtentum in England, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, bd. 89 (1930) S. 449–495.

ся определяющей причиной возникновения такого примечательного института как институт рейхскомиссара по экономии». ¹⁴⁷ Решением кабинета от 27 ноября 1922 года на председателя Счетной палаты Германского рейха, государственного министра д-ра *Земмша* были возложены задачи комиссара по экономии, причем не на основании законодательных определений, но таким образом, что министры — на основании своего особого доверия (которое поэтому должно заново подтверждаться при каждой смене кабинета) — предоставляют ему возможность запрашивать материалы, необходимые для информирования и экспертиз. Самостоятельной и собственной распорядительной власти у комиссара по экономии нет. В соединении этой должности с постом председателя Счетной палаты проявляется уже типичная для большинства попыток нейтрализации несовместимость, поскольку согласно § 123 Положения о бюджете рейха (в редакции от 14 апреля 1930 года, RGBI. II S. 693) члены Счетной палаты не могут быть членами рейхстага. Деятельность комиссара по экономии как партийно-политически нейтрального специалиста и эксперта имеет гораздо большее значение и выходит далеко за рамки суммы отдельных заключений, — среди которых экспертизы о земельных управлениях Тюрингии, Вюртемберга, Гессена, Мекленбург-Шверина и Липпе, относящиеся к наиболее выдающимся документам административной компетентности и объективности.

Примерами экономических экспертов далее являются двенадцать членов Имперского экономического совета, назначаемых правительством рейха по своему усмотрению» — те, кто «выдающимися достижениями в особой мере способствовал или может способствовать развитию германской экономики». В известном смысле и сам институт Имперского экономического совета (как и французский *Conseil National Economique*, английский *Economical Advisory Council* и схожие образования), который состоит из знатоков экономики и заинтересованных сторон и участвует в законодательстве посредством экспертизы, может рассматриваться как шаг к государству экспертов. Если вообще не усматривать в нем уже переходное звено к подлинной экономической

¹⁴⁷ *J. Popitz*, Bankarchiv, 15. Oktober 1930, S. 22; *Carl Bilfinger*, Der Reichssparkommissar, Berlin 1928, особенно S. 13 («деполитизированная задача экономии»); *Saemisch*, Der Reichssparkommissar und seine Aufgaben (Finanzrechtliche Zeitfragen heft 2), Berlin 1930; *O. Bühler*, Der heutige Stand der Verwaltungs- und verfassungsreform, 2. Aufl., Stuttgart 1931.

конституции. Однако пока характерная черта подобных учреждений в том, что они оказывают влияние посредством веса их профессиональной экспертизы, а не действуют как политическая сила. Такого рода влияние в частности имеет большее практическое значение в комитетах. В рамках парламентской работы оно еще и сегодня иногда проявляется в исключительном влиянии некоторых парламентских комитетов, среди которых на первом месте следует назвать комитет по бюджету.¹⁴⁸ Однако, несмотря на подобные явления, парламентские комитеты вследствие их партийно-политической связанности явно не в состоянии добиться необходимой нейтральности. Хотя теоретически следовало бы придерживаться того, что они, включая комитеты по расследованию, должны быть внепартийными и «честно и всесторонне осуществлять представительство всех мнений». Однако и здесь проявляется воздействие того факта, что парламент в значительной мере стал сценой плюралистической системы. Поэтому по английскому образцу, — где помимо парламентских «Select Committees» существуют учрежденные короной «Royal Commissions»,¹⁴⁹ — учреждаются особые комитеты по расследованию, особенно партийно-политически независимые комитеты экономических обследований, которые должны обеспечить независимое от парламента, объективное изучение ситуации. Примером такого рода партийно-политически нейтральной комиссии по обследованию является германский «Комитет по изучению условий производства и сбыта в германской экономике» (имперский закон от 15 апреля 1925 года, RGBI I S. 195), члены которого назначаются правительством рейха и обладают широкой независимостью благодаря гарантированному освобождению от ответственности. Опять же иным способом в данном контексте представлены палаты (торгово-промышленные палаты, профессиональные палаты различного рода), затем консультативные советы при различных отраслях управления.

¹⁴⁸ О Комитете по имперскому бюджету см. вскоре выходящую диссертацию Б. Рилингера (B. Rilinger) из Берлинской Высшей торговой школы.

¹⁴⁹ По этому вопросу см. доклад Лассара (G. Lassar) «Комитеты по расследованиям с точки зрения английского права», который имперский министр внутренних дел переслал рейхстагу 11 ноября 1926 года (reichstagsdrucksache III. Wahlperiode Nr. 2690); по этому докладу цитируется: Todd, Parliamentar-Government; далее см.: A. Bertram, Hamburg. Wirtschaftsdienst, vom 28 Mai 1925 (Jahrg. 11 S. 701 f.).

В области судопроизводства¹⁵⁰ помимо состава трудовых судов следует упомянуть членов-экспертов Имперского хозяйственного суда, которые состоят в нем наряду с юридически подготовленными членами и назначаются председателем из списка кандидатов, подготовленного Имперским экономическим советом с «учетом различных профессиональных групп, представительства различных интересов и отдельных земель», причем решение принимает сенат Имперского хозяйственного суда в составе председателя и четырех профессиональных заседателей (Распоряжение об Имперском хозяйственном суде от 21 мая 1920 года), если не предусмотрено иного регулирования. Особенно интересен состав образованного при Имперском хозяйственном суде Анти-монопольного суда, который определяется т.н. Постановлением о картелях (§ 11 Постановления против злоупотребления доминирующим экономическим положением от 2 ноября 1923 года) таким образом: два заседателя назначаются с учетом конфликтующих хозяйственных интересов, однако в качестве третьего заседателя приглашается компетентное лицо, «от которого ожидается, что оно будет представлять интересы всеобщего блага, независимо от конфликтующих хозяйственных интересов». Последнее определение чрезвычайно поучительно, потому что оно различает компетентное заинтересованное лицо и независимого от интересов, т.е. в известной мере абсолютно нейтрального специалиста. Впрочем, данное очень важное противопоставление заинтересованных экспертов (опыт использования которых можно было в достаточной мере накопить во время принудительной экономики военного и переходного времени) и незаинтересованных экспертов одновременно обнаруживает всю сложность проблемы. В государственной системе арбитража повторяется почти аналогичный, однако, уникальный по своей структуре процесс, который будет подробнее рассмотрен выше. Арбитражный комитет и арбитражная палата составлены таким образом, что беспристрастный председатель противостоит равномерно представленным заседателям от работодателей и наемных сотрудников (ст. I, § 5 Постановления об арбитраже от 30 октября 1923 года, RGBl. I S. 1043); согласно

¹⁵⁰ О профессиональных консультантах при экономических спорах и участии непрофессионалов при решении подобных споров см. экспертные заключения, подготовленные для 36-го Съезда немецких юристов президентом сената д-ром *Кеппелем* (*Köppel*) и адвокатом д-ром *Фридендером* (*G. Friedländer*) (*Gutachten*, S. 321-454).

Распоряжению рейхспрезидента о разрешении арбитражных споров в интересах общества от 9 января 1931 года (, RGBl. I S. 1) могут быть приглашены еще два «беспристрастных заседателя».

Кроме того, в Германском рейхе на основании государства репараций возникли два образования, подлинный смысл которых заключается в том, чтобы в противоположность государству партийных коалиций быть независимой, нейтральной величиной: Рейхсбанк и Имперское общество железных дорог. Это автономные комплексы, отделенные от обычного государственного правления и управления, обладающие широкими гарантиями от партийно-политического влияния. То, что данная независимость обеспечивается именно несовместимостью с парламентарной деятельностью, есть верный знак того направления, в котором движется подобная автономизация. Новая редакция законов о плане Янга также придерживалась этого. Применительно к Рейхсбанку независимый от парламента рейхспрезидент согласует свои действия с германским правительством, когда подтверждает избрание президента Рейхсбанка Генеральным советом, назначение членов Совета директоров президентом с согласия Генерального совета и отзыв президента или члена Совета директоров (§ 6 Закона о Рейхсбанке в редакции от 13 марта 1930 года); члены Генерального совета Рейхсбанка не должны быть ни непосредственными государственными чиновниками, ни лицами, получающими жалование от Германского рейха или одной из немецких земель (§ 17); контроль над выпуском банкнот осуществляется председателем Счетной палаты Германского рейха в качестве уполномоченного, который наделен всеми гарантиями судебной независимости и также не может быть членом рейхстага (§ 121, 123 Положения о бюджете рейха). В обосновании законов о Гаагской конференции (II. Teil, Bankges. S. 3–4) полное «соблюдение принципа независимости» признается в качестве необходимого и характеризуется как «основополагающая гарантия обеспечения денежной единицы». Что касается Имперского общества железных дорог, то строгое разделение, существующее по Закону об Имперской железной дороге от 30 августа 1924 года, смягчено: (парламентское) правительство рейха получило широкие права по сбору сведений и контрольные полномочия, члены Управляющего совета Имперской железной дороги теперь назначаются правительством рейха (ст. II, § 11), постоянный представитель правительства рейха может принимать участие в заседаниях Управляющего совета и его комитетов без права голоса. Однако в остальном и здесь действует принцип независимости

и самостоятельности, а несовместимость с парламентской деятельностью распространяется на Управляющий совет, члены которого должны быть «опытными знатоками хозяйственной жизни или специалистами в области железных дорог» и не должны быть «членами рейхстага, ландтага, правительства рейха или земли» (§ 10). В обосновании подчеркивается (S. 16), что хотя германское имперское законодательство и имеет право вносить изменения в Закон об Имперской железной дороге, однако лишь при том условии, что это не приведет к росту новых обременений для компании, а также не будет затронут независимый характер компании с ее самостоятельным управлением», как и установленные и гарантированные выплаты репараций. Здесь очевидно внешнеполитическое и международно-правовое основание независимости и нейтралитета — последняя и самая надежная гарантия от интервенций партийного государства.

В обоих случаях, Рейхбанка и Имперской железной дороги, произошло **р а с щ е п л е н и е** прав государственного суверенитета, и образовался самостоятельный субъект права, который кажется независимым и нейтральным по отношению к парламенту. Мыслимы и частично уже реализованы иные возможности возникновения самостоятельных образований, будь то в качестве особой собственности без образования нового правового субъекта, но с изъятием из общего государственного бюджета (как в случае с Имперской почтой на основании Закона о финансах Имперской почты от 18 марта 1924 года, RGBI I S. 287), будь то в качестве самостоятельных монополий, будь то путем превращения существующих автономных образований — вроде социального страхования, коммунального или экономического самоуправления, церквей, мировоззренческих обществ или иных объединений — в носителей такого рода отщепленных государственных прав. Автономные образования коммунального самоуправления пока выглядят как не относящиеся сюда, поскольку вследствие определения ст. 17 ИК они сами включены в непосредственную сферу власти партийно- и фракционно-политической системы. Они стали сильнейшими носителями рассмотренной выше «поликратии». Отдельные германские земли, напротив, могут стать носителями определенной нейтрализующей функции. Хотя и они суть парламентарно управляемые партийные государства, тем не менее, то обстоятельство, что в них правят иначе образованные коалиции, нежели в рейхе, уже посредством простого различия порождает определенный противовес. В результате этого федералистские элементы сегодняшней германской консти-

туции приобрели совершенно новую задачу и функцию, в частности нейтрализующего воздействия в отношении лабильного государства партийных коалиций на уровне рейха. Это усиливается в той мере, в какой усиливается потребность в противодействии. Здесь проявляется некая особенность упоминавшегося выше функционального изменения, по совершенно иным идеям и мотивам придающая федерализму старого стиля новый *ratio essendi*, нежели союзный (bündischen), и новую жизнь борьбе с унитаризмом в рейхе и с централизмом в Пруссии. В рейхсрате федерализм объединяется с элементами чиновнического государства; то, что эта инстанция еще не превратилась в собрание партийных функционеров, а остается коллегией административных экспертов, объясняется и тем, что конституция исходит из государственного характера земель и показывает, что федерализм может быть резервуаром государственных сил. Так, силы союзного государства наряду с чиновническим государством, государством специалистов и экспертов и структурами государства репараций, стоят в ряду противоположных тенденций, которые в своем — хотя и не запланированном, но все же приводящем к схожему результату — взаимодействии пытаются перенять функции партийно-политически нейтрального государства.

с) Недостаточность большинства попыток нейтрализации; многозначность понятий «нейтральность» и «деполитизация»

Во многих тенденциях дальнейшего возникновения автономных образований и расщеплений, без сомнения, присутствует вынужденная, неизбежная коррекция. Однако можно ли из этого действительно получить общий принцип государственного строительства? Оправданно ли, например, ссылаясь на подлинно немецкий принцип товариществ, еще дальше углублять это развитие в направлении плюрализма? Можно ли сегодня уже выдвигать такой лозунг: массовое бегство всего того, что еще связано в Германии с государственной субстанцией? Я хотел бы ответить на это отрицательно. причем именно потому, что это определенно идет вразрез с единственно оправдывающей целью, а именно компетентностью и объективностью государства.

При помощи ложного обобщения посредством таких слов, как нейтральность, деполитизация и компетентность, в сегодняшнем положении Германии между собой смешиваются часто различные, противоположные цели. Это приводит к тому, что поиски выхода

также взаимно упраздняют и парализуют друг друга. Лабильное государство партийных коалиций приводит к правительству, неспособному править, к не-правительству, и из-за отсутствия решений, из-за стремления к действительному правительству и подлинным политическим решениям возникают разнообразные переходы политической субстанции. Но, с другой стороны, идет борьба с тем недостатком, который заключается в том, что политические решения являются пристрастными и некомпетентными. Поскольку при любом политическом решении неизбежно то, что какое-либо заинтересованное лицо воспринимает его как невыгодное, всегда можно надеяться на аплодисменты при объявлении «борьбы с политикой вообще» и выдвижении требования абсолютной деполитизации как абсолютной компетентности. В первом случае основополагающим мотивом является потребность в политическом решении: контр-структуры возникают из-за отсутствия политического решения, поскольку в действительности никакого управления не осуществляется; во втором случае, напротив, пытаются организовать систему, в которой больше нет ни каких политических решений, но лишь только компетентность и профессионализм, когда дела руководят, а вопросы разрешаются сами собой. Первая тенденция исходит из того, что политическое решение и правительство необходимы, а вторая — что политика и правительство по своей сути являются чем-то некомпетентным и избыточным. В призывах к деполитизации они обе часто перемешиваются, поскольку партийную политику в целом или партийную политику лабильного государства партийных коалиций в частности рассматривают не как подлинную политику, а как что-то беспредметное. Так что здесь соединяются отрицания со стороны двух противоположных направлений и два противоположных зла, с которыми нужно бороться с помощью противоположных средств, пытаясь поразить их одним и тем же неточным лозунгом. Но из-за этого в действительности не попадают ни в одного из них.

Что же особо касается «нейтрального государства специалистов и экспертов», то различие заинтересованных и незаинтересованных экспертов приводит к дилемме, которая именно в сложных противоречиях и конфликтах делает проблематичным ценность нейтрального государства экспертов: или эксперт одновременно является заинтересованным лицом, тогда он не нейтрален, и паритетное привлечение не ведет к решению, поскольку паритет, напротив, означает именно не-решение; или же эксперт не является заинтересованным лицом, и тогда ему часто недостает по-

следней и важнейшей компетенции. Иногда хороший выход может состоять в том, чтобы перекладывать решение на независимых экспертов, но таким образом не достигается политических решений. и при серьезных конфликтах авторитета эксперта, одного веса его аргумента, «the mere weight of expert agreement», чаще всего не достаточно для того, чтобы преодолеть силу влиятельных, противоречивых интересов. Здесь происходит так же, как и при передаче политических решений профессионально-чиновнической юстиции: в длительной перспективе это приводит не к нейтральной компетентности, а, наоборот, к партийной политизации до этого нейтральной величины. Подлинными обладателями политической власти могут легко обеспечить себе необходимое влияние на замещение судебных должностей и назначение специалистов-экспертов; если им это удастся, то разрешение вопросов в форме юстиции или посредством экспертизы становится удобным средством их политики, а это противоположность тому, что собственно было целью нейтрализации; если же им этого не удастся, то они теряют интерес к мнениям и экспертизам специалистов, записки и мнения которых можно легко игнорировать. Судьба многих независимых экспертных и профессиональных комиссий в последние годы довольно часто подтверждала этот старый опыт.

Но противоречивая в себе неоднозначность большинства «нейтрализаций» в практическом результате направлена также против их подлинных целей. Поликратия общественной экономики лишь только усилилась бы посредством новых автономных образований и расщеплений, а в соединении с плюралистической системой, в конце концов, приблизилась бы к состоянию средневекового сословного государства, при котором германское государство уже однажды потерпело крах. Подлинная опасность лабильного государства партийных коалиций, избежать которой намереваются с помощью самостоятельных деполитизированных образований. заключается в подобной тенденции. Ведь плюралистическая система с ее постоянными партийными и фракционными договоренностями превращает и государство в сосуществование компромиссов и договоров, посредством которых участвующие в коалиционном торге партии распределяют между собой все посты, доходы и преимущества согласно квоте, и к тому же еще воспринимают как справедливость тот паритет, который они при этом наблюдают. Конституция государства, в котором господствуют методы подобного образования политической воли, сводится к принципу «*pacta sunt servanda*» и к защите «благоприобретенных прав». Это является

следствием любой плюралистической системы. Однако при этом интересы партий и фракций, их вспомогательных и опорных организаций вовсе не находятся в неизбежном противоречии с частными интересами расщепленных и ставших самостоятельными образований. Эти первые могут объединяться со вторыми и заключать различные союзы. Здесь, как и вообще в отношениях между плюрализмом, поликратией и федерализмом, также возможны многие пересечения и т.н. поперечные связи. Окончательным следствием подобного двойственно функционирующего плюрализма стало бы абсолютное расщепление германского единства. Тогда решение вопроса о восстановлении государственного единства Германии начало бы зависеть от давления извне, от интереса стран-кредиторов в сохранении целостности должника по выплате репараций, и чужие правительства по своему усмотрению решали бы, должен ли иностранный комиссар или подеста определять направление немецкой политики, раз политическое чувство немецкого народа оказалось недостаточно для образования собственной воли.

Тем самым немецкая ситуация не была бы деполитизирована; просто на место немецкой политики встала бы чужая политика. Принципиальная ошибка всех подобных устремлений к деполитизации заключена уже в ложно понимаемом, вводящем в заблуждение лозунге «деполитизации». Под этим словом, насколько здесь вообще идет речь о серьезных предложениях, в действительности чаще всего понимается лишь устранение одного определенного вида политики, а именно партийной политики, т.е. лишь «партийная деполитизация», и даже она лишь в смысле особого рода политики лабильного государства партийных коалиций. Т.е. этим словом затрагивается лишь определенное противостояние определенным, а именно партийно-политическим методам. В остальном следует учитывать, что политика является неизбежной и неискоренимой. При помощи простых и удобных противопоставлений можно различать политику и право, политику и экономику, политику и культуру, но при этом обычно исходят из ложного представления либерального XIX века, будто возможно отделить область «политики» от других предметных областей типа экономики, религии и права. Однако своеобразие политического заключается именно в том, что любая мыслимая область человеческой деятельности потенциально является политической и немедленно становится политической, если в этой области возникают существенные конфликты и вопросы. Политическое способно соединяться с любой материей и лишь придает ей, — если мне будет позволено заимствовать здесь исполь-

зованную Эдуардом Штраггером формулу, — «новое выражение». Так что намеки с помощью слова «деполитизация» на то, что неудобной ответственности и риска политического можно избежать и искоренить, есть заблуждение и обманчивый, если не мошеннический способ выражения. Все, что каким-либо образом представляет общественный интерес, является каким-либо образом политическим. и всерьез нельзя деполитизировать ничего, что сущностно затрагивает государство. Бегство из политики есть бегство из государства. Никто не может предугадать, где закончится это бегство, и где окажется беглец; однако точно то, что результатом будет или политических крах, или другой вид политики.

*Обзор различных значений и функций понятий
внутриполитической нейтральности государства*

Учитывая многозначность слова «нейтральность» и путаницу, которая угрожает сделать незаменимое понятие бесполезным или неприменимым, будет целесообразно сделать терминологическое и предметное пояснение. Поэтому попытаемся здесь сделать упорядочивающие обобщения в виде систематической группировки различных значений, функций и полемических тенденций.

I. Негативные значения слова «нейтральность». т.е. уводящие от политического решения.

1. Нейтральность в смысле не-интервенционизма. незаинтересованности, *laisser passer*, пассивной толерантности и т.д.

В этом значении внутриполитическая нейтральность государства впервые осознается в историческом сознании, и именно как нейтралитет государства в отношении религий и конфессий. Так, Фридрих Великий говорит в своем политическом завещании: *je suis neutre entre Rome et Genève* — впрочем, это старая формула XVII века, которая встречается уже на портрете Гуго Гроция и очень важна для начавшегося в этом столетии процесса нейтрализации.¹⁵¹ В конечном счете этот процесс должен привести к общей нейтрализации в отношении всех мыслимых мировоззрений и проблем и к абсолютному равноправию, причем, например, религиозный человек не должен получать большую защиту, нежели атеист, а националист не больше, чем человек, враждебно и пренебрежительно настроенный по

¹⁵¹ Об этом процессе нейтрализации и его стадиях см.: *Carl Schmitt, Europäische Revue, November 1929.*

отношению к нации. Далее отсюда следует абсолютная свобода всякого рода пропаганды; как религиозной, так и антирелигиозной, как национальной, так и антинациональной; абсолютное «уважение» «инакомыслящего» вообще, даже если он высмеивает нравственность и мораль, подрывает форму государства и агитирует в пользу иностранного государства. Такого рода нейтральное государство есть уже не различающее, релятивистское *stato neutrale ed agnostico*, бессодержательное государство или же содержание сведенное к минимуму. Его конституция также нейтральна, прежде всего, по отношению к экономике в смысле невмешательства (свобода хозяйственной и договорной деятельности), наряду с «фикцией внеэкономического государства и внегосударственной экономики» (*Ф. Ленц*). Такое государство, тем не менее, может быть политическим, поскольку оно, по крайней мере, теоретически знает врага, а именно того, кто не верит в такого рода духовную нейтральность.

2. Нейтральность в смысле инструментального понимания государства, когда государство является техническим средством, которое должно функционировать с предметной предсказуемостью и давать каждому равные шансы на использование.

Инструментальное понимание государства чаще всего лежит в основании следующих выражений: государственный аппарат юстиции и управления, «правительственная машина», государство как бюрократическое предприятие, законодательная машина, законодательная отмычка (*die Klinke der Gesetzgebung*) и т.д. Нейтральность государства как технического инструмента мыслима лишь в области исполнительной власти, и, вероятно, можно себе представить, что аппарат юстиции или аппарат управления функционирует тем же образом и может служить любому правильно применяющему его пользователю так же предметно и технично, как и телефон, телеграф, почта и схожие технические устройства, которые вне зависимости от содержания сообщений служат каждому, кто выполняет правила их функционирования. Подобное государство было бы полностью деполитизировано и не могло бы самостоятельно различать друга и врага.

3. Нейтральность в смысле равенства шансов при государственном волеобразовании.

Здесь это слово приобретает значение, лежащее в основе известных либеральных толкований всеобщего избирательного права, а также все-

общего равенства перед законом, если данное равенство перед законом (как равенство перед применением закона) уже не подпадает под пункт 2. Каждый имеет шанс получить большинство; если он относится к проигравшему меньшинству, ему будет указано на то, что он имел и все еще имеет возможность добиться большинства. Это также является либеральным представлением о справедливости. Подобные представления о нейтральности равных шансов при государственном волеобразовании лежат и в основании господствующей интерпретации ст. 76 ИК, хотя чаще всего недостаточно осознанно. Согласно ей, в ст. 76 содержится не только определение относительно изменений конституции (как следовало бы думать при буквальном прочтении), но она также обосновывает беспредельное и безграничное, абсолютное всемогущество и законодательную власть. Так, считают, например, *Г. Анциуц* в своем комментарии к ст. 76 (10. Aufl. S. 349/350); *Фр. Гизе* (Kommentar, 8. Aufl. 1931, S. 190); и *Р. Тома* (Handbuch des deutschen Staatsrechts, II S. 154), который заходит так далеко, что выставляет *К. Бильфингера* и его отклоняющееся мнение как «правовые мечтания», — эпитет, который в целом выражает необычный вид банальных инсинуаций. Подобное господствующее понимание ст. 76 лишает Веймарскую конституцию ее политической субстанции и «почвы» и превращает ее в индифферентную к любому содержанию. нейтральную процедуру внесения изменений, которая в частности является нейтральной и в отношении существующей формы государства. В таком случае всем партиям справедливым образом должен предоставляться, безусловно, равный шанс получения большинства, необходимого для достижения с помощью действующей процедуры изменения конституции поставленных ими целей — республики Советов, национал-социалистического Рейха, хозяйственно-демократической профсоюзной республики, профессионально-сословного корпоративного государства. монархии старого образца, аристократии какого-либо рода — и введения другой конституции. Любое привилегирование существующей государственной формы или тем более правящих партий, — будь то через субвенции пропаганде, через различное использование радио и официальной печати, через применение цензуры, через давление на партийно-политическую деятельность или партийную принадлежность чиновников (в том смысле, что правящая партия разрешает чиновникам членство лишь в себе самой или партийно-политически близких ей партиях). через запреты собраний для крайних партий, через различие легальных и революционных партий в соответствии с их программой, — с точки зрения последовательно продуманного до конца, господствующего понимания ст. 76 все это является грубым и вызывающим нарушением конституции. При обсуждении вопроса о том, противоречит ли консти-

туции Закон о защите республики от 25 марта 1930 года (RGBl. I S. 91), систематическая взаимосвязь данного вопроса со ст. 76 чаще всего не учитывается.

4. **Нейтральность в смысле паритета, т.е. равного допуска всевозможных групп и направлений в равных условиях и с равным учетом интересов при распределении благ и иных государственных дотаций.**

Данный паритет имеет историческое и практическое значение для религиозных и мировоззренческих сообществ в государстве, которое не строго отделено от всех религиозных мировоззренческих вопросов, но остается связанным с множеством существующих религиозных и сходных групп, будь то посредством имущественно-правовых обязательств какого-либо рода, будь то посредством сотрудничества в сфере школы, общественного благоденствия и т.д. При таком паритете встает вопрос, который в зависимости от ситуации может стать очень сложным и проблематичным, а именно: какие группы вообще значимы для паритета. Так, например, спрашивается: если партийно-политическая нейтральность радио понимается в смысле паритета, то какие политические партии должны допускаться паритетным образом, так как невозможно автоматически и механически допускать любую обратившуюся партию. Схожий вопрос встает в том случае, если свобода науки (ст. 142 ИК) понимается как паритет всех научных направлений, и выдвигается требование равным образом справедливого и пропорционального учета всех этих направлений при занятии кафедр. *Макс Вебер* требовал, чтобы — если в высшей школе вообще допускаются оценочные суждения — в таком случае допускались все ценностные суждения, что теоретически может обосновываться как логикой релятивистско-агностического государства, так и либеральным требованием равенства шансов, но практически (при замещении кафедр) ведет в плюралистическом государстве к паритету господствующих в государстве партий. Однако нейтральность в смысле паритета практически осуществима лишь в отношении относительно небольшого числа признаваемых групп и лишь при относительно бесспорном распределении власти и влияния между паритетно признаваемыми партнерами. Слишком большое число групп, выдвигающих претензии на паритетное участие, или слишком большая неопределенность в оценке их власти и значения, т.е. неопределенность в расчете квоты, на которую они претендуют, препятствуют как осуществлению принципа паритета, так и ставят под сомнение обоснованность самого принципа.

II. Позитивные значения слова «нейтральность», т.е. способствующие решению.

1. Нейтральность в смысле объективности и компетентности на основании признанной нормы.

Такова нейтральность судьи, пока он принимает решения на основании признанного, содержательно определимого закона. Привязка к (содержательные ограничения) закону впервые делает возможной объективность и тем самым данный вид нейтральности, так же как и относительную самостоятельность судьи относительно прочих (т.е. регулируемых отличным от закона способом) видов государственной воли; эта нейтральность хотя и ведет к решению, но не к политическому решению.

2. Нейтральность на основании неэгоистически заинтересованной экспертизы.

Такова нейтральность компетентного эксперта и советника, профессионального заседателя, если он не является представителем интересов и представителем плюралистической системы (об этом см. выше); на эту нейтральность также опирается авторитет посредника и арбитра, если он не подпадает под пункт 3.

3. Нейтральность как выражение единства и целостности, охватывающей и, следовательно, релятивирующей в себе все противоборствующие группировки.

Такова нейтральность государственного разрешения внутригосударственных противоречий, — в противовес расщеплению и разделению государства на партии и особые интересы, — когда в решении выражается интерес государственного целого.

4. Нейтральность находящегося вовне чужого, который в случае необходимости принимает решение в качестве третьего лица извне и тем самым создает единство.

Такова объективность протектора в отношении находящегося под протекторатом государства и его внутривнутриполитических противоречий, завоевателя в отношении различных групп в колонии, англичан в отношении

индусов и магометан в Индии, Пилата (*quid est veritas?*) в отношении религиозных споров евреев.

Действия конституционного правительства

в соответствии со ст. 48 ИК.

*Развитие от военно-полицейского чрезвычайного положения
экономико-финансовому чрезвычайному положению*

Разрешение нынешних трудностей не может заключаться в дальнейшем ослаблении государства и еще в меньшей мере в том, чтобы дать ему погибнуть во всеобщем *sauve qui peut*. Причина беспорядков и недостатка компетентности и объективности — именно слабость, возникающая в экономическом государстве из-за плюралистических методов лабильного государства партийных коалиций, и этот недостаток невозможно преодолеть посредством дальнейшего ослабления и расщепления. Большинство предложений и требований деполитизации забывают ту простую истину, что для нейтральности в смысле независимой компетентности необходима особая мощь и сила, способная оказывать сопротивление могущественным группировкам и интересам. Если государству ее недостает, то его место должна занять какая-то иная сила, которая тем самым превращается в государство. Нейтральность в смысле компетентности и объективности есть не слабость и отсутствие политики, а как раз обратное. Т.е. решение заключается не в неполитической компетентности, а в предметно-информированной политике, учитывающей интересы целого и способной принимать решения.

Смысл любой разумной конституции в том, чтобы дать организационную систему, приводящую к государственному волеобразованию и дееспособному правительству. Осознанное и благоразумное намерение действующей имперской конституции заключается в достижении этой цели, и все ее установления парламентской и плебисцитарной демократии должны в первую очередь приводить к дееспособному правительству. Она исходит из того, что основанное на демократическом фундаменте правительство, встречающее поддержку и одобрение народа, является более прочным и сильным, нежели любой другой вид правительства. Поэтому первая, организационная главная часть имперской конституции помимо федеративных определений содержит в принципе хорошо продуманный баланс парламентской и плебисцитарной демократии. В центре плебисцитарной части конституции стоит президент, и большое значение имеет то, что при нейтрализаторских устремлениях,

ведущих к автономным образованиям, он выступает на особенно важном месте: это он обеспечивает связь между Германским рейхом и Рейхсбанком, когда утверждает назначение президента Рейхсбанка, избираемого Генеральным советом Рейхсбанка; в случае Имперского общества железных дорог избрание президента Административного совета и назначение генерального директора и директоров точно так же нуждается в утверждении рейхспрезидента. Однако теоретическое понимание его центрального положения и предусмотренных конституцией возможностей все еще страдает от интерпретаций, которые с помощью старых, возникших еще в довоенное время клише превращают Веймарскую конституцию в карикатуру, когда видят в ней не что иное, как анти-конституцию по отношению к предыдущей имперской конституции. Чаще всего это затрагивает понимание ст. 25 (ропуск рейхстага, понятие «исключительности» и «схожего основания»¹⁵²), ст. 54 (вотум недоверия) и ст. 48. Тем не менее, практика применения этих статей уже привела к появлению ряда признанных прецедентных случаев, которые невозможно игнорировать юридически.

Тем самым вопрос, от которого здесь зависит все, — какие средства против трудностей и разрушительных для конституции методов плюралистической системы возможны с точки зрения конституции, — получает другой, более действенный и более соответствующий духу конституции ответ, нежели при помощи дальнейшего расщепления и автономизации. Практика законов о наделении полномочиями, особенно в случае имперских законов от 13 октября 1923 года (RGBl I S. 943) и 8 декабря 1923 года (RGBl. I. S. 1179), показывает, что в критическом случае парламент теряет влия-

¹⁵² Схожее основание в смысле ст. 25 ИК является лишь конкретным предметом разногласия мнений между рейхспрезидентом (правительством) и парламентом, т.е. темой конфликта, который разрешается народом посредством новых выборов. Однако если распускается парламент, неспособный образовать большинство, то эта предпосылка не действует, и было абсурдным давать следующему парламенту, также неспособному образовать большинство, так сказать, право на 4 года неспособности образовать большинство: см.: *Carl Schmitt, Einmaligkeit und gleicher Anlaß bei der Reichstagsauflösung nach Art. 25 RV., Arch. D. ö. Rechts, Neue folge, Bd. 8 (1925) S. 162.* Недавно это вновь было неправильно истолковано в работах: *F. Glum, Parlamentskrise und Verfassungslücke, Deutsche Juristenzeitung 1930, S. 1415, O. Bühler, Die Grenzen verfassungsmäßigen Vorgehens der Regierung bei Erledigung des Sanierungsprogramms, reichsverwaltungsblatt bd. 51 (1930) S. 780.*

ние на ход дел. Очень характерно, что в первом законе о наделении полномочиями, допускающем отклонения от предусмотренных конституцией основных прав, предусматривалось не содействие рейхстага, а лишь ознакомление и требование отмены, тогда как второй закон о наделении полномочиями требовал перед изданием распоряжения лишь заслушать в доверительной обстановке комитет рейхстага из 15 членов (и комитет рейхсрата). Еще одним симптомом, достойным быть упомянутым здесь, являются чиновники-министры и состоящие из чиновников кабинеты.¹⁵³ Однако решающий процесс заключается в практике ст. 48. Она особенно важна для структуры сегодняшнего конституционного положения, потому что вынуждена затрагивать экономическую и финансовую сферы. Ведь превращение в экономическое государство совпадает с одновременным превращением парламента в сцену плюралистической системы, и именно в этом заключается как причина конституционно-правовой путаницы, так необходимости попыток решения проблем и противодействий.

1. Применительно ко многим важным вопросам чрезвычайного положения и права чрезвычайных постановлений конституционно-правовое развитие привело к результатам, которые настолько признаны и приняты в практике правительств, в решениях высших судов и в литературе, что их следует рассматривать в качестве составной части нашего сегодняшнего конституционного права. Впрочем, толкование ст. 48 ИК содержит ряд особенно сложных юридических вопросов, причем не столько по поводу того, существует ли в рейхе значительная угроза общественному порядку и безопасности по существу дела, — вопрос о том, существуют ли фактические предпосылки для чрезвычайных полномочий, естественно должно решать осознающий свой долг правительство, — но, прежде всего, относительно подлинной конституционно-правовой проблемы содержания содержащихся в ст. 48, п. 2 компетенций и полномочий рейхспрезидента. Расхождения мнений понятным образом объясняются в первую очередь различием партийно-политических интересов и взглядов, которые не могут затрагиваться здесь более подробно. Сюда прибавляется то, что именно в случае «чрезвычайного положения» длительное воздействие оказывают понятия и лозунги из государственного права конституционной монархии, которые запутывают понятия и мнения республиканского конститу-

¹⁵³ Об этом см.: O. Koellreutter, *der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteienstaat* (Recht und Staat, Heft 51), Tübingen 1927, S. 31 f.

ционного права, в частности, когда полномочия рейхспрезидента обозначаются словом «диктатура». Наконец просто не учитывается, что определения ст. 48, п. 2 мыслились законодательным Национальным собранием как намеренно обширная временная мера. окончательное конкретное ограничение которой даст уже будущий закон во исполнение ст. 48, п. 5. До того времени юридическое толкование помимо общих сложностей любого вопроса высокой политики должно также учитывать сложности, вытекающие из уникальности многолетнего существования временной меры.

Однако, несмотря на эту чрезвычайную сложность и запутанность, можно утверждать, что в ходе теперь уже десятилетней практики в соединении с обширной литературой были разработаны некоторые принципы интерпретации ст. 48, п. 2, относительно которых при непредвзятом подходе уже невозможно спорить о том, что произошло их всеобщее признание. Это касается как минимум двух следующих пунктов:

а) Полномочие рейхспрезидента издавать согласно ст. 48, п. 2 ИК «распоряжения, заменяющие закон».

Предшествующая обширная практика правовых распоряжений ст. 48, п. 2 и п. 4 не требует никакого подтверждения; достаточно вспомнить об обзорах, сделанных *Пециш-Хефтером* (*Poetzsch-Heffter, Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Bd. 13, 1925, S. 141–157; Bd. 17, 1929, S. 99–101). Имперский суд в полной мере подтвердил эту практику и в данном случае рассматривал рейхспрезидента как законодателя в смысле «условного закона»; например. RGSt. 56, 115 (полномочие издавать правовые предписания, особенно уголовные положения); таким же образом 56, 163; 56, 188 («своего рода право рейхспрезидента на издание чрезвычайных постановлений»); 56, 420 (право на издание правовых предписаний «не подлежит сомнению»); 57, 384; 58, 269 (предписания согласно ст. 48, п. 2 «несомненно» являются законными определениями в смысле ст. 105, 151, 152 РК); 58, 360 (отказ судьям в праве на проверку предпосылок и длительности постановлений); но особенно 59, 41: «Ведь внесение изменений в уголовные положения в зависимости от состава преступления или размера наказания подпадает в сферу законодательной власти и тем самым (!), как и таковая в целом (!), предоставлено рейхспрезиденту согласно ст. 48, п. 2 имперской конституции при соблюдении указанной там предпосылки и с учетом обозначенной там цели». Далее см.: RGZ. 123, 409 (подобие с правом издания чрезвычайных постановлений); или: Reichsfinanzhof, 17, S. 73. Благодаря комментарию *Аншюца*, преобладающее в литературе учение сформулировано следующим образом: «Данные постановления (согласно ст. 48, п. 2) могут пред-

писывать или запрещать все, для чего необходим и достаточен простой, не вносящий изменений в конституцию имперский закон». С этим солидарны: *Poetzsch-Heffter*, Kommentar S. 237; *Giese*, Kommentar 8 Aufl. S. 138.

В соответствии с этим в ст. 48, п. 2 помимо прочих чрезвычайных полномочий в любом случае также содержится и полномочие издавать в рамках данного конституционного определения правовые предписания, имеющие силу закона. Пока следует отложить рассмотрение вопроса, к которому еще предстоит вернуться: было ли это полномочие с самого начала дано ст. 48 (как это принято в учении, господствующем в теории и практике), или же оно возникло уже в результате развития за последние 10 лет. Другой вопрос, насколько данное право издавать распоряжения может быть охарактеризовано как право чрезвычайных постановлений. В общем смысле любое постановление, издаваемое на основании чрезвычайных полномочий, можно характеризовать как чрезвычайное, и в этом значении понимать все постановления рейхспрезидента, издаваемые на основании ст. 48, п. 2, как чрезвычайные. В более узком специфическом смысле, напротив, конституционное право конституционной монархии допускало чрезвычайные постановления и развило их в качестве типично установленной нормы лишь в том случае, если парламент не был создан.¹⁵⁴ Если чрезвычайные постановления рейхспрезидента издаются в подобной ситуации, то можно говорить о чрезвычайных постановлениях и в этом более узком смысле. Два вида постановлений могут различаться; с другой стороны они имеют и много общих черт, и полномочие

¹⁵⁴ Странное, открытое противоречие господствует сегодня между пониманием понятия «созванности» на уровне рейха (ст. 24 ИК) и в Пруссии (ст. 55 Прусской конституции); об этом см. мою статью в *Deutsche Juristenzeitung* от 15 октября 1930 года (S. 1285 ff.); решение Государственного суда Германской рейха от 13 июля 1929 года о праве чрезвычайных постановлений в Пруссии (RGZ. 125, Anh. S.; *Lammers-Simons* II S. 66, 69) упустило из виду этот государственно-правовой вопрос. Направленное против моей только что упомянутой статьи сочинение *В. Йеллинека* (*W. Jellinek*, *Reichsverwaltungsblatt* vom 6. Dezember 1930, S. 779) также не разрешило противоречия между практикой ст. 24 ИК на уровне рейха и ст. 55 Прусской конституции. В любом случае, — если хотят отказаться от существовавшего до сих пор (как такового никак не подлежащего сомнению) понятия «созванности», — вся проблема сегодняшнего парламентского права должна быть систематически поставлена на новую основу.

по их изданию подпадает под обширное понятие чрезвычайных полномочий.

б) Возникновение специфически экономического и финансового особого и чрезвычайного положения (Not- und Ausnahmestandes). Как практика ст. 48, п. 2 ИК, так и особенно практика ст. 55 Прусской конституции под давлением в существенной мере экономического и финансового характера сегодняшних чрезвычайных ситуаций (Notlagen) признает допустимым применять чрезвычайные полномочия в случае экономических и финансовых чрезвычайных ситуаций и угроз. Результаты практики ст. 55 Прусской конституции в этом отношении могут прямо переноситься на ст. 48 ИК, причем неважно, насколько в остальном может быть значительным отличие двух конституционных определения и правовых институтов. В любом случае в ст. 48 ИК еще и сегодня так же содержится право издания постановлений, выполняющее функцию права чрезвычайных постановлений. В этой, единственно интересующей нас связи, перенесение основополагающих точек зрения и аргументов не только допустимо, но и необходимо (об этом же RGZ. 123 S. 409). Это имеет двойное значение: предпосылка применения чрезвычайных полномочий (чрезвычайная ситуация, значительная угроза общественной безопасности и порядку) может обосновываться чрезвычайной экономической или финансовой ситуацией или опасностью, исходящей от экономического и финансового положения; изначально лишь экономический и финансовый характер исходной ситуации не исключает применение чрезвычайных полномочий.¹⁵⁵ Далее к со-

¹⁵⁵ Примеры постановлений экономического и финансового содержания, изданных на основании ст. 48, п. 2, очень многочисленны; здесь можно упомянуть лишь эти: постановления о валюте и рентной марке (Rentenmark) ноябрь 1923 года; постановления по поводу временного отказа от выполнения обязательства ввиду заграничного курса рейхсмарки от 5 ноября 1923 года (RGBl. I S. 1082); далее от того же дня: постановление в дополнение постановления о реализации средств путем займа и о казначейских поручениях (RGBl. I S. 1083, причем следует учесть, что дополненное постановление от 20 октября 1923 года было издано на основании закона о наделении полномочиями); постановление от 13 октября 1923 года (отмена закона о угольном налоге от 20 марта 1923 года, RGBl. I S. 945, вновь издано 18 октября 1923 года в качестве постановления на основании закона о наделении полномочиями, RGBl. I S. 979); постановление от 5 апреля 1924 года о выездных сборах (RGBl. I S. 397), от 10 ноября 1924 года об экономически необходимом снижении нало-

держанию чрезвычайных полномочий также относится право издавать постановления экономического и финансового характера, заменяющие закон.¹⁵⁶

Оба этих результата — право рейхспрезидента издавать заменяющие закон постановления согласно ст. 48, п. 2, и (допустимым образом также) экономический и финансовый характер чрезвычайного положения и полномочий объявления чрезвычайного положения — основаны на толковании ст. 48, которое утвердилось в ходе десятилетнего правового развития и соответствует экономически стесненному государству, платящему дань и одновременно берущему на себя социальные обязательства. И хотя все еще возможны и имеются в огромном числе несовпадения мнений и споры по поводу интерпретаций данного сложного конституционного определения, тем не менее, относительно обоих названных результатов уже сложилась однозначная практика. Необязательно рассматривать множество теоретических контрверз и различий относительно обычного права, изменения конституции, развития конституции и т.д. и т.п., чтобы сделать простое заключение о том, что здесь на протяжении многих лет имеет место постоянное упражнение на основании устойчивого правового убеждения. Временной мере ст. 48, действующей до выхода будущего закона во исполнение п. 5, оно придало содержание, которое заслуживает внимания с позитивно-правовой точки зрения. Здесь взаимодействуют четыре фактора: 1. господствующее в учении о государственном праве понимание ст. 48, аб 2, которое в этом отношении приравнивает рейхспрезидента к «простому законодателю в рейхе»; 2. многочисленные прецедентные случаи

гов (RGBl. I S. 737) и т.д. Примеры экономических постановлений земельных правительств согласно ст. 48, п. 4 особенно выделены в упоминавшемся выше обзоре *Пецш-Хефтера*. Практика чрезвычайных постановлений прусского правительства согласно ст. 55 Прусской конституции при постоянном одобрении Государственного суда (решения от 21 ноября 1925 года, RGZ 112, Anh. S. 10; от 23 марта 1929 года, RGZ 124, Anh. S. 19; от 13 июля 1929 года, RGZ 125, Anh. S. 7) придерживалась того, что срочные и необычные чрезвычайные ситуации финансового рода в государстве и даже в его самоуправляемых организациях также оправдывают издание чрезвычайных постановлений.

¹⁵⁶ Таковыми являются ранее названные постановления согласно ст. 48, п. 2 и особенно утвержденное решением Государственного суда от 13 июля 1929 года чрезвычайное постановление прусского правительства от 8 мая 1929 года о регулировании ремесленного налога на 1929 финансовый год.

из практики правительства рейха, насколько это касается замещающих закон постановлений, и — в существенном взаимодействии — практика чрезвычайных постановлений прусского правительства, насколько это касается утверждения чрезвычайного экономического и финансового полномочия, причем следует учитывать, что воздействие неоспоренного прецедентного случая в общественном праве обыкновенно является более сильным и решающим, нежели в частном праве, а прецедентный случай в конституционном и международном праве также может обладать особенно мощной силой; 3. многочисленные, в данном отношении вполне ясные и определенные решения Имперского суда, Имперской финансовой палаты, всех иных высших судов, прежде всего, Государственного суда Германского рейха, которые подтвердили как экономический характер чрезвычайного полномочия, так и полномочие правительства применять чрезвычайные полномочия при неработоспособном или неспособном образовать большинство парламенте (решение от 13 июля 1929 года, RGZ. 125, Anh. S. 8); 4. признание подобной практики действиями рейхстага, который не потребовал отмены заменяющих законы постановлений, изданных согласно ст. 48, п. 2, в чем проявляется как минимум согласие с их конституционно-правовой действенностью.¹⁵⁷

¹⁵⁷ В конституционно-правовой теории часто оспаривалось уравнивание чрезвычайного полномочия принимать меры с правом президента издавать заменяющие закон постановления, особенно *Эрвином Якоби* и мною в докладе о диктатуре рейхспрезидента на Съезде юристов государственного права 1924 года (*Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Bd. I. 1924, S. 99 und S. 110 f.); далее в работе, хотя и с иным, даже противоречащим обоснованием: *R. Grau*, "Die Diktatur des Reichspräsidenten", 1923, S. 102/103; а также в статье "Diktaturgewalt und Reichsverfassung" (*Gedächtnisschrift für Seckel*, Berlin 1927, S. 490). Остается отдельным вопрос, насколько правовые постановления рейхспрезидента от 26 июля и 1 декабря 1930 года (RGBl. I S. 311 und S. 517) содержательно были бы допустимы в качестве мер, на что в значительной мере можно было бы ответить утвердительно, поскольку в конечном счете любое применение закона и исполнительная власть осуществляется в виде мер. С учетом произошедшего за это время правового развития это контрверза в любом случае завершена в той мере, в какой право рейхспрезидента издавать постановления, заменяющие законы, — если оно не содержится в полномочии принимать меры, — также теперь добавилось к нему. В остальном контрверза по поводу объема передачи полномочий ст. 48, п. 2, п. 1 остается открытой, ведь в утверждении несомненного права

2. Применительно к отношению финансово-правовых конституционных определений и чрезвычайных полномочий рейхспрезидента отсюда следует, что изданные на основании чрезвычайных полномочий постановления с финансово-правовым содержанием также допустимы, если в остальном ими соблюдаются установленные конституцией пределы чрезвычайных полномочий. Однако спрашивается, выполняется ли финансово-правовая оговорка [действенности постановления до выхода] закона — применительно к налогам и сборам — ст. 134 ИК, к за-

рейхспрезидента издавать подобные постановления нет никакого ограничения его полномочия принимать необходимые меры, обоснованного в ст. 48, п. 2, п. 1; в само собой разумеющемся ограничении права издавать заменяющие закон постановления простыми (не изменяющими конституцию) законами столь же мало ограничения полномочия принимать необходимые меры в том смысле, что каждое отдельное конституционное определение относительно мер по защите конституции образует непреодолимое препятствие; т.е. здесь нет никакого признания тех теоретических воззрений, которые объявляют любую из многочисленных конституционно-законодательных частных более важной, чем сама конституция. Сохраняется различие заменяющих закон правовых предписаний и мер и его значение (например, в том случае, если — без учета сущности институциональной гарантии — объявляется недопустимым сокращение жалования, предписанное заменяющим закон постановлением, все же необходимо считать допустимым в качестве меры приказ общественным кассам выплачивать лишь часть жалования, невзирая на правовые притязания чиновников); полномочие рейхспрезидента принимать все необходимые меры сохраняется в его полном предусмотренном конституцией объеме наряду с правом издания заменяющих закон постановлений до тех пор, пока законом не будет дана дальнейшая регламентация во исполнение. Отклонение права издавать заменяющие закон постановления могло опираться, прежде всего, на временный характер положения ст. 48, п. 2 и на необходимость в кратчайшее время осуществить при помощи предусмотренного в п. 5 закона во исполнение окончательную регламентацию чрезвычайного положения и в нем также определить передачу полномочия издавать правовые предписания. В той же мере, в какой продолжается практика ст. 48, п. 2, закон во исполнение не принимался, и тем самым конституционное определение день ото дня утрачивало свой временный характер, возникла необходимость включить подлинное право издавать заменяющие закон постановления в чрезвычайные полномочия рейхспрезидента, хотя в остальном, пока не издан закон во исполнение, временный характер этого регулирования сохраняется и должен постоянно подтверждаться.

кону о бюджете — ст. 85 ИК, к кредитным полномочиям и гарантиям — ст. 87 ИК — посредством издания заменяющего закон постановления на основании чрезвычайных полномочий ст. 48, или же эта финансово-правовая оговорка есть оговорка формального закона.

В литературе господствующим является такое понимание ст. 48, п. 2, согласно которому чрезвычайные полномочия рейхспрезидента издавать постановления вообще приравниваются к полномочию издавать простые законы (см. приведенную выше формулировку комментария *Аншюца*); поэтому для него нет сомнений в том, что финансово-правовая оговорка закона, — ничем не отличаясь от нормальной оговорки закона в случае основных прав и свобод, — может выполняться также и в результате издания постановления согласно ст. 48, п. 2. Что касается предшествовавшей практики, то она вовсе не видит в финансово-правовой оговорке закона оговорку формального закона. Установление налогов и сборов, определение таможенных выплат и иных налогово-правовых норм сегодня уже давно не ограничивается законами в формальном смысле; здесь существует многолетняя практика, которая не нуждается ни в каких доказательствах и правовая действительность которая не может оспариваться всерьез, впрочем, она вряд ли и была оспорена. Ведь § 2 Имперского положения о сборах ясно определяет, что законом в смысле Имперского положения о сборах является любая правовая норма. Но и относительно наделения полномочиями в сфере бюджетных расходов, а также в сфере кредита и гарантий правительства рейха в своей практике беспрекословно заняло такую позицию, что финансово-правовая оговорка закона не требует никакого формального закона, но может выполняться в результате издания заменяющего закон постановления.¹⁵⁸

158 Таким является несомненное в своей правовой действительности, подписанное рейхсминистром финансов *Гильфердингом* постановление имперского правительства от 20 сентября 1923 года об усилении кредитных полномочий (RGBl. I S. 386), которое было издано на основании ст. VI, п. I, п. 2 чрезвычайного закона от 24 февраля 1923 года (RGBl. I S. 147). Ссылаясь на очень общее полномочие, предоставленное чрезвычайным законом, оно усиливает кредитные полномочия, предусмотренные законом о внесении второго дополнения к плану имперского бюджета на 1923 финансовый год от 14 августа 1923 года (RGBl. II S. 329), добавляет соответствующую сумму к доходам чрезвычайного бюджета, усиливает предоставленные министру финансов полномочия по временной поддержке постоянных средств Имперской главной кассы

Если уже признано, что рейхспрезидент согласно ст. 48, п. 2 может издавать заменяющие закон постановления, и далее признается, что заменяющие закон постановления допустимы и в области налогового права, то заменяющие закон постановления согласно ст. 48, аб 2 больше не могут быть недопустимыми применительно к бюджетному плану и кредитным и гарантийным полномочиям, поскольку то, что является правовым для налогов и сборов, не может быть неправовым для иных финансово-правовых процессов. Ведь финансово-правовая оговорка закона допускает лишь их единую оценку. Во всей системе государственных финансов, если нет точных описанных выделений и изъятий определенных областей и имущества, — как в случае Рейхсбанка, Имперской железной дороги или Имперской почты как самостоятельных предприятий, — господствует принцип единства и тотальности. То, что для займов требуется дающий кредитные полномочия финансовый закон, объясняется тем, что займы оказывают воздействие на налоговую систему (*G. Jéze, Allg. Theorie des Budgets, Tübingen 1927, S. 93*); т.е. первичным является налоговый закон, а не закон о займах. Тесная взаимосвязь всех доходов и расходов государства именно в ходе бюджетно-правовой конституционной борьбы в XIX веке привела к возникновению и утверждению принципа финансового единства и доказала невыполнимость и несостоятельность всех попыток различения, исходящих от монархического правительства (например, попыток в землях т.н. баварско-саксонского бюджетного типа отделить друг от друга утверждение налогов и бюджетное право). Еще и сегодня почти всеми признаваемым толкованием ст. 73, п. 4 ИК (недопустимость любых народных финансово-правовых инициатив) был решающий принцип единства всего плана государственного бюджета. Поэтому невозможно проводить различия внутри финансово-правовой оговорки закона и вводить для бюджетного плана и для наделения полномочий ст. 37 качественно иную оговорку закона, нежели в случае сущностной и основополагающей составной части государственного бюджета и плана государственного бюджета, а именно налогов и сборов.

Сомнение, которое с формально-правовой точки зрения могло бы содержать в себе ядро юридической аргументации против за-

(*Reichshauptkasse*) с правом давать казначейские поручения и в заключении определяет, что предоставленные данным постановлением полномочия утрачивают силу лишь в том случае, если они будут даны путем обычного законодательства.

меняющих финансовые законы постановлений, основано на сообщении, которое, насколько я вижу, чаще всего не выдвигается в подробном виде,¹⁵⁹ но которое в любом случае требует обсуждения и прояснения. В частности финансово-правовая оговорка закона (ст. 85, 87 РК) особым образом отличается от оговорки закона в случае основных прав (ст. 114, 115 РК и далее). Если вводимые для основных прав и свобод исключения и вмешательства оговариваются «на основании закона», то исключения и вмешательства, вводимые на основании заменяющего закон правового предписания, хотя и не опираются на формальный закон, но все же, — согласно дефиниции закона либерального XIX века, согласно которому закон в материальном смысле есть вмешательство в свободу и собственность, — по крайней мере, на закон в материальном смысле. поскольку постановление вмешивается в свободу и собственность. Следовательно, при подобной дефиниции закона имеется если не формальный, то хотя бы материальный закон, каким-либо образом удовлетворяющий оговорку закона. Иначе обстоит дело в случае финансово-правовой оговорки закона. С одной стороны законы о налогах и сборах сегодня также действуют в качестве законов в материальном смысле, несмотря на то, что такое понимание утвердилось лишь в XIX веке, причем именно вследствие конституционного бюджетного права; и поэтому в их случае нет никакой особенности. Но, с другой стороны, утверждение плана бюджета вместе с полномочиями расходовать, предоставление полномочий на получение кредита или предоставление гарантий согласно господствующему пониманию являются не законом в материальном смысле, а актом управления в финансовой области. Если в случае подобных вмешательств в основное право, последовавших на основании постановления, оговорка закона выполняется посредством закона в материальном смысле, то в случае утверждения бюджета или предоставления полномочий на получение кредита и предоставление гарантий (хотя согласно первоначальному пониманию — и в случае установления налогов и сборов), осуществленных путем постановления, не имеется ни формального, ни материального закона, а, следовательно, вообще никакого закона; тогда оговорка закона не выполнялась бы никоим образом, и акт оказался бы в пустоте. Таким образом, финансово-правовая оговорка закона — в отличие от оговорки закона в случае основных прав — выглядит как

¹⁵⁹ *Grau a.a.O., Nawiasky, AöR. N.F. 9, S. 53, J. Lukas, Vereinigung deutscher Staatsrechtler, Heft 6, 1929, S. 46; A. Hensel DJZ. 35 (1930) S. 1058.*

оговорка особой формальной строгости. Она превращается в абсолютно формальную оговорку, которая исключает любое постановление и предоставление полномочий и может выполняться лишь посредством формального закона.

Однако данный ход рассуждений извращает конституционно-правовой смысл различения материального и формального закона, впрочем, как и смысл двойного понятия материального закона, которое определяет закон то как общее правовое правило, то как вмешательство в свободу и собственность. О конституционно-правовом значении понятия закона подробно будет сказано ниже. В любом случае, отличие финансово-правовой оговорки не столь велико, как это выглядит согласно подобной аргументации. Ведь в обоих случаях речь все же идет о защите собственности, а кроме того — как в случае оговорки касательно основных прав, так и в случае финансово-правовой оговорки — о регулировании компетенций организационного характера, и финансово-правовая оговорка содержит в себе не больше, чем подобное организационное определение. Очевидно, было бы неправильно считать любое подобное регулирование компетенций «абсолютно формальным» и заявлять по его поводу, что оно исключает любой иной путь, допускаемый конституцией иным образом. В любом случае, согласно действующей имперской конституции это не так. Например, регулирование компетенций ст. 68 имперской конституции («Законы рейха принимаются рейхстагом») также носит организационный характер и, тем не менее, не исключает правовых предписаний на основании закона о наделении полномочиями и постановлений согласно ст. 48, п. 2.

Несмотря на это, подобный ход мысли содержит в себе некую примечательную государственно-правовую точку зрения, когда делает принципиальное различие между простой мерой и имеющим правовую форму актом. Ведь ставшее сегодня господствующим толкование ст. 48, п. 2 отвергает различие мер и имеющих правовую форму актов и приравнивает рейхспрезидента в случае ст. 48, п. 2 к простому законодателю. Совместно с *Эрвином Якоби* я отстаивал различие мер и имеющих правовую форму актов и пытался противопоставить его господствующему учению. Еще и сегодня я исхожу из теоретической правильности различения и придерживаюсь мнения, что отличия заменяющих закон постановлений и мер проявляются и в сегодняшней практике ст. 48. Но сопротивление со стороны государственно-правовых учений было тогда столь резким, что теоретическое не-различие утвердилось в качестве го-

сподствующего учения. Именно благодаря этому, данная теория не только содействовала существующему признанию права издания заменяющих закон постановлений, но и собственно впервые сделала возможным осуществление права. Ведь она создала теоретико-правовое заблуждение, которое типично и необходимо для возникновения подобных правовых образований и без которого не доставало бы правового убеждения, соединяющегося с простым исполнением и практикой. Как точно подметил *Рихард Тома (Richard Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes, Festgabe für O. Mayer, 1916, S. 213)*, именно в государственном праве «совершенно обычное явление», когда «заблуждения отцов становятся обычным правом». Сегодня следует, как показано выше, воспринимать в качестве позитивного права то, что распоряжения рейхспрезидента могут быть заменяющими закон постановлениями. Таким образом они непосредственно на основании конституционного определения приобретают характер правовой формы; они равны закону и перестают быть мерами в специфическом смысле, которые как таковые естественно не могли бы выполнить оговорку закону. Теперь отпадает ограничение чрезвычайных полномочий со стороны правового государства, заключающееся в их ограниченности мерами. Со стороны господствующего учения теперь было бы бесцельно пытаться повернуть назад уже свершившееся при его помощи образование права, признавая задним числом воздействия и последствия своего теоретического заблуждения. Однако оно также больше не имеет возможности добиваться формальной строгости финансово-правовой оговорки закона в отношении заменяющего закон постановления ст. 48, п. 2.

3. Другое сомнение относительно постановлений согласно ст. 48, п. 2 имперской конституции, касающихся предоставления полномочий в области бюджетного законодательства и кредита, вероятно, могло бы вытекать из того, что контрольное полномочие парламента, — т.е. в данном случае право рейхстага требовать отмены согласно ст. 48, п. 3, — было бы практически ничего не значащим, если на основании постановления были бы израсходованы средства и заключены договоры о займе. В таком случае требование рейхстага отменить действие пришло бы слишком поздно и уже не могло бы ликвидировать правовые и фактические последствия и воздействия таких постановлений.

Однако это возражение лишь по видимости опровергает конституционно-правовую допустимость подобных постановлений. В действительности оно касается всех без исключения право-

вых и фактических воздействий и последствий любого применения чрезвычайных полномочий и потому не обладает никакой особой доказательной силой применительно к рассматриваемым здесь постановлениям. Любая мера, принятая на основании ст. 48, как бы осторожно она ни придерживалась самых узких и, несомненно, допустимых рамок этих полномочий, приводит к каким-либо фактическим и обычно также правовым последствиям. Так, например, наказания назначаются, а чрезвычайные суды учреждаются без оглядки на то, чтобы всегда можно было аннулировать последствия арестов, приговоров и исполнения наказаний; газеты запрещаются и не могут выходить до отмены запрета, рейхсвер задеиствуется и производит всякого рода разрушения, вероятно, даже погибают люди и т.д. То, что все это уже невозможно повернуть вспять, если рейхстаг потребует отменить меру, не обосновывает вывода о том, что меру вообще нельзя было принимать, или что она с самого начала противоречила конституции лишь из-за сложности или невозможности ликвидировать соответствующие последствия. Иначе это привело бы к тому абсурдному результату, что ст. 48, п. 2 допускает лишь меры, не имеющие последствий и влияний; чрезвычайное полномочие, как точно сказал Имперский суд (RGZ. 123, 409), «вряд ли может выполнить свою цель, если постоянно приходилось бы рассчитывать на его отмену задним числом». Однако то, что является само собой разумеющимся и общепризнанным относительно назначения наказаний и часто чудовищных последствий применения вооруженной силы, как минимум, в такой же мере должно распространяться на распоряжения денежного характера.

В европейской конституционной истории могла существовать эпоха, которая, видимо, понимала приоритет закона главным образом как приоритет формального финансового закона перед всеми остальными государственными, конституционно-правовыми и человеческими ценностями, поскольку в ней господствовала фикция свободной от государства экономики и свободного от экономики государства. Действующую конституцию невозможно заподозрить в этом. В ст. 48, п. 2 она включила частную собственность (ст. 153) в отменяемые основные права и тем самым пожелала сделать возможным вторжение в договорную и экономическую свободу. В результате этого она вступила в противоречие с предшествовавшей либеральной традицией, которая не знала отмены гарантий собственности вообще. Причина отклонения от либеральной традиции заключалась в том, что стремились не только изъять оружие *H. Preuß, Sten. Ber. S. 1332*), но и сделать возможными действенные

меры экономического и финансового характера, например, определение цен на продукты, организацию сбыта (выражение прусского министра *Хайне* во время 47-го заседания Национального собрания 5 июля 1919 года). Уже в 1919 году чувствовали, что — в соответствии с экономическим и социальным развитием — следует предусмотреть возможность дальнейшего превращения ранее лишь полицейского и военного осадного положения в экономическое особое и чрезвычайное положение. Сегодня рейхспрезидент должен по своему усмотрению определять, следует ли временно отменить действие ст. 153, и для этого, если он ответственным образом решится на это, достаточно одного движения руки; поскольку о б ъ я в л е н и е «отмены действия» есть лишь формальность. В этом отношении нет ни малейшего сомнения даже применительно к самому узкому толкованию ст. 48, п. 2. Ведь с целью восстановления общественной безопасности и порядка рейхспрезидент во время отмены действия мог бы лишать собственности без выплаты компенсации, производить конфискации и налагать контрибуции, чтобы собрать деньги, необходимые для восстановления общественной безопасности и порядка. Отказать ему в полномочии собирать необходимые деньги путем кредита при таких его бесспорных и неоспоримых конституционно-правовых возможностях, соответствовало бы духу раннелиберальному конституционализму, хотя последнее время от времени демонстрировал готовность, по крайней мере, ее видимость, пожертвовать всем государством и остальной конституцией ради святости формального финансового права.

4. Однако подлинная причина всех сомнений по поводу заменяющих финансовые законы постановлений следует искать не столько в формально-правовых соображениях, сколько в конституционно-исторических воспоминаниях и продолжающемся воздействии предыдущих конституционных конфликтов. Они возникают из прошлых, отличных с конституционно-правовой точки зрения ситуаций, и являются тем, что социология называет *“résidu”*. Поэтому необходимо вспомнить, что больше не имеет места ситуация конституционной монархии XIX века с ее разделением государства и общества, политики и экономики. Это имеет непосредственное конституционно-правовое значение. Юридическое толкование конституции не может осуществляться без историко-критического сознания, если не хочет оказаться в безыдейном формализме и пустых спорах о словах. Чаще всего нуждается в прояснении понятие формального закона, а в свою очередь внутри него — именно понятие формального финансового закона. Оно привязано к опре-

деленной конституционно-правовой ситуации и характеризуется теснейшей, охватывающей также позитивно-правовое содержание установленной нормы взаимосвязью с определенной конституционной структурой. Именно в своем «формальном» характере оно определяется совершенно политически, и формализация означает здесь, как уже говорилось выше, противоположность деполитизации. Она есть выражение чисто политического расширения власти и компетенций, которое называется «формальным», поскольку относительно определенного противника она освобождается от ограничивающего ее власть материального понятия закона: закон в формальном смысле, каковым являются многие акты управления в финансовом праве, становится законом не из-за своего предметного содержания, но лишь из-за того органа, который его издал или участвовал в издании; разработанный в учении о государственном праве конституционной монархии (буквально не называемый в писаных конституциях) «формальный» характер не оговаривает чего-то иного, нежели то, что полномочие или компетенция предпринимать определенные действия или участвовать в них предоставляется парламенту без предметного учета регулирования прочих компетенций. Этим простым прояснением вовсе не говорится, что понятие формального закона является несправедливым или ложным. Таковым оно становится лишь в том случае, когда пытаются помешать его прояснению и абсолютизировать его, перенося его на гетерогенную с конституционно-правовой точки зрения ситуацию. Понятие безусловно формального закона осмысленно и понятно как средство борьбы буржуазии с конституционной монархией с учетом предпосылки разделения государства и общества. Здесь формализация имеет исключительно смысл политизации; она должна распространить властную сферу парламента на важные финансово-правовые процессы и действия в противовес непарламентскому правительству. Таким образом, оговорка формального закона полемически направлена против вполне определенного политического противника, а именно против независимого от народного представительства королевского правительства германской конституционной монархии; и оговорка закона выражает в германских конституциях XIX века то, что определенные области и случаи изымаются из власти короля, ограниченной лишь перечисленными в конституции исключениями, и сохраняются за законодателем, т.е. требуют участия парламента. Закон о бюджете повсеместно называется соглашением между королевским правительством и народным представи-

тельством (об этом говорится еще у *Майера-Аншюца: Meyer-Anschütz. Staatsrecht, S. 890, 897; см. выше*), что точно соответствует дуалистической конструкции подобной государственности, а также отношению к конституции как к договору (между государем и народным представительством). Лишь к подобной конституционной структуре подходит понятие безусловно «формального» закона.¹⁶⁰ В борьбе с независимым от парламента королевским правительством появился формальный закон бюджетного права, и борьба против королевского права издавать распоряжения есть борьба против предположительно все еще неограниченной власти короля; это не борьба против права издавать постановления, делегированного посредством конституционного права или закона. Поэтому в демократических государствах финансово-правовая оговорка вовсе не понимается как абсолютно и безусловно формальная оговорка.¹⁶¹

¹⁶⁰ Если данное «формальное» понятие ведет к ограничению власти и к компетенции народного представительства, — например, применительно к предконституционному законодательному праву, которое формально не было бы законом в конституционном смысле и вследствие этого, при последовательно осуществленном формальном понятии закона, по-прежнему относилось бы к властной сфере королевского правительства, — тогда, естественно, его немедленно отбрасывают и снова возвращаются к материальному понятию закона (закон = вмешательство в свободу и собственность). *Р. Тома* с образцовой ясностью описал этот процесс в своем сочинении об оговорке закона (*Festgabe für O. Mayer, 1916*).

¹⁶¹ К примеру, французский закон от 14 декабря 1879 года, на котором основывается действующее ныне регулирование французского государственного права. Согласно ему, кредиты путем издания постановлений (*par décret*) в определенных случаях предоставляются даже при собранном парламенте; в случае если парламент не заседает, детально регулируются бюджетно-правовые возможности издания постановления. Принцип оговорки формального финансового закона вовсе не является абсолютным и не имеющим исключений. Французский теоретик бюджетного права, известный не только как юридический авторитет в области финансового права, но и как настоящий демократический республиканец, так высказался по поводу этого принципиального вопроса (*G. Jèze, Allg. Theorie des Budgetrechts, 1927, S. 191*): «Какой бы путь ни был выбран (при регулировании правительством срочных и непредусмотренных расходов), очевидно то, что в случае серьезных кризисов — например, при военной угрозе — правительство без колебаний пойдет на расходы без предоставленного парламентом полномочия... *Salus populi suprema lex*».

Если имеется оговорка безусловно формального финансового закона, то всегда предполагается, что парламент в качестве народного представительства противостоит независимому от него правительству, которое никоим образом не может ссылаться на народ; право короны распускать парламент также не имело в германской конституционной монархии конституционно-правового смысла апелляции к народу; оно было призвано лишь поддерживать дуалистическую структуру и равновесие государства и общества. Конституционно-правовая ситуация сегодняшнего Германского рейха Веймарской конституции совершенно отличается от этого. Во-первых, сегодняшнее государство не основывается на договоре между народным представительством и правительством, а закон о бюджете не есть «соглашение» между парламентом и правительством; во-вторых, правительство больше не является независимой от парламента силой, а парламентские средства воздействия и контроля, — если существует дееспособный парламент с большинством, — столь значительны, что уже по этой причине невозможно переносить сюда точки зрения, которые имели смысл в отношении королевского правительства германской монархии; в-третьих, рейхспрезидент избирается всем народом, так что он в любом случае является представителем народа, и монополия парламента на народное представительство, предполагавшаяся в нормах и понятиях монархического конституционного права, отпадает; наконец, в-четвертых, Веймарская конституция является демократической и основывается на балансе парламентарных плебисцитарных элементов; ее структура в существенной мере определяется тем, что по отношению к парламенту, правительству и президенту народ равным образом принимает решения в качестве высшего третьего лица (посредством новых выборов, референдума или иных голосований). Конституционный конфликт в духе монархического XIX века сегодня столь же невозможен, насколько непереносимы аргументы и понятия подобного конфликта.

Когда здесь сохраняющемуся воздействию заимствований из монархического конституционного права противопоставляется своеобразие действующей имперской конституции и утверждается допустимость права издания постановлений, заменяющих финансовые законы, то это вовсе не означает безграничного, неконтролируемого властного полномочия рейхспрезидента. Ведь тем самым одновременно говорится, что предпосылки, содержание и границы чрезвычайных полномочий, пока они не будут специально урегулированы законом во исполнение, должны разрабаты-

ваться исходя из норм и точек зрения действующей конституции. При этом следует учитывать то, что *Гуго Пройс* в качестве особо существенного подчеркивал еще в конституционном комитете (Prot. S. 277) и что было разработано в моем докладе о диктатуре рейхспрезидента (Staatsrechtslehrtagung 1924, S. 103; Diktatur, 2. Aufl., S. 254): подлинная граница чрезвычайных полномочий рейхспрезидента и подлинная гарантия от злоупотреблений его властью заключается в контрольных полномочиях рейхстага, а не в нормативности или препятствиях в юридической форме. Дееспособному рейхстагу, обладающему большинством, будет нетрудно продемонстрировать свое отношение к рейхспрезиденту и правительству рейха – посредством своего требования отмены [постановления] и в случае необходимости посредством прямого вотума недоверия. Действующая конституция предоставляет дееспособному и обладающему большинством рейхстагу все права и возможности, необходимые парламенту для его утверждения в качестве определяющего фактора государственного волеобразования. Если парламент, превратившийся в сцену плюралистической системы, не способен на это, то он не имеет права требовать, чтобы и все иные ответственные [институты] становились недееспособными. Было не только исторически невозможно и морально невыносимо, но также и юридически ложно обосновывать сегодня подобное право на всеобщую недееспособность при помощи аргументов, посредством которых состоявший из уважаемых людей либеральный парламент XIX века пытался обезоружить своего монархического противника. Если в нынешнем конституционном положении Германии возникла именно практика экономическо-финансового чрезвычайного положения с правом издания заменяющих закон постановлений, то это не произвол и не случайность, как и не «диктатура» в смысле вульгарного, партийно-политического лозунга, а выражение глубокой и внутренне закономерной взаимосвязи. Это соответствует тому повороту, который законодательное государство совершило в направлении экономического государства и который больше не может осуществляться плюралистически расщепленным парламентом. Чрезвычайное положение, как было показано выше, открывает ядро государства в его конкретном своеобразии; государство юстиции разрабатывает право [объявления] осадного положения и суммарную процедуру юстиции, военное и полицейское государство – передачу исполнительной власти как типичное средство своего чрезвычайного положения. Право издавать постановления, заменяющие экономическо-финансовые законы, в сегодняш-

ней практике ст. 48 аналогичным образом согласуется с существующим порядком и пытается спасти от противоречащего конституции плюрализма предусмотренное конституцией законодательное государство, законодательный корпус которого плюралистически расколот. То, что конституционным и легальным образом данную наиболее серьезную попытку решения и противодействия может предпринять лишь рейхспрезидент, одновременно показывает, что рейхспрезидента следует рассматривать в качестве гаранта всего этого конституционного порядка.

III. РЕЙХСПРЕЗИДЕНТ КАК ГАРАНТ КОНСТИТУЦИИ

1. ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОЕ УЧЕНИЕ О «НЕЙТРАЛЬНОЙ ВЛАСТИ» (POUVOIR NEUTRE)

Несовпадения и разногласия между носителями прав политического решения или влияния, конечно, если не имеются в виду прямые нарушения конституции, в целом не могут быть разрешены в форме юстиции. Они устраняются либо сверху, при помощи более могущественной политической силы, стоящей над спорными мнениями, т.е. при помощи высшего третьего лица, — но тогда это был бы не гарант конституции, а суверенный государь в государстве; либо они улаживаются или разрешаются посредством не вышестоящего, а равнозначного органа, т.е. при помощи нейтрального третьего лица — в этом смысл нейтральной власти, *pouvoir neutre et intermédiaire*, которая стоит не над, а рядом с другими предусмотренными конституцией властями, но обладает своеобразными полномочиями и возможностями влияния. Если необходимо не просто акцессорное побочное действие других видов государственной деятельности, но требуется особое учреждение и инстанция, задачей которой является обеспечение конституционного функционирования различных властей и охрана конституции, то для правового государства с разделением властей будет логично не возлагать это дополнительно на одну из существующих властей, поскольку иначе она лишь получит перевес над другими и сможет избежать контроля. В результате она превратится в господина конституции. Поэтому необходимо установить особую нейтральную власть наряду с другими властями и посредством специфических полномочий связать и сбалансировать ее с ними.

В конституционной истории XIX века особое учение о *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur* появляется у Бенжамена Констан¹⁶² в борьбе французской буржуазии за либеральную конституцию против бонапартизма и монархической реставрации. Это учение в существенной мере относится к конституционной теории буржуазного правового государства, и оно повлияло не только на те две конституции, в которые было включено почти дословно.¹⁶³

¹⁶² Впервые опубликовано 24 мая 1814 года: *Réflexions sur les constitutions et les garanties*, воспроизведено: *Collection complète des ouvrages de Benjamin Constant* Paris 1818, p. 14 f., далее см.: *Cours de politique constitutionnelle*, издание 1818 года, I S. 13 f. Издание *Laboulaye*, I. p. 18 f. *Œuvres politique*, издание *Charles Louandre*, Paris 1874, p. 18. Монографического исследования этого важного вопроса до сих пор нет. Применительно к Франции это объясняется политической судьбой французской монархии и главы государства, применительно к предшествующему развитию в Германии — отсутствием учения о конституции. Сам Констан указывал, точно не называя времени и места, на конституционные идеи Клермон-Тоннера, однако ограничился сообщением о том, что там содержатся «ростки» его учения (*on en trouve les germes etc.*). Видимо это было единственным основанием для ссылки на Клермон-Тоннера у Георга Йеллинека: *Georg Jellinek, Allg. Staatslehre*, S. 590. Ведь в остальном историческая взаимосвязь учения о *pouvoir neutre* с конституционными построениями Клермон-Тоннера до сих пор подробно не исследована. С одной стороны, учение Констан соответствует умеренно либеральной теории монархии, основанной на разделении властей, как она встречается уже у Мунье и Клермон-Тоннера; Клермон-Тоннер также характеризует положение короля как *régulateur* (*Œuvres complètes de Stanislas de Clermont-Tonnerre*, t. IV, Paris, an III, s. 316). однако до сих пор я не смог детально установить, каким образом Клермон-Тоннер повлиял на Констан и использовал ли уже он важную и характерную формулу “*pouvoir neutre*”. Что касается биографической взаимосвязи, то указания на Клермон-Тоннера нет ни в книге: *Rudler, La jeunesse de Benjamin Constant (1767–94)*, Paris 1909, ни в подробной: *Rudler, Bibliographie Critique des œuvres de Benjamin Constant*, Paris 1909. Обе вышедшие в 1930 году биографии, написанные Леоном и Дюмон-Вильданом, также не содержат никаких дальнейших сведений на этот счет.

¹⁶³ Бразильская конституция от 25 марта 1824 года, ст. 98: *Le pouvoir modérateur est clef de tout l'organisation politique, il est délégué exclusivement à l'empereur comme chef suprême de la nation et de son premier représentant, pourqu'il veille incessamment sur la conservation de l'indépendance, de l'équilibre et de l'harmonie des autres pouvoir politique*. Точно так же и португальская конституция от 29 апреля 1826 года, ст. 71: *Le pouvoir modéra-*

Скорее к нему восходит типичный для всех конституций XIX века каталог прерогатив и полномочий главы государства (монарха или президента), которые мыслятся как средства и возможности воздействия подобной *pouvoir neutre*: неприкасаемость или, по крайней мере, привилегированное положение главы государства, утверждение и обнародование законов, право помилования, назначение министров и чиновников, роспуск избранной палаты. Почти во всех конституциях крупных государств, насколько они соответствуют типу буржуазного правового государства, — как в монархиях, так и республиках, — эта конструкция распознается каким-либо образом, независимо от того, допускает ли политическая ситуация ее применения. С точки зрения конституционной и государственной теории это учение представляет большой интерес. Оно основано на политической интуиции, которая ясно определяет и точной формулой выражает положение короля или главы государства в конституционном государстве. Оно в полной мере относится к классическому учению о буржуазном правовом государстве и также соотносится с ним, по поводу чего *Лоренц фон Штейн* высказался не только применительно к Франции, но и ко всей континентально-европейской конституционной истории решающего периода (1789–1848): «Нигде мир не знает более глубокого и неисчерпаемого источника великих истин о конституции и обществе». ¹⁶⁴ Его создатель вполне заслуживает той

teur est clef de tout l'organisation politique et appartient exclusivement au Roi, etc. В Италии и Испании влияние учения *Констана* также было велико, как я смог установить в разговорах с итальянскими и испанскими коллегами; здесь также отсутствует монографическое исследование. В проекте новой испанской конституции, опубликованном тогдашним испанским правительством в июле 1929 года, *Consejo del Reino* задуман как *instrumento del Poder armonico; garanta de la independencia judicial; moderador de la Cámara legislativa; salva guarda de la constitucion, frente al Gobierno o a las Cortes*; posible organo de soberanía en circunstancias culminantes; clave y ornamento de todo el organismo politico, al cual presta estabilidad y decoro. Это интересная попытка соединить короля с партийно-политически нейтральным авторитетом государственного и коронного совета. В предыдущих испанских конституциях (1812, 1837, 1845, 1869 и 1876 гг.) интересующие нас здесь выражения еще не применялись.

¹⁶⁴ Geschichte des sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. I, Der Begriff der Gesellschaft, Ausgabe von G. Salomon, München 1921 I, S. 502; *Штейн* прямо упоминает учение *Констана* о нейтральной власти (а.а.О. II

похвалы, которой его награждает *Георг Йеллинек*, когда хвалит его за «взгляд, свободный от доктринерской предвзятости» и приписывает ему ту бесспорную заслугу, что он «первым указал континентальному развитию путь к верному конституционному положению министров». ¹⁶⁵ *Бартелеми* восхищается ясностью хода его мысли (*j'admire la lucidité du raisonnement*) и по праву говорит о том, что *Констан* был подлинным передовым борцом за либеральный конституционализм, приучивший французскую буржуазию к парламентаризму. ¹⁶⁶ Заслуживает внимания то, что его имя после долгого забвения теперь звучит снова и в Германии и многократно встречается в таком важном документе немецкого правоведения, как доклад *Трипеля* о 5-м съезде немецких юристов государственного права. ¹⁶⁷ Применительно к истории государственно-теоретических понятий мне кажется особенно интересным то, что раздвоение *auctoritas* и *potestas*, которое я считаю основополагающим различием европейской государственной мысли, можно также обнаружить в данном учении *Констана*. ¹⁶⁸

Практическая ценность учения о нейтральном, посредническом, регулирующем и гарантирующем положении главы государства заключается, прежде всего, в том, что теперь можно ответить на вопрос, что же в буржуазном правовом государстве, — будь то конституционная монархия или конституционная демократия, — еще значит глава государства и в чем смысл его полномочий, если законодательство полностью находится в распоряжении палат, назначенные

S. 51) и говорит, что нейтральная власть во Франции появилась вместе с июльской монархией, которая представляла для него классическую форму истинного конституционализма вообще.

¹⁶⁵ Entwicklung des Ministeriums in der konstitutionellen Monarchie, *Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht* X (1883), S. 340, 342. Также см.: Allgemeine Staatslehre, S. 590. Суждение, которое *Г. Йеллинек* в этом случае высказывает по поводу *Сийеса*, я считаю несправедливой недооценкой удивительного конструктора конституции.

¹⁶⁶ L'introduction du régime parlementaire en France, Paris 1904, S. 184 f. Также верно замечено в работе: *Henry Michel, L'idée de l'Etat*, Paris 1896, S. 304: "On n'a jamais mieux défini, avec plus délicatesse et de sûreté dans l'expression, le rôle d'un roi constitutionnel".

¹⁶⁷ Heft 5 der Veröffentlichungen, a.a.O. S. 10 und S. 19: «Как видим, Бенжамен Констан оказался прав: важно не столько наказать министра, как обезвредить его».

¹⁶⁸ См. ниже.

главой государства министры полностью зависят от доверия законодательной корпорации, а сам глава государства во всем связан контрассигнацией министров и вследствие этого о нем можно сказать: *il règne et ne gouverne pas*.¹⁶⁹ В Германии не поняли различия *régner* и *gouverner* ни теоретически, поскольку различие *auctoritas* и *potestas* было давно забыто, ни практически, поскольку монарх конституционной монархии германского типа действительно царствовал и правил. Согласно *Ф.Й. Шталю*, на этом даже основывалось противопоставление конституционной (т.е. действительно правящей) и парламентской монархии, — антитеза, которая ловко соединяет современные требования и способы выражения с их обезвреживанием и которую следует понимать лишь как политически мотивированное различие.¹⁷⁰ Против конструкции французских либералов в немецком учении о государстве XIX века с самого начала выдвигалось то, что король также должен действовать и действительно осуществлять власть, иначе он будет одной лишь тенью.¹⁷¹ *Макс фон Зайдель* нашел для этого убийственную аргументацию: монарх в любом случае должен действительно править и обладать действительной властью, ведь если изъять *gouverner*, то от *régner* уже ничего не останется.¹⁷² Часто цитировали довольно грубое выра-

¹⁶⁹ Тезис *Тьера* 1829 года звучит так: “Le roi règne, les ministres gouvernent, les chambres jugent” (причем под *jugent* естественно понимается не юстиция). О происхождении этой знаменитой формулы см.: *G. Jellinek*, in *Grünhuts Zeitschrift* 1883, a.a.o. S. 343, *Esmein-Nézar*, *Éléments du droit constitutionnel*, 7.auf. I, S. 231.

¹⁷⁰ *Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. § 97 f.; о прояснения противопоставления конституционного и парламентского см.: *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 289. Неразрешимые трудности проявляются в статье *Бундинга* об ответственности министров (см. выше), которая без учения о нейтральном положении главы государства является непонятной и неконструируемой.

¹⁷¹ См, например: *C. v. Rotteck*, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaft*, 2. Aufl. Bd. 2, Stuttgart 1840, S.219: без подлинной властной сферы, без действия и осуществления власти король был бы «одной лишь тенью».

¹⁷² *Max von Seydel*, *Über konstitutionelle und parlamentarische Regierung* (1887); in: *Staatslehre und politische Abhandlungen*, Freiburg und Leipzig 1893, S. 140; далее см.: *B. Samuely*, *Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit*, Berlin 1869, S. 15; *Frisch*, *Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate*, Berlin 1894, S. 186; напротив, верно понимается в работе: *L.C. Dolmatewsky*, *Der Parlamentarismus in der Lehre B. Constants*, *Zeitschr. f. ges. Staatswissenschaft*, Bd. 63 (1907) S. 608.

жение Наполеона¹⁷³ и при этом были правы в той мере, в какой германская конституционная монархия до 1918 года действительно была высшей и сильнейшей властью, оправдывавшей различие государства и общества, а не только «не чем иным, как нейтральным-третьим лицом. Но тем самым не разрешается ни заключающаяся в различии *auctoritas* и *potestas* проблема общего учения о государстве, ни проблема партийно-политической нейтральности государства, ни конституционно-теоретическая проблема главы государства в парламентском конституционном государстве, ни, наконец, особая проблема положения рейхспрезидента в действующей Веймарской конституции. В целом на вопрос *Зайделя* (что же останется, если от *régner* отнять *gouverner*) можно ответить таким образом, что в подобной конституции глава государства помимо предоставленных ему компетенций символизирует непрерывность и постоянство государственного единства и его целостного функционирования, и что в силу непрерывности, моральной репутации и всеобщего доверия он должен обладать авторитетом особого рода, который точно так же относится к жизни любого государства, что и ежедневно действующая власть и приказывающая сила.¹⁷⁴ Это

¹⁷³ Его выражение о том, что подобный человек был бы лишь “*cochon engraisé*”, цитируется, например, в работах: *B. Bluntschli*, *Allgemeine Staatslehre* I, S. 483; *Georg Jellinek* а.а.О. S. 341.

¹⁷⁴ О противопоставлении *potestas* и *auctoritas* см.: *Verfassungslehre*, S. 75 Anm.: о сложной, но соответствующей социальной и политической действительности конструкции положения главы государства в парламентском государстве с разделением властей см.: *Lorenz von Stein*, *Begriff der Gesellschaft*, а.а.О. Bd. I S. 498, далее (об учении *Констана*): II S. 51. В этой связи примечательно, что в своих разработках о *pouvoir neutre* *Б. Констан* в качестве примера также упоминает *auctoritas* римского сената (*Œuvres* I, S. 17 f.). Об этом сенате как гаранте конституции см. выше. То, что говорят о *pouvoir neutre* и нейтральной власти, объясняется тем, что различие *auctoritas* и *potestas* исчезло из государственно-теоретического сознания, и *pouvoir* стало бесцветным понятием. Сам *Констан* в решающем месте говорит *autorité*, а не *pouvoir*: «*Le Roi est au milieu de ces trois pouvoirs (législatif, exécutif, judiciaire) autorité neutre et intermédiaire*» (*Cours de politique constitutionnelle*, I S. 15). В остальном у него также непоследовательная терминология, что не должно удивлять, поскольку это различие было вряд ли известно уже в XVIII веке. В часто цитируемом мною тезисе *Гоббса*: *auctoritas, non veritas facit legem* (*Leviathan*, lat. Ausgabe, Kap. 26), *auctoritas* еще можно отличить от *potestas*, но *Гоббс* сам возводит эту *auctoritas* исключительно к *summa potestas*. То, что *Монтескье* в часто

представляет особый интерес для учения о нейтральной власти, поскольку своеобразная функция нейтрального третьего лица заключается не в постоянной, распоряжающейся и регламентирующей деятельности, но является прежде всего посреднической, охраняющей и регулирующей, и то лишь в чрезвычайном случае; далее поскольку она не должна конкурировать с другими властями в смысле экспансии собственной власти, а также согласно природе предмета обычно должна быть незаметной и ненавязчивой в применении. Несмотря на это, она присутствует и является необходимой, по крайней мере, в системе правового государства с разделением властей. Здесь она является, — как понимал уже *Констан*, хотя эта часть его учения осталась незамеченной, — *pouvoir préserveur*, «охраняющей властью». Впрочем, такт относится к подобной авторитетной позиции так же, как к ее выявлению и формулировке относится интуиция *Бенжамена Констана*, который посредством этого учения вообще охарактеризовал положение главы государства и сохранил живой мудрость, содержащуюся в традиции римской структуры государства. Большинству видных глав государств XIX и XX веков удалось отойти на второй план, пропустив вперед своих министров,

цитируемом высказывании может *puissance de juger* объявить “en quelque façon nulle” (*Esprit des lois* XI, 6), также находится в предметной связи с подобным различием, поскольку судья обладает скорее *auctoritas*, нежели *potestas*; но *Монтескье* уже не осознает этого. Традиция уже давно сопоставляет с ена т со специфическим понятием *auctoritas*, в результате чего интересующее нас здесь противопоставление часто переходит в противопоставление *deliberare* и *agere*. С представлением о сенате связаны различные виды авторитета: авторитет возраста, опыта и мудрости, лишь с о в е т у ю щ е го специалиста. *Боден* (*Bodin*, *Six livres de la République*, III cap. 7 (с. 365 и далее во 2-м издании 1580 года)) еще хорошо понимает разницу: “et quoy qu’on dit de la puissance du Sénat Romain, ce n’estoit que dignité, autorité, conseil et pas puissance”; для него это противопоставление превращается в противопоставление *conseil* и *commandement*. Примеры того, как исчезает всякая чувствительность к предметному различию, я обнаруживаю, лишь начиная с Французской революции; особенно характерно высказывание *Готье* (*Gautier*, *Dictionnaire de la Constitution*, 1792) на тему *Autorité*: “Ce mot signifie pouvoir, puissance, empire”. Вместе с этим появляются и те удобные альтернативы, в которых раскрывается отсутствие традиции в современном учении о государстве: авторитет и свобода, авторитет и демократия и т.д. вплоть до того, что в рукопашной схватке партийно-политических лозунгов уже не различимы даже диктатура и авторитет, или автократия и авторитет.

и не потерять при этом свой авторитет. Правда, конституционный закон не может предписывать и требовать личных качеств, необходимых для полного выполнения роли *pouvoir neutre*, как невозможно, например, предписать, чтобы рейхсканцлер был великим политическим вождем и самостоятельно определял направления политики. Однако этим не опровергается ни практическая, ни теоретическая значимость подобного понятия.

С точки зрения позитивного права Веймарской конституции. положение всенародно избираемого рейхспрезидента может конструироваться лишь при помощи дополнительно разработанного учения о нейтральной, посреднической, регулирующей и охраняющей власти. Рейхспрезидент наделен полномочиями, делающими его независимым от законодательных органов, хотя одновременно он связан контрассигнацией министров, зависящих от доверия парламента. Полномочия, предусмотренные для него конституцией (назначение чиновников согласно ст. 46, право помилования согласно ст. 49, обнародование законов согласно ст. 70), типичным образом соответствуют каталогу полномочий главы государства. составленному еще *Б. Констаном*.¹⁷⁵ Своеобразный, часто обсуждаемый баланс плебисцитарного и парламентского элемента конституции, соединение независимости от рейхстага вследствие самостоятельных полномочий с зависимостью от него вследствие общего требования министерской контрассигнации, общеимперская обязательность, т.е. защита имперской конституции в отношении земель и, наконец, защита конституции (в отличие от отдельного конституционного закона) согласно ст. 48 ИК, — все это было бы противоречивым и бессмысленным смешением несовместимых определений, если бы не объяснялось посредством данного учения. Создатели Веймарской конституции отчетливо осознавали это, насколько они предпринимали свое дело с систематическим сознанием. *Гуго Пройс* говорил в конституционном комитете (Prot. S. 277), что быть противовесом рейхстагу это «лишь одна из функций рейхспрезидента». «Наряду с этим существует более важная функция: быть в конституции определенным центром, полюсом покоя». К этому предложению *Пройс* добавляет следующее замечание, предсказывающее расщепления и разложения плюралистической системы и необходимость действенного противодействия: «Чем больше взаимодействующих коллегий Вы будете иметь, чем больше массовых голосований на референдумах.

¹⁷⁵ Œuvres politique, a.a.O. S. 18.

в рейхсрате, рабочих советах и т.д., тем сильнее будет потребность наряду со всем этим иметь одну устойчивую точку, в которой, по крайней мере, по идее, сходятся все нити». Ф. Навман объявил вслед за этим (Prot. S. 277/78), что он хочет «в схожем духе высказаться по вопросу президента». Он еще более отчетливо, нежели *Пройс*, предсказывает плюралистическое государство партийных коалиций и затем говорит буквально следующее: «Действующее при выборах в рейхстаг пропорциональное избирательное право и вытекающее отсюда множество партий ведет к тому, что рейхсканцлер будет коалиционным министром. Именно по этой причине возникнет особая потребность в одной личности, которая заботится о целом». В этой связи находится как обозначение рейхспрезидента в качестве «посреднической величины», *pouvoir intermédiaire*, так и указание на ставшую уже практической возможность того, что парламент не способен организовать большинство: «Причина, по которой я верю в то, что мы нуждаемся в президенте, заключается, прежде всего, в том факте, что при множестве ведомств мы в Германии не сможем без президента достичь полного единства. Мы должны иметь кого-то, кто выполняет репрезентативные обязанности, кто поддерживает отношения со всеми частями страны, со всеми партиями и (!) иностранными государствами, и кто представляет собой посредническую величину между парламентом и правительством. Существует возможность того, что в рейхстаге невозможно выявить большинство и что вследствие этого совершенно невозможно сформировать правительство. В таком случае должен действовать президент... Весь вопрос о президенте это не партийный вопрос, а вопрос политической техники и гармонии».

Это в значительной мере подтвердилось и в практической действительности государственной жизни. Значительная часть деятельности как рейхспрезидента *Эберта*, даже в политически значимый момент называвшего себя гарантом конституции, так и нынешнего рейхспрезидента *Гинденбурга* может быть охарактеризована как нейтральный и посреднический арбитраж в конфликтах. Также следует признать, что оба эти рейхспрезидента, каждый по своему, выполнили свою сложную задачу лучше, нежели многие главы государств, которые не смогли понять, что остается от *régner*, когда изымается *gouverner*. К разработкам моего учения о конституции (Verfassungslehre, S. 351/52) я могу добавить, что с этой точки зрения было оправдано, что тогдашний председатель Имперского суда *Симонс* во время своего конфликта с правительством рейха в де-

кабре 1928 года обратился к рейхспрезиденту. Определенно, не «в компетенции» рейхспрезидента было принимать и рассматривать формальные «жалобы» председателя Государственного суда на правительство рейха, и первый не мог, — если судить здесь с точки зрения какого-нибудь судьи по земельному кадастру, — дать никакого иного ответа, кроме того, что не является допустимой ни жалоба вообще, ни обращение к нему. Иногда можно услышать, что рейхспрезидент должен был обратить внимание подателя жалобы «на существующий служебный порядок» — через рейхсминистра юстиции или рейхсминистра внутренних дел, а также на неконституционность его действий. Даже в газетах, которые обычно демонстрировали большое понимание относительно личности и наклонностей председателя Имперского суда *Симонса*, встречается замечание о том, что «обращение председателя Имперского суда к рейхспрезиденту просто не соответствует конституции».¹⁷⁶ Когда же вместо этого рейхспрезидент в своем ответе, помимо заявления о том, что

¹⁷⁶ *A. Feiler*, *Frankfurter Zeitung*, 10. Januar 1929, Nr. 24. В противоположность этому, верно, когда *Газе (Giese)*, DJZ. 34, 1929, Sp. 134) говорит, что председателю Государственного суда «как высшего имперского органа нельзя отказать в праве подавать жалобы в свободной форме о действительных и мнимых нарушениях конституции» — но почему именно рейхспрезиденту, если бы тот не являлся «гарантом конституции? Бывший председатель Имперского суда *Симонс* сам высказался по этому вопросу во введении ко 2-му тому сборника «Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich» (S. 9, 11), изданного им и *Ламмерсом*. Его рассуждения достигают высшей точки в следующем, довольно точном тезисе: «Положение рейхспрезидента в конституции не настолько узко и строго ограничено, чтобы посредством правовой нормы ему запрещалась возложенная посредническая деятельность; напротив, согласно ст. 42 и 48 ИК, согласно которым у президента рейха есть высший гарант его права и его конституции, оно вполне соответствовало бы цели и смыслу положения данного органа». Тем самым, а также с учетом сделанных выше рассуждений, следует преодолеть и возражения *Ф. Глюма (F. Glum)*, *Staatsrechtliche Bemerkungen zu dem "Konflikt" zwischen dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und der Reichsregierung*, *Zeitschr. für ausländisches öffentliches recht und Völkerrecht*, I (1929) S. 466. Впрочем, *Глум* сам в своей статье (*Parlamentskrise und Verfassungslücke*, DJZ. Vom 15. Nov. 1930, S. 1417/18) называет рейхспрезидента «гарантом конституции» и делает отсюда настолько далеко идущие выводы, что в сравнении с ними подобная посредническая деятельность рейхспрезидента в декабре 1928 года должна была бы выглядеть почти как безобидная самоочевидность.

себя он «не считает компетентным принимать формальное решение по жалобе по конституционно-правовым основаниям», все же занимает в данном деле позицию и соглашается с правительством рейха, но одновременно отвечает председателю Имперского суда с личной предупредительностью, то это соответствует правильному пониманию нейтрального, посреднического, регулирующего и охраняющего положения главы государства и является понятным и оправданным с точки зрения этого учения.¹⁷⁷ Тем самым отпадает и та критика, что высказывалась из-за того, что иногда рейхспрезидент оказывал влияние на ход разбирательства посредством личных писем, которые не были контрассигнованы рейхсканцлером, и других высказываний. В государстве с такой сложной организацией, как в Германском рейхе, и в сегодняшнем конкретном конституционном положении, — а Германский рейх есть не только федеративное, но также одновременно плюралистическое и политархическое образование, — посредническая и регулирующая функция *pouvoir neutre* приобретает центральное значение, которому невозможно соответствовать ни посредством вторичного формализма, ни при помощи аргументов из монархического довоенного времени.¹⁷⁸

H. Pohl, Hdb. D. deutsch. Staatsrechts I, S. 502. В качестве примера времен президентства *Эберта* ср. письмо баварскому правительству от 27 июля 1922 года (конфликт между рейхом и Баварией летом 1922 года); здесь рейхспрезидент говорит о себе: «Исходя из задачи гаранта имперской конституции и из идеи рейха, на меня накладывается долг добиваться отмены баварского постановления согласно ст. 48 ИК»; (этот текст, а также ответ баварского министр-президента опубликован: *R. Joackle*, Bayern und die große politische Krise in Deutschland im Sommer 1922, Politische Zeitfragen, Heft 7/11, S. 237, München 1922). И здесь для тупиковой логики формализма будет характерным сказать, что рейхспрезидент должен был или не согласиться с Баварией и в таком случае использовать свои конституционно-правовые полномочия согласно ст. 48, или же не писать этого письма, если он считает действия Баварии допустимыми.

¹⁷⁸ Ст. 50 ИК при осуществлении *pouvoir intermédiaire* (контрассигнация рейхсканцлером или соответствующим рейхсминистром), согласно природе предмета, чаще всего не задействуется, поскольку при этом речь идет не о «предписаниях и распоряжениях» рейхспрезидента, а о личном влиянии, инициативе и посредничестве; см.: *F. Freiherr Marschal von Bieberstein*, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. I S. 531. Было бы нелогично делать из ст. 50 вывод о том, что рейхспрезидент как таковой имеет право лишь на такие проявле-

1. Особое значение «нейтральной власти»
в плюралистическом партийном государстве, продемонстрированное
на примере государственного арбитра в трудовых спорах

Таким образом, положение, которое рейхспрезидент согласно сегодняшнему позитивному праву Веймарской конституции занимает во всей системе организации Германского рейха, объясняется с помощью учения о «нейтральной, посреднической, регулирующей и охраняющей власти». Помимо этого формула о «нейтральной власти», которая вначале мыслилась лишь применительно к главе государства и получила здесь свое специальное конституционно-правовое значение, может расширяться в общем государственно-теоретическом направлении и применяться к государству в целом. В известном смысле, по крайней мере, во многих государствах, судьба государства следует за судьбой главы государства, и в отношении социальных и экономических противоречий в обществе государство в значительной мере превратилось в сугубо «нейтральную» инстанцию. Это есть следствие «самоорганизации общества», в результате которой вопрос государственного единства получил совершенно новый поворот, как и «нейтральность» превратилась в новую проблему. В сегодняшнем законодательном государстве в сфере законодательства утвердились т.н. функциональные методы интеграции (*Р. Сменд*) (выборы, голосования, коалиции), которые привели к следующему: законодательный корпус стал зеркальным отражением плюрализма организованных социально-властных комплексов. Если бы государство было теперь не чем иным, как этой плюралистической системой, то оно действительно было бы лишь постоянным компромиссом; его конституция была бы договором социально-властных комплексов, образующих плюралистическую систему, и основывалась бы на принципе *facta sunt servanda*; партнеры по договору держали бы свое творение, конституцию, в своих руках, оставаясь хозяевами конституционного договора, который они могли бы точно так же изменять посредством новых компромиссов, как они его заключили, и противостояли бы друг другу в качестве самостоятельных политических величин. То, что еще оставалось бы от государственного единства, являлось бы результатом союза, заключенного (подобно всем союзам и договорам) с экзистенциальными оговорками. «В таком слу-

ния, которые суть «предписания и распоряжения». См.: *H. Pohl*, а.а.О. S. 484 и (неотчетливо): *R. Thoma ebd.* S. 508.

чае договор имеет лишь смысл заключения мира между договаривающимися группами, а заключение мира, хотя и, вероятно, отдаленной». ¹⁷⁹ Однако если бы основополагающе группирование по принципу друг—враг определялись внутри-, а не внешнеполитически, это было бы гражданской войной. Чем в подобном положении является «государство» и «целостность» политического единства народа?

Очевидный ответ, часто неосознанно звучащий сегодня с совершенно различных партийных позиций, соответствует либеральной конструкции, нашедшей свое классическое выражение *Дж. Ст. Милля* (в 6-й главе «Размышлений о представительском правлении», 1861). В своей очевидной наглядности и благодаря систематической последовательности, вытекающей из хода мысли либеральной метафизики, она является особенно подходящим исходным пунктом для государственно-теоретического рассмотрения. Согласно ей, внутри общества, так сказать, сами собой возникают две примерно равные друг другу партии или партийные коалиции, которые взаимно уравнивают друг друга. В результате этого партийные и эгоистические интересы и страсти взаимно упраздняются и образуют равновесие. Это приводит к тому, что само по себе слабое и в сравнении с противостоящими друг другу мощными комплексами интересов беспомощное нейтральное третье лицо, дух объективности и дальновидности, оказывается в состоянии склонить чашу весов в пользу относительно правильного и справедливого и содействовать победе разума. Сам *Дж. Ст. Милль* говорил, что в современном индустриальном обществе работодатели (*employers of labour*) и наемные рабочие (*labourers*) образуют две балансирующие группы, и в результате этого становится возможным нейтральное решение. Его типично либеральная конструкция равновесия все еще распространена и сегодня, и не только у либералов. Уже *Фридрих Энгельс* говорил о том, что существуют периоды классовой борьбы (правда, лишь в виде исключения), «когда борющиеся партии взаимно уравнивают друг друга». Затем *Отто Бауэр* после 1919 года развил теорию «структуры социального равновесия» современного индустриального государства, ¹⁸⁰ которую

¹⁷⁹ *Carl Schmitt*, Staatsethik und pluralistischer Staat, Kant-Studien, Bd. XXXV (Berlin 1930) S. 41.

¹⁸⁰ *Otto Bauer*, Bolschewismus und Sozialdemokratie, 3. Aufl. Wien 1921, S. 114; Die österreichische Revolution, Wien 1923, S. 196 (время равновесия классовых сил);

Отто Кирххаймер превратил в очень примечательную государственно- и конституционно-теоретическую конструкцию.¹⁸¹ Партийные отношения в Германии и количественное соотношение различных групп интересов в общем и целом, кажется, подтверждают образ равновесия как на уровне рейха, так и в землях, будь то равновесие между работодателями и наемными рабочими, будь то между буржуазией и социалистами.¹⁸² В результате споры между работодателями и наемными рабочими могут превратиться в типичное отражение государственной структуры вообще. Поскольку «общество, которое возникло в XIX веке в противостоянии с государством и победоносно утвердилось, было, — как понимали уже *Сен-Симон* и *Лоренц фон Штейн*, — прежде всего, «индустриальным обществом». Вследствие этого беспристрастные судьи и арбитры приобретают

Der Kampf, XVII S. 57 f.; *K. Kautsky*, Die proletarische Revolution und ihr Programm, Berlin 1929, S. 100; *Max Adler*, Politische oder soziale Demokratie, Berlin 1926, S. 112 f.; в плане критики особенно см.: *Arkadij Gurland*, Marxismus und Diktatur, Leipzig 1930, S. 95 f. Как упомянутая выше либеральная дефиниция демократии *Кельзена*, так и социал-демократическая конструкция равновесия сегодня уже давно забыла о своем систематическом контексте и больше не имеет ничего от «оскорбительной ясности» *Милля*.

¹⁸¹ Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus, Zeitschrift für Politik, XVI (1928) S. 596/97: «Фактом стал парадокс, что ценность решения заключается в том, что оно является правовым решением, что оно принимается общепризнанной инстанцией, однако, несмотря на это оно является максимальным непредметным решением».

¹⁸² Статистическое подтверждение несколько затруднено из-за разделения на многие партии и т.н. поперечных связей, но все же феномен можно распознать; см.: *A. Dix*, Reichstagswahlen und Volksgliederung, Tübingen (Recht und Staat Nr. 77) 1930, S. 37; *E. Saemisch*, Wer Vertritt das Volk? in: Die Tat, März 1930 S. 920 f. Применительно к Саксонии, которая как индустриальная земля представляет здесь особый интерес, об этом — пусть и не с систематическим намерением, но тем более характерно — сказано со следующей формулировкой: «Саксония является индустриальной землей с чрезвычайно плотным населением. В значительной части оно относится к рабочему сословию и привержено марксистскому мировоззрению. Его сторонники количественно примерно уравнивают иначе настроенное население. Это особенно проявляется во время выборов. В зависимости от текущей и политической ситуации слабое большинство левых сменяет в саксонском ландтаге столь же слабое большинство центра». (*Thörnig*, Das sächsische Polizeiwesen, in: Sachsen, Kultur und Arbeit des sächsischen Landes, Berlin 1928, S. 38)

по отношению к заседателям, которые являются представителями работодателей и наемных рабочих, почти символическое положение, благодаря которому становится очевидным положение всего государства (и государственного целого).

Если при этом мы отвлечемся от трудового суда, где решения принимаются в процессе, — поскольку процедура, по сути, являющаяся юстицией, в сегодняшнем государстве редко может иметь типическое значение для государственной структуры, — и ограничимся арбитром, то на первой стадии он предстанет как простой помощник и покровитель совместных переговоров и договоренностей между противостоящими комплексами интересов, которые в действительности сами уравнивают друг друга. Пока эта стадия продолжается и приводит к результату, т.е. к соглашению двух партий, к самоуравновешиванию, государственный представитель является лишь посредничающим маклером, и его уравнивающая нейтральность есть именно нейтральность такого маклера. Пока еще не задействуется никакой специфически государственный супериоритет или тем более авторитет; этот нейтралитет определяется негативно, как нейтралитет беспристрастного третьего лица, расчищающего препятствия на пути к компромиссу, которое именно благодаря этому приобретает возможность и способность выполнять «добрую службу» (*bons offices*) и оказывать «посредничество» (*médiation*). В международном праве, аналогии которого применяются здесь к трудовому праву,¹⁸³ это получило развитие в подробной литературе и обширной практике, причем добрая служба представляет первую подстадию, а именно простое сведение вместе спорящих сторон, чтобы вообще начались переговоры между сторонами, тогда как посредник уже играет определенную ведущую роль, руководя переговорами и делая предложения. И то и другое является задачей государственного арбитра, и в типической структуре его положения это соответствует определенному пониманию государства, если не самой действующей имперской конституции. В таком случае арбитражные переговоры имели бы в сегодняшнем индустриальном государстве аналогичное значение, которое в буржуазном конституционном государстве XIX века было

¹⁸³ Выше подчеркивались аналогии между международным и конституционным правом. На отношения между международным и трудовым правом указывал Дитрих Шиндлер: Dietrich Schindler, *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen 1927, S. 400 f. (*Werdende Rechte, Betrachtungen über Streitigkeiten und Srteiterledigung im Völkerrecht und Arbeitsrecht*).

предусмотрено для парламента, а именно посредством переговоров и взаимных уговоров быть почвой для волеобразования, в основе которого лежит консенсус, а не решение.

Если эта стадия не приводит ни к какому результату, тогда государственный арбитр выступает во второй функции: его мнение становится определяющим, если оба равных друг другу комплекса интересов не могут договориться, но продолжают противостояние в ситуации равновесия. Тогда государственный арбитр подводит к решению посредством того, что становится на ту или иную сторону баланса. В таком случае он является третьим лицом, образующим большинство. Но и эта роль может быть двоякого рода. Прежде всего, она кажется соответствующей подобной конструкции государства у *Дж. Ст. Милля*: обе противостоящие, определяемые партиями силы уравнивают друг друга; в результате для объективного, беспристрастного третьего лица становится возможным даже без собственной доминирующей силы подводить к решению в пользу относительно правильного. Власть или авторитет, относящиеся к подобного рода решению, могут быть очень незначительными и минимальными, поскольку подлинно могущественные, — два противоборствующих властных комплекса интересов, — взаимно парализуют друг друга, и их плюс и минус, говоря арифметически, дают ноль. Процедура победы [одной из сторон] посредством образования большинства, по сути, в любом случае с точки зрения сторон, является принудительной, особенно если образующее большинство третье лицо присоединяется к сторонам извне.¹⁸⁴ Согласно основополагающим понятиям, разработанным *Трипелем*, возникший таким образом компромисс является принудительным компромиссом. И лишь под воздействием все да-

¹⁸⁴ В этой связи большой интерес представляют различия, предложенные *Карлом Бильфингером* применительно к постоянно необходимому внутри федеративного государства компромиссу между федерацией и государствами-членами и между государствами-членами: представительство в рейхсрате как уравнивание интересов и как репрезентация. У *Бильфингера* также встречается точная мысль, которая в дальнейшем еще найдет свое применение: в данной конstellации принцип конечной победы [одной из сторон] представляет момент принуждения, так что в случае победы [одной из сторон] уже можно говорить о «принудительном компромиссе» в смысле *Трипеля*. Я только не понимаю, почему к данному, вполне верному компетентному утверждению *Бильфингер* добавляет: «в формальном смысле» (*Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. I, Tübingen 1930, S. 550 Anm. 30).

лее распространяющегося плюралистического понимания государства образующее большинство государство превращается в решающее извне третье лицо. Демократическое (а не либеральное) понимание государства должно придерживаться той часто упоминаемой базовой демократической аксиомы, что государство есть нераздельное единство, и проигравшая часть не должна действительно подвергаться насилию и принуждению, но должна приводиться к своей собственной действительной воле. Согласно этому, имеет место вовсе не победа [одной из сторон], а лишь имевшее место с самого начала, всегда наличное согласие, освобожденное посредством голосования от ложных отклонений. Однако данное представление все больше разрушается плюралистической системой, которая является олигархической, а не демократической, поскольку для нее государство предстает таким властным комплексом наряду с другими социально-властными комплексами, который соединяется то с одной, то с другой стороной и тем самым приводит к решению. В результате образование большинства превращается в средство внешнего перевеса и принуждения; государство не является нейтральным в смысле объективности и разумности, как определяющее третье лицо у *Дж. Ст. Милля*, но становится приводящим фактором, способствующим победе одной партии над другой.

Имперский трудовой суд принципиально придерживается мысли государственного суверенитета и вовсе не стремится превратить само государство просто в образующее большинство третье лицо. Однако в часто упоминаемом решении от 22 января 1929 года (в деле Объединения работодателей округа северо-западной группы Союза немецких промышленников металлургической отрасли, Дюссельдорф, против трех объединений рабочих-металлистов) он рассматривал председателя арбитражной палаты лишь как образующую большинство единицу; правда, с тем основанием, что согласно действующему регулированию арбитражного законодательства (ст. I, § 5, п. 4 Постановления об арбитраже от 30 октября 1923 года, RGBI. I S. 1043) арбитражная палата как коллегия должна вносить предложение общей договоренности, а согласно общим принципам коллегияльных решений для коллегияльного решения как такового необходимо большинство голосов входящих в коллегия членов («отдельных органов»), если законом прямо не установлено обратное. Тем самым проблема локализована коллегияльным решением и становится как бы менее принципиальной. В остальном Имперский трудовой суд именно в этом решении подчеркивает, что согласно проекту нового постановления об арбитраже (§ 83 вне-

сенного в рейхстаг проекта постановления об арбитраже; с официальным обоснованием) не может быть сомнений в том, что председатель, несмотря на соотношение голосов в пользу отдельных мнений, должен решать посредством своего голоса; прямо отклоняется представленное как в литературе, так и в практике толкование, будто своим голосом председатель всегда должен способствовать победе мнения либо заседателей от работодателей, либо заседателей от наемных рабочих.

Посредством ссылки на общие принципы коллегиальных решений вопрос сдвигается, но не перестает быть принципиальным и типичным для всего понимания государства. Если исходить из того тезиса, что эти заседатели от заинтересованных сторон в образованной паритетным образом коллегии являются точно таким же государственным «органом», что и беспристрастный государственный председатель, то при помощи запутывающего слова «орган» и фиктивной государственности и объективности проблема решается столь же быстро, как и проблема сегодняшнего парламентаризма. когда просто говорят, что отдельный депутат «юридически» вообще является не «стороной», но согласно ст. 21 ИК он скорее есть представитель всего народа; он есть «отдельный орган», парламент есть «орган», государство — «организм» и т.д. и т.п. Здесь теории органов могут соединяться с беспредметным формализмом, чтобы при помощи фикций отрицать существование проблемы, вместо того, чтобы ее решать. По поводу приговора Имперского трудового суда *Эрвин Якоби* справедливо указал на то, что при третейском решении арбитражной инстанции речь идет не о правовом решении, а об уравнивании интересов, и что коллегиальное замещение подобного органа имеет совсем иной смысл, нежели коллегиальное замещение судебного коллеги. Одновременно в пику *Ф. Хайману Якоби* утверждает, что тот рассматривает заседателей арбитражного комитета «слишком односторонне, как представителей сторон».¹⁸⁵ Но *Хайман* усма-

¹⁸⁵ *E. Jacobi*, Jur. Wochenschrift Bd. 58, 1929, S. 1278; *E. Haymann*, Die Mehrheitsentscheidung in Rechtsprechung und Schlichtung und der Scheidsspruch im Ruhreisenstreit, Berlin und Leipzig 1929, S. 9, 14 f.; *D. Schindler*, a.a.O. S.416. Составленная *Х. Герфардтом* последовательность ступеней (самоуправление, рабочая группа, ведение арбитража) имеет заслугу выделения новой государственной проблемы; и все же я не считаю ее точной и исчерпывающей, в частности словосочетание «ведение арбитража» (schiedsrichterliche Führung) является неясным в себе. О приговоре Имперского трудового суда от 22 января 1929 года см. сборник материалов: *Grauert, Mansfeld, und Schoppen*, Der Rechtsstreit im

тривает именно предметное значение процесса и поэтому по праву подчеркивает, что наряду с задачей «честного маклера» арбитраж имеет еще одну самостоятельную задачу «в случае необходимости подготавливать принудительный мир»; таким образом, голос государственного, т.е. не делегированного заинтересованными сторонами, нейтрального председателя, является голосом «беспристрастного органа справедливости» и должен обеспечивать защиту того, чтобы мнение большинства представляло собой справедливое уравнивание интересов». Это вполне верно и точно. Относительно такого раздвоения задачи арбитра я лишь хотел бы в интересах общего государственно-теоретического объяснения в целом различить четыре ступени: после первой ступени, а именно ступени честного маклера, следует вторая ступень образующего большинство третьего лица, являющегося ввиду своей нейтральности (в смысле объективности) решающим в смысле подобного представления у *Милля*. Затем следует третья ступень, на которой государство выступает как другого рода третье лицо, образующее большинство, а именно как третье лицо в смысле плюралистически понимаемой системы; тогда оно добавляется к существующим социально-властным комплексам в качестве еще одного властного комплекса и таким, опять же особым образом образует большинство и разрешает спор. Правда, это последнее толкование противоречит пониманию, все еще господствующему в немецком мышлении о государстве; но вряд ли можно не заметить, что последнее есть следствие чисто партийно-политически определяемого поведения господствующих в государстве партий, которые, — не обращая внимания на какие-либо принципы и лишь преследуя тактические интересы текущего момента, — то объявляют государство авторитетом, если оно стоит на стороне их партийного интереса, то снова, если оно стоит на пути их моментальной выгоды, выставляют его в качестве захватчика, нарушающего внутренние законы экономической и трудовой борьбы. Дан-

Arbeitskampf, Mannheim 1929. Государственно-теоретическая сторона проблемы в большинстве работ упускается из виду. Когда *Хенигер* (*Hoeniger*, Magazin der Wirtschaft, 14 Februar 1929 S. 223) говорит, что «можно высказать много за и против формально-юридического обоснования», то это верно, но лишь показывает, что таким образом вопрос не решить. Ссылка *Хенигера* на § 19b, п. 2 GVG. страдает именно таким «формализмом», поскольку при подсчете большинства голосов в судейской коллегии исходят из равенства и однородности поданных голосов, а не из предполагаемого внутри «коллегии» группирования интересов с «нейтральным» председателем.

ный метод близорукого самопровержения и чистейшей беспринципности, тем не менее, не обходится без собственного принципа: он относится к типичным средствам плюралистической системы, которая, как было показано выше, никак не заинтересована в том, чтобы прямо заявить о себе и своем подлинном принципе, но зато очень действенно использует в партийных интересах свое влияние на государственное волеобразование.¹⁸⁶

Если применительно к процедуре арбитража этой системе удастся добиться того же результата, что ей удалось в случае парламентаризма, т.е. подобно парламенту превратить арбитражные инстанции в арену плюрализма и тем самым сделать недееспособными, то для государства встает неизбежная альтернатива: или прекратить существование в качестве единого и целого, или же попытаться добиться необходимого решения силами единства и целостности. Тем самым была бы достигнута четвертая ступень нейтралитета. ступень открытого, исходящего от государства решения, при ко-

¹⁸⁶ Поэтому выдвинутый здесь тезис о государственно-теоретическом структурном типе, проявляющемся в положении государственного арбитра, вовсе не опровергается указанием на подобные противоречия в партийной прессе и прочих партийных проявлениях. Само собой разумеется, что в плюралистическом партийном государстве каждая партия подчеркивает «авторитет» государства, если в данный момент она имеет его на своей стороне, и что, наоборот, она трезвонит со всем пафосом либерального свободолюбия и говорит о диктатуре, государстве начальников, реакции, фашизме и большевизме, если государственное решение идет на пользу противной стороне. Все это относится к природе плюралистического партийного государства, позволяющего носителям плюралистической системы в зависимости от ситуации выступать либо в качестве лишь общественных, негосударственных, неофициальных, т.е. безответственных организаций, которые с чистой совестью и без всякого политического риска следуют своему партийному эгоизму; либо же, с учетом той части государства, которую они захватили, отождествлять себя с государством, вдруг выдавать себя за государственный авторитет и рассматривать противную сторону как врага государства. Эта политика *à deux mains* имеет для заинтересованных организаций то значительное преимущество, что они в любой момент могут выдавать себя за нечто отличное от политики (за экономику, частную собственность, культуру и т.д.) и тем не менее пользоваться всеми выгодами государственности. Впрочем, это возможно лишь до тех пор, пока одной из сторон не будет принято решение; будь то еще остающимися силами государственного целого, будь то посредством перехода к однопартийному государству, который накладывает риск политического на одну партию.

тором как предложение арбитражной инстанции, так и провозглашение его обязательности являются делом только государства. То, что оно и в этом случае скрывается за образованием большинства и, подобно распоряжению рейхспрезидента от 9 января 1931 года (RGBl. I S.1), предпочитает в случае необходимости увеличить число нейтральных членов арбитражной палаты и включить в коллегия еще двух беспристрастных заседателей, ничего не меняет в сущности этого процесса: речь идет о государственном решении, которое не является результатом договоренности заинтересованных сторон и которое образуется не просто путем образования большинства государством и заинтересованными сторонами. То, что приглашение создающего большинство арбитра происходит лишь в том случае, когда оно (как говорится в распоряжении от 9 января 1931 года) «кажется крайне необходимым в интересах государства», и то, что оно (как говорится в официальном обосновании) «должно применяться лишь в исключительных случаях», доказывает именно взаимосвязь с государственным решением, беспристрастность которого может иметь опору лишь на почве политического единства и целостности, а сила которого проверяется в исключительном случае.

Подобная опора возможна, пока плюралистическая система не захватила все части государственного целого, кроме того, пока множество партий взаимно блокируют и ограничивают друг друга, а их мировоззренческая, экономическая и иная гетерогенность только усиливает это взаимное ограничение. Но прежде всего пока в народе еще присутствуют другие силы, нежели те, что охвачены и поставлены на службу партийных организаций. И эти противодействующие силы государственной конституции соединяются с системой относительно стабильных учреждений. Действующая имперская конституция стремится к этому при помощи плебисцитарных элементов своей организационной части. На это уже указывалось выше, когда центробежным тенденциям, скрывающимся за словом «нейтральность», были противопоставлены предполагаемое конституцией политическое единство непосредственно наличного народа и всенародно избранный рейхспрезидент.

*Чиновничество и различные возможности «независимости»
от плюралистического партийного государства*

Когда в решающем месте — как в связи с многозначными «нейтральными» величинами, так и в вопросе государственного единства — появляется государственное чиновничество (а ведь арбитры

и судьбы нашей системы трудовых судов и нашей арбитражной системы в целом происходят из профессионального чиновничества). то в этом проявляется значительное функциональное изменение. неизбежно происходящее и в этой области. Распадается традиционное, статическое противопоставление государства, т.е. монархического чиновнического государства, с одной стороны, и общества, т.е. «свободной», принципиально отличной от государства сферы жизни, с другой. Чиновничество больше не стоит над отделенным от него обществом; оно уже не должно, как в монархическом государстве, занимать трансцендентное по отношению к обществу положение. Несмотря на это, оно сознательно сохранено в качестве беспристрастной величины; согласно воле конституции. оно также не должно быть под обществом. Имперская конституция содержит в ст. 129–130 институциональную гарантию профессиональному чиновничеству и тем самым конституционный элемент статичности и постоянства, который не должен затрагиваться упомянутыми ранее методами «функциональной интеграции». Чиновники суть «слуги целого»; однако их нейтральность не является нейтральностью простой «Civil Service», или технического функционера. Скорее в демократическом государстве также должна быть продолжена великая традиция немецкого профессионального чиновничества.¹⁸⁷ После исчезновения монархической основы

¹⁸⁷ О «новой миссии чиновников» в Германии см.: A. Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtenum und die parlamentarische Demokratie, Berlin 1928, S. 243; Sächsische Schulzeitung Jahrg. 96 (Dresden Nov. 1929) S. 757 f. und 825 f. (против перевода чиновнических отношений в социально-политически гарантированные отношения по трудовому договору, как это отстаивает X. Pomtхофф); Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II (1930) S. 15; далее: E. Zweigert, Der Beamte im neuen Deutschland, in: «Volk und Reich der Deutschen», herausgegeben von B. Harms, Berlin 1929, Bd. II, S. 467: «Наш профессиональный этос не убавился из-за Веймарской конституции. Напротив, он усилился и обогатился благодаря идее служения всеобщему». Цвайгерт также говорит о «внутренней связи с всеобщим, которая стоит не только выше связи с партией, но и этически стоит выше предыдущей связи с персоной монарха» и не затрагивается подчинением чиновника «сменяющимся политическим властям». Ляйзеганг (H. Leisegang, Die Ethik des Berufsbeamtenum, in der Vortragsreihe: Berufsbeamtenum, Volksstaat und Ethik, Leipzig 1931, S. 32) даже говорит, что эта этика профессионального чиновничества «есть единственная нравственная субстанция, которая объединяет это государство, в котором все остальное, что связывает людей друг с другом, особенно мировоззрение и религия.

и разделения государства и общества, это возможно лишь на новой основе. Новое основание узнаваемо в том, что именно рейхспрезидент назначает и увольняет чиновников рейха согласно ст. 46 имперской конституции. Т.е. оба эти конституционных определения — ст. 130 и ст. 46 — связаны между собой. С практической точки зрения, все же заметной преградой для партийно-политических методов занятия должностей является то, что чиновников назначает не ставший министром товарищ по партии, а независимый от парламента, то есть от партии, глава государства. Но еще более важным, нежели это практическое преимущество, является систематическая взаимосвязь чиновнического государства, гарантированного конституционно-правовым образом, и стоящего на плебисцитарной основе рейхспрезидента, который доминирует в плебисцитарном элементе имперской конституции.

Именно благодаря этому возникает та единственная, мыслимая в демократической конституции возможность независимой инстанции, без которой не может быть никакого гаранта конституции. «Независимость» есть фундаментальная предпосылка, и все предложения по поводу гаранта конституции основаны на идее создания независимой и нейтральной инстанции. Однако чаще всего остается непонятно и систематически недостаточно ясно,

стало личным делом». Здесь также следует особо отметить два доклада (*Walter Kaskel*, *Beamtenrecht und Arbeitsrecht*, Berlin 1926, *Fr. Giese*, *Berufsbeamten-tum im deutschen Volkstaat*, Berlin 1929). Большой интерес также представляет изложение *Михеля* (*Ernst Michel*, *Das Beamtenproblem*, in der Zeitschrift "Deutsche Republik", 3. Jahrgang (August 1929), S. 1501 f., поскольку он понимает и учитывает описанный выше поворот, заключающийся в «самоорганизации общества», и не испытывает никаких иллюзий относительно того, что мы живем в «сплошь политизированном общественном государстве (*Gesellschaftsstaat*)». В этом, я бы сказал, тотальном государстве, он считает чиновничество призванным «посреди общественного переворота стать органом мира над экономическими, социальными и политическими битвами, в ежедневной ответственной работе малыми делами совершать огромную работу по умиротворению». По поводу вопроса, являются ли сегодня немецкие чиновники репрезентантами государства, рассмотренного *Кеттгенем* при обсуждении работы *Ляйбхольца* (*G. Leibholz*, *Der Begriff der Repräsentation*, Arch. d. öff. Rechts, Bd. 19 (1930) S. 307) с помощью новой, очень примечательной аргументации, я хотел бы высказаться особо. Пока же я буду придерживаться того, что чиновники, как говорит конституция, суть слуги. См.: *Vefassungslehre* S. 213.

сколько «независимостей» имеется в сегодняшней государственной жизни, и почему из партийно-политического предприятия и плюралистической системы должны изыматься все новые учреждения. Ведь существуют очень отличающиеся виды независимости: независимость судьи, отличная от нее независимость профессионального чиновника и состоящая из них обоих независимость профессионального судебного чиновника; наряду с этим — независимость председателя и членов Счетной палаты Германского рейха.¹⁸⁸ Далее, согласно ст. 21 ИК,¹⁸⁹ существует независимость депутата парламента, и опять же особого рода независимость и свобода преподавателя высшей школы, которому ст. 142 ИК гарантируется свобода преподавания;¹⁹⁰ кро-

¹⁸⁸ §118, 119 Положения об имперском бюджете.

¹⁸⁹ Об этом см.: *Vefassungslehre* S. 255.

¹⁹⁰ См. доклад *Карла Ротенбюхера* на Съезде немецких юристов государственного права в Мюнхене в 1927 году: *Karl Rothenbücher, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer* Heft 4, S. 32 f.; *R. Smend, ebenda, S. 56 f.*; *W.A.E. Schmidt, Die Freiheit der Wissenschaft (Abhandlungen zur Reichsverfassung, herausgegeben von W. Jellinek, Heft 3), Berlin 1929, S. 126 f.*; *F. Freiherr Marschall vor. Bieberstein, Die Gefährdung der deutschen Universität, in der Zeitschrift "Die Tatwelt", Jena, Juli/Sept., 1929, S. 92 f.* Очень поучительна применительно к проблеме религиозно и мировоззренчески нейтрального государства и его отношению к воспитанию и школе статья *Fisz. G. Giese, Staat, Staatsgedanke und Staatserziehung, in der Zeitschrift "Die Erziehung", 5. Jahrgang (1929), особенно см. S. 153;* и все же здесь следует подробнее различать различные виды непартийности, надпартийности и нейтральности (см. выше). О *ratio* автономной науки особенно точно сказано у *Шпрангера (E. Spranger, Das Wesen der deutschen Universität (Akademisches Deutschland, 1930 III 1, S. 5):* «Точнее говоря, в тезисе о свободе науки речь идет не об индивидуалистическом основном праве, как например право свободного выражения мнения, а о надындивидуально обязательном праве, вытекающем из надындивидуальной предметности поиска истины». Гарантия научной свободы преподавания в ст. 142 ИК является институциональной гарантией (*Vefassungslehre* S. 172, с этим согласны: *Anschütz, Kommentar* S. 572, *F. Giese, Kommentar* S. 299; *A. Köttgen, Mitteilungen des Verbandes der deutschen Hochschulen, Januar 1931*). Интересные разработки о взаимосвязи этой академической свободы преподавания с принципом свободной дискуссии и о привилегии сбора денег за лекции см.: *Lorenz von Stein, Lehrfreiheit, Wissenschaft und Kolleggeld, Wien 1875* (свобода преподавания как свобода дискуссии, лекционные деньги как гарантия независимости и свободы).

ме того независимость эксперта и специалиста, как она вытекает из природы дела.¹⁹¹ Рассмотренные выше стремления к нейтрализации и автономные, отделенные от государственного суверенитета самостоятельные образования вроде Рейхсбанка и Имперского общества железных дорог также привели к своеобразным формам и гарантиям независимости, среди которых, наряду с несовместимостью и иными особенностями, прежде всего, следует назвать пополнение Генерального совета Рейхсбанка через кооптацию и разрешение споров между правительством рейха и Имперским обществом железных дорог особым Имперским железнодорожным судом. Наконец, существует независимость главы государства, будь то монарха в конституционной монархии, независимость которого основана на наследственной передаче трона и неприкосновенности его персоны; будь то независимость президента государства в конституционной демократии, как она по Веймарской конституции гарантируется посредством избрания всем немецким народом (ст. 41 ИК), семилетним сроком пребывания в должности (ст. 43, п. 1 ИК) и усложненной процедурой отзыва (ст. 43, п. 2 ИК).

Таким образом, судебная независимость есть лишь один из особых случаев, а вовсе не независимость вообще; кроме того, как было сказано, она есть сложносоставной случай независимости. В ее случае обычно приходит в голову независимость профессионального судебного чиновника. Вследствие гарантий своего защищенного правовым образом положения профессиональный чиновник с пожизненным или длительным сроком службы, которого нельзя произвольно снять или уволить, изымается из спора экономических и социальных противоречий. Он становится «независимым» и тем самым способным быть нейтральным и беспристрастным, как от него этого требует ст. 130 конституции. В своем своеобразии независимость судьи в сегодняшнем государстве основана на том, что такие общие чиновническо-правовые гарантии еще более усилива-

¹⁹¹ А. Bertram, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 28, 1928, S. 421: «Вообще в области управления именно экспертиза теперь занимает особое положение, учитывая, что экспертиза понятийно не согласуется с указанием. Конечно, вышестоящий орган может дать подчиненному ему органу более или менее общие или точные вопросы для проведения экспертизы; но он не может, не отменяя понятия экспертизы, приказывать ему прийти к определенным результатам, т.е. содержание экспертизы всегда есть свободная от указаний самостоятельность эксперта».

ются, когда ст. 104 ИК предписывает, чтобы судьи обычной юрисдикции назначались пожизненно, чтобы их можно было лишить своей должности, перевести на другое место или принудительно отправить на покой лишь в силу судебного решения или по причинам и в форме, определенным законом. Соответственно в случае гарантированной Веймарской конституцией судебной независимости друг с другом связаны два рода независимости; во-первых, специфически судебная независимость от служебных указаний и приказов при осуществлении судебной деятельности (ст. 102), независимость которой распространяется также на судей, не являющихся чиновниками (заседатели, присяжные, непрофессиональные судьи и заседатели), и, во-вторых, усиленная независимость судебного чиновника. Независимость судебного чиновника с пожизненным сроком службы, который может быть лишен своей должности лишь в формальном процессе, проходящем перед его коллегами по сословию, следует понимать не только как гарантию вышеупомянутой судебной независимости. Поскольку на судей, не являющихся чиновниками (заседатели, присяжные, торговые судьи, заседатели и т.д.), она не распространяется, и содержательно означает лишь усиление гарантий ст. 129/130 ИК, предусмотренных для всех, даже не судебных чиновников. Эта часть судебной независимости есть не только квалифицированный случай общей независимости чиновников. Никто не стал бы считать независимым и нейтральным суд, составленный из профессиональных политиков, даже если бы его члены «при осуществлении своей судебной деятельности не были ограничены заданиями и указаниями»; любой помнил бы о судьбе депутатской независимости согласно ст. 21 ИК и предполагал бы, что подобный суд, — как по своему составу, так и в своей деятельности — точно так же превратится в арену плюралистической системы, как это произошло с парламентом и с любым зависимым «от доверия парламента» органом.

Коллегия несменяемых профессиональных судей, наделенных особыми гарантиями судебной независимости, в особой мере выглядит как независимая, нейтральная и объективная инстанция, но это слишком легкое объяснение веры в то, что все конституционные споры деполитизируются, если их передать коллегии судей-чиновников. Когда по подобным причинам требуют учреждения Государственного или Конституционного суда для всех конституционных споров, то чаще всего забывают, что судебная независимость есть лишь обратная сторона судебной ограниченности законом, а конституция в целом не может оказывать подобного

ограничения.¹⁹² Обычно также упускают из вида тот опыт, что был накоплен за последнее десятилетие в области трудовых споров и который привел к ясному разделению судей и арбитров. Однако в действительности добиваются не столько судебной, сколько независимой и нейтральной инстанции, и стремятся использовать судебский характер лишь как наиболее надежное и ясное средство независимости, гарантированной конституционно-законодательным путем. Поэтому в большинстве случаев также думают вовсе не только о судебной инстанции в самом узком смысле, т.е. о независимости в отношении указаний другого органа, затрагивающих осуществление судебной деятельности, а о независимости профессионального судебного чиновника, усиленной независимостью профессионального чиновничества. Поэтому при подобных требованиях обычно думают о возможности максимального усиления гарантий профессионального судебного чиновничества. Подобный Государственный или Конституционный суд пришлось бы защищать, например, от изменения посредством простого закона количества и состава судей или процедуры, от возможного перемещения судей или схожего воздействия, что согласно опыту проявляется в политически важных случаях и особенно хорошо известно из истории высшего суда Соединенных Штатов.¹⁹³ Наконец, было бы вполне логичным требовать, чтобы подобная инстанция замещалась лишь по предложению председателя или даже всей коллегии¹⁹⁴ или вообще пополнялась бы лишь посредством кооптации.¹⁹⁵ То,

¹⁹² См. выше.

¹⁹³ Об этом говорит дело *Dred-Scott* времен борьбы за отмену рабства (Charles Warren, *The Supreme Court in the United States*, Boston 1924, III. S. 22 f.), или *Legal Tender Cases* времен обесценивания денег во время Гражданской Войны (а.а.О. S. 244); также в этой связи примечательно суждение *Гнейста* о чиновниках (см. выше).

¹⁹⁴ *Vorschlagsrecht des Präsidenten des Rechnungshofes für das Deutsche Reich; Rechshauhaltsordnung §119 Abs. 2.* Применительно к планируемому Имперскому административному суду (*Entwurf des Gesetzes über das Reichsverwaltungsgericht vom 26. August 1930, Rechtsdrucksache Nr. 155*) *Лассар* рекомендует подобное право внесения кандидатур: *G. Lassar, Das Reichsverwaltungsgericht, eine Kritik des Regierungsentwurfs*, Berlin 1930, S. 14. Право факультетов вносить кандидатуры при замещении кафедр является остатком автономии, предполагающей независимость науки.

¹⁹⁵ См.: *Kelsen, Veröffentlichungen Deutscher Staatsrechtslehrer*, heft 5, S. 56. До сих пор в Германском рейхе подобной кооптации смогли добиться лишь примени-

что требуют все больших гарантий, лишь доказывает, что судопроизводство и форма юстиции в предложениях относительно Государственного или Конституционного суда в действительности служат лишь цели создания нейтральной и независимой инстанции и определенной «перманентности»,¹⁹⁶ т.е. статичности по отношению к партийно-политическому предпринятию и торгу.¹⁹⁷

тельно к Генеральному совету Рейхсбанка и лишь под внешнеполитическим давлением стран-кредиторов. О другой попытке введения кооптации, принятой и неудавшейся во Франции, см. ниже.

¹⁹⁶ Выражение *Гнейста* в его экспертизе проверки судебного права. (а.а.О. S. 23). *Гнейст* отвергает принятую в Соединенных Штатах Америки судебную проверку законов на их разумность и справедливость (их рациональность). со следующим обоснованием, интересным в связи с разработками, сделанными выше: «Поскольку среди факторов законодательства здесь (т.е. в Соединенных Штатах Америки) отсутствует необходимая перманентность, то для создания гарантии от поспешных и определяемых сменяющимися интересами решений законодательного корпуса попытались путем возвышения судов в качестве хранителей известных основополагающих ограничений сохранить некоторые преимущества наследственной монархии. Для немецкой судебной системы такая трансцендентная власть высших судов, естественно, не подходит. Подобная последняя гарантия скорее заключается в наследственной монархии, втором постоянном и третьем избираемом законодательном корпусе, в их законодательном взаимодействии; она заключается в них как минимум настолько, насколько человеческие установления вообще могут содержать таковую гарантию».

¹⁹⁷ Впрочем, надежнее всего эта цель достигается посредством второй (или первой) палаты, основанной на принципе наследования. Поскольку вряд ли возможно в сегодняшних демократических государствах учредить палату пэров по английскому образцу, то можно было бы повторить попытку создания полностью или частично несменяемого сената, пополняемого посредством кооптации. В республиканской Франции эта попытка не удалась. Согласно конституционному закону от 24 февраля 1875 года, Национальное собрание сначала пожизненно назначило 75 из 300 сенаторов, которые затем должны были пополняться посредством кооптации, в то время как оставшееся большинство сената образовывалось путем выборов. Однако конституционный закон от 9 декабря 1884 года устранил данное ограничение демократического принципа выборов. Тем не менее, назначенные пожизненно сенаторы остались в своем несменяемом положении, но уже не пополнялись при появлении вакансии. Последний из этих несменяемых сенаторов умер всего несколько лет назад.

Впрочем, гарант конституции должен быть независимым и партийно-политически нейтральным. Но будет злоупотреблением понятиями «судопроизводство» и «соответствие форме юстиции», как и институциональной гарантией немецкого чиновничества, если во всех случаях, в которых по практическим причинам кажутся целесообразными или необходимыми определенная независимость и нейтральность, тут же пытаются учредить состоящий из профессиональных юристов-чиновников суд в форме юстиции. Как юстиция, так и профессиональное чиновничество невыносимым образом перегружаются, когда на них перекладываются все политические задачи и решения, для которых желательна независимость и партийно-политическая нейтральность. Кроме того, применения подобного рода гаранта конституции прямо бы противоречило политической логике демократического принципа. В отношении королевского права издания распоряжений в XIX веке судебное право проверки могло иметь политический успех, как во Франции, так и в германской конституционной монархии.¹⁹⁸ Сегодня фронт юстиции был бы направлен уже не против монарха, а против парламента. Это означает функциональное изменение судебной независимости с множеством последствий. Здесь исчезает старое разделение государства и общества, и невозможно просто переносить формулы и аргументы XIX века на политически и социально абсолютно изменившееся положение XX века. Необходимость статичных учреждений и противовеса парламенту сегодня является в Германии совершенно иной проблемой, нежели контроль монарха тогда. Это касается как общего диффузного права судебной проверки, так и концентрации контроля в одной единственной инстанции. Посредством концентрации всех конституционных споров в одном единственном, образованном из несменяемых профессиональных чиновников и потому независимом суде была бы создана вторая палата [парламента], члены которой были бы профессиональными чиновниками. Никакая форма юстиции не смогла бы скрыть того, что применительно к подобному Государственному или Конституционному суду речь шла бы о крайне политической инстанции

¹⁹⁸ Применительно к Франции см. довольно меткое замечание *Леруа* (*Maxim Leroy, Les transformations de la puissance publique, Paris 1907, S. 97*): французские суды заняли в 1829 году опустевшее место *Sénat conservateur*; применительно к Германии см. многократно цитировавшуюся экспертизу *Р. Гнейста*.

с полномочиями конституционного законодательства. С демократической точки зрения было бы вряд ли возможно передать подобные функции аристократии мантии.

4. Демократическое основание положения рейхспрезидента

Однако независимость судей в сегодняшнем государстве вообще имеет целью не создание носителя правильного политического волеобразования, а ограничение и защиту сферы законодательной юстиции внутри упорядоченной государственной системы. Иные виды независимости имеют иные функции, среди них, как было показано выше, также именно функция обеспечения сильного политического волеобразования, независимого от разлагающих государство методов плюралистического партийного государства. Это часто упускается из виду вследствие смешения нейтрализации, департизации (*Entparteiopolitisierung*) и деполитизации,¹⁹⁹ однако становится тут же понятно, если учесть, что различным видам независимости соответствуют различные, даже если и не систематически продуманные и реализованные несменяемости, иммунитет и — что, правда, в Германии встречает мало понимания и симпатии — несовместимости.²⁰⁰ В любом случае немецкое право знает, прежде всего, несовместимость положения рейхспрезидента с положением депутата рейхстага (ст. 44). Ее политический смысл заключается в том, что здесь выражается самостоятельность введенной конституцией плебисцитарной системы относительно парламентской системы.²⁰¹ А несовместимость, введенная для членов Счетной палаты (§ 118 Положения о бюджете

¹⁹⁹ Особенно трактат *Wittmayer* (*L. Wittmayer, Reichsverfassung und Politik, Tübingen 1923 (Recht und Staat, Heft 24)*) страдает неудачным отождествлением «деполитизации» и «партийной деполитизации»; о подобном отождествлении см. выше. Также является заблуждением, когда *Wittmayer* думает, будто «фиксации» в конституции являются «деполитизациями»; они могут прямо вести к нового рода партийно-политическому действию; об этом см.: *J. Popitz, Verfassungsrecht und Steuervereinheitlichungsgesetz, Deutsche Juristen-Zeitung 1923, S. 20*. Политика и партийная политика не есть одно и то же.

²⁰⁰ При этом в основном речь идет о парламентской несовместимости, рассмотренной в: *Werner Weber, Arch. d. öff. Rechts, N. F. Bd. 19. (1930) S. 161–254*.

²⁰¹ Это очень хорошо показано в: *W. Weber, а.а.О. S. 205*, прим. 116: «В Германии идея разделения властей и тенденция к нейтрализации уравновешивают друг друга применительно к оправданию [парламентской] несовместимости».

рейха), напротив, имеет смысл деполитизации. В остальных, уже рассмотренных случаях несовместимости, происходит выход из партийно-политического предприятия; как в случае с Рейхсбанком и Имперской железной дорогой. Если в других демократиях в качестве само собой разумеющегося существует ряд других видов несовместимости для чиновников, то в Германии они мало известны. Тем не менее, заслуживает упоминания то, что недавно одна уважаемая сторона предложила ввести для судебных чиновников общую парламентскую несовместимость.²⁰² Естественно, что для членов Конституционного суда строжайшая несовместимость предусмотрена даже там, где обычно слабо развито понимание смысла ясного разделения.²⁰³

Следовательно, в различных случаях «независимости» нужно в первую очередь обращать внимание на то, должна ли независимость обеспечивать защиту от политического волеобразования лишь оборонительно и негативно, или же, напротив, ею гарантируется самостоятельное позитивное участие в определении и воздействии на политическое волеобразование. Судебная незави-

с постом рейхспрезидента; но они не изолированы друг от друга, но взаимно дополняют и обуславливают друг друга».

²⁰² *Eugen Schiffer*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des deutschen Rechtswe-
sens, 1929, S. 1 (§ 16): «Судьи не избираемы ни в рейхстаг, ни в ландтаги. Они
не могут быть членами политических организаций и общественно заметным
образом заниматься политической деятельностью». Далее см.: *A. Köttgen*, Das
deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, Berlin 1928,
S. 105 f., Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II S. 17 f. Дальнейшую лите-
ратуру см.: *W. Weber*, а.а.О. S. 208,

²⁰³ § 4, п. 2 Имперского закона о Государственном суде от 9 апреля 1921 года,
RGBl.: «Избираться могут немцы, достигшие 30-летнего возраста. Члены
имперского правительства, рейхстага, рейхсрата, Имперского экономическо-
го совета, земельного правительства или Государственного совета не могут
быть заседателями». Далее см. § 61 баденской конституции, § 67 конституции
Мекленбурга-Шверина, § 1, п. 6 чехословацкого закона от 9 марта 1921 года
о конституционном суде: «Членами конституционного суда, как и резервными
членами, могут быть только юридически образованные, избираемые в сенат
лица, не являющиеся членами одной из названных законодательных корпо-
раций» (*Epstein* S. 21); ст. 147, п. 4 австрийского федерального конституцион-
ного закона в редакции от 7 декабря 1929 года (*Bundesgesetzbl.* 1929, S. 1323).
Иначе регулируется в § 70 баварской конституции и § 2, п. 3 закона от 11 июня
1920 года.

симость есть лишь другая сторона судебной ограниченности законом, и в этом смысле она неполитическая.²⁰⁴ Но в остальном большее значение имеет то, что как независимость профессиональных чиновников, так и независимость депутатов парламента, и наконец, положение главы государства, защищенное усложненной процедурой отзыва и особыми привилегиями, самым тесным образом связаны с представлением о целостности политического единства. Веймарская конституция гласит: «Чиновники суть слуги всего общего, а не одной партии» (ст. 130). «Депутаты суть представители всего народа» (ст. 21). «Рейхспрезидент избирается всем немецким народом» (ст. 41) и репрезентирует Германский Рейх во вне (ст. 45). Отсылка к целому политического единства всегда содержит противопоставление с плюралистическим группированием экономической и социальной жизни и должна способствовать превосходству над подобным группированием. Где этого не происходит, там внешнее принятие на себя подобных конституционных законодательных форм оказывается или пустой фикцией, или же только выражает объективность беспристрастного эксперта; так произошло в случае членов временного Имперского экономического совета, по поводу которых ст. 5 Постановления от 4 мая 1921 года точно так же определяет, что эти члены суть «представители экономических интересов всего народа».²⁰⁵

Лишь в сравнительном контексте подобных определений становится понятно положение, которое полагается рейхспрезиденту

²⁰⁴ Тем не менее, по моему мнению, это уже перебор, когда *Рудольф Сменд* (*R. Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht* S. 60) говорит, что деятельность судьи, в отличие от деятельности других государственных ведомств, служит не интеграции политического сообщества, а в первую очередь интеграции особого правового сообщества. Это также приводило бы к плюралистическому разложению государства. В таком случае многие особые отрасли и области материального права, которым в свою очередь соответствует бесчисленное множество особых юрисдикций, представляли бы собой столько же сообществ.

²⁰⁵ В отличие от *Глюма* (*F. Glüm*, *Der deutsche und der französische Reichswirtschaftsrat, Beiträge zum öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Heft 12, S. 25 f., Berlin 1929) я не вижу здесь случая подлинной репрезентации и не считаю экономические интересы «репрезентабельными» в специфическом смысле слова. Об Имперском экономическом совете как экспертном и консультационном органе (в отличие от экономического парламента) см.: *W. Haubold*, *Die Stellung des Reichswirtschaftsrates in der Organisation des Reiches*, Dissertation der Berliner Handels-Hochschule, 1931.

ту согласно Веймарской конституции. 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 какой 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 политизацией, 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. Как относительно статический и постоянный элемент (избрание на семилетний срок, усложненный отзыв, независимость от сменяющегося парламентского большинства), так и род его полномочий (компетенции согласно ст. 45 и далее ИК, роспуск рейхстага согласно ст. 25 и назначение референдума согласно ст. 73 ИК, составление и обнародование законов согласно ст. 70, общеимперская значимость и защита конституции согласно ст. 48) направлены на создание — ввиду его непосредственной связи с государственным целым — партийно-политически нейтрального органа, который как таковой призван быть хранителем и гарантом конституционного порядка и предусмотренного конституцией функционирования высших инстанций рейха, а на случай необходимости наделен действенными полномочиями для активной защиты конституции. В присяге, которую рейхспрезидент должен дать согласно ст. 42, прямо говорится, что рейхспрезидент будет «защищать конституцию». Согласно немецкой конституционно-правовой традиции политическая присяга на конституции относится к «защите конституции», и писанный текст действующего конституционно-законодательного регулирования довольно отчетливо обозначает рейхспрезидента в качестве хранителя конституции. Невозможно игнорировать это аутентичное слово конституции, независимо от того, как в остальном оценивается значение политической присяги.

Однако то, что рейхспрезидент есть гарант конституции, также исключительно соответствует демократическому принципу, на котором основана Веймарская конституция. Рейхспрезидент избирается всем немецким народом, и его политические полномочия в отношении законодательных инстанций (особенно роспуск рейхстага

и назначение референдума), по сути, являются лишь «обращением к народу». Поскольку действующая имперская конституция превращает рейхспрезидента в средоточие системы как плебисцитарных так и партийно-политических нейтральных учреждений и полномочий, она пытается, именно исходя из демократического принципа, создать противовес плюрализму социальных и экономических властных групп и сохранить единство народа как политического целого. Вероятно, вряд ли удастся надолго уберечь положение рейхспрезидента от партийно-политических действий и сохранить в его непартийной объективности и нейтральности, исходящей из государственного целого; вероятно, следует опасаться, что судьба главы государства в республиканской Европе повторит судьбу монарха, а судьба плебисцитарного рейхспрезидента — предыдущую судьбу референдума по народной инициативе, который также был обесврежен. В любом случае Веймарская конституция вполне осознанно предпринимает эту попытку, причем специфически демократическими средствами. Она предполагает весь немецкий народ в качестве единства, которое дееспособно непосредственно, а не лишь посредством социальных групповых организаций. Он может выражать свою волю и в решающий момент объединиться и продемонстрировать свое мнение, невзирая на плюралистические раздробления. Конституция особенно стремится дать авторитету рейхспрезидента возможность непосредственно объединиться с этой общей политической волей немецкого народа и именно поэтому действовать в качестве гаранта и хранителя конституционного единства и целостности немецкого народа. От успеха этой попытки зависит существование и долговременность сегодняшнего германского государства.

ЛЕГАЛЬНОСТЬ И ЛЕГИТИМНОСТЬ

Данное сочинение было завершено 10 июля 1932 года.

ВВЕДЕНИЕ

СИСТЕМА ЛЕГАЛЬНОСТИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ГОСУДАРСТВА В СРАВНЕНИИ С ДРУГИМИ ВИДАМИ ГОСУДАРСТВА (ГОСУДАРСТВО ПРАВОСУДИЯ, ГОСУДАРСТВО ПРАВИТЕЛЬСТВА И ГОСУДАРСТВО УПРАВЛЕНИЯ)

Характеризуя в начале этих рассуждений о «легальности» и «легитимности» нынешнее внутригосударственное положение Германии с точки зрения государственного и конституционного права как «крах парламентского законодательного государства», мы имеем под этим в виду лишь общую, краткую, специально-научную формулу. Оптимистические или пессимистические предположения и прогнозы нас здесь не интересуют; также не следует говорить о «кризисах» — будь-то биологические, медицинские или экономические кризисы, послевоенные кризисы, кризисы доверия, кризисы выздоровления, кризисы переходного возраста, кризисы спада или что-то еще. Для правильного понимания всей проблематики сегодняшнего понятия легальности, связанного с ним парламентского законодательного государства и сохранившегося с предвоенного времени правового позитивизма необходимы государственно- и конституционно-правовые определения понятий, учитывающие современное внутриполитическое положение в его взаимосвязях с государством.

Понятие «законодательное государство» обозначает здесь определенный вид политического сообщества, особенность которого заключается в том, что высшим и решающим выражением общей воли для него является *установление норм (Normierungen)*. Последнее стремится превратиться в право и потому должно претендовать на определенные качества. Из-за этого ему могут подчиняться все остальные публичные функции, вопросы и предметные области. То, что в государствах европейского континента с XIX века

Перевод выполнен по изданию: Schmitt, Carl: *Legalität und Legitimität* München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1932.

понималось под «правовым государством», в действительности являлось лишь законодательным государством — причем именно парламентским законодательным государством. Доминирующее и центральное положение парламента основывалось на том, что он устанавливал эти нормы в качестве «законодательного корпуса со всей значимостью законодателя как «*législateur*».

Законодательное государство — это государственное сообщество, в котором господствуют безличные, то есть *универсальные* и заранее определенные, то есть установленные *на длительное время* нормы измеримого и определяемого содержания. В нем отделены друг от друга закон и его применение, законодатель и правоприменяющие учреждения. Здесь «царят законы», а не люди, власти или начальство. Говоря еще точнее, законы не царят, а лишь *действуют* в качестве норм. Господство и власть в чистом виде уже вообще не существуют. Кто осуществляет власть и господство, тот действует «на основании закона» или «от имени закона». Он не делает ничего иного, кроме приведения действующей нормы в действие в рамках своей компетенции. Законы создает законодательная инстанция, но она не господствует, не приводит в действие свои законы и не применяет их. Она именно лишь устанавливает действующие нормы, от имени которых затем государственную власть могут осуществлять правоприменяющие учреждения, подчиняющиеся законодательству. Осуществление законодательного государства в организационном плане всегда приводит к отделению закона от его применения и законодательной власти от исполнительной. Это не просто теоретически выдуманное разделение и не только психологически обоснованная мера против человеческой жадности власти; это непосредственно необходимый конструктивный базовый принцип законодательного государства, в котором господствуют именно не люди и личности, но должны действовать нормы. Ключевой, подлинный смысл фундаментального «принципа законсообразности» всей государственной жизни состоит в том, что в конечном счете, уже вообще никто не господствует и не приказывает, поскольку в действие приводятся лишь безлично действующие нормы. Такое государственное сообщество обосновывается всеобщей *легальностью* всякого осуществления государственной власти. Замкнутая система легальности обосновывает требование повиновения и оправдывает ликвидацию всякого права на сопротивление. Специфической формой проявления права здесь является закон, а специфическим обоснованием государственного принуждения — легальность.

Существуют другие сообщества, где определяющая политическая воля проявляется в других формах и процедурах. Существуют *государства правосудия*, в которых последнее слово принадлежит не устанавливающему норму законодателю, а судье, разрешающему правовой спор; также существуют другие политические образования — *государства правительства* или *государства управления* — в зависимости от специфического вида конкретного проявления окончательного решения и последней инстанции («dernier ressort»). Типичное выражение государства правосудия — *решение в конкретном деле*, когда соответствующее право, справедливость и разум проявляются непосредственно, без посредства заранее определенных универсальных норм. Вследствие этого оно не исчерпывается нормативизмом голей легальности. Типичное выражение законодательного государства — установление на длительное время универсальных *норм*, заранее определенных, содержательно измеримых и определимых. В таком случае решение судьи предстает лишь как их применение, да и вся государственная жизнь в целом должна охватываться замкнутой системой легальности, позволяющей подводить обстоятельства дела [под норму]. Так что государство правосудия скорее является «правовым государством» — в той мере, в какой в нем судья непосредственно применяет право и приводит это право в действие даже в отношении устанавливающего нормы законодателя и его закона. На противоположном от законодательного государства полюсе находится *государство правительства*, находящее свое характерное выражение в *суверенной личной воле и авторитарном приказе* правящего главы государства. Но можно представить себе и другой вид государства, в котором приказ и воля хотя и не проявляются в авторитарной и личностной форме, но все же желают быть не простым применением установленных свыше норм, а исключительно предметными распоряжениями: это государство управления, в котором люди не правят, нормы не считаются чем-то высшим, но по знаменитой формуле «вещи управляют сами собой». Даже если это утопия, все равно можно помыслить государство управления, специфическим выражением которого является *мера*, обусловленная лишь положением дел, принимаемая в зависимости от конкретной ситуации и целиком по соображениям предметно-практической *целесообразности*.

Хотя в исторической действительности всегда будут происходить соединения и смешения, поскольку к любому политическому сообществу относится как законодательство, так и правосудие,

как правительство, так и управление. В любом государстве всегда не только отдают приказы и команды, но также устанавливают законодательные нормы и управляют посредством мер хозяйственной деятельности. Можно было бы даже — вслед за Рихардом Тома (*Richard Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band 2, S. 127*) — обнаружить в каждой отдельной государственной процедуре как элементы законодательства, так и элементы управления и судебного решения. Однако все они и формы проявления вновь соединяются прежде всего в суверене: суверен есть высший законодатель, верховный судья и главнокомандующий одновременно он есть конечный источник легальности и последнее основание легитимности. Легитимное правительство в слабых государствах будет охотно использовать воздействие, оказываемое на легальность решениями законодательного органа; государство управления будет использовать юстицию для санкционирования своих политических мер и т.д. И все же сразу понятно, где находится центр тяжести решающей воли, какая из различных возможностей является центральной для нормального и усредненного существования, и какой тип высшей воли оказывается в решающий момент определяющим и видообразующим для данного сообщества. Впрочем, также возможно и подвешенное состояние — существование или смешение высшей юстиции, высшего правительства, высшего установления норм и высшего управления: в переходные промежуточные времена, вероятно, даже возможно счастливое равновесие многих разнородных высших властей, независимых друг от друга.

Различение законодательного государства с его замкнутой системой легальности и (опять же отличных друг от друга) способов легитимации в государствах правосудия, правительства и управления кажется мне более плодотворным для изучения государственного настоящего, чем иные различия, возникшие в прошлых ситуациях — например, антитезы господства и товарищества, власти и свободы, правового государства и диктатуры и т.д. Здесь также не имеет смысла использовать традиционное разделение на монархию, аристократию и демократию с их модификациями. И не потому что учение Аристотеля является несовременным и устаревшим. Просто сегодня нормативистская фикция замкнутой системы легальности вошла в явное и неопровержимое противоречие с легитимностью действительно наличной, правомерной воли; сегодня основное противоречие заключается в этом, а не в противопоставлении монархии, аристократии, олигархии или демократии.

которое чаще всего лишь затемняет и запутывает все. К тому же наша государственность изменяется, и характерный для настоящего момента «поворот к тотальному государству» с его неизбежной тенденцией к «плану» (а не «свободе», как это было сто лет назад) типично предстает сегодня как поворот к государству управления. По своей природе тотальное государство есть государство управления, даже если в качестве инструмента или средства исправления [ситуации] оно использует юстицию — в частности уголовную, гражданскую, дисциплинарную, административную или конституционную юстицию. Сегодня уже почти общеизвестно, что прежде всего «экономическое государство» не может функционировать как парламентское законодательное государство и потому должно превратиться в государство управления. Другой вопрос, насколько управление является ядром *всякого* государства. Как сказал *Лоренц фон Штейн*, и «Государство» Платона, и «Политика» Аристотеля являются «учениями о безгосударственном обществе, лишенном тем самым управления». *Макс Вебер* вообще считает «управленческий штаб» («*Verwaltungsstab*») существенным признаком политического объединения. Отчетливее всего тесная связь государства и управления проявляется для нашего исторического сознания в XVI и XVII веках, когда происходит образование политических сообществ, которые именно благодаря своему хорошо функционирующему бюрократическому аппарату характерным образом — в качестве «государства» — выделяются из правовых сообществ средневекового, исключительно «правоохраняющего государства» (по точному выражению Фрица Керна). Впрочем, парламентское законодательное государство с его разделением закона и применения закона также предполагает для этого применения функционирующую в соответствии с законом «исполнительную власть», которая, несмотря на свою подчиненность закону, все же является самостоятельной и отличимой. Однако это зависит от специфической системы обоснования, в рамках которой находится государственный аппарат управления. Применительно к XVII и XVIII векам такой системой являлась династическая легитимность абсолютного монарха.

Во времена стабильных правовых воззрений и консолидированной собственности начинает доминировать государство правосудия. Тогда окончательные решения принимает отделенная от государства *юстиция* как гарант и хранитель права, отличного от государства, предшествующего ему и стоящего над ним. Однако при таком сообществе еще вряд ли возможно говорить о «госу-

дарстве», поскольку место политического единства в нем занимала бы — по крайней мере, в соответствии с фикцией — не политическая, а чисто правовая общность. Во времена больших изменений или переворотов появляется государство правительства или государство управления или же — в зависимости от вида и темпа изменения — парламентское законодательное государство. Считается, что устанавливаемые им нормы лучше всего позволяют легальнс приспособляться к изменяющимся отношениям и сочетать прогресс со стабильностью права. Таким образом, различные виды государства адекватны различным внутривполитическим тенденциям. В целом можно сказать, что последовательно реализованное государство правосудия, достигающее своей вершины в судебных решениях, является подходящим средством для консервации социального *status quo* и благоприобретенных прав, что соответствует часто подтверждаемой консервативной тенденции всякого правосудия. Его извращенную форму (согласно Аристотелю, относящуюся к нему самому), при которой обеспечение благоприобретенных прав становится его *ratio essendi*, лучше всего можно охарактеризовать поговоркой: «Главное — доход, а остального не существует». Как государство правительства, так и государство управления скорее подходят как инструмент для радикальных изменений (хоть революционные, хоть реакционные) и обширных, планомерных и долгосрочных преобразований. Законодательное государство есть типичное изобретение реформистско-ревизионистско-эволюционистской эры. Эта снабженная партийными программами эра пытается парламентско-легальным образом достигнуть «прогресса» путем принятия правильных законов.

Этос государства правосудия заключается в том, что судья выносит приговор непосредственно от имени права и справедливости. При этом другие, несудебные, политические власти не сообщают и не устанавливают для него этой справедливости. Этот простой принцип остается очевидным до тех пор, пока право и справедливость имеют однозначное содержание без установления промежуточных норм и не являются лишь инструментами властных и имущих интересов. Государство правительства обладает скорее не этосом, а большим пафосом. Его принцип отчетливее всего проявляется в правлении абсолютного монарха в XVII и XVIII веках в каталоге репрезентативных предикатов этих государей, которые облачают себя и свое личное окружение в такие слова, как *majestas, splendor, excellentia, eminentia, honor* и *gloria*. Это тот большой пафос *gloire* и *honneur*, от которого не смогло отказаться даже прус-

ское государство управления Фридриха Вильгельма I и Фридриха Великого. Уже в XVII веке этому пафосу — в качестве полемического антипода *honneur* — было противопоставлено республиканско-демократическое понятие *vertu*; с его помощью пытались дисквалифицировать подобные репрезентативные свойства и разоблачить саму репрезентацию как чистый «театр», противопоставляя *репрезентации* князя и его двора *присутствие* гомогенного народа, демократически тождественное с самим собой. Кроме того также увязывали специфический этос законодательного государства, правильно устанавливающего нормы правильного права, с его мудрым и неподкупным *législateur* и его всегда доброй и справедливой *volonté générale*. Государство управления может ссылаться на объективную необходимость, существующее положение, давление обстоятельств, требования времени, находить другие оправдания, определяемые не нормой, а ситуацией. В соответствии с этим, принцип его существования заключается в целесообразности, полезности и, — в отличие от ориентации на норму у законодательного государства, основывающегося на установлении норм, — в непосредственно конкретной *объективности* его решений, распоряжений и приказов. И государство правительства, и государство управления придают особое значение конкретному приказу, подлежащему немедленному осуществлению или исполнению. Они кладут конец прениям адвокатов, сопровождающим государство правосудия, как и столь же бесконечным дискуссиям парламентского законодательного государства. В самом децизионизме немедленно исполняемого распоряжения они видят позитивную правовую ценность. Здесь считается: «приказ — лучше всего».

Как считает Рудольф Сменд (*Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 115*), либерализм и опирающийся на него парламентаризм не имеет никакого особого пафоса, никакого «притязания на ценностную значимость» и потому также не имеет никакой «свойственной ему легитимирующей силы»; у него «даже нет никакой потребности беспокоиться о какой-либо подходящей легитимации». Однако не нужно упускать из вида, что в парламентском законодательном государстве с его идеалом и системой непрерывно замкнутой легальности всех государственных действий возникла довольно своеобразная система обоснования. Смысл и задача «легальности» здесь именно в том, чтобы сделать избыточными и отвергнуть и *легитимность* (монарха и плебисцитарной народной воли), и любой высший *авторитет* и *начальство*, основанные на самом себе. Когда в рамках этой системы все же употребляются

такие слова, как «легитимный» или «авторитет», то лишь как выражение легальности и лишь как ее производные. Так же следует понимать положения социологии *Макса Вебера* (*Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Sozialökonomik III* 1 S. 19): «эта легальность может выступать как легитимность» или «самая распространенная сегодня форма легитимности — это вера в легальность». Здесь они обе — и легитимность, и легальность — сводятся к общему понятию легитимности, хотя легальность означает именно противоположность легитимности. Поэтому я считаю правильной формулировку в статье *Отто Кирххаймера* о легитимности (*Otto Kirchheimer, Die Gesellschaft, Juli 1932*), когда он говорит, что легитимность парламентской демократии «состоит лишь в ее легальности», и сегодня «легальное ограничение открыто приравнивается к легитимности». Впрочем, сегодня словоупотребление зашло уже настолько далеко, что *легальное* как нечто «лишь формальное» и действительно *легитимное* воспринимаются в нем как противоположности. Сегодня можно, не противореча себе, например, сказать о роспуске рейхстага, что он «строго легален», но в действительности все же является государственным переворотом, и наоборот, что этот роспуск действительно соответствует духу конституции, но тем не менее не является легальным. Подобные антитезы документируют крах системы легальности, дошедшей до беспредметного и ни с чем не связанного формализма и функционализма. Подобный конец можно объяснить лишь отказом от существенных предпосылок и специфического пафоса легалистского понятия закона. В результате даже возникла иллюзия, что можно открыть легальный путь и легальную процедуру для всех мыслимых, даже самых радикальных и революционных устремлений, целей и движений, чтобы они смогли достичь своей цели без насилия и без переворота. то есть такую процедуру, которая бы одновременно учреждала порядок и тем не менее функционировала абсолютно «ценностно-нейтрально».

Очевидно, что здесь уникальный рационализм системы легальности превращается в свою противоположность. Этот процесс, сущностно характеризующий нынешнее положение парламентского законодательного государства, нуждается в более точном и детальном объяснении в последующих главах. Относительно понятия легальности следует иметь в виду, что исторически и понятийно оно является делом и проблемой парламентского законодательного государства и специфического для него рода нормативизма. Оно воспроизводит ситуацию, созданную монархическим

абсолютизмом, то есть устраняя всякое право на сопротивление и утверждая «великое право» на безусловное повиновение; но оно придает последнему ореол легальности посредством своих общих, заранее определенных норм. Государство правосудия и государство управления остаются в самой тесной непосредственной связи с конкретной актуальной ситуацией и потому предстают как довольно конкретная реальность. Государство правительства в лице своего руководителя или в достоинстве руководящей коллегии обладает всеми качествами репрезентации. А законодательное государство из-за господства в нем принципа установления универсальных, заранее определенных норм и присущего ему различению закона и применения закона, законодательной и исполнительной власти, напротив, располагается в совсем иной сфере и действительно страдает известной абстрактностью. Впрочем, пока жива вера в рациональность и идеальность его нормативизма, — в эпохи и у народов, еще способных на (типично картезианскую) веру в *idées générales*, — она предстает как нечто более высокое и идеальное. До тех пор она может ссылаться на многотысячелетнее различие и использовать в своих интересах древний этос, например, *νοϋς* против голого *θεσμός*; *ratio* против голой *voluntas*; разум против слепой воли, не связанной никакой нормой; идею нормы установленного, предсказуемого права против зависимой от меняющегося положения дел голой целесообразности решения и приказа; опирающийся на разум рационализм против прагматизма и эмоциональности; идеализм и правильное право (*richtiges Recht*) против утилитаризма; значимость и долженствование против принуждения и давления обстоятельств. Для него репрезентативное государство правительства с его *gloire* и *honneur* выглядит как государство голой власти и аморальность; государство управления — как бездуховная диктатура, лишенная норм; средневековое государство правосудия — как враждебное прогрессу средство сохранения феодальных или сословных привилегий. Оно может ссылаться на то, что патетическую и легитимирующую формулу «именем закона» невозможно перенести [на другие акты] и менее всего — на решения государства управления. Не существует «равенства перед принятым решением» подобно «равенству перед законом». Я также не могу отправлять правосудие, налагать взыскания или вообще представлять власть не «именем закона», а «именем целесообразности», «объективной необходимости» или тем более «именем обстоятельств». Очевидно, что было бы гротеском выносить и исполнять судебные приговоры не именем короля, народа или зако-

на, а «именем постановления» и заставлять кого-либо присягать постановлению и клясться в «верности постановлению».

Если рассматривать *чиновничество* и *вооруженные силы* государства лишь как технический аппарат в руках правительства, то для самих себя они не являются ни источником собственной легальности, ни основанием собственной легитимности. Поэтому сами по себе они не могут поддерживать государство управления, которое естественным образом нуждается в чиновническом аппарате. В отношении различных форм и видов государства «бюрократия часто обладает нейтральностью сугубо технического инструмента, который — пусть и с известными оговорками, например, с учетом «благоприобретенных прав чиновников» — может служить различным, даже противоположным политическим направлениям. «Чиновник должен уметь действовать именно различным образом», — говорит Рудольф Сменд (*Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 31*). В социологии *Макса Вебера* смысл слова «бюрократия» прежде всего в том, чтобы в якобы «ценностно-нейтральной» категории выявить техническое, рационалистское, ценностно-нейтральное начало машинерии чиновнического аппарата, заинтересованного главным образом в своем бесперебойном функционировании. Однако это воззрение оказывается довольно спорным для ситуации немецкого довоенного государства и неверно противопоставляет немецкое профессиональное чиновничество как нечто «неполитически-техническое» парламенту, который Макс Вебер, как известно, считал еще и средством отбора политических вождей и образования элиты. Французское выражение «бюрократия» действительно указывает на что-то инструментальное; парламентаризму Французской республики удалось искоренить любую мысль, что армия и чиновничество в самих себе обладают легальностью или легитимностью или могли бы развить их из самих себя; ему также удалось принципиально искоренить и связь с династической легитимностью королевской династии, и бонапартистский контакт с плебисцитарно-демократической легитимностью. В Германии чиновничество XIX века было разделено между большим числом конституционных монархий. Вследствие этого у него до сих пор отсутствует непосредственная организационная связь с целостностью национального единства и с парламентским представительством всего немецкого народа в рейхстаге. Уникальность конституционной монархии позволяла чиновничеству одновременно охранять основание легитимности монархии и легальность законодательного государства. Но нельзя не учитывать то-

что Ганс Гербер недавно продемонстрировал (на конгрессе по государственному праву в Галле в 1931 году): без надежного обеспечения правового положения профессионального чиновничества этот род «правового государства», то есть законодательное государство, был бы невыносим. Как мне кажется, в этом справедливом воззрении Г. Гербера выражается тот исторический факт, что профессиональное чиновничество может быть чем-то большим, нежели только «аппаратом», который «функционирует» в руках какой угодно системы; более того — благодаря стабилизированному профессиональному сословию, представляющему общественные интересы, можно усилить элементы подлинной с точки зрения социологии государства элиты, создающей авторитет и легитимность, и такие качества, как неподкупность, отказ от мира денег и стремления к прибыли, образование, чувство долга и верность, а также известные, хотя и померкнувшие стремления к кооптации из собственной среды. Если считать эти три требования — стабильность, качество и кооптацию — признаками поддерживающей государство политической элиты, то профессиональное немецкое чиновничество XIX века можно рассматривать как аналогичный элите фактор немецкой государственной жизни. Однако здесь не проявилось именно решающее качество любой политической элиты — способность и готовность брать на себя *риски* политического.

С упразднением династической легитимности конституционной монархии немецкий рейхсвер (который после разоружения и демилитаризации немецкого народа больше не является армией в прежнем смысле) и имперское чиновничество (особенно вновь созданная финансовая бюрократия) смогли найти новое основание в плебисцитарной легитимности рейхспрезидента, избранного немецким народом. А чиновничество земель, — поскольку у него отсутствовала эта опора, — напротив, было в значительной мере оккупировано силами плюралистического партийного государства. Кроме того, в сегодняшних немецких землях область земельного законодательства и тем самым пространство парламентского законодательного государства не столь значительны, чтобы обеспечить самостоятельную земельную систему легальности. Поскольку политические премии за легальное обладание властью, о чем пойдет речь ниже, достаются различным партиям, то разные немецкие земельные правительства имеют различные представления о «общественной безопасности, порядке и антигосударственной деятельности». Так что сегодня профессиональное немецкое чиновничество с точки зрения понятий легальности и легитимно-

сти больше не является единой величиной с собственным политическим значением. Тем не менее в отдельных своих частях оно — при отсутствии другого авторитета — могло бы стать сборным пунктом для сильных потребностей и стремлений к авторитарному государству и попытаться самостоятельно «установить порядок» в государстве управления. В существующей более двух лет практике принятия чрезвычайных постановлений на основании 48, п. 2 ИК уже в значительной части реализовано регламентирующее государство управления. Значение этого развития в системе легальности парламентского законодательного государства будет более подробно рассмотрено ниже. Здесь же интересно то, что если нормативистская легальность парламентского законодательного государства превращается в пустой функционализм соответствующих решений большинства, то она может объединяться с безличным функционализмом бюрократической необходимости регламентации. В этом, — по идее странном, но с учетом всего практического опыта все же очевидном — союзе легальности и технического функционализма бюрократия на длительное время остается доминирующим партнером, превращая закон парламентского законодательного государства в постановление бюрократического государства управления.

Здесь не имеет смысла использовать выражение «*правовое государство*». Ведь и законодательное государство, и государство правосудия могут запросто выдавать себя за правовое государство; но на это способно любое государство правительства и любое государство управления, объективно ссылаясь на то, что осуществляет право, заменяет неправильное старое право правильным новым и прежде всего создает нормальную ситуацию, без которой любой нормативизм является обманом. Выражение «правовое государство» может означать столь же разные вещи, что и само слово «право», и кроме того такие разные организации, что имеются в виду под словом «государство». Существует феодальное, сословное, буржуазное, национальное, социальное, а также естественно-правовое, рационально-правовое, историко-правовое правовое государство. Понятно, что это слово охотно используется всякого рода пропагандистами и адвокатами для диффамации своего противника как врага правового государства. К их правовому государству и их понятию права применима поговорка: «Желательно называть правом то, что восхваляю я и мои кумовья». Для теории государства и теории конституции здесь важно через различение законодательного государства, государства правосудия, государ-

ства правительства и государства управления выявить специфические признаки, посредством которых можно лучше и яснее понять конкретное своеобразие системы легальности и ее нынешнее положение.

I. СИСТЕМА ЛЕГАЛЬНОСТИ ПАРЛАМЕНТСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ГОСУДАРСТВА

1. ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВО И ПОНЯТИЕ ЗАКОНА

Государство конституционной монархии XIX века было законодательным государством. Оно было парламентским законодательным государством в значительной мере и именно в решающем пункте — с точки зрения его понятия закона. В качестве закона в формальном смысле рассматривалось только то решение, что было принято при участии народного представительства. В сущности, подобные формальные понятия конституционного права являются политическими понятиями. Так что это было решающей победой народного представительства, поскольку право сущностно проявлялось в форме закона, позитивное право сущностно являлось правом закона, а к понятию закона по определению необходимо относилось решение народного представительства. Хотя до сих пор придерживаются того, что под законом понимается «любая правовая норма», и обычное право также считается позитивным правом. Но обычное право, естественно, действует лишь как простое право, и законодатель может устранить и ограничить его росчерком пера, причем законодатель в большинстве случаев будет быстрее обычного права. Кроме того, в определенных, особенно важных областях правовой жизни — вроде уголовного права, а также в конституционном и административном праве, — допустимость образования форм обычного права является довольно спорной. Говоря практически, признание обычного права всегда означает известную ограничительную оговорку не в пользу законодателя. Поэтому допустимость обычного права отрицают там, где опасаются навредить доверию к законодателю законодательного государства. Не следует забывать, что немецкая теория обычного права утвердилась в исторической школе права до 1848 года, то есть ее собственно полемически-политическое значение тогда определялось противостоянием с законодательным правом абсолютного монарха. Что касается воздействия на государственную организа-

цию, то в признании обычного права всегда присутствует ограничение парламентского законодателя в пользу других инстанций и, конечно, особенно юстиции. То же самое справедливо для любых конструкций какого-либо «понятийно необходимого» содержания. то есть и для содержания, принудительного для законодателя. Хорошим примером такого рода является вышедшая в «Archiv für die zivilistische Praxis» в 1885 году статья *Фр. Айзеле* «Необязательное содержание закона» (на нее наше внимание обратил *Г. Гуссерль*, за что его следует поблагодарить). Другой пример дает нынешнее мнение Имперского суда относительно свойств чиновничества; в соответствии с ним передача властных полномочий без формального зачисления на службу, сама по себе, в силу «внутренней сути вещей» обосновывает свойства чиновничества, поскольку противоположное допущение было бы «бессмыслицей», а законодатель не может постановить нечто «в правовом смысле невозможное и неосуществимое» (RGZ. 134, S. 19, RGZ. 125, S. 422). В данной статье (S. 278) Айзеле высказал то, что мы рассматриваем здесь: «Таким образом. речь здесь идет о границах законодательной власти». Подобные границы можно вывести из логической или мысленной необходимости, как и из обычного права.

Однако помимо таких ограничений, впрочем, весьма спорных в их конкретном применении, воззрения правоведения и правовой практики в целом были (и все еще остаются) подчинены ряду простых уравнений. Право = закон; закон = государственное регулирование, установленное при участии народного представительства. При выдвигании требования «господства закона» и «принципа законности для всей государственной жизни» как существенного признака правового государства на практике имелся в виду закон. На этой конгруэнтности права и закона, в конечном счете, основывалось все, что в течение XIX века превратилось в до сих пор действенную систему и инвентарь государственно-правовых понятий, формул и постулатов. Государство — это закон, закон — это государство. Повиноваться можно только закону; только в его отношении нет права на сопротивление. Существует лишь легальность, а не авторитет или приказ сверху. В классической главе «Господство закона» своей книги об административном праве (*Otto Mayer*, 3. Aufl., 1924, S. 64) *Otto Mayer* говорит: «Высший вид государственной воли — тот, что высказывается от имени закона». По мнению *Otto Mayer*, подобное законодательное государство характеризуют три признака: *создающая объективное право сила закона* (в противоположность служебному приказу и указаниям, адре-

сованным подчиненным учреждениям и чиновникам); *приоритет* закона (приоритет именно над всеми другими рассматриваемыми здесь видами государственной деятельности, особенно над управлением и судопроизводством); и *оговорка исключительности* закона, то есть монополия законодательного регулирования на вторжение в основные права и свободы, гарантированные конституционным правом, — в отличие от других видов государственной деятельности. Другими словами: последний хранитель всякого права, последний гарант существующего порядка, последний источник всякой легальности, последняя опора и последняя защита от несправедливости — это законодатель и применяемая им процедура законодательства. При этом практически без внимания остаются злоупотребления законодательной властью и законодательным процессом, поскольку тогда немедленно возникла бы необходимость в ином государственном сообществе, совершенно иной структуре и организации. Преустановленная и предполагаемая конгруэнтность и гармония права и закона, справедливости и легальности, предмета и процесса доминирует в правовой мысли законодательного государства вплоть до каждой детали. Это стало возможным лишь потому, что подчинение господству закона происходило именно во имя свободы. Поэтому из каталога охраняемых правом свобод удалили право на сопротивление и присвоили закону такой безусловный приоритет, что в подчинении судьи закону усматривают гарантию его независимости. В законности управления стали видеть важнейшую защиту от злоупотреблений государственной властью и без сомнений предоставили в распоряжение законодателя все гарантированные в конституции основные права, в которые он может вторгаться по своему усмотрению в силу «оговорки исключительности закона».

Само собой разумеется, что в законодательном государстве законодатель это всегда только один простой законодатель. Любая конкуренция законодателей различного рода и релятивирующих друг друга понятий закона разрушает само законодательное государство, и это следует подчеркнуть уже здесь. В законодательном государстве с замкнутой системой легальности не может быть, как в римском государственном праве, различных «источников права»: *leges*, *плебисциты*, *сенатские постановления*; *constitutiones principum*, *эдикты* магистратов, *consulta prudentium* и т.д. Законодатель логически последовательного законодательного государства должен сохранять в своих руках «монополию» на легальность. Однако в довоенное время вряд ли ставили и еще меньше искали от-

вета на вопрос, что происходит, когда законодатель утрачивает доверие и исчезает вера в гармонию права и принимаемого закона. Законодательный процесс с его сложной системой сдержек и противовесов — двухпалатная система законодательной власти. независимое, опирающееся на армию и чиновничество королевское правление, королевская санкция принимаемых законов, федеративная система контроля и поддержания баланса — содержат достаточно гарантий для сдерживания и надежно защищал свободы и собственность от произвола и злоупотребления формой закона. В подобном государственном сообществе мыслимо и допустимо даже чисто формальное понятие закона, независимое от всякого содержания. И даже если все решения соответствующих инстанций в законодательном процессе без всяких условий, предпосылок и ограничений рассматривать в качестве единственно определяющего позитивного права, то все типичные принципы и учреждения правового государства — например, ограничение независимого судьи законом, содержащаяся в положении «никакого наказания без закона» (ст. 116 ИК) гарантия от произвольного наказания или оговорка необходимости закона [в случае ограничений] основных прав и свобод, — остаться осмысленными и допустимыми; они были бы настоящими ограничениями, настоящими гарантиями и настоящими оговорками, поскольку полное, беспроblemное и простое доверие к простому законодателю и законодательному процессу не требует никаких дальнейших ограничений. гарантий или оговорок. Лишь при полном доверии к этому законодателю и к типу его законов можно было высказать подобные тезисы: «Право законодателя неограниченно; все другие права государственной власти ограничены» (Leuthold, 1884, in: *Hirths Annalen*); или: «Для законодателя собственность не является неприкосновенной» (Anschütz, 1912, комментарий к тексту прусской конституции 1850 года).

Это доверие остается предпосылкой любой конституции, которая организует правовое государство в форме законодательного государства. Иначе законодательное государство превращается в несколько усложненный абсолютизм, требование полного повиновения — открытым насилием, а благородный отказ от права на сопротивление — безответственной глупостью. Если понятие закона лишается всякой содержательной связи с разумом и справедливостью, и одновременно сохраняется законодательное государство с его специфическим понятием легальности, в котором весь суверенитет и достоинство государства сконцентрированы в зако-

не, то всякое распоряжение любого рода, всякий приказ и всякая мера, всякая команда какому-либо офицеру или солдату и всякое отдельное указание судье могут легально и законно — в силу «господства закона» — быть проведены парламентским постановлением или другими инстанциями, участвующими в законодательном процессе. В этом случае «чисто формальное» редуцируется до пустого слова и до этикетки «закон» и лишается связи с правовым государством. Все достоинство и суверенитет закона исключительно и непосредственно связаны, — причем с непосредственно позитивно-правовым значением и воздействием, — с этим доверием к справедливости и разумности самого законодателя и всех инстанций, участвующих в законодательном процессе. Все правовые гарантии и обязательства, вся защита от злоупотребления переносятся на личность всемогущего законодателя или на своеобразие законодательного процесса. Чтобы это не стало абсолютно бессмысленным и не превратилось в чистый произвол, здесь должна господствовать предпосылка того доверия, которое только и устанавливает конгруэнтность права и формального закона. Эта система легальности вовсе не лишена предпосылок. Необоснованно приравнивать право к результату какого-либо формального процесса означало бы лишь слепое подчинение чистому, лишенному всякой содержательной связи с правом и справедливостью решению инстанций, уполномоченных осуществлять законодательство. Это означало бы необоснованный отказ от всякого сопротивления. Это было бы *sic volo sic jubeo* в своей самой наивной форме, что понятно лишь психологически, исходя из рудиментов какого-то суеверия или остатков прежней, более содержательной религии закона. Можно назвать это «позитивизмом», — как любой вид децизионизма можно некритически именовать позитивизмом; только сегодня это слово уже не скрывает, что подобный беспредпосылочный формализм есть чисто политически мотивированное требование подчинения с чисто политически мотивированным отрицанием всякого права на сопротивление.

Немецкое довоенное учение о государстве наряду с формальным всегда признавало материальное понятие закона. «Без материального понятия закона, — говорил *Аншюц* (*Anschütz*, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, 2. Aufl., Tübingen 1901, S. 33), — невозможно обойтись в теории и практике, как и невозможно понять и объяснить прусскую конституцию». Поэтому также признаются предметно-определенные признаки закона. В материальном смысле закон есть правовая норма или пра-

вовое положение, некое определение того, что «будет справедливо для каждого». Исходили из того, что закон в формальном смысле обычно содержит правовое положение в материальном смысле и что его следует отличать от какого-либо приказа. В господствующем учении признается необходимость *санкции* как приказа, который добавляется к закону в смысле правового правила. Это также показывает, насколько еще сохранялось различие нормы и приказа, закона и решения. «Каждый закон состоит из двух различных частей, в одной из которых содержатся сами правила, а в другой — приказ, требование подчинения» (*Лабанд*). Однако эта связь правовой нормы и закона не была зафиксирована в определении закона в государственном праве, которое четко отделило бы закон как всеобщее, длительно действующее правило от простого приказа или простого распоряжения. Помимо этого понятия возникло второе, совсем иного рода представление о законе, но которое также именовалось «законом в материальном смысле» (причем лишь только потому что оно не было «формальным»), — закон как «вторжение в свободу и собственность гражданина». Это объясняется лишь ситуацией XIX века и основывается на противопоставлении государства и общества, правительства и народного представительства, зависимого от начальства чиновника (подчиненного «особым отношениям господства») и свободного гражданина. наконец — на общем для буржуазного правового государства различении свободной (принципиально неограниченной) частной сферы и властных полномочий государства, заранее установленных нормами закона (потому принципиально ограниченных и измеримых). Еще одним, вытекающим отсюда различием является различие закона или правового положения как «вторжения в свободу и собственность гражданина» и административного распоряжения как процедуры, не затрагивающей эту сферу свободы. но разыгрывающейся лишь «внутри организма исполнительной власти» (*Анцую*).

Конечно, определение закона как «вторжения в свободу и собственность» имело лишь полемически-политический смысл, направленный против авторитарной исполнительной власти, то есть против правления короля с его армией и чиновничеством. Так что в конкретной внутривластной ситуации XIX века с абстрактно-логической точки зрения было если и не совсем элегантно, но все же довольно объяснимо, что два совершенно несоизмеримых друг с другом критерия закона (право и вторжение в него) в качестве «материальных» противопоставлялись «фор-

мальному» критерию. Напротив, понятия законодательного государства запутывало то, что в доминирующем учении, — несмотря на оба «материальных» понятия закона, — за формальным законодательным процессом признавалось право использовать форму закона по собственному усмотрению применительно к любому содержанию воли, даже не являющемуся законом в материальном смысле, то есть не имеющему уже ничего общего ни с одним из двух материальных определений понятия. Таким образом все достоинство правового государства, выведившееся лишь из первого материального понятия закона («закон есть правовая норма») и распространявшееся на формальный законодательный процесс, отсекалось от своего начала и своего источника — то есть от своей предметной связи с правом. Одновременно идея защиты и гарантий, заключавшаяся во втором понятии закона («вторжение в свободу и собственность»), была отдана законодателю, причем в пользу лишь формального, чисто политического понятия закона, то есть лишеной всякой связи с правом и справедливостью. В таком случае закон уже не являлся по замыслу универсальным (одинаково обращающимся с одним и тем же) долгосрочным регулированием с измеримым и определенным содержанием; законодатель делает в законодательном процессе то, что хочет; это всегда будет «законом», который всегда будет создавать «право». Этим был открыт путь к абсолютно «нейтральному» представлению о легальности, которое лишено ценностей и качеств и является бессодержательно формалистски-функционалистским. Если в административном праве строго придерживались универсального характера административного распоряжения (*Verordnung*) — в отличие от предписания (*Verfügung*) — и считали его очевидным и даже необходимым, если здесь еще признавались иные известные признаки установленной нормы (определимое содержание, пропорциональность, равенство), то в государственном праве, где это имело большее практическое значение, применительно к закону все это рассматривалось как ничего не значащие теоретические забавы без «твердых разграничений».

Пока внутригосударственная ситуация оставалась нормальной и спокойной, и еще не было поколеблено доверие к участвующим в законодательстве инстанциям и их взаимодействию, подобные теоретические неясности практически ничего не значили. А когда был устранен дуализм государства и общества и одновременно тем самым дуалистическая структура конституционной монархии, когда по демократической логике отождествили волю государства

и волю народа, то это соответствовало той же самой демократической логике называть любое проявление народной воли «законом» и наделять его всем достоинством и суверенитетом, которые полагаются этому понятию в силу его связи с правом и справедливостью. При демократии закон есть воля данного народа, то есть это воля соответствующего большинства голосующих граждан; *lex est, quod populus jubet*. Здесь в «формальном» понятии закона вновь упраздняется различие нормы и приказа, интеллекта и воли, *rati* и *voluntas*, на которое опирается парламентское законодательное государство с его различием закона и применения закона и это угрожает зданию парламентской системы легальности. Однако в рамках последовательной демократии это допустимо по другим причинам. Ведь согласно демократической предпосылке гомогенный в себе народ обладает всеми свойствами, обеспечивающими гарантию справедливости и разумности выражаемой им воли. Ни одна демократия не существует без той предпосылки, что народ добр, и потому его воли достаточно. *Il suffit qu'il veut*. В парламентской демократии воля парламента отождествляется с волей народа. Здесь простое решение большинства парламента может быть правом и законом, пока предполагается, что оно содержит в себе подобные качества народной воли. И здесь также мыслимо и терпимо «формальное» понятие закона, но не формально без всяких предпосылок, но лишь благодаря доверию к совпадению парламентского большинства и воли гомогенного народа. Поэтому выдающийся автор французского государственного права *Карре де Мальберг* имел право недавно заключить по поводу французских конституционных законов 1875 года и парламентской демократии Франции (*Carré de Malberg, La loi, expression de la volonté générale, Paris 1931*), что следует отклонить все предметные отличительные признаки понятия закона, например, универсальный характер или длительность регулирования, поскольку воля парламента непосредственно является волей суверенного народа, она есть сама *volonté générale*. Это характерная формула парламентской демократии. В своем практическом значении сегодня она направлена прежде всего против последующей судебной проверки законов, поскольку подобный контроль правосудия над законодательной властью будет пронизывать парламентское законодательное государство элементами государства правосудия, которые подобно инородным телам угрожают ясной системе легальности этого рода государства и ставят под вопрос центральное положение парламента как источника легальности.

Если перестают выполняться предпосылки парламентского демократического законодательного государства, то для спасения системы легальности будет естественным закрыть глаза на конкретное конституционное положение и зацепиться за абсолютно «ценностно-нейтральное» функционалистски-формальное понятие закона. В таком случае «закон» есть лишь данное постановление данного парламентского большинства. Как уже говорилось, это вполне мыслимо и терпимо в случае предполагаемого по умолчанию доверия к определенным, — гарантирующим право и разум, — качествам парламента, парламентариев и парламентского процесса с его дискуссией и публичностью. Однако уже на этом месте следует выдвинуть дальнейшее требование, неизбежность которого по большей части не осознается в достаточной мере: *Писаная конституция парламентского законодательного государства должна принципиально ограничиваться организационным и процессуально-правовым регулированием.* Это соответствует как относительной либеральной, так и абсолютной функционалистской нейтральности системы, процедуры и методы которой открыты и стремятся быть доступными для различных мнений, направлений, движений и целей. Кроме того, для всякого законодательного государства должно быть само собой разумеющимся, что писаная конституция, стремящаяся конституировать подобное законодательное государство, не должна опережать санкционированного ею законодателя и не должна сама играть роль законодателя, устанавливая собственное материально-правовое регулирование. Законодательное государство знает только одного единственного обычного законодателя, который должен сохранять монополию на создание материального права. И хотя законодательное государство немецкой конституционной монархии XIX века знало тройственное понятие закона, все же для его формального понятия только содействие народного представительства было и осталось существенным и определяющим. Впрочем борьба вокруг самостоятельного права короля издавать правовые предписания и вокруг признания королевского права утверждения принятых законов показала, что тогда просто еще не дошли до парламентско-демократического законодательного государства. Но и сторонники самостоятельного права короля издавать правовые предписания также не смели называть их законом. В этом отношении здесь соблюдалась — по крайней мере, формально, — та ясная и очевидная аксиома, что законодательное государство может иметь только одно понятие закона, только одного законода-

теля и только один законодательный процесс, и система легальности такого государства могла практически реализовываться без саморазрушительных внутренних противоречий.

2. ЛЕГАЛЬНОСТЬ И РАВНЫЕ ШАНСЫ ¹ НА ПОЛУЧЕНИЕ ВЛАСТИ ПОЛИТИЧЕСКИМ ПУТЕМ

Веймарская конституция в ст. 68 утверждает парламентское законодательное государство: имперские законы принимаются рейхстагом. Это соответствует чисто функционалистскому образу мысли, когда право и закон независимо от содержания понимается как соответствующее решение соответствующего парламентского большинства. В результате право, закон и легальность становятся «нейтральными» методами и процедурами голосования, равнодушными к любому содержанию и доступными для любого содержания. Понятие закона парламентского законодательного государства обладает значительной нейтральностью по отношению к самым разным содержаниям; но тем не менее оно все же должно содержать определенные качества (установление универсальных норм, содержательная определенность, длительность), поскольку на него должно опираться законодательное государство в целом. Прежде всего, оно не может быть «нейтральным» к самому себе и своим собственным предпосылкам. Парламентский корпус — без учета каких-либо качеств его членов — превращается в простую функцию всеобщих мажоритарных выборов, а решение его большинства — при отказе от любого «материального» требования закона — в принятый закон. В таком случае в функционалистской логике без субстанции и содержания, в представлениях об арифметическом большинстве, исчезают все гарантии справедливости и разумности, как и понятие закона и сама легальность. 51% голосов избирателей ведет к большинству в парламенте; 51% голосов членов пар-

¹ Слово *Chance* оставлено здесь без перевода. Оно соответствует образу мысли и диалекту либеральной эпохи свободной конкуренции и *expectation* и выражает характерное для нее смешение удачи и закономерности, свободы и калькулируемости, произвола и ответственности. Другими подобными словами являются, например: идеология, риск, затем «долженствование» со всеми его «соотнесенностями», как и все возможные виды «значимости». Лучше такие слова оставлять без изменений, чтобы была видима печать их духовного происхождения. Особенно часто слово «шанс» встречается в социологии Макса Вебера. — *Прим. автора.*

ламента ведет к праву и легальности; 51% доверия парламента правительству ведет к легальному парламентскому правительству.

Метод образования воли посредством выявления простого большинства осмыслен и терпим, если предполагается субстанциальная однородность всего народа. Ведь в этом случае имеет место не *победа большинства* над меньшинством, голосование лишь выявляет латентно существующее и предполагаемое *согласие* и единодушные. А поскольку, как уже упоминалось, всякая демократия покоится на предпосылке существования неделимо однородного, целого, единого народа, то для нее в действительности и по существу вообще нет меньшинства и тем более множества устойчивых, постоянных меньшинств. К процедуре выявления большинства прибегают вовсе не потому, что из-за релятивизма или агностицизма отказываются от поиска истинного и правильного. Как признается Ганс Кельзен (*Hans Kelsen, Naturrechtslehre und Positivismus, 1928, S. 77*), такой самоубийственный — ввиду тех роковых политических решений, о которых здесь идет речь — отказ возможен «лишь в относительно спокойные времена», то есть лишь тогда, когда это не столь значимо. Просто предполагается, что в силу равной принадлежности к одному и тому же народу все в сущности равным образом желают одного и того же. Если предпосылка неделимой национальной однородности перестает соблюдаться, то беспредметный, бессодержательный функционализм чисто арифметического выявления большинства предстает в качестве противоположности нейтральности или объективности; тогда он есть лишь количественно большее или меньшее насилие над проигравшим и тем самым подавленным меньшинством. В этом случае исчезает демократическое тождество правящих и подчиняющихся, приказывающих и повинующихся; большинство приказывает, и меньшинство должно подчиняться. Даже арифметическое суммирование перестает действовать, поскольку можно разумно суммировать лишь однородное. Можно выставлять бессодержательный и беспредпосылочный функционализм меняющегося большинства в качестве «динамизма», хотя собственно недостаток статики и субстанции еще не является чем-то динамическим. Можно и дальше сколь угодно усовершенствовать эту содержательно индифферентную и нейтральную процедуру и доводить до абсурда исключительно математико-статистического определения большинства, но чтобы вся система легальности не рухнула в один момент все же необходим *один* материальный принцип справедливости: принцип безусловно *равных шансов на достижение такого большинства для всех мыслимых*

мнений, направлений и движений. Без этого принципа математика большинства была бы гротескной игрой не только из-за своего безразличия ко всякому содержательному результату, а выводимое из нее понятие легальности — самым бесцеремонным издевательством над всякой справедливостью. Уже после первого формирования большинства это также стало бы концом самой системы, поскольку первое же большинство сразу легально установило бы себя в качестве постоянной власти. Сохранение равных шансов невозможно мысленно устранить из парламентского законодательного государства. Оно остается для него принципом справедливости и экзистенциально необходимой максимой самосохранения. И даже до конца реализованный функционализм чисто арифметического большинства не может отказаться от этой необходимой предпосылки и основания своей легальности.

Признание легальность государственной власти прежде всего должно упразднить и отринуть в качестве права всякое *право на сопротивление*. Однако остается древняя проблема «сопротивления тирану», то есть сопротивления несправедливости и злоупотреблениям государственной властью, и подобное функционалистски-формалистское выхолащивание законодательного государства не способно ее разрешить. Оно приводит лишь к содержательно индифферентному понятию легальности, нейтральному даже в отношении своей собственной действенности и избегающему любой материальной справедливости. Бессодержательность голой статистики большинства лишает легальность всякой убедительности: нейтральность есть прежде всего нейтральность к различию права и беззакония. Возможность существования несправедливости, возможность существования «тирана» исчезает лишь посредством формального трюка — когда беззаконие больше не называют беззаконием, а тирана — тираном, подобно тому, как войну можно отменить, называя ее «мирными действиями, сопровождаемыми битвами большего или меньшего масштаба», и именуя это «чисто юридическим определением войны». В таком случае легальная власть «с вытекающей из понятия необходимостью» уже не может творить беззаконие. Старое учение о праве на сопротивление различало два рода «тиранов»: того, кто законным образом овладел властью, но затем плохо и тиранически осуществляет ее и злоупотребляет ею — это *tyrannus ab exercitio*; далее следует *tyrannus absque titulo*, который достиг власти без правового основания, независимо от того, властвует он хорошо или плохо. При содержательной нейтральности или даже при полной бессодержательности функци-

оналистского понятия легальности первого вида — нелегального пользования легальной властью — вообще уже не может существовать; но большинство также никогда не может быть «тираном без правового основания», поскольку большинство стало единственным правовым основанием легального обладания властью. Нелегальным и «тираном» является лишь тот, кто осуществляет государственную или подобную ей власть, не имея поддержки 51% большинства. А кто имеет это большинство, тот уже не совершает беззакония, но превращает все, что делает, в право и легальность. Подобной логикой принцип бессодержательно функционалистского понятия легальности приводит сам себя *ad absurdum*.

Притязание на легальность превращает всякое сопротивление и всякую самооборону в беззаконие и правонарушение, в «нелегальность». Если большинство может произвольно решать относительно легальности и нелегальности, то оно может прежде всего объявить своего внутривластного конкурента нелегальным, то есть *hors-la-loi*, и тем самым исключить его из демократической гомогенности народа. Кто владеет 51%, тот может легальным образом сделать остальные 49% нелегальными. Он может легальным образом закрыть за собою дверь легальности, через которую вошел сам, и рассматривать партийно-политического противника, — который в этом случае, вероятно, будет стучать сапогами в закрытую дверь, — как обыкновенного преступника. Ввиду этой сомнительной возможности сегодня чаще всего пытаются обеспечить определенную защиту, вводя препятствия и квалификационные барьеры для получения большинства голосов, требуя для определенных случаев большинства в две трети голосов и т.п. Более того, под вводящим в заблуждение лозунгом «защиты прав меньшинств», с одной стороны, пытаются обеспечить гарантии против 51% большинства, а с другой стороны — все же оставаться в пустом функционализме чисто арифметической математики большинства и меньшинства. В следующей главе будет показано, что введение такого численно квалифицированного большинства дезавуирует и разрушает как демократию, так и парламентское законодательное государство и его понятие легальности. Но уже сейчас ясно, что этот математический функционализм соответствующей статистики большинства постоянно отменяет сам себя, если строго не соблюдается принцип равных шансов получения большинства. Сегодняшнее парламентское законодательное государство, основанное на господстве соответствующего большинства, может обеспечивать соответствующим партиям большинства мо-

нополию легального осуществления власти и требовать от меньшинства отказа от права на сопротивление лишь до тех пор, пока равные шансы на получение большинства действительно остаются открытыми и пока эта предпосылка принципа справедливости является еще сколько-нибудь правдоподобной. К этому сводится почти все, что до сих пор было высказано в оправдание господства большинства, — особенно это касается единственной существующей монографии (*W. Starosolskyj, Das Majoritätsprinzip, Wien 1916 S. 63/64*) о необходимости «изменений личного состава большинства» или «неопределенности» его господства.

Курт Вольцендорфф в своей знаменитой книге по теории словесного права на сопротивление (*Kurt Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht, Breslau 1915*) обосновал и оправдал ликвидацию права на сопротивление введением упорядоченной правовой процедуры и порядка подачи жалоб. Но для парламентского законодательного государства гораздо важнее открытия упорядоченной правовой защиты (то есть сохранения *юридических шансов вести процесс* является сохранение *равных шансов на достижение большинства, т. е. есть на получение политической власти*. Ведь если партия, владеющая 51% в законодательном корпусе, может легальным образом утверждать законы, которыми руководствуется юстиция, тогда она именно диктует связанной законом юстиции содержание судебного решения в гражданско-правовых, трудовых, уголовно-правовых дисциплинарно-правовых и всех других видах правовых споров. Кроме того, она образует легальное правительство, которое пользуется всеми средствами государственного принуждения при применении закона. Так юридические шансы той партии, которая не господствует, превращаются в противоположность шанса. Кто обладает большинством, тот принимает действующие законы; кроме того, он приводит в действие принятые им законы. Действенность и приведение в действие, производство и санкционирование легальности — все это его монополия. Но самое важное — это то, что монополия на приведение действующего закона в действие вручает ему легальное владение средствами государственного принуждения и тем самым политическую власть, выходящую далеко за пределы простого «действия» норм. Господствующая партия имеет полный перевес, который возникает в государственном сообществе с данным видом легальности благодаря *простому владению легальными средствами принуждения*. Теперь большинство внезапно перестает быть партией; оно — само государство. Установление норм, которым законодательное государство связывает себя и свое примене-

ние закона, могут быть какими угодно тесными и ограниченными, но, как сказал однажды *Отто Майер*, в государстве «всегда пробируется то неограниченное, что находится на заднем фоне». Вследствие этого, помимо всякой нормативности, простое владение государственной властью добавляет к простой нормативистски-легальной власти дополнительную *политическую прибавочную стоимость* – *сверх-легальную премию за легальное владение легальной властью* и за получение большинства.

В спокойные и нормальные времена эта политическая премия относительно предсказуема, а в ненормальной ситуации ее совершенно невозможно предсказать и предвидеть. Она всегда троична. *Во-первых*, она возникает из конкретного толкования и применения таких неопределенных и оценочных понятий, как «общественная безопасность и порядок», «угроза», «чрезвычайное положение», «необходимые меры», «антигосударственная и антиконституционная деятельность», «миролюбивые взгляды», «жизненно-важные интересы» и т.д. Подобные понятия, без которых не обходится ни одно государственное сообщество, обладают тем уникальным свойством, что они непосредственно привязаны к данной ситуации и приобретают свое конкретное содержание лишь в ходе конкретного применения. Но самое главное — то, что во всех сложных и политически важных временах и ситуациях все решает именно их конкретное применение и использование. *Во-вторых*, легальный обладатель государственной власти всегда обладает презумпцией легальности в спорных случаях, которые, естественно, всегда возникают в политически сложной ситуации при использовании таких неопределенных понятий. Наконец, *в-третьих*, даже при сомнительной легальности его распоряжения сначала должны немедленно исполняться, несмотря на наличие предусмотренных возможностей обжалований и защиты в форме юстиции. В случае борьбы между исполнительной властью и юстицией в большинстве случаев последняя отставала бы, даже если бы ей дали в руки инструмент временных мер и постановлений, который в политически интересных случаях был бы спорным и для нее самой. Поэтому даже если шанс в форме юстиции и означает необходимую коррекцию и защиту, которой не стоит пренебрегать, тем не менее он не может быть политически определяющим и самостоятельно поддерживать принцип справедливости этого рода легальности — принцип равных шансов. Для современного правосознания немецкого народа, обостренного большим внешнеполитическим опытом, здесь добавляется еще и то, что применительно к поли-

тическим конфликтам шансы в форме юстиции вообще утратили ценность и значение. В сегодняшней ситуации, например, ни в одном жизненно важном вопросе внешней политики невозможно требовать от немецкого народа еще и того, чтобы он ради шанса выиграть международно-правовой процесс подписал себе смертный приговор.

Таким образом, все привязано к принципу равных шансов достижения власти внутривластным путем. Если этот принцип упраздняется, то парламентское законодательное государство упраздняет самого себя, свою справедливость и легальность. Но помогут ли здесь добрая воля и благие намерения? Любой критический момент угрожает принципу равных шансов, обнажая неснимаемое противоречие между премией за обладание легальной властью и сохранением равных шансов на достижение власти внутривластным путем. С одной стороны, равный шанс невозможен уже из-за простой презумпции легальности любого проявления государственной власти, а с другой стороны, ни одна легальная государственная власть не может отказаться от этой презумпции. С одной стороны, к существенному содержанию принципа равных шансов относится то, что его конкретное толкование и использование осуществляется не одной, а всеми партиями при их полном равноправии; с другой стороны, само понятие «равный шанс» опять таки есть одно из тех неопределенных понятий, обусловленных непосредственно ситуацией. Истолковывать и использовать такие понятия по необходимости есть дело легальной власти, то есть соответствующей господствующей партии. Она сама определяет, какие возможности действовать будут оставлены внутривластному противнику; таким образом она сама определяет, когда наступает нелегальность конкурента. Очевидно, что это уже не является честной конкуренцией и равным шансом.

В принципе равных шансов заложена такая чувствительность, что его применение становится невозможным уже при наличии серьезных сомнений в полной лояльности всех участников. Ведь само собой разумеется, что равные шансы можно оставлять только тому, кому можно доверять, что он оставит эти шансы тебе самому; любое иное применение такого рода принципа было бы не только самоубийством с точки зрения практического результата, но и нарушением самого принципа. Отсюда с необходимостью следует, что партия, обладающая легальной властью в силу своего обладания средствами государственного принуждения должна самостоятельно определять и решать относительно любого конкретно-

го и политически важного применения и использования понятий легальности и нелегальности. Это ее неотъемлемое право. Но для меньшинства, стремящегося овладеть средствами государственного принуждения, — в силу притязания на равные шансы на полноправное участие — столь же неотъемлемым является право со своей стороны судить не только о конкретной собственной легальности и нелегальности, но и о противной стороне, обладающей средствами государственного принуждения. Так что принцип равных шансов в своих собственных, внутренних предпосылках не содержит ответа на основополагающий вопрос, возникающий в любой критический момент: кто в случае конфликта будет принимать решение и устранять сомнения и разногласия. Именно с учетом использования таких неопределенных, обусловленных ситуацией понятий, как общественный порядок, антигосударственные и антиконституционные, миролюбивые или агрессивные, и, прежде всего, легальные или нелегальные убеждения к понятию равного шанса относится то, что господствующая и не-господствующая партия, большинство и меньшинство имеют безусловный паритет. Практическим выходом мог бы стать поиск решения путем введения «беспристрастной третьей стороны», которая разрешала бы конфликт в форме юстиции или каким-то иным способом. Но тогда пришлось бы отказаться от системы легальности парламентского законодательного государства. Ведь относительно обеих партий эта третья сторона была бы надпарламентской, даже наддемократической *высшей* третьей стороной, и тогда политическая воля уже не определялась бы путем свободной конкуренции за власть между политическими партиями, принципиально обладающими равными шансами на власть. Возникающую из самого принципа проблематику было бы невозможно решить в соответствии с ним самим — все ограничилось бы признанием того, что этот принцип приводит к неразрешимым вопросам и критическим ситуациям. *Как только перестает выполняться относящаяся к легальности этой системы предпосылка равно легальных убеждений [сторон], выхода тогда уже никакого нет.* Партия большинства, легально обладающая средствами государственного принуждения, должна исходить из того, что если противная сторона в свою очередь добьется легальной власти, то будет использовать легальную власть, чтобы окопаться во власти и закрыть за собой дверь, то есть легальным образом устранить принцип легальности. А стремящееся к власти меньшинство утверждает, что господствующее большинство уже давно сделало то же самое; таким образом оно само объявляет — *explicité* или

implicite — существующую государственную власть нелегальной, чего не может допустить ни одна легальная власть. Так в критический момент каждый обвиняет другого в нелегальности, каждый изображает хранителя легальности и конституции. В результате возникает нелегальное и неконституционное положение.

Подобный критический момент возможен применительно к каждому понятию так называемого «политического права», основанного на равноправии и координации. Таким внешнеполитическим и международно-правовым понятиям, как безопасность, военная угроза и угроза нападения, опасность, нападение, ответственность за войну и т.д. свойственен аналогичный типичный род диалектики. Так, например, при так называемом «бойкоте войне» в пакте Келлога 1928 года многие державы прямо оговаривали, что любое нарушение пакта другим государством освобождает их от обязательств в отношении нарушителя. В этой оговорке нет ничего несправедливого; собственно, она понятна сама по себе. Однако очевидно, что тем самым пакт становится бессмысленным в том критическом случае, ради которого и задумывался, т.е. есть именно в случае войны, — по крайней мере, пока безусловно сохраняется равноправие сторон и пока какая-нибудь империалистическая держава или группа держав, что по всей вероятности произойдет в политической действительности, не возьмет на себя роль высшей третьей стороны и не станет сама интерпретировать и санкционировать неопределенные понятия пакта и прежде всего — понятие «война». Однако применительно к внутренней политике аналогичное конкретное решение неразрешимой антиномии может осуществить только партия, легально обладающая властью. Но тем самым она становится высшей третьей стороной и в тот же момент отменяет принцип своей легальности — принцип равных шансов. Другими словами, в таком случае решающим является просто политический перевес легального обладания государственной властью.

Все главное значение троякой, — то есть основанной на личном усмотрении, презумпции легальности и немедленном исполнении, — основной премии за обладание легальной властью раскрывается при использовании чрезвычайных полномочий чрезвычайного положения, когда устраняется любая мысль о равенстве шансов. Помимо прочего, она предоставляет в распоряжение господствующей партии не только «добычу», “spoils” в старом стиле. но и — вместе с правом вводить налоги и сборы — весь национальный доход в количественно тотальном государстве. Достаточно

указать на эту сторону легальных возможностей, чтобы объяснить их воздействие на принцип легальности парламентского законодательного государства. К основной премии далее добавляются некоторые дополнительные. Так, в преддверии выборов и голосований предстоящего выборного периода партия большинства может регулировать избирательное законодательство в свою пользу и во вред внутривыборным конкурентам. Подобно незначительному большинству Прусского ландтага, принявшего постановление от 12 апреля 1932 года, она может в конце легислатуры с помощью изменения регламента (§ 20) намеренно затруднить выбор премьер-министра для следующей легислатуры — чтобы лишить противника шансов и улучшить свои шансы получить управляющее делами министерство, то есть сохранить легальную власть, несмотря на утраченное большинство. «Управляющие делами министерства», во многих землях исполняющие сегодня свои обязанности на протяжении месяцев и даже лет, представляют особенно поучительные примеры интересующего нас здесь рода премий за однажды достигнутую власть. Эти управляющие делами министерства не просто осуществляют все «текущие дела», например, как это предписывает Прусская конституция. Ссылаясь на Государственный суд Германского рейха, не обратившего внимания на это место конституции (*Lammers-Simons* 1, S. 267), — к тому же при уже нелояльных убеждениях трудно различать текущие и другие дела, — вместо «текущие дела» читают просто «все дела» и полностью приравнивают управляющее делами министерство к обычному парламентскому кабинету с точки зрения его властных полномочий, но не с точки зрения его ограничений. Так существовавшее ранее большинство, даже не имея теперь большинства, продолжать обладать средствами государственной власти, если только противостоящая партия со своей стороны не добилась ясного противоположного большинства. В таком случае внутренним оправданием явно выступает уже не демократический принцип большинства, а лишь только фактическое обладание однажды легально достигнутой государственной властью. Теперь значение имеет не равный шанс, но всего лишь триумф *beatus possiens*². В той самой мере, в какой такие премии за обладание приобретают решающее, политическое значение, а бесцеремонное их использование становится само собой разумеющимся средством сохранения партийно-политической власти, всякой достоверности лишается принцип равенства шан-

² счастливого обладателя (*лат.*).

сов и тем самым — основание легальности парламентского законодательного государства. Если все действительно пойдет настолько далеко, тогда самым важным будет исключительно тот, кто в момент, когда упраздняется вся система легальности, будет последним иметь в своих руках легальную власть и далее сможет конституировать свою власть на новом основании.

II. ТРИ ЧРЕЗВЫЧАЙНЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЯ ВЕЙМАРСКОЙ КОНСТИТУЦИИ

1. ЧРЕЗВЫЧАЙНЫЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬ RATIONE MATERIAE; ВТОРАЯ ГЛАВНАЯ ЧАСТЬ ВЕЙМАРСКОЙ КОНСТИТУЦИИ КАК ВТОРАЯ КОНСТИТУЦИЯ

В парламентском законодательном государстве закон — это соответствующее решение соответствующего парламентского большинства, а в непосредственной демократии — соответствующая воля соответствующего народного большинства. Из демократического принципа большинства следует, во-первых, эта обусловленность существующими обстоятельствами и, во-вторых — простое большинство, то есть 51%. Хотя в большинстве демократических конституций, конечно, имеются исключения из принципа простого большинства; для определенных случаев необходим меньший, для других — больший кворум. Однако при этом следует различать, идет ли речь лишь о таких отклонениях от принципа простого большинства, которые относятся к *процедурным вопросам* (например, для проведения закрытого заседания согласно ст. 29 ИК требуется квалифицированное большинство в две трети голосов, а для созыва рейхстага согласно ст. 24 ИК — лишь одна треть голосов); или же отклонение вводится применительно к *содержательно определенным* решениям в качестве положения *материального права*. Ответ на вопрос об изменении конституции (ст. 76 ИК) также будет существенно различаться в зависимости от того, понимаются ли под «конституцией» организационные и процедурные правила или же положения материального права. Очевидно, что лишь в случае установления материально-правовых норм происходит принципиальное отклонение и изменение принципа простого большинства. В подобных случаях, видимо, речь всегда идет об усложнении, а не об упрощении принятия решения — чтобы для принятия закона требовалось больше, чем 51%. Во второй главной части Веймар-

ской конституции эти материально-правовые отклонения введены в беспрецедентном для конституционной истории объеме — посредством многочисленных «закреплений», гарантий, объявлений неприкосновенности, обеспечений и других материально-правовых установлений. Эта вторая главная часть ИК носит неточное название, которое лишь вводит в заблуждение: «Основные права и обязанности немцев». В действительности — это вторая конституция, гетерогенная в отношении первой главной части, организующей парламентское законодательное государство.

От принципа простого большинства здесь отходят путем требования согласно ст. 76 ИК квалифицированного большинства в две трети для принятия законов определенного материально-правового содержания. Если для ясности рассматривать здесь в качестве нормального законодателя только рейхстаг и оставить без внимания право вето рейхсрата, то в сущности «гарантия» состоит в том, что вместо 51% теперь за принятие закона должны проголосовать 66 $\frac{2}{3}$ %. Арифметическая разница составляет 15 $\frac{2}{3}$ %. Однако эта, — арифметически, конечно, лишь только количественная разница в 15 $\frac{2}{3}$ % — вносит *качественное* изменение с далеко идущими последствиями и даже осуществляет переворот в легальности парламентского законодательного государства. Ведь теперь возникает вопрос: в чем, собственно, *ratio* этого привлечения дополнительных 15 $\frac{2}{3}$ %. В чем состоит качество и значимость добавляемого количества, если оно способно конституировать более высокий по сравнению с простым законодателем тип законодателя и более сильную легальность? Определяющий характер простого большинства обосновывается как метод выявления воли и не нарушает предпосылку гомогенности демократического народа. Однако очевидно, что с этим требованием дополнительных 15 $\frac{2}{3}$ % дело обстоит иначе.

Вероятно, возможны возражения, что речь здесь идет лишь о практически-техническом вопросе, в частности о заинтересованности в усложнении принятия решения; 66 или 67% собрать не так легко, как 51%. В таком случае интерес заключался бы лишь в ограничении, а также, видимо, присутствовала идея связанной с этим вероятности принятия лучшего и более справедливого решения. Однако при ближайшем рассмотрении это объяснение, само по себе совершенно понятное, говорит не более того, что 66 количественно больше 51, — это без сомнения верно, но никак не затрагивает предметной проблемы конституции. Конституционно-теоретический вопрос направлен на что-то иное, а именно на цен-

тральную величину законодательного государства — на законодателя, на понятие закона и легальности. Если благодаря дополнительным 15% обосновывается новый тип законодателя, то ссылка на простое усложнение принятия решения неубедительна ни в каком отношении, поскольку упускает из вида все особое качество дополнительных 15% и оставляет без внимания демократическую предпосылку гомогенности. Если и простое, и квалифицированное большинство являются одним и тем же законодателем, если речь идет лишь о внутренней, — так сказать, процедурной модификации, — то нет и никакого противостояния низшей и высшей нормы. Как таковые, усложнения, задуманные лишь как количественные усложнения, могут являться практическим средством сдерживания в лучшем случае негативно; но они не содержат ни общего позитивного принципа справедливости или разумности. ни специфически конституционной точки зрения, не являются они и чем-то особенно демократическим. Вообще это был бы довольно странный тип «справедливости» — объявлять определенное большинство лучшим и справедливым в той мере, в какой оно является подавляющим, и абстрактно утверждать, что издевательство 98 человек над 2 далеко не столь несправедливо, как издевательство 51 человека над 49. Здесь чистая математика превращается в чистую бесчеловечность. Однако также никак не являлось бы особенно демократическим высказывание, что качество и уровень справедливости принятого закона зависит от уровня большинства как такового, и что, следовательно, решение, принятое 67% голосов, независимо от своего содержания является на 16 градусов более высокой нормой, чем решение, получившее лишь 51% голосов. В интересующих нас здесь случаях различие простых и более высоких законов основано не на принципе кворума, а на воле конституции; но и она согласно всеобщим демократическим принципам может приниматься простым большинством.

Итак, необходимость дополнительного числа голосов — помимо простого большинства — невозможно обосновать демократическими принципами и еще меньше — логикой справедливости. человечности и разума. Ее можно обосновывать лишь практико-техническими соображениями нынешней ситуации. В принципе всякая демократия, в том числе и парламентская, основывается на предпосылке сплошной, неделимой гомогенности. Как уже говорилось, смысл всякого голосования лишь в том, чтобы прийти к согласию, а не к доминирующей, насильственной победе большинства. Это модус установления единодушия, которое всег-

да присутствует в глубинных слоях, пока сохраняется демократия. А поскольку в демократии легитимным образом вообще нет длительного и организованного разделения народа на большинство и меньшинство, то в ней также нет и интересов, постоянно заслуживающих и нуждающихся в защите от большинства. В действительности эта потребность в защите может быть очень значительной. Но в таком случае нужно осознать, что уже тем самым отрицается демократия, так что бесполезно ожидать от «истинной» или высшей демократии подлинной защиты меньшинства. Если такого рода воззрения относительно необходимости и потребности в защите содержательно определенных интересов и прав проникают в конституцию в качестве основополагающих, тогда не просто модифицируется демократический принцип, но возникает существенно иной тип конституции. Тем самым простому большинству или высказывается недемократическое, даже антидемократическое недоверие, или же из действия демократии исключаются определенные охраняемые объекты, лица или группы лиц, которые освобождаются от обязанностей и тем самым ставятся в привилегированное относительно большинства положение, — в качестве более или менее исключительных особых сообществ. Из признания существования определенных интересов или групп, заслуживающих и нуждающихся в защите от большинства, должно логически следовать, что эти интересы или группы вообще следует исключить из конкретной обусловленности функционализма парламентских и демократических методов голосования. Следствием этого было бы их полное освобождение от обязанностей вместе с *itio in partes*³ или признание их права на переселение и отделение. Конечно, вторая главная часть Веймарской конституции не подразумевает этого; она лишь фрагмент другого рода конституции, которая противопоставляет себя нейтральности конституции демократически-парламентского законодательного государства, утратившей значение и содержание.

Если объект охраняют от большинства из-за его особой внутренней ценности и, вероятно, даже из-за его святости, тогда защита, — заключающаяся в необходимости присоединения к 51% простого большинства дополнительных 16%, — явно означает нечто половинчатое и лишь паллиатив. Ведь добавляющиеся 16% со своей стороны содержательно не квалифицируются относительно защищаемого объекта; у них не предполагается качеств, отличаю-

³ расхождение (лат.).

щих их от остальных 51%. Они также не находятся в специфическом, — предметном или личном, — отношении с защищаемым объектом, которое могло бы обосновать именно их право давать свое согласие на вмешательство в этот объект и на нарушение гарантий. Речь не идет о том, что, например, при отмене особо охраняемых интересов религиозных общин необходимо привлекать каких-либо представителей этих религиозных объединений и получать их согласие, или что объявленные нерушимыми благоприобретенные права чиновников согласно ст. 129 ИК нельзя нарушить вопреки единодушной воле представителей чиновничества или всех депутатов-чиновников. Скорее сохраняется чисто арифметическо-количественный подсчет. Это означает не что иное, что и при этом квалифицированном большинстве, как и при простом арифметическом большинстве, предполагается безусловная гомогенность. Ведь иначе, согласно принципам примитивнейшей арифметики, действующим и здесь, было бы невозможно даже сложение. При этой предпосылке гомогенности невозможно оправдать другой подсчет голосов, кроме подсчета простого большинства, по крайней мере — ссылаясь на предметно-определенные интересы и группы. Если же, напротив, перестает действовать предпосылка сплошной гомогенности, если признается, что масса граждан государства уже не мыслит одинаково, а плюралистически разделена на множество гетерогенных организованных комплексов, то тогда также нужно признать, что в отношении подобных гетерогенных властных комплексов любой арифметический принцип большинства лишается своего смысла. Ведь складывать можно лишь однородные величины. Или необходимым большинством — хоть простым, хоть квалифицированным — располагает один единственный властный комплекс; тогда все, что он делает, автоматически является легальным, и для всех противных партий уже нет никакой защиты; тогда дополнительные 15 или 16%, раз они гомогенны 51% простого большинства, не означают новое оправдание, но, напротив, могли бы оправдать еще большую потребность в защите: недоверие относительно простого большинства только усилилось бы ввиду такого рода большинства в две трети, поскольку опасное сильное большинство явно гораздо опасней опасного простого большинства. Или необходимое большинство образуется лишь в результате компромисса между многими гетерогенными партийными комплексами. Тогда закон есть соответствующий компромисс гетерогенных властных групп. Однако в таком случае также становится недопустимым любой сплошной подсчет голосов, и введение

квалифицированного большинства голосов вместо простого большинства означает лишь то, что дополнительные 15 или 16% являются гетерогенными и абсолютно вне всякой связи приобретают ключевое значение, позволяющее им требовать не соотносимых ни с чем ответных услуг. Например, партия среднего сословия в отношении консервативно-христианской группы, с одной стороны, и культурно-радикальной, с другой стороны, могла бы увязать свое согласие на секуляризацию государства и его отделение от церкви или свое несогласие с тем, будет ли отменен налог на квартирную плату. Как известно, схожие политические сделки мыслимы и возможны во все времена и при всех формах правления, и некоторые сделки между кабинет-советниками абсолютного монарха и его фаворитками, вероятно, также основывались на довольно гетерогенных мотивах и аспектах. Однако при простом и в еще большей мере при квалифицированном определении большинства в плюралистическом партийном государстве этот тип «компромиссов» становится типичным и, так сказать, институциональным. Для меньших и средних партий практика подобных комбинаций является просто вопросом выживания. Как особо подметил *Й. Понуц* (*J. Popitz*, *Deutsche Juristen-Zeitung* 1929, S. 20), они также заинтересованы настаивать на изменяющем конституцию характере закона, поскольку тем самым они сами становятся участниками большинства, вносящего изменения в конституцию. Однако применительно к интересующему нас здесь принципиальному вопросу отклонение от принципа простого большинства становится особой проблемой — прежде всего потому что усложнение волеобразования, введенное по предметно-содержательным причинам, тем не менее должно оставаться в предметно-содержательной связи с подлежащем защите содержанием. Однако согласно действующему сегодня регулированию этого как раз и не происходит. В таких отклонениях от демократического принципа большинства противоречивым моментом является именно данное отсутствие связи между предметно-определенным мотивом усложнения и абсолютно беспредметным способом усложнения. При отсутствии доверия к простому большинству несколько дополнительных процентов голосов в зависимости от меняющейся политической обстановки могут иметь как большое значение, так и нет. По какому праву они могут восстановить исчезнувшее доверие? Если по объективным причинам нужно защитить определенные интересы и группы, то их необходимо выделить из демократического процесса волеобразования посредством особых, уже не демократи-

ческих специальных учреждений, то есть освободить от обязанностей и поставить в привилегированное положение. Однако непоследовательно посредством чисто количественных усложнений изымать их из функционализма арифметико-статистических методов и одновременно оставлять их в нем. Так сохраняется демократический принцип простого большинства, основанный на предположении гомогенности, без перехода к какому-то новому принципу. Как уже говорилось выше, подобный выход может считаться в лучшем случае практико-техническим паллиативом пока непроясненной промежуточной стадии.

Здесь не обсуждается вопрос, являются ли гарантии материального права или конституции типа второй главной части Веймарской конституции сами по себе разумными и оправданными. Нет сомнения, что они таковыми являются. Однако они находятся в конструктивном противоречии с ценностной нейтральностью парламентского законодательного государства, организованного в первой главной части, и не только ограничивают, но и разрушают его. Прежде всего потому что все такого рода гарантии и фиксации означают защиту от простого, обычного и нормального законодателя — то есть от парламентского большинства, в результате чего ранее установленное основание парламентского законодательного государства — безусловное доверие к обычному законодателю — подрывается, так сказать, конституционным путем. Кроме того, сам объем этих гарантий материального права второй главной части Веймарской конституции чрезвычайно широк и неопределенен; с помощью «позитиваций» и «актуализаций» неопределенных понятий, принципов и директив второй главной части его можно и дальше расширять до бесконечности. Однако в интересующем нас контексте прежде всего следует заметить, что такого рода гарантии материального права запутывают сохраняющийся в остальном функционализм законодательного государства, для которого закон — это соответствующая воля соответствующего большинства. Конституционные материально-правовые гарантии должны защищать именно от моментной *обусловленности* обычного законодателя, охраняя определенное *содержание* от бессодержательного функционализма, передающего на усмотрение соответствующего большинства все предметно-содержательные ценности. А ведь законодательный процесс парламентской демократии, наоборот, должен быть открыт для любого содержания, любого мнения, любого устремления и любой цели. Видимо, вследствие необходимости достижения усложненного большинства те-

перь возникает новый вид данности и моментной обусловленности: в таком случае высший (конституционный) закон — это просто соответствующая воля соответствующего большинства в две трети голосов. Однако этот новый «высший» род обусловленности противоречит первому «низшему» роду, так как он понимается не бессодержательно — ценностно-нейтрально и потому также не функционалистски. Он исходит из того, что существуют определенные, выделенные самой конституцией ценностные содержания и даже священные институты и установления, как брак (ст. 119) и отправление культа (ст. 135), которые должны находиться под «защитой» самой конституции, тогда как функционалистская обусловленность парламентского законодательного государства в своей безусловной ценностной нейтральности также стремится оставить за собой устранение именно этих святынь. Очевидно, что это несовместимые противоположности: с одной стороны — подобная «ценностная направленность», подобная содержательная «смысловая система» (*Р. Сменд*) или как еще ни называй построения второй части конституции, понимаемые не-функционалистски, а предметно-содержательно и субстанциально, и с другой стороны — такой безусловно нейтральный функционализм организационной первой части, который согласно господствующему толкованию ст. 76 индифферентен даже в отношении самого себя и своей собственной системы легальности. Невозможно торжественно брать под защиту конституции брак, религию и частную собственность и в той же самой конституции предлагать легальный метод их устранения. Невозможно одновременно торжественно отвергать «атеистический культур-радикализм» и при этом оставлять для него открытыми все легальные «вентили» и равные шансы. Жалкой и даже аморальной отговоркой являются заявления, что хотя брак или церкви можно упразднить легально, но все же будет невозможно получить простое или квалифицированное большинство, которое легальным образом упразднит брак или построит атеистическое или антиклерикальное государство. Если признается легальность такой возможности, — а при господствующем функционализме понятия закона и конституционного закона это само собой разумеется, — то все признания второй части конституции в действительности являются святынями, «работающими вхолостую». Правовая теория и правовая практика подобной конституции стоят перед выбором: поступиться последовательной — правовой, моральной и политической — ценностной нейтральностью организационной части или содержательной «смысловой

системой» второй части конституции. Ведь конституция есть целое, поэтому ближайшие и «дальние последствия» ее аксиом неизбежны даже для совсем вторичной рутины управления и судов. Между принципиальной ценностной нейтральностью функционалистской системы легальности и принципиальной ценностной направленностью содержательных конституционных гарантий не существует среднего пути. Функционализм усложненного большинства менее всего является здесь разумным «компромиссом». Кто хочет оставаться нейтральным при выборе между нейтралитетом и не-нейтралитетом, тот уже выбрал нейтралитет. Утверждение ценностей и ценностная нейтральность исключают друг друга. Seriously понимаемая ценностная нейтральность в отношении seriously понимаемого утверждения и подтверждения ценностей означает отрицание ценностей.

То, в какой мере принципиальная и безусловная ценностная нейтральность системы легальности, ставшей функционалистской, является самоочевидной для традиционного мнения, считающего себя господствующим, лучше всего понятно по комментарию *Г. Аншюца* к ИК (*G. Anschütz*, 14. Aufl. 1932, S. 404 f.). В данном базовом комментарии признанного мастера с особым акцентом в качестве «нового учения» и «новой теории» обозначается разделяемое сегодня многими специалистами в области государственного права мнение о наличии какого-то предела изменений конституции согласно ст. 76 ИК. Существуют значительные различия в доводах и определениях границ у этих все более многочисленных «новых», среди которых — *Х. Трипель*, *К. Бильфингер*, *Э. Якоби*, *О. Келльройттер*, *Х. Гербер*, *О. Бюлер*, *Р. Тома*, *В. Йеллинек*, *К. Левенштайн* и др. Первое и самое важное различие заключается в том, что некоторые из этих авторов признают субстанциальные содержания священными, другие же — прежде всего *Р. Тома* и, видимо, *В. Йеллинек* — напротив, считают неприкосновенными лишь отдельные, внутренне понятийно и жизненно необходимые предпосылки в остальной ценностно-нейтральной системе легальности — вроде минимума из предметно определенного понятия закона, равных шансов, свободы дискуссий, избирательного права и права голоса. В частности *Р. Тома*, дисквалифицировавший мое и *Карла Бильфингера* понимание ст. 76 как «мечтательно-правовое» (*R. Thoma. Handbuch des deutschen Staatsrechts* II, S. 154), сам говорит о том, что решения, которые подавляют свободу совести или «попирают какой-либо из иных принципов свободы и справедливости, во всем сегодняшнем культурном мире — за исключением фашизма

и большевизма — признаваемых священными», могут противоречить конституции, даже несмотря на наличие большинства, достаточного для изменения конституции. По крайней мере, здесь еще сохраняется святость самой буржуазно-правовой системы с ее понятием закона и свободы, либеральная ценностная нейтральность рассматривается в качестве ценности и открыто называется политический враг — фашизм и большевизм. У *Аншюца* ценностная нейтральность исключительно функционалистской системы легальности, наоборот, превращается в абсолютную нейтральность в отношении себя самой и предлагает легальный путь для устранения самой легальности, то есть доходит в своей нейтральности до самоубийства. Без всяких условий и предпосылок легальным становится все, что принимается в качестве простого или изменяющего конституцию закона, — причем, как говорит сам *Аншюц*, «все, без различия содержания и политических последствий».

Если таковым является «старое» господствующее учение, то не существует никаких целей, противоречащих конституции. Всякая революционная или реакционная, подрывная, антигосударственная, антинемецкая или безбожная цель допустима, и нельзя лишать ее шанса на реализацию легальным путем. Любое ограничение и блокирование этого шанса противоречило бы конституции. По поводу многих заключений и судебных приговоров относительно легальности или нелегальности национал-социалистических организаций, относительно правовой оценки членства в них с точки зрения прав чиновников и трудового права, относительно «мирного характера» их собраний и т.д. я хотел бы еще раз подчеркнуть: основополагающего, объективно правоведческого ответа на такого рода вопросы о национал-социалистах, коммунистах, безбожниках и т.д. невозможно получить из отдельных изолированных статей конституции, например, ст. 118 (свобода выражения мнений) или ст. 130 (свобода политических убеждений для чиновников) и тем более из отдельных определений частных законов или чрезвычайных постановлений. Это возможно лишь в рамках принципиального понимания системы легальности и особенно ст. 76 ИК. В сочинении «Гарант конституции» (*Tübingen 1931, S. 113*) это уже проанализировано при разборе слова «нейтральность» и его различных значений. Там говорится: «Это господствующее понимание ст. 76 лишает Веймарскую конституцию политической субстанции и почвы и делает ее индифферентным в отношении любого содержания, нейтральным процессом изменений, который нейтрален и в отношении соответствующей существующей фор-

мы государства. Тогда следует справедливым образом предоставить всем партиям безусловно равные шансы на достижение большинства, необходимого для того, чтобы с помощью действующей процедуры изменения конституции добиться той цели, к которой они стремятся — Советской республики, национал-социалистического Рейха, народно-капиталистического государства профсоюзов, профессионально-сословного корпоративного государства, монархии старого стиля, аристократии какого-либо рода — и принять другую конституцию. Всякое предпочтение существующей формы государства или тем более правящих партий — посредством дотаций для пропаганды, при использовании радиостанций и официальных бюллетеней, посредством киноцензуры, ограничениями партийно-политической деятельности или принадлежности для чиновников (когда соответствующая правящая партия разрешает им состоять лишь в своей или близких партийно-политически партиях), запретами собраний радикальным партиям, различением легальных и революционных партий в зависимости от их программы — с точки зрения логически продуманного, господствующего понимания ст. 76 все это является грубым и провокационным нарушением конституции». Для «старого» господствующего учения не может быть никаких партий, устремлений, организаций, объединений и т.д., нелегальных из-за цели или содержания их устремлений. В этом отношении прав *Хенцшель* (*Häntzschel*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 20, S. 385), а не *О. Келльройттер* (*O. Koellreutter*, *Parteien und Verfassung im heutigen Deutschland*, 1932, S. 32), попытавшийся вывести нелегальность из революционной цели. С точки зрения ценностной нейтральности функционалистской системы легальности первой части конституции логика полностью на стороне *Хенцшеля*. Если соответствующая партия большинства или коалиция партий большинства решит объявить противную партию и ее организации как таковые нелегальными, то она может сделать это лишь путем злоупотребления своей легальной властью. В таком случае посредством процедуры вменения, очень интересной с точки зрения истории права, наказуемые действия отдельных членов организации приписываются этой организации как таковой; тогда на основе коллективной ответственности партия, объединение, организация и т.д. считаются нелегальными как таковые. что в свою очередь — особенно с точки зрения уголовного права, трудового права и права о чиновниках — отражается на каждом отдельном члене организации и даже на «деятельности» отдельного чиновника или гражданина. Подобное подавление партийных про-

тивников относится к рассмотренным выше политическим премиям за легальное обладание властью. Однако оно также относится к отчасти неотвратимым, а отчасти — предотвратимым причинам краха всей этой системы легальности.

Веймарская конституция буквально раздвоена между ценностной нейтральностью первой главной части и ценностной наполненностью второй главной части. Трудности только увеличиваются и становятся более неразрешимыми, поскольку во второй главной части наряду с действительными «позитивными» и «актуальными» ценностными установлениями также указаны содержательные цели, которые пока еще не позитивны и актуальны, но только должны стать позитивными и актуальными (посредством законодательства, управления и правовой практики). Как и в остальном в этой конституции, здесь сохраняется неразрешимая двоякость, и лишь дальнейшее развитие покажет, кому при использовании легальных возможностей и особенно политических премий за легальное обладание властью удастся использовать Веймарскую конституцию как инструмент и средство в своих партийных целях. Хотя психологически понятно, что свыкшаяся с формалистским функционализмом правовая теория и практика, — после того как функционализм соответствующего и моментного простого большинства был в такой мере отброшен Веймарской конституцией, — не способны понимать вторую главную часть Веймарской конституции как вторую, инородную конституцию. С некоторой неизбежностью они бегут к новой стадии этого функционализма, сохраняя лишенный субстанции функционализм парламентского законодательного государства также в отношении содержательных гарантий содержательной смысловой системы второй части конституции и просто еще более решительно пытаясь спасти все представления о «всемогуществе законодателя» в представлении о всемогуществе законодателя, вносящего изменения в конституцию. Однако при ближайшем рассмотрении все же заметно, что логически и практически совершенно невозможно перенести функционализм простого большинства на функционализм усложненного большинства. Ведь усложнения направлены именно против соответствующей данности и моментной обусловленности простого большинства. В случае рассматриваемых здесь конституционно-законодательных гарантий речь идет о том, чтобы защитить определенные предметно-содержательные интересы и блага и ради них вообще *отклонить* функционализм и его ценностную нейтральность, но не о том, чтобы ввести новый вид функционализма большинства в две трети

голосов. И хотя по причинам практической необходимости приходится оставлять возможность вторжения в столь охраняемые интересы, объявленные «неприкосновенными», это не означает, что изменяющий конституцию законодатель применительно к неприкосновенным интересам теперь должен функционировать нормально, аналогично обычному законодателю в сохраняющемся законодательном государстве — то есть простому парламентскому большинству. Все же нарушение интересов, которые сама конституция объявляет неприкосновенными, не может быть нормальной, конституционно предписанной компетенцией. В парламентском законодательном государстве также нельзя говорить о «соответствующем большинстве в две трети голосов», как говорят о «соответствующем простом большинстве». Чтобы эта система легальности вообще функционировала, соответствующее простое большинство должно существовать *всегда*, тогда как большинство в две трети понимается лишь в виде исключения, поскольку иначе квалифицированное большинство не являлось бы усложнением. Типическим является парламентское законодательное государство, работающее с простым парламентским большинством, но не конституционно-законодательное государство, работающее с большинством в две трети голосов.

Даже соображение абстрактно-арифметического характера показывает, что с введением подобных материально-правовых конституционных гарантий система легальности парламентского законодательного государства запутывается в противоречиях и оставляет функционалистскую позицию моментной обусловленности. Согласно ст. 76 ИК, существующее в определенный момент конституционно-законодательное большинство в две трети голосов может принимать материально-правовые нормы, обладающие силой конституционного закона, и тем самым ограничивать сферу власти обычного законодателя, то есть простого большинства. Но с отказом от принципа простого большинства и введением более сильного большинства одновременно разрушается и функционалистский принцип соответствующей обусловленности. Ведь в таком случае соответствующее большинство в две трети может оказывать воздействие и создавать ограничения, действие которых выходит за пределы его самого и *его соответствующей обусловленности*, что бессмысленно и несправедливо с любой мыслимой точки зрения. В таком случае оно может недемократическим и даже антидемократическим образом накладывать ограничения на волю самого народа, даже если у него уже ничего не

осталось от большинства. Если общее число депутатов 600, то 400 голосов могут принять материально-правовое постановление с силой конституционного закона, например, ввести сухой закон. Если затем число сторонников сухого закона станет меньше 301, то есть станет меньше простого большинства, так что с этим числом голосов они уже не смогли бы ввести сухой закон даже в качестве простого закона, то тем не менее сам сухой закон остается в силе — в качестве сохраняющейся премии за ранее однажды достигнутое большинство в две трети, — даже если его отмены требует противная сторона из более 300 голосов. В таком случае последним не поможет то, что сейчас они обладают простым большинством, пока они со своей стороны не достигнут большинства в две трети из 400 голосов, тогда как сторонникам сухого закона не вредит то, что они теперь не имеют даже простого большинства. Число сторонников сухого закона может сократиться до 201 голоса, которым могут противостоять 399 голосов противников. Содержание воли 201 человека теперь подавляет волю 399 человек, и лишь потому что при отказе от функционалистского воззрения о соответствующей и моментной обусловленности вводится — с демократической точки зрения — противоречащий здравому смыслу и даже безнравственный вид премии за ранее однажды достигнутое квалифицированное большинство.

Усложнение процедуры изменения норм просто приглашает использовать такие премии, злоупотребляя соответствующей властью за пределами действия соответствующего большинства. Это становится заметно в том случае, когда материально-правовая конституционная гарантия конституционно-законным образом защищает ситуацию или правовое положение, которое вводится простым законом или даже простым административным актом. Так, например, господствующая посредством простого большинства партия может политикой назначений оккупировать в свою пользу государственный аппарат управления и юстиции и добиться того, что это расширение власти будет защищено даже от последующего большинства противной партии — благодаря конституционной гарантии благоприобретенных прав чиновников согласно ст. 129 ИК. Как было показано выше, такое временное продление легальной власти за пределы собственного действия возможно и с простым моментным большинством во время промежуточной стадии невыявленного большинства. Однако здесь речь идет о том, что существующее, наличное большинство ограничивается *уже несуществующим, прежним большинством*, так как из конституционной

фиксации следует принципиальное дезавуирование и разрушение принципа большинства. Введение квалифицированного большинства противоречит принципу парламентско-демократического законодательного государства. В конечном счете, его можно довести до того, что в своей крайней, но формалистски последовательной логике оно легально устранил саму легальность как принцип. Изменяющее конституцию большинство в две трети голосов может использовать момент своего большинства для того, чтобы закрепить в конституции, что определенные интересы и лица в будущем подлежат защите, даже несмотря на 100% всех голосов, и что определенные нормы вообще должны оставаться неизменными при любом виде большинства или единогласия. Для формалистически-беспредметного мышления это легально, в порядке вещей и уже никак неустранимо легальным образом.

Вторая главная часть Веймарской конституции с ее гарантиями содержит в себе альтернативную конституцию. Это следует в первую очередь из противоречия ценностной установки и ценностной нейтральности конституционной системы. Однако принципиальное противоречие одновременно является непосредственно конструктивно-организационным противоречием — в частности противоречием государства правосудия и парламентского законодательного государства. Конституция, которая в широком объеме ставит материально-правовые конституционные законы над простыми законами, не только меняет принцип воли соответствующего большинства и основанный на нем принцип легальности; она принципиально изменяет организационную структуру подобного законодательного государства. В законодательном государстве как государственном сообществе с господством универсальных, заранее определенных и потому установленных на длительный срок норм закон и применение закона, законодатель и исполнительные органы власти должны дистанцированно противостоять друг другу, и это «различение ветвей властей» определяет организационное устройство государства. В законодательном государстве в нормальном случае закон должен быть простым законом и усредненно-нормальным процессом государственной жизни. К счастью, в упорядоченном состоянии того же самого нельзя сказать об изменении конституции. Как уже говорилось, принятие конституционного закона, высшего вида закона, это чрезвычайный процесс. Уже поэтому в таком законодательном государстве учредитель конституции не может просто вмешиваться в функции обычного законодателя, положение которого ослабляется вторже-

нием высшей нормы. Различение высшего и простого закона неизбежно имеет организационные последствия, — независимо от того, предусмотрены и урегулированы ли они в самой конституции или же более или менее стихийно возникают в правовой и административной практике в качестве следствия. Где определенный комплекс материального права как комплекс высшего рода в большом объеме противопоставляется установленному простым законодателем материальному праву как комплексу низшего рода и где это различие основано именно на недоверии простому, то есть обычному законодателю, там комплекс высших норм нуждается в конкретных организационных учреждениях для защиты от простого законодателя. Ведь никакая норма — ни высшая, ни низшая — не интерпретирует и не манипулирует, не защищает и не хранит саму себя; никакая действенность нормы не делает саму себя действенной; так же не существует, — если не тонуть в метафорах или аллегориях, — никакой иерархии норм, но лишь иерархия конкретных людей и инстанций.

В организационном смысле для законодательного государства характерно отделение нормы от ее исполнения. В результате должна возникать своеобразная система легальности, о которой будет вполне оправданно говорить, что в ней приказывают не люди, органы или законодательный корпус, но лишь действуют отделенные от них нормы. Такое может конструироваться при совершенно определенных условиях, обусловленных ситуацией. Но такое уже невозможно сконструировать, — по крайней мере, в качестве законодательного государства, — если в единственно определяющее понятие нормы всерьез вводится качественное различие, то есть если по содержательным причинам существует определенная дифференциация на высшую и низшую легальность. Чтобы не погибнуть в бессмысленном и беспредметном функционализме, законодательное государство должно придерживаться определенных качеств своего понятия закона, но это не должны быть материально-правовые содержания. В этом отношении оно содержательно нейтрально. Однако в результате подобной содержательно обоснованной дифференциации внутри материально-правовых норм в качестве нормы деградирует не только более низкая норма; под вопрос ставится противопоставление закона, с одной стороны, и применение закона, с другой, а также основанное на этом разделении организационное устройство, присущее парламентскому законодательному государству. И тогда случаи применения как высших, так и низших норм оказываются имен-

но на стороне и в руках применения закона и возможно, что при движении по правоприменительным инстанциям высшая норма приводится в действие более низкой инстанцией в отношении иерархически более высокой инстанции. Чтобы не формировать собственных учреждений для защиты высшего закона от низшего и тем самым открыто нарушать основные организационные линии парламентского законодательного государства, применяющие закон инстанции в юстиции, правительстве и управлении. исходя из компетентной служебной деятельности на основании высшего закона, должны указывать на границы простого закона. которому они якобы «подчинены». Сразу видно, что здесь все зависит от рода и объема, числа и структуры, определенности или неопределенности подобных высших норм. При большем числе и широком содержании этих высших норм область действительности низшего законодательства не просто количественно ограничивается и сужается, но в той же мере увеличивается власть применяющих закон учреждений, то есть исполнительной власти и юстиции, над нормальным законодателем. Следующий вопрос, как в таком случае соотносятся друг с другом исполнительная власть и юстиция, использует ли одна другую или подчиняется ей, или же и здесь выявляется противоречие. Что касается простого законодателя, то он в таком случае, вероятно, подчиняется высшей легальности, приводимой в действие правоприменением в юстиции, правительстве или управлении, то есть он отзывает свой закон, издает другие законы и тем самым признает новых хранителей конституции в качестве высших инстанций; однако также вероятно, что он найдет поддержку у части применяющего закон аппарата, например, в правительстве против юстиции или в юстиции против правительства и сможет отстоять свою точку зрения. В первом случае государство из законодательного превращается частично в государство правосудия, а частично в государство правительства или управления — в зависимости от учреждения, которое использует высший вид легальности; в другом случае образуется целый ряд самостоятельных, независимых друг от друга властных комплексов, которые сохраняют свои позиции в пестром смешении — до тех пор, пока необходимость или сила унифицирующего решения не положит конец этому типу смешанного государства. В любом случае в результате раздвоения системы легальности на высший и низший род легальности, — хотя с виду имеет место лишь количественно-арифметическая дифференциация разного рода большинства при голосовании, — происходит под-

рыв законодательного государства вплоть до его организационного фундамента. Такие способы разделения, сдерживания и поддержания баланса *внутри* законодательного процесса, как двухпалатная система и прочие усложнения не отменяют законодательного государства до тех пор, пока сохраняется качественно единая значимость принятого таким образом закона. И наоборот, различие материально-правовых законов высшего и низшего рода вытесняет законодателя с позиции центра установления норм, благодаря которому государство собственно и становится законодательным государством. Это различие как клин входит в общее организационное строение законодательного государства и преобразовывает его, когда в результате использования и применения высшей легальности неизбежно возникают высшие инстанции и организации, стоящие над обычным законодателем.

Во всех свойственных законодательному государству понятиях, таких как господство закона, всевластие, приоритет и оговорка закона, всегда имеется в виду только простой законодатель. Они рассчитаны на конституцию, в которой не содержится никакого материально-правового регулирования в существенном объеме, но присутствует часть с основными правами, в общем обеспечивающая сферу гражданских свобод и в качестве таковой противостоящая организационной части, регулирующей процесс государственного волеобразования. Приоритет закона — это приоритет относительно применения закона; оговорка закона — это всеобщая оговорка в отношении всеобщих правовых свобод. Приоритет изменяющего конституцию закона это, напротив, преимущество одного закона над другим родом закона; это приоритет, расщепляющий сферу закона, это преимущество более высокого вида легальности над более низким видом легальности; и оговорка изменяющего конституцию закона — это оговорка в пользу содержательно определенных, особых охраняемых интересов и объектов при конституционно-законодательной фиксации материального права и благоприобретенных прав особых групп. Таким образом конституционный закон материально-правового содержания отклоняется от всех принципов парламентского законодательного государства, как и от принципов демократической конституции. Он качественно отличается от простого, обычного закона, и в этом также проявляется то, что невозможно перенести понятия и формулы, разработанные в законодательном государстве XIX века для простого закона, на изменяющий конституцию закон, принципиально не изменив само государство.

С точки зрения теории государства и конституции здесь необходимо сделать вывод, что наряду с известным различием государств с писаной конституцией и без нее проявляется другое, не менее «видоопределяющее» различие: государств с конституцией. ограниченной организационно-процессуальным регулированием и всеобщими правовыми свободами, и других государств, конституция которых содержит обширные материально-правовые установления и гарантии. В действительности это государства с двумя различными, даже принципиально противоречащими друг другу в конструктивном и организационном плане конституциями или их частями. Собственно, должно быть очевидно, что вид государственного сообщества определяется видом его основных и фундаментальных прав и что всеобщие правовые свободы буржуазного правового государства с их оговоркой простого, обычного закона образуют иной род государственного сообщества, нежели государства со специальными, материально-правовыми конституционными закреплениями, находящимися под действием «оговорки-изменяющего конституцию закона». Всеобщие правовые свободы описывают социальную структуру индивидуалистического порядка, сохранению и поддержанию которого должно служить организационное регулирование «государства». Тем самым они суть настоящие фундаментальные принципы, как говорили о принципах 1789 года, «основание всего общественного порядка» (*la base du droit public*). Они обладают сверхлегальным достоинством, которое возвышает их над любым организационным регулированием конституционного права или каким-либо частным материально-правовым регулированием, служащим их сохранению. Как показал выдающийся французский теоретик государственного права *Морис Орю* (*Maurice Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 1923, S. 297*), они обладают «*superlégalité constitutionnelle*», которая возвышает их не только над обычными, простыми законами, но и над писанными конституционными законами и исключает их устранение посредством изменяющих конституцию законов.

Я согласен с *Орю* в том, что всякая конституция знает такие основополагающие «принципы», что они относятся к принципиально неизменной «конституционной системе», как назвал это *Карл Бильфингер*, и что смысл конституционных определений относительно пересмотра конституции вовсе не в том, чтобы установить процедуру для устранения системы порядка, которую должна конституировать конституция. Когда конституция предусматривает возможность собственного пересмотра, то тем самым она вовсе

не стремится предоставить легальный метод для устранения своей собственной легальности, тем более — предоставить легитимное средство для разрушения своей легитимности. Но даже если отвлечься от уже упомянутого вопроса о пределах пересмотра конституции, нельзя не осознавать различия всеобщих, гражданских правовых свобод и специальных гарантий материально-правового содержания. Во второй главной части Веймарской конституции содержится едва ли до сих пор осознанное во всей своей гетерогенности, очень мало продуманное смешение различных видов высшей легальности и кусок альтернативной конституции. Вследствие этого здесь представлены два различных «принципа» и «системы». Для сегодняшнего немецкого государственного права, вынужденного справляться с этим противоречием и стремящегося сохранить нейтральный средний путь ценностно-нейтрального функционализма, отсюда следует тот странный результат, что основополагающие для буржуазного правового государства принципы всеобщей свободы и собственности обладают лишь 51% «низшей» легальностью, тогда как права религиозных общин и чиновников (а при успешной актуализации также права профсоюзов), напротив, обладают «высшей» 67% легальностью. Кроме того, для общей государственной структуры возникает еще одно следствие: становятся неизбежными учреждения и властные элементы государства правительства, управления или правосудия, направленного против законодательного государства.

2. ЧРЕЗВЫЧАЙНЫЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬ *RATIONE SUPREMITATIS* ПОДЛИННОЕ ЗНАЧЕНИЕ: ПЛЕБИСЦИТАРНАЯ ЛЕГИТИМНОСТЬ ВМЕСТО ЛЕГАЛЬНОСТИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ГОСУДАРСТВА

Первый импульс к потрясению парламентского законодательного государства, исходящий от самой Веймарской конституции, заключается во введении материально-правовых конституционных гарантий. В результате этого ценностная нейтральность и ценностная открытость законодательно-государственной системы легальности вступают в противоречие с ценностным характером установленного и гарантированного содержания, а законодатель раздваивается на чрезвычайного высшего и простого низшего законодателя. В эту трещину в парламентском законодательном государстве различным образом проникают элементы государства правосудия, постоянно расширяя и углубляя ее. В основном — посредством судебной проверки материальной законности обычных

законов. Подобное введение чрезвычайного законодателя одновременно означает изменение первоначально задуманного вида государственного сообщества, который определяется господствующим положением законодателя. Однако в Веймарской конституции содержится еще одна релятивизация и проблематизация обычного парламентского законодателя и его системы легальности. Она вводит законодательную процедуру непосредственной плебисцитарной демократии. Наряду с четырьмя случаями проведения плебисцита (ст. 73, п. 1; ст. 73, п. 2; ст. 74, п. 3; ст. 76, п. 2), — встроены в парламентскую законодательную процедуру таким образом, что непосредственно голосующий по вопросу народ предстает в качестве последней инстанции, разрешающей конфликт в конце парламентской законодательной процедуры, — посредством ст. 73, п. 3 вводится самостоятельная *народная законодательная процедура* непосредственной демократии, которая осуществляется параллельно, конкурируя с парламентской законодательной процедурой. В ней закон принимается на *плебисците по народной инициативе*. Материально-правовые гарантии второй главной части наряду с обычным, нижестоящим законодателем конституируют чрезвычайного, вышестоящего законодателя, причем именно для защиты содержательно определенных объектов и интересов, то есть *ratione materiae*, здесь же народ, наоборот, предстает в качестве чрезвычайного законодателя по отношению к парламенту и даже над парламентом, а его чрезвычайность, как и превосходство, выводятся *ratione supremitatis* из его свойства суверена.

Эрвин Якоби вполне убедительно показал (*Erwin Jacobi, Reichsgerichts-Festgabe der juristischen Fakultäten 1929* 1 S. 233 — 277), что в демократическом государстве воля народа, выраженная в непосредственном голосовании, выше любого опосредованного выражения воли народа, в том числе и принятого парламентом закона, так что принятый на плебисците закон не может быть отменен или изменен законом, принятым рейхстагом. Это логично соответствует принципам демократического государства. Здесь можно опустить вопрос о том, в любом ли случае является сувереном — причем непосредственным сувереном — сама выраженная во всенародном голосовании воля или же она, как однажды сказал *Якоби*. «очень близка к суверену». Однако наряду со случаями чрезвычайного решения на плебисците Веймарская конституция сохраняет в своей общей организации парламентское законодательное государство, и его система легальности имеет логику, отличную от плебисцитарной демократии. Веймарская конституция не только со-

держит в своей второй главной части вторую конституцию, противостоящую первой части, но даже внутри ее первой главной части, организующей законодательное государство, присутствуют две разные системы парламентской легальности и плебисцитарной легитимности. Поэтому для такой конституции применительно к ее «законам» нелогично придавать каждому принятому на плебисците решению более высокую законную силу, чем закону, принятому парламентом. По моему мнению, такой вывод был бы бесспорным и несомненным лишь в том случае, если бы конституция на место парламентского законодательного государства и его системы легальности однозначно поставила плебисцитарную систему непосредственной демократии. Нет сомнений, что у нее не было такого желания. Организуя лишь «конституционную демократию», она стремилась сохранить верность идее парламентского законодательного государства, которое в силу столетней традиции рассматривалось в качестве конституционного государства как такового. Хотя, с другой стороны, она сделала законодателем народ, непосредственно принимающий решения на плебисците. Тем не менее регулирование застряло в противоречивой неясности и половинчатости. И не только из-за включения в отдельную народную законодательную процедуру (ст. 73, п. 3) решения парламента, в результате чего парламент вновь получает возможность перевести эту плебисцитарную законодательную процедуру в парламентскую процедуру; но прежде всего из-за того, что одним словом обозначаются «плебисциты» разного рода — в зависимости от законодательной процедуры, в котором они появляются. Иногда они включены в систему легальности парламентского законодательного государства, иногда имеют собственное специфическое значение акта плебисцитарной воли. В эту процедуру включены четыре случая плебисцитарного разрешения конфликта, в которых плебисцит завершает парламентскую законодательную процедуру (ст. 73, п. 1; ст. 73, п. 2; ст. 74, п. 3; ст. 76, п. 2); в качестве инстанции парламентской законодательной процедуры здесь используется непосредственно голосующий народ. Выше уже говорилось, что в законодательной процедуре могут принимать участие разнородные инстанции (правительство, первая и вторая палаты парламента, король и др.), и при этом не происходит потрясения системы парламентского законодательного государства.

Даже здесь, на демократическом основании, имеет значение то, кто противостоит «народному представительству» — король или народ. Логика демократии всегда заставляет отступить на вто-

рой план народное представительство перед представленным им народом. Это соответствует известному аргументу, сформулированному *Руссо*: представитель должен молчать, когда говорит сам представленный. Однако это аргумент непосредственной, плебисцитарной, непредставительной демократии. Впрочем, когда репрезентация через парламент исчезает и уже не пользуется доверием, тогда плебисцитарный процесс имеет наибольшую силу. Однако следствие этого превосходства отличается от юридической логики, выявленной *Э. Якоби*. Как будет показано ниже, эти плебисцитарные элементы изменяют качество самого парламента; он становится лишь передающей инстанцией плебисцитарной системы; хотя предусмотренная конституцией законодательная процедура и основанная на ней система легальности непосредственно не изменяется. Скорее можно исходить из того, что решение плебисцита также является «принятием закона» в духе системы легальности. В таком случае оно явно равнозначно принятию закона парламентом, а не возвышается над ним. Уже из текста писанной конституции можно понять, что есть большое различие между плебисцитом в рамках парламентской законодательной процедуры и плебисцитом по народной инициативе в рамках народной законодательной процедуры. В первом случае система парламентского законодательного государства лишь модифицируется и не обосновывает никакого законодателя нового рода в результате организации законодательной процедуры нового рода, специфической для этого иного законодателя. При народной законодательной процедуре согласно ст. 73, п. 3, напротив, вводится именно новая законодательная процедура. Итак, следует различать два вида плебисцита, один из которых относится к системе парламентского законодательного государства, тогда как в другом «народ» выступает в качестве единственно определяющей фигуры демократически-плебисцитарной системы — причем плебисцитарной легитимности, а не законодательно-государственной легальности. Они являются выражением двух совершенно разных видов государства. По логике демократического мышления неизбежно ставить учреждения непосредственной демократии над учреждениями так называемой «опосредованной демократии» парламентского государства. С другой стороны, идейно и организационно система легальности парламентского законодательного государства сама по себе остается своеобразным образованием, которое ни в коем случае не выводится из демократии и соответствующей воли народа. Сущностно и адекватно законодательное государство, достигающее своего

апогея в установлении норм, в более «чистом» виде проявляется в форме парламентского законодательного государства, нежели в формах непосредственной демократии, которые суть формы выражения *voluntas*, а не *ratio*, притязающие на легитимность, а не на легальность. Точно так же логика системы, построенной на идее *репрезентации*, отличается от плебисцитарно-демократической логики непосредственно *присутствующего* суверенного народа, тождественного самому себе.

В парламентском законодательном государстве при отсутствии всякой квалификации закона под законом понимается лишь соответствующее решение соответствующего парламентского большинства, а в демократическом государстве решает соответствующая воля соответствующего народного большинства. Если конституция включает в себя оба положения, то независимо друг от друга сосуществуют два необязательно конгруэнтных вида обусловленности. С точки зрения функционалистского мышления, ведущего к признанию моментной обусловленности, логичным кажется народное голосование. Ведь парламент выбирается на четыре года или в любом случае не от момента к моменту. Вследствие этого его соответствующая обусловленность всегда существует лишь в рамках значительного - *отмены* соответствующей обусловленности, в частности из-за многолетнего срока полномочий. Соответственно, логика функционалистского мышления также приводит к результату, полученному *Эрвином Якоби*: плебисцит всегда является высшим решением. Соответствующий результат соответствующего народного голосования в известной мере более обусловлен обстоятельствами и моментом, нежели соответствующая воля собрания, существующего более длительное время. Если чрезвычайный законодатель второй главной части конституции, введенный *ratione materiae*, именно ограничивает функционализм соответствующего парламентского большинства парламентского законодательного государства, то одновременное введение второго, опять таки иного рода чрезвычайного законодателя — решающего на плебисците народа — только усиливает функционализм и доводит до безусловной логики. Очевидно, что с рациональной точки зрения здесь налицо противоречие.

Противоречие конкретно проявляется в том, что оба способа подсчета результатов голосования и цифр большинства сосуществуют без всякой связи. В парламенте для изменяющего конституцию закона вместо обычного большинства требуется большинство в две трети; при плебисците не решаются требовать такого

рода квалифицированного большинства непосредственно присутствующего народа; противоречие с демократическим принципом простого большинства было бы здесь слишком шокирующим. Поэтому применительно к плебисциту по изменению конституции по народной инициативе согласно ст. 76 ИК ограничивается лишь требованием одобрения простым большинством тех, кто обладает правом голоса. А ст. 75 ИК для плебисцита, отменяющего решение рейхстага, напротив, требует лишь участия в референдуме большинства тех, кто обладает правом голоса, то есть прост цифру присутствующих или наличия кворума. Нынешняя практика ст. 75, несмотря на юрисдикционную легитимацию через Суд по проверке выборов при рейхстаге, соотносит это определение (на мой взгляд, ошибочно) и с плебисцитом по народной инициативе. Вследствие этого сегодня в плебисците участвуют только те, которые говорят «да». Если это большинство имеющих право голоса, то проходит плебисцит одобрения, который одновременно также всегда удовлетворяет требованиям плебисцита по изменению конституции согласно ст. 76, так что практически исчезает любое отличие от простого плебисцита или плебисцита по изменению конституции. Кому удалось провести плебисцит вообще, тот автоматически и *eo ipso* проводит плебисцит по изменению конституции. Если исходить из того, что согласно основной идее системы представительства народ в парламенте представлен целиком и полностью, и что, кроме того, конституция через систему пропорциональных выборов пытается организовать максимально точную арифметическую конгруэнтность народного и парламентского большинства, то возникает вопрос: почему в парламенте для изменения конституции требуется одобрение большинства в две трети голосов, тогда как в случае плебисцита по изменению конституции по народной инициативе достаточно простого большинства. Логика у математики голосования зачастую чудная, но здесь вновь *implicite* закрепляется странное недоверие в отношении парламентского законодательного государства. Кто доверяет парламентскому законодателю, поскольку считает парламент элитой или верит в характерные для парламентской законодательной процедуры обсуждение и публичность, тот должен находить в парламенте более твердые гарантии разумности и справедливости. Тем не менее, в решающем месте затруднения и помехи предусмотрены для парламента, а не для непосредственного волеизъявления самого народа, о котором с древних времен известно, что он не может дискутировать и рассуждать. От законодательного собрания.

все существование которого в качестве «*législateur*» оправдывается предпосылкой разумности и умеренности, требуют принятия решения большинством в две трети; а в случае народа, выступающего во всей своей не дискутирующей непосредственности и эмоциональности, ограничиваются простым большинством. Арифметические и «технические» соображения чаще всего убедительны до тех пор, пока они рассматриваются в беспредметной, абстрактной «чистоте». Так и конституционная арифметика большинства и ее «техника» политического волеобразования становится запутанной и противоречивой при ее рассмотрении в конкретном контексте системы легальности.

Таким образом Веймарская конституция и здесь содержит два различных вида логики. Исходя из плебисцитарно-демократических соображений, в рамках народной законодательной процедуры она назначает народ чрезвычайным законодателем наряду с парламентом как обычным законодателем и добавляет к системе законодательного государства, полностью ориентированной на легальность, кусок плебисцитарно-демократической легитимности. Учитывая ту бессистемную половинчатость, с которой это было осуществлено, с помощью рациональной правоведческой аргументации невозможно выяснить, какая из двух систем высшая. Вопрос в том, могут ли сосуществовать две различные системы права. Никак нельзя сказать, что Веймарская конституция стремилась сознательно и планомерно устранить провозглашенную ею с такой силой и решительностью в ст. 68 ИК парламентскую законодательную систему посредством слабо продуманной вставки, взрывающей систематический контекст (не только пятого раздела «Имперское законодательство», но и самой ст. 73 ИК – в результате добавления противоречащего контексту п. 3). С другой стороны, плебисцитарно-демократическая система легитимности неизбежно раскрывает свою внутреннюю логику. Далее будет показано, какие практические следствия возникают из этого бессистемного сосуществования парламентского и плебисцитарного законодателя. Из самой писаной конституции теоретически можно получить только образ, который весьма наглядно рисует *Вальтер Йеллинек* (*Walter Jellinek, Verfassung und Verwaltung S. 46*), говоря о «гонке двух суверенов». Он добавляет, что хотя в этой гонке рейхстаг всегда будет финишировать первым, но все же сомнительно, что рейхстаг решится вступить в борьбу с народом. В этой взвешенной формулировке с образцовой объективностью нашло неприметное, но тем не менее

точное выражение то, о чем здесь идет речь: нужно спрашивать не только о том, кто имеет лучшие шансы победить в гонке, если речь идет ни о чем ином, как об отдельной гонке, но также следует иметь в виду очень значительные последствия для системы легальности самой конституции. Двойственность обоих видов законодательства и законодателя является именно двойственностью двух различных систем обоснования — системы легальности парламентско-законодательного государства и плебисцитарно-демократической легитимности; возможная между ними гонка — это не только конкуренция инстанций, но и борьба между двумя видами того, что является правом. В этой борьбе, как и в любой подобной гонке, большое преимущество имеет соответствующий обладатель соответствующей власти, то есть соответствующее парламентское большинство. Тем не менее, как будет показано дальше, это не является определяющим для окончательного результата и не восстанавливает прежнее чисто парламентское законодательное государство.

3. ЧРЕЗВЫЧАЙНЫЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬ *RATIONE NECESSITATIS* ПОДЛИННОЕ ЗНАЧЕНИЕ: МЕРЫ ГОСУДАРСТВА УПРАВЛЕНИЯ ВЫТЕСНЯЮТ ЗАКОН ПАРЛАМЕНТСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ГОСУДАРСТВА

Не буква писаного текста Веймарской конституции, но практика рейхспрезидента и имперского правительства, — допускаемая рейхстагом, признаваемая теорией государственного права и легитимированная судебной практикой, — ввела за последнее десятилетие в государственную жизнь Германского рейха еще одного, третьего чрезвычайного законодателя: это рейхспрезидент, издающий распоряжения согласно ст. 48, п. 2 ИК. Сегодня признается бесспорным, что к чрезвычайным полномочиям, которые имперская конституция в статье 48 предоставляет рейхспрезиденту, также относится право издавать правовые предписания, заменяющие законы, причем именно имперские законы. Это придает позитивно-правовое содержание временному положению ст. 48, п. 2 (сохраняющемуся до издания исполнительного закона, предусмотренного в ст. 48, п. 5). Два основополагающих решения Государственного суда Германского рейха от 5 декабря 1931 года (RGZ. 134, Anh. S. 12. 26), затем многочисленные решения Имперского суда по гражданским и уголовным делам, а также всех прочих высших судов придали этому практическому применению ст. 48, п. 2 легитимирующую

санкцию со стороны государства правосудия. Кто желает оценить подобную суммарную законодательную процедуру с помощью понятий традиционного парламентского законодательного государства и лозунгов борьбы против самостоятельного права монархического правительства издавать правовые предписания, тот должен прийти в ужас от сплошных «нарушений конституции». Но и для юриста, свободного от партийных догм оппозиции XIX века, бросится в глаза, что здесь без ясного слова конституции вводится правоустанавливающий чрезвычайный законодатель, который конкурирует с обычным имперским законодателем и создает право не только *praeter*, но и *contra legem*⁴ — то есть вопреки обычному законодателю парламентского законодательного государства. Согласно вполне признанной сегодня теории и практике, в отношении его «решений» действительно все, что парламентское законодательное государство разработало и добилось в борьбе с монархией для закона этого законодательного государства — господства, приоритета и оговорки именно этого закона. В XIX веке приходилось ожесточенно бороться с самостоятельным королевским правом издавать правовые предписания, поскольку признание наряду с парламентской законодательной процедурой самостоятельной законодательной процедуры, отдельной от нее, могло бы разрушить само парламентское законодательное государство. В Германии при Веймарской конституции, лапидарно декларирующей в ст. 68 парламентское законодательное государство («имперские законы принимаются рейхстагом»), напротив, именно такие авторы, — которые в отличие от других чувствовали сами себя подлинными хранителями и защитниками государственно-правовых понятий, — признали правоустанавливающее полномочие рейхспрезидента согласно ст. 48 и отвергли абсолютно элементарное различие закона и распоряжения как «остроумную» фантазию. Хотя всеми прямо подчеркивается, что «конституция», — под которой однако чаще всего подразумеваются лишь отдельные определения конституционного законодательства, — должна оставаться «неприкосновенной», не считая перечисленных в самой ст. 48 (ст. 114, 115, 117, 118, 123, 124, 153) семи основных прав, действие которых может быть приостановлено. В остальном, несмотря на «неприкосновенность конституции», не находят ничего удивительного в том, что создающий право чрезвычайный законодатель вторгается в систему легальности ИК — при том, что государственно-правовое качество его распоря-

⁴ не только вне, но и против закона.

жений не должно каким-либо образом отличаться от закона обычного имперского законодателя.

Таким образом мы имеем третьего чрезвычайного законодателя Веймарской конституции — законодателя ст. 48, п. 2. Он чрезвычайен не *ratione materiae*, как конституционный законодатель, располагающий материально-правовыми конституционными нормами, и не *ratione supremitatis*, как сам непосредственно решающий народ. Если так можно выразиться, он чрезвычайен *ratione temporis ac situationis*. Сквозь все нормативистские фикции и туманы в нем проступает та простая правоведческая истина, что нормы действуют лишь в нормальных ситуациях, и предполагаемая нормальность ситуации является позитивно-правовой составляющей их «действенности». Однако законодатель нормальной ситуации есть нечто иное, нежели комиссар, который в ненормальном положении восстанавливает нормальную ситуацию («безопасность и порядок»). Даже если рассматривать его как «законодателя», а его меры — как «законы», то, несмотря на все подобные отождествления, остается предметное различие, которое приводит к тому, что «законодательные меры» комиссара разрушают систему легальности парламентского законодательного государства именно из-за их отождествления с «законами».

В отличие от двух других чрезвычайных законодателей законодатель ст. 48, п. 2 вовсе не возвышается над обычным парламентским законодателем, но, наоборот, кажется даже подчиненным ему. Его меры могут быть отменены по требованию рейхстага (согласно ст. 48, п. 3), то есть они должны «допускаться» рейхстагом. Впрочем, применительно к чрезвычайной ситуации, для которой введен этот третий чрезвычайный законодатель, при ближайшем рассмотрении проявляется его очень сильное превосходство. Просто его нельзя открыто демонстрировать перед лицом обычного законодателя — поскольку рейхстаг может потребовать отмены любой меры. Применительно к интересующей нас здесь системе легальности превосходство комиссара, который может создавать «законы», в меньшей степени заключается в том, что при гонке двух законодателей подобный чрезвычайный законодатель естественно имеет преимущество в чрезвычайных ситуациях. Однако у него очень большое преимущество: он по своему усмотрению определяет предпосылки своих чрезвычайных полномочий (угроза общественной безопасности и порядка) и их содержание — «необходимые» меры; поэтому он может в кратчайшее время вновь принять меры, отмены которых потребовал рейхстаг; требование рейхста-

га не имеет обратной силы, так что чрезвычайный законодатель может в отношении обычного законодателя создавать свершившиеся факты; ведь подлинные, особо действенные меры, — например, вмешательство с помощью вооруженной силы и расстрел человека, — уже вообще невозможно «отменить». Все это практически важные и значительные причины большого фактического превосходства. Однако они не столь фундаментально затрагивают систему легальности парламентского законодательного государства, как это происходит в других интересующих нас случаях превосходства третьего чрезвычайного законодателя.

При более близком рассмотрении прежде всего выяснится, что относительно объема и содержания признанного за ним полномочия издавать правовые акты он превосходит рейхстаг, то есть обычного имперского законодателя. Обычный законодатель парламентского законодательного государства может лишь издавать законы, будучи отделенным в силу специфики законодательного государства от аппарата правоприменения. А чрезвычайный законодатель ст. 48 может придать каждой отдельной мере, которую он принимает, характер закона — со всем приоритетом, которым закон обладает в парламентском законодательном государстве. И хотя, — согласно формалистскому понятию закона, — обычный законодатель также мог бы принять какое угодно решение в качестве «закона»; но такие случаи редки, и подобные «индивидуальные законы» наталкиваются на многие традиционные государственно-правовые, а в Германском рейхе еще и на федеративно-правовые ограничения, которые гораздо сильнее, нежели абсолютистская теория о «всемогущем законодателе». В случае «диктатора», наоборот, проявляется то, что он собственно именно комиссар, а не «*législateur*». Что в случае парламента являлось лишь беспринципной теорией, становится для него самоочевидной практикой, а законодательное полномочие — действенным оружием. Так что вместо общего распоряжения он может сразу и непосредственно принять частное постановление, — например, запретить собрание, объявить организацию нелегальной и распустить ее — и тем самым практически лишить смысла всю систему правовой защиты, искусно выстроенную против распоряжений исполнительной власти. Все специфические государственно-правовые защитные учреждения парламентского законодательного государства, в том числе его организационное разделение закона и применения закона, созданы для защиты от исполнительной власти. Однако разделение закона и применения закона, законодательной и исполнительной власти

не препятствует чрезвычайному законодателю ст. 48 ни в правовом ни в фактическом смысле; он является ими обоими в одном лице: даже то, что в ином случае было бы лишь актом законоприменения у него приобретает «законодательный» характер, если он так решит. В качестве законодателя ст. 48 он может непосредственно издать предписание, — которое «само по себе» являлось бы полицейским распоряжением и выводилось бы из полицейско-правовых норм, — и тем самым преодолеть административно-правовую защиту от полицейских распоряжений. Такие возможности задействованы в распоряжении рейхспрезидента по защите государственной власти от 13 апреля 1932 года (RGBl. 1, S. 175), которым немедленно распускаются перечисленные в нем отряды СА, СС и другие подразделения Национал-социалистической немецкой рабочей партии, тогда как второе распоряжение по защите государственной власти от 3 мая 1932 года (RGBl. 1, S. 185) говорит в целом о «политических союзах, имеющих военную организацию или действующих соответствующим образом», и предусматривает возможность обжалования. Так, рейхспрезидент может свободно вторгаться во всю существующую систему установления законодательных норм и ставить ее себе на службу. Также он может устанавливать общие нормы и самостоятельно создавать для их применения и исполнения новые особые учреждения и чрезвычайные исполнительные органы. Говоря другими словами, он объединяет в себе законодательство и применение закона и может самостоятельно непосредственно осуществлять установленные им нормы, что невозможно для обычного законодателя парламентского законодательного государства, уважающего сущностное для законодательного государства различие властей и разделение закона и его применения.

Согласно ст. 48, п. 2, п. 2 этот чрезвычайный законодатель кроме полномочия принимать чрезвычайные меры также прямо получил еще одно особое полномочие — приостанавливать действие семи основных прав. Приостановка действия основных прав не является формальным процессом, как можно было бы предполагать; как говорит *Г. Аншюц* (*G. Anschütz, Kommentar S. 277*), она является совершенно «деформализованной». По мнению Имперского суда (решение Первого сената по уголовным делам от 6 октября 1931 года, *Jur. Wochenschrift 1931, S. 3603*) не требуется никакой прямой предварительной отмены; в формульной ссылке на ст. 48, п. 2 уже заявлено достаточное и действенное с точки зрения права намерение приостановить действие этих основных прав. Это означает, что эти основные права, прежде всего право личной свободы

(ст. 114) и право собственности (ст. 153), являющиеся ядром буржуазного правового государства, просто не существуют для чрезвычайного законодателя ст. 48. Можно вспомнить, что немецкая теория государственного права довоенного времени признавала необходимой дефиницию закона, определявшей закон как «вторжение в свободу и собственность». Она рассматривала это «материальное понятие закона» вместе с вытекающей из него «оговоркой закона» как нечто присущее и необходимое для конституционного государства. Поэтому приходится констатировать, что прежнее парламентское законодательное государство принципиально изменяется с появлением чрезвычайного законодателя, для которого не существует этих основных прав. Согласно принципам парламентского законодательного государства, вторгаться в подобные основные права может только обычный законодатель и только закон; они находятся в его исключительной компетенции согласно оговорке закона. Предусматривая в чрезвычайном случае возможность приостановки действия основных прав, конституция тем самым стремится в отношении инстанции, именно *не являющейся* законодателем, отменить препятствия и ограничения, содержащиеся в этих основных правах и в оговорке закона. При этом следует считать само собой разумеющимся, что эта инстанция *не является* законодателем, — уже потому что в ином случае основные права были бы переданы в ее распоряжение уже посредством всеобщей оговорки закона. Если парламентское законодательное государство типичным образом допускает «чрезвычайное положение» с приостановлением основных прав, то его цель не уравнивать комиссара этого чрезвычайного положения с законодателем, а решения комиссара — с законом, но создать свободное пространство для принятия необходимых эффективных мер. Ведь смысл приостановки действия может заключаться лишь в приостановке действия защиты, содержащейся в признании основных прав свободы и собственности. А в чем состоит эта правовая защита в системе законодательного государства? Вовсе не в отдельных возможностях оспаривания и обжалования, как характерным образом думают сегодня в Германии, когда речь заходит о защите со стороны правового государства. В 1848 году о них не могли думать уже потому, что тогда была еще неизвестна вся структура нынешнего административного правосудия. Правовая защита законодательного государства существенным образом состоит в оговорке закона, защитная сила которой в свою очередь нуждается в доверии к законодателю как незаменимому основанию, причем в дове-

рии к *данному* законодателю парламентского законодательного государства — то есть парламенту, принимающему решения простым большинством. И здесь беспроблемная конгруэнтность и гармония права и закона является вопросом жизни для парламентского законодательного государства. В результате приостановки в случае чрезвычайного положения определенных основных прав на определенное время одновременно приостанавливается действие оговорки закона. Тем самым приостанавливается действие законодательного государства и ядра самой конституции — права свободы и права собственности. Однако в организацию законодательного государства не должен вводиться новый чрезвычайный законодатель. Парламентское законодательное государство с его приоритетом и оговоркой закона знает именно только *одного*, именно *своего* законодателя — парламент; оно не допускает никакой конкретизирующей чрезвычайной законодательной власти. Согласно этой системе, «меры» инстанции, уполномоченной на чрезвычайные действия, не противоречат закону, но и не имеют силы закона. Они не могут иметь последней и не нуждаются в ней, поскольку в результате приостановки действия основных прав упраздняются ограничения законодательного государства, требующие закона и силы закона.

Если эти «меры» становятся распоряжениями с силой закона, как это произошло в Германском рейхе в результате десятилетней правительственной практики, санкционированной судебными приговорами и признанной теорией государственного права, то в систему легальности конституции проникает новый, гетерогенный ход мысли. Теперь новый чрезвычайный законодатель ст. 48 может распоряжаться свободой и собственностью как посредством мер, так и посредством замещающих закон предписаний. Тем самым он распоряжается субстанцией самого буржуазного правового государства, причем на странной двойной основе: во-первых, благодаря уравниванию его с обычным законодателем он может соблюсти оговорку закона, касающуюся свободы и собственности; и кроме того благодаря прямо данному ему полномочию приостанавливать действие законов основные права больше не являются препятствием для его мер. Обычный законодатель может вторгаться в основные права только в силу оговорки закона, но он не может приостановить их действие. Чрезвычайный законодатель, напротив, может делать и то, и другое и уже по этой причине, — даже если не учитывать все остальное, — своеобразным образом отличается от обычного законодателя и превосходит его.

Однако практика чрезвычайных полномочий ст. 48, п. 2 завела законодательную власть чрезвычайного законодателя еще дальше. Распространенное сегодня в Германии — якобы простое и убедительное — толкование ст. 48 исходит из того, что хотя рейхспрезидент и уравнен с простым имперским законодателем, но он не может делать ничего из того, что закреплено за имперским законодателем, вносящим изменения в конституцию. Между тем, — причем с одобрения государственного права и судебной практики, особенно Государственного суда Германского рейха, — на основании ст. 48, п. 2 вышли распоряжения, которые вторгаются в законодательные полномочия *земель* и потому несомненно не могли бы возникнуть путем простого имперского закона. Самый яркий пример в этом отношении — распоряжение рейхспрезидента о сберегательных кассах от 5 августа 1931 года (RGBl. 1, S. 429), вышедшее на основании ст. 48, п. 2, тогда как затрагивающий ту же материю имперский закон от 21 марта 1925 года (RGBl. 1, S. 27) об иностранных займах коммун — именно из-за уважения к законодательным компетенциям *земель* — был принят согласно ст. 76 как имперский закон, вносящий изменения в конституцию. В своих решениях от 5 декабря 1931 года (RGZ. 134 Anh. S. 12 и 26) Государственный суд Германского рейха присоединился к мнению, что рейхспрезидент может издавать правовые распоряжения даже сферах, относящихся к компетенции земельного законодательства. Государственный суд даже признал, что рейхспрезидент может игнорировать ст. 5 ИК и на основании ст. 48, п. 2 уполномочивать государственную власть *земель* вводить земельное право, отклоняющееся от предписаний земельной конституции. Сущность приводимого для этого обоснования (заимствуя аргументацию *Поцш-Хеффтера* и *Р. Грау*) сводится к тому, что ст. 48 содержит «самостоятельную компетенцию» имперской конституции. Это означает только то, что обычные организационные определения имперской конституции не могут противостоять чрезвычайным полномочиям ст. 48. Так что они не являются «неприкосновенными». Схожим образом в отношении в сущности организационного определения ст. 87 ИК, — согласно которому кредитные полномочия могут предоставляться «только имперским законом», — имперское правительство считало и настаивало, что подобный имперский закон о кредитных полномочиях также можно заменить распоряжением на основании ст. 48 (Обоснование к проекту имперского закона о погашении долгов и кредитных полномочиях от 12 мая 1932 года, RGBl. 1, S. 191, Reichstags-

drucksache № 1480; заключения *Г. Аншюца* и *В. Йеллинека* от 12 марта 1932 года: Tübingen 1932).

В результате этого толкования ст. 48, опирающегося на господствующее в правовой теории и практике мнение, организационные определения имперской конституции были не просто «затронуты», но и существенно изменены. Это касается как только что упомянутых определений относительно распределения компетенций между рейхом и землями и основополагающей федеративно-правовой ст. 5 ИК, так и прав рейхсрата на содействие (ст. 69, 74–85, п. 4), а также центрального положения, с помощью которого конституция стремится конституировать парламентское законодательное государство: «Имперские законы принимаются рейхстагом» (ст. 68). Все эти организационные конституционные определения больше не являются «диктатурустойчивыми» (согласно формулировке *Г. Аншюца*), поскольку в ст. 48, п. 2 обнаруживается чрезвычайный законодатель, равнозначный простому имперскому законодателю. В таком случае следовало бы, по крайней мере, признать, что организационный минимум должен оставаться неприкосновенным как для рейха, так и для земель, чтобы не низвергнуть всю конституцию, исходя из ст. 48. В любом случае учение, признающее подобное право издания распоряжений, — которое замещает имперский закон и даже превышает по объему имперскую законодательную компетенцию, — уже не может называть себя «учением о неприкосновенности», чтобы тем самым оклеветать предложенное *Э. Якоби* и мною толкование ст. 48, п. 2 как «посягающее на конституцию» (согласно которому, даже несмотря на семь приостанавливаемых статей об основных правах, не всякое отдельное определение конституционного законодательства является преградой для диктатора ст. 48). Здесь я хотел бы еще раз подчеркнуть, — как в моем докладе о чрезвычайном постановлении от 1 декабря 1930 года («Notverordnung und öffentliche Verwaltung», Berlin 1931, S. 17 и в моей книге «Гарант конституции» (Tübingen 1931, S. 121), — что придерживаюсь подобного толкования ст. 48, п. 2. Правда, за последние десять лет к полномочию рейхспрезидента принимать меры *добавилось* право издавать правовые предписания, заменяющие имперские законы. Отношение к несовместимым положениям второй главной части, нагроможденным под запутывающим заголовком «Основные права и обязанности немцев» по-прежнему остается совершенно иным, чем к настоящим законам. Этот результат сегодня следует признать и принять как позитивно-правовое наполнение содержащегося в ст. 48, п. 2 *временного положения*, сохра-

нящегося до издания исполнительного закона, предусмотренно-го в ст. 5. Этим же оправдывают распоряжения рейхспрезидента, заменяющие финансовые законы, в частности уполномочивающие на получение кредитов. *Макс Э. Ф. Кюнemann (Max E. F. Kühnemann, Reichsverwaltungsblatt 1931, S. 745)* попытался доказать их антиконституционность с бесспорным остроумием и основательностью. Однако слабость его анализа заключается в том, что в нем господствуют понятия и предпосылки государственного права конституционной монархии, а финансово-законодательные определения действующей конституции толкуются без учета общего контекста остальных конституционных определений и понятий. Веймарская конституция имеет существенно иную конституционную систему, нежели конституционный тип, унаследованный от 1848 года; в частности она имеет сильно измененное, уже не единое, а проблематичное понятие закона. Возникающие отсюда значительные трудности не оправдывают ни беспрепятственного сохранения финансово-законодательных представлений XIX века, содержащегося в аргументации Кюнemann, ни противоречий, в которых запуталось господствующее учение, которое не считает существенные определения организационной части конституции «диктатуроустойчивыми», но объявляет «основные права», действие которых не может быть приостановлено, «неприкосновенными».

После подобных изменений в организационной части конституции, — в отличие от тех организационных конституционных определений, что были не только «затронуты» посредством «самостоятельной компетенции» ст. 48, но и полностью изменены, — для основ парламентского законодательного государства и его системы легальности в целом совсем несущественно, что материально-правовые положения второй главной части еще более настойчиво и торжественно выставляются в качестве священных, неприкосновенных и «диктатуроустойчивых». Откуда каждая из отдельных пестрых определений этой второй части конституции может получить подобную силу и достоинство, если основополагающие определения первой части, особенно сам источник легальности, уже не считаются «диктатуроустойчивыми»? Если «самостоятельная компетенция» ст. 48 обладает конституционно-законодательной силой устранять другие описанные и гарантированные конституционным законодательством компетенции и права земель, то тем самым отвергается принцип «неприкосновенности» каждого отдельного определения конституционного законодательства. Если признать необходимость и правильность этого мнения имперско-

го правительства, одобренного Государственным судом Германского рейха, то с учетом мер ст. 48 будет трудно сохранить неприкосновенность каждого отдельного положения, касающегося прав чиновников или прав религиозных общин. Ведь применительно к конституции с таким содержанием и структурой, как у Веймарской, что является правом для земель, должно быть и для религиозных общин и чиновников, по крайней мере, справедливо. Когда основополагающие организационные определения и определения компетенции не являются «диктатурустойчивыми», каждая отдельная материально-правовая конституционная гарантия может сама быть «диктатурустойчивой» лишь в том случае, если материально-правовые гарантии понимаются как подлинные изъятия и привилегии, а вторая главная часть уже содержит вторую альтернативную конституцию. В таком случае также следовало бы сделать выводы относительно пределов изменения конституции согласно ст. 76, к чему господствующее мнение еще не приблизилось.

Сегодня стало очевидно, что господствующее понимание ст. 48 п. 2 запуталось в собственных неразрешимых противоречиях. Поэтому *Пеуц-Хеффтер* (*Poetzsch-Heffter, Deutsche Juristen-Zeitung 1932. S. 770*) обоснованно требует сильнее и более систематически, чем прежде заняться общим организационным контекстом, в котором согласно конституции находятся «диктаторские полномочия». Однако при этом следует иметь в виду прежде всего разнородность второй и первой главных частей конституции, что было показано выше. Все те собственные противоречия теории и практики ст. 48 п. 2, ставшие уже столь ощутимыми, в конечном счете являются лишь следствием и прикладным случаем подобного отклонения от принципов парламентского законодательного государства. Еще не осознают того, в какой мере вторая часть конституции освящает вторую, новую конституцию. Непоследовательность в отношении принципов парламентского законодательного государства, проявляющаяся в материально-правовых гарантиях, становится лишь еще более очевидной из-за противоречий, в которых запутывается любое толкование ст. 48, п. 2, не осознающее этой взаимосвязи. Это самым наглядным образом подтверждает история возникновения ст. 48 и особенно развитие тех семи основных прав, действие которых может быть приостановлено. Этот список впервые встречающийся в правительственном проекте от 17 февраля 1919 года (*Triepel, Quellensammlung, S. 8/12, 20/23*) и восходящий к заседаниям комитета представителей государств 5–8 фев-

раля 1919 года, представляет собой именно раздел основных прав из 12 статей. Кроме некоторых всеобщих принципов (равенство перед законом, свобода совести, свобода искусства и науки, защита меньшинств), которые практически не обсуждаются, *все* остальные семь статей об основных правах объявляются приостанавливаемыми. Другими словами, закладывалась возможность отмены *всего* раздела об основных правах, — в той мере, в какой он содержал актуальное право или вообще воспринимался тогда практически. В ходе дальнейшего развития, несмотря на изменение цифр, список по сути остался неизменным, тогда как раздел об основных правах быстро расширился и стал второй главной частью конституции. При этом никто ясно не осознавал, какое влияние это может оказать на те оставшиеся неизменными семь статей об основных правах в рамках чрезвычайного положения. В спешке лета 1919 года второй фрагмент, нового рода конституции, возникший вместе с новой частью об основных правах, не был приведен в органичную связь или сочетание ни с организационной системой парламентского законодательного государства, ни с регулированием чрезвычайного положения, которое мыслилось как временное положение до издания исполнительного закона. С учетом отчаянного положения, в котором приходилось разрабатывать и редактировать Веймарскую конституцию, было бы несправедливо упрекать ее авторов в подобных нестыковках. С другой стороны, также недопустимо игнорировать десятилетний опыт конституционно-правового развития, богатый на события. Поэтому сегодня уже не следует уклоняться от изучения подобных противоречий.

Парламентское законодательное государство в принципе не знает материально-правовых гарантий, поскольку безусловно доверяет парламенту как обычному законодателю. Но если обычному законодателю не доверяют, то диктатора, которому также не доверяют, можно уравнивать с обычным законодателем. В таком случае только кажется убедительным автоматически перенести доверие, которого лишился простой законодатель, на изменяющего конституцию законодателя, но в действительности это противоречит здравому смыслу и разрушает систему. Менее всего это возможно при различии «диктатурустойчивых» и не «диктатурустойчивых» материально-правовых конституционных положений. Само по себе мыслимо и вовсе не являлось бы логическим противоречием в себе объявить все организационные определения прикосновенными, а все материально-правовые гарантии второй главной части, наоборот — священными и неприкосновенными. Только это

было бы иным государством, нежели все еще подвешенное парламентское законодательное государство Веймарской конституции. В таком случае из этой второй главной части прежде всего было бы невозможно выломать именно ядро буржуазного правового государства — защиту свободы и собственности — и отдать на усмотрение диктатору, объявляя, как это происходит в ст. 48, именно эти основные права отменяемыми, тогда как другие определения, например, касающиеся религиозных обществ и чиновников, остаются нерушимыми и неприкосновенными. Фундаментальные организационные определения, федеративные гарантии землям, старые, унаследованные парламентом кредитные полномочия, права рейхсрата на участия, свобода и собственность — эти подлинные «святыни» буржуазного правового государства, даже свойственная парламентскому законодательному государству законодательная монополия парламента — все это не является диктатуруоустойчивым, зато диктатуруоустойчивым является право чиновника на просмотр своего личного дела и сохранение теологических факультетов! И не из-за желания исключить политически неважные и потому неинтересные для диктатуры вопросы, — что вероятно было бы разумно: *minima non curat dictator*, — а, наоборот, из-за желания гарантировать нуждающиеся в защите *высшие* интересы и изъять из системы легальности нормального парламентского законодательного государства материально-правовые гарантии второй главной части как качественно высший род законов.

С конституционно-теоретической точки зрения подлинная причина этой государственно- и конституционно-правовой путаницы заключается в извращении понятия закона. Не может быть никакого законодательного государства без признания отличного понятия закона. Подобное государство должно придерживаться прежде всего того, что право и закон, закон и право находятся в предметной и осмысленной связи, и что норма, установленная законодателем в силу его законодательного полномочия, является чем-то иным и высшим, нежели простое распоряжение. В законодательном государстве, вся система легальности которого основана на приоритете подобных установленных законом норм, невозможно выставить распоряжение в качестве закона, а закон — в качестве распоряжения. Судья не может отправлять правосудие не именем закона, а именем распоряжения. «Если юстиция уже не может понять, что такое закон, она сама подвергается опасности попасть в зависимость от не-законов», — очень точно говорит Эрнст Френкель (*Ernst Fraenkel*, «Die Gesellschaft», Oktober 1931, S. 336). Ст. 48.

п. 2 ИК уполномочивает рейхспрезидента на принятие «мер», или, как говорилось в первых набросках 1919 года, на издание «распоряжений». Ныне считается само собой разумеющимся, что это могут быть и «законодательные меры». Здесь происходит логическая подмена, которая не лишена симптоматического значения. Ведь «законодательные меры» — это только меры законодателя, это принимаемые законодателем меры, но не меры, принимаемые кем-то другим в качестве законодателя. Вопрос именно в том, может ли кто-то другой, кроме обычного законодателя издавать правовые предписания, имеющие силу закона, и на него невозможно ответить с помощью словосочетания «законодательные меры».

В других случаях особенность и своеобразие «меры» еще и сегодня известны в теории и практике немецкой правовой жизни не считаясь при этом теоретической изощренностью. Например, должно считаться само собой разумеющимся, что приговор судьи не есть «мера» и что, наоборот, под «мерой» не понимается *приговор судьи*. И даже *Р. Грау*, — автор, для которого осталось совершенно недоступным понимание различия закона и меры и который попытался разделаться с ним как с дурацкой выдумкой с помощью краткого замечания (*R. Grau*, “Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten”, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* 11, S. 279, Anm. 15), — все же спешит тут же добавить: «Хотя определенные государственные акты из-за их функциональной квалификации следует исключить из разряда мер, в частности те, что должны приниматься независимой судебной властью». В противопоставлении наказания и простой меры принуждения также еще живо различающее правосознание. Так, Прусская судебная палата подчеркивает (решение от 22 марта 1932 года, *Deutsche Juristen-Zeitung* 1932, S. 534), что принудительные меры полицейских властей (согласно разделу IX прусского закона об управлении полицией от 1 июня 1931 года) должны являться средством предупреждения для будущего, а не наказанием, поскольку наказание как «последующее зло» (искупление) не зависит от наличия или отсутствия угрозы состояния, противоречащего предписаниям полиции, то есть от конкретной ситуации. Таким образом судебные приговоры и наказания еще отличаются от мер. Тем более примечательно, что уже не замечают фундаментального различия закона и меры, на которое опирается вся система легальности законодательного государства. *Карл Левенштайн* (*Karl Loewenstein*, *Archiv des öffentlichen Rechts* (Bd. 21, S. 139 f.) называет изданное на основании ст. 48 распоряжение о Данат-банке от 13 июля 1931 года «по меньшей мере, сомнительным» из-за его частной

направленности на этот банк; запрет арестов, принудительное исполнение и открытие конкурсного производства в отношении банка объявляется «беспримерным случаем в истории немецкого правового государства», и так возникают нарушения ст. 105 (назначении судьи по закону) и ст. 109 (равенство перед законом), которые не относятся к приостанавливаемым основным правам ст. 48, п. 2. Таким образом для выявления нарушений конституции используется то, что характерно для меры, — именно уникальность единичного случая, — поскольку действия «диктатора» по умолчанию рассматриваются в качестве «закона» и подводятся под принцип равенства ст. 109 ИК, выражающий лишь всеобщий, универсальный характер закона правового государства. Ст. 48 должна именно уполномочивать рейхспрезидента принимать меры, и то, что к его полномочию принимать меры добавилось еще и чрезвычайное законодательное полномочие, не может отменить или ограничить полномочие принимать меры. Но если рассматривать их в качестве «законов», то именно принятие мер станет для него невозможным в правовом смысле, поскольку должно существовать «равенство» перед законами. Так, игнорирование элементарного различия превращает ясное конституционно-правовое определение просто в его противоположность. То, что сегодня меру еще отличают лишь от актов правосудия, но не от законодательных актов, вероятно, является верным симптомом того, что сегодняшнее конституционно-правовое сознание непосредственно замечает государство правосудия и государство управления, тогда как специфические различия парламентского законодательного государства стали для него неинтересны и непонятны.

В любом случае не вина диктатора, что в ходе десятилетней признанной практики и привыкания к его полномочию принимать меры добавилось еще и полноценное право издавать распоряжения, замещающие закон. Лишь в отношении многолетней практики чрезвычайных постановлений 1930 и 1931 годов снова стал отмечаться признак материального понятия закона — *длительность*. Сейчас представители «государственно-правовой» мысли особенно подчеркивают, что распоряжения рейхспрезидента на основании ст. 48 могут быть только временными, но не постоянными. Среди многих сомнений и возражений, скопившихся в отношении подобной двухлетней практики распоряжений, это указание на «временный характер» мер ст. 48 кажется сегодня центральным и наиболее убедительным («Grundsätzliches zur heutigen Notverordnungspraxis», Reichsverwaltungsblatt vom 27. Februar 1932, S. 162; *Anschtütz*: Kom-

mentar S. 280). Государственный суд Германского рейха также подчеркивает в упомянутых решениях от 5 декабря 1931 года (RGZ. Anhang S. 24 и 43), что распоряжения рейхспрезидента «не могут быть окончательными навсегда». Однако, к сожалению, чаще всего еще не осознается, что запрет «постоянства» выводится не столько из формульных слов ст. 48, п. 2, сколько из сущности меры, отличной от закона, и что согласно представлениям правового государства (в данном случае — законодательного государства) постоянство является признаком закона. Различие между законом и мерой чаще всего отклоняют с тем обоснованием, что оно является трудно разграничиваемым и неопределенным. Это такой аргумент удобства — когда из сложности разграничения делают (логически бессмысленный) вывод об отсутствии границы. Однако до конца не придерживаются даже этого вывода об отсутствии границы. После только что процитированного утверждения о недопустимости распоряжений, принятых на основании ст. 48 «навсегда», Государственный суд говорит, что регулирование «на неопределенное время предположительно долгой длительности» допустимо. Таким образом он различает между «навсегда» и «неопределенно долгой длительностью», и это различие будет еще более неопределенным и сложно разграничиваемым, нежели различие закона и меры.

Нынешняя практика основывается на том, что законодатель сам давно отказался от внутреннего различия закона и меры в государственной жизни. Сегодня вряд ли еще найдется парламентское большинство, которое всерьез верит, что принятые им законы будут действовать «всегда». Ситуация настолько непредсказуема и ненормальна, что установленная законом норма теряет свой прежний характер и становится простой мерой. Если под влиянием этой действительности сам законодатель — и вместе с ним теория государственного права парламентского законодательного государства — объявляет все меры законодателя законами и уже не различает у законодателя закон и меру, то будет логичным, что, наоборот, уполномоченный принимать меры диктатор получает также чрезвычайное законодательное право. Законодатель может принимать меры, а диктатор, уполномоченный принимать меры — издавать законы. Хотя на практике неразличение закона и меры будет происходить, вероятно, на уровне меры. Государству управления, проявляющемуся в практике мер, присущ скорее «диктатор», нежели отделенный от исполнительной власти парламент, компетенция которого состоит в том, чтобы на длительный срок устанавливать общие, заранее определенные нормы.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В Веймарской конституции появляются три чрезвычайных законодателя — *ratione materiae*, *ratione supremitatis* и *ratione necessitatis*. Они угрожают логике системы легальности парламентского законодательного государства, которой стремится придерживаться конституция, несмотря ни на что. За рамками рассмотрения при этом остаются остальные осложнения, являющиеся следствием федералистских элементов конституции. Можно предположить, что в таком положении обычный парламентский законодатель не выдержит натиска своих трех чрезвычайных соперников. Однако это предположение теоретически неверно, если ограничивается рассмотрением самой конструкции конституции. Поскольку там, где речь идет об политически основополагающем конституционном решении, затрагивающем тип всего государства, всегда побеждает система, которая в качестве конструктивного принципа решительно использует конституцию, — пока столь же принципиально и последовательно не будет реализована другая система. Например, парламентаризму Французской республики удалось обезвредить те ростки плебисцитарной легитимности, что содержались в конституционных законах 1875 года с их возможностью роспуска парламента. Полная «секуляризация» французского государства соответствовала логике либеральной ценностной нейтральности в конфессиональных и религиозных вопросах. Во Французской республике на обозримое время практически не просматриваются контроль парламента через материальное право судебной проверки или другие методы государства правосудия. Впрочем, эти французские конституционные законы 1875 года ограничиваются организационными определениями и не знают чрезвычайных законодателей Веймарской конституции.

Несмотря на это, парламентская система легальности могла бы остаться победителем и в этой конституции. Ведь отклонения от основных положений и конструктивных принципов парламентского законодательного государства, произошедшие в результате введения трех чрезвычайных законодателей, сами по себе не ясны и не до конца продуманы в самой конституции. В них содержатся попытки и подходы, которые понимаются скорее как исправления определенных недостатков парламентской системы и потому должны спасать эту систему, а не устанавливать новый вид государства, будь-то государство правосудия, правительства или управления. Подобные отклонения сразу лишатся большей части своего практиче-

ского значения, как только парламент решительно, единой волей осознает свою власть. Даже простое большинство обладает средствами для того, чтобы через свои законы и правительство, зависимое от его доверия, без особых усилий легально победить в конкуренции с государством правосудия. Материально-правовые конституционные гарантии можно разделить на те, что неинтересны соответствующему большинству из-за их неполитического характера, и те, что можно подчинить власти соответствующего большинства из-за их политического значения. Парламент также обладает некоторыми возможностями практически лишить значения второго чрезвычайного законодателя и конкурента — плебисцитарную законодательную процедуру. Это действительно с большим успехом произошло в последние годы. В результате толкования ст. 75 ИК, санкционированного Судом по проверке выборов и рассматриваемого *Г. Аншюцом* (*G. Anschütz, Kommentar, S. 400*) уже в качестве «окончательного», при плебисците по народной инициативе также требуется участие большинства голосующих, что тем самым устраняет тайну голосования и демократический подсчет результатов голосования и делает проведение такого плебисцита практически невозможным. Очень интересно, что именно в отношении этого плебисцитарного законодателя со стороны правительства вспомнили о материальном понятии закона и о принципе различения властей и тем самым исключили из этой законодательной процедуры меры, правительственные акты и т.д. (Reichstagsdrucksache 1928/29 №. 1429 — народная инициатива принятия закона об отмене плана Янга). Наконец, третий чрезвычайный законодатель — диктатор ст. 48, п. 2 — может действовать легально лишь до тех пор, пока его терпит парламентский законодатель, то есть пока последний не воспользуется своим правом отменять меры и пока не вынесет вотум недоверия имперскому правительству, которое делает контрассигнацию. Тем самым некоторые случаи применения ст. 48, п. 2, особенно практика чрезвычайных постановлений последних лет, предстают как суммарная законодательная процедура, осуществляемая с молчаливого одобрения парламента. Конечно, во всех трех случаях мыслимы конфликты, однако конституционное разделение властей таково, что при наличии твердой и ясной воли большинство рейхстага без особых сложностей оказывается легальным победителем.

И все же этим еще не восстановить систему легальности парламентского законодательного государства. Соответствующая воля соответствующего парламентского большинства давно основывает-

ся лишь на компромиссе довольно гетерогенных властных организаций, а парламент превратился в арену плюралистической системы. И даже при попытках создать своего рода замену парламенту в виде советов, комитетов и т.п., например, в случае так называемого Экономического совета при рейхспрезиденте (октябрь 1931 года), открыто проявляется плюралистическое раздробление. Последовательно реализованный плюрализм нуждается в другого рода оправдании, нежели легальность парламентского законодательного государства. Устойчивые властные организации, тотально охватывающие своих членов с мировоззренческих, экономических и иных точек зрения, — другими словами, носители плюралистической системы, — превращают все государственные, федералистские, коммунальные, социально-правовые и иные компетенции в позиции для своего властного комплекса; путем договоров и компромиссов с другими партнерами по плюралистической системе они образуют определяющую государственную волю. В жизненно важных для них вопросах они не могут, — и здесь это самое главное, — уступить и дать забаллотировать себя. Пока они политически существуют как таковые, они самим своим политическим существованием не могут не влиять определяющим образом на понятие конституции и толкование конституции. Если они попадают в логику системы легальности, угрожающую их роду бытия, они должны или отказаться от своего политического существования, или в какой-либо форме задействовать право на сопротивление. Но, как уже говорилось, устранение любого права на сопротивление есть подлинная функция понятия легальности, которое в свою очередь специфическим образом присуще парламентскому законодательному государству. Впрочем, власти плюралистического партийного государства мало интересуются логикой. Они охотно остаются в полумраке промежуточного положения, позволяющего им выступать то в качестве «государства», то в качестве «лишь социальной величины» и «просто партии», пользоваться всеми выгодами влияния на государственную волю без всякой ответственности и политического риска и таким образом играть *à deux mains*⁵. Однако эта воля к нелогике никак не спасает парламентскую систему легальности. Подобное промежуточное положение отменяет парламентское законодательное государство и его понятие легальности.

То же самое касается следующего неизбежного следствия плюралистической системы — отрицания принципа равных шансов.

⁵ в две руки (лат.).

Их лишены практически все партии, не относящиеся к партнерам плюрализма. Здесь ничего не изменит обвинение в этом правых, левых, центра или выявление партии, которую можно упрекнуть в том, что она «первая начала» устранять эту предпосылку легальности. И даже остается открытым вопрос, можно ли восстановить систему легальности посредством возвращения к «чистому» состоянию «чистого», то есть гомогенного парламентского большинства, или же скорее именно от гомогенного, простого или даже конституционного большинства следует ожидать самых ужасных злоупотреблений премией за власть и самых больших угроз для системы легальности. Тем самым в плюралистическом партийном государстве перестает действовать существенная предпосылка понятия легальности. Пока не возникло нового вида конституционной формы, который соответствовал бы возникшей плюралистической системе. Ни подлинная власть плюралистических организаций, ни конституционно-теоретическое сознание эпохи не создали специфических форм. Скорее все до сих пор остается в русле и формулах традиционных систем обоснования. Партии пытаются всеми силами использовать легальность соответствующего обладания властью, прежде всего, ее политические премии и прибавочную стоимость. Однако в той же мере, в какой они этим самым подрывают систему легальности парламентского законодательного государства, они наталкиваются на систему плебисцитарно-демократической *легитимности*, противостоящую легализму законодательного государства.

На легитимность плебисцитарных народных выборов опирается не только рейхспрезидент, являющийся противовесом парламенту. Парламент также уже не имеет в себе достоинства собрания со специфическими качествами, издающего законы в специфическом смысле слова. Он уже не имеет собственного самостоятельного значения, которое он должен был бы иметь в качестве источника легальности законодательного государства, основанного на легальности. Ведь *выборы* стали плебисцитарным процессом. Они уже давно не являются *отбором* в смысле выдвижения и продвижения элиты и обоснования независимой репрезентации. В одном направлении с плебисцитарностью происходит превращение роспуска парламента в нормальный процесс в смысле «апелляции к народу», что опять таки имеет плебисцитарное значение и функцию. В таком случае соответствующий парламент с его соответствующим большинством является лишь плебисцитарным передаточным звеном. Лишь по «социально-

техническим» причинам в системе плебисцитарных процессов он получает производное значение. С учетом практики чрезвычайных постановлений рейхспрезидента немецкое государство в нынешней конкретной конституционной действительности предстанет в качестве соединения государства управления и правосудия, которое на основе и в рамках плебисцитарно-демократической легитимности находит своеобразное последнее обоснование. Однако смысл плебисцитарного волеизъявления заключается не в установлении норм, но, как ясно выражает слово «плебисцит», в решении волей народа. Природа предмета такова, что плебисциты можно организовать только в определенный момент и только через определенное время; часто цитированный «ежедневный плебисцит», «*plébiscite de tous les jours*», вряд ли будет организован в действительности. Народ может сказать лишь «да» или «нет»; он не проводит совещания, обсуждения или дискуссии; он не может править и не может управлять; он также не может устанавливать нормы, но может лишь санкционировать своим «да» предложенный ему проект нормы. Но прежде всего он не может поставить никакого вопроса, но может лишь ответить на поставленный вопрос посредством «да» или «нет». Если вместо вопроса, на который можно дать ответ, ему предлагается ряд партийных списков кандидатов, которые в свою очередь также крайне сомнительным образом возникли в сумраке партийных комитетов, если даже правительство при роспуске парламента избегает ставить вопрос прямо, тогда то, что разыгрывается при «выборах», становится внутренне невозможным процессом. Это уже не выборы — по смыслу это плебисцит; однако из-за отсутствия вопроса, на который можно дать ответ, он не становится или — в лучшем случае — лишь при счастливом совпадении становится настоящим плебисцитом с «да» или «нет».

И тем не менее плебисцитарная легитимность — это единственный вид обоснования государства, который сегодня может признаваться всеми. Так что очень вероятно, что большая часть несомненно существующих сегодня тенденций к «авторитарному государству» объясняется именно этим. От этих тенденций невозможно просто так отмахнуться как от реакционной или реставрационной ностальгии. Гораздо важнее понять, что причину сегодняшнего «тотального государства», вернее тотальной политизации всего человеческого бытия, следует искать в демократии и что, как показал Хайнц О. Циглер (*Heinz O. Ziegler, Autoritärer oder totaler Staat, Tübingen 1932*), для осуществления необходимой деполитизации

требуется стабильный авторитет, чтобы с помощью тотального государства вновь получить свободные сферы и области жизни. Однако с точки зрения конституционной теории самый сильный мотив подобных тенденций к *auctoritas* заложен в самой ситуации — он непосредственно вытекает из того, что плебисцитарная легитимность остается сегодня единственной признанной системой обоснования. Поскольку все плебисцитарные методы зависят от постановки вопроса, в них предполагается правительство, не только занимающееся делами, но и способное в силу авторитета в нужный момент выносить на плебисцит нужные вопросы. Вопрос может быть поставлен только сверху; ответ может прийти только снизу. И здесь подтверждается формула великого конструктора конституции *Сийеса*: авторитет — сверху, доверие — снизу. Плебисцитарная легитимность нуждается в правительстве или в какой-то иной авторитарной инстанции, которой можно доверять, что она правильно поставит правильный вопрос и не станет злоупотреблять большой властью, заключенной в постановке вопроса. Это очень важный и редкий вид авторитета. Он может возникать из разных источников: под влиянием и впечатлением от большого политического успеха; в силу сохраняющихся авторитарных остатков демократической эпохи; или из политической репутации околомонархической элиты — по сравнению с которой сегодняшние организованные партии чаще всего являются лишь суррогатом или карикатурой. И правительство, пожелавшее вместо парламентской легальности или плебисцитарной легитимности избранного президента опереться на силу армии или чиновничества, нуждалось бы в плебисцитарной легитимности как санкции, поскольку сегодня уже нет никакой иной санкции. Но тогда оно должно решиться самостоятельно поставить плебисцитарный вопрос, несмотря на весь риск неудачи. Это только кажется, что более надежно использовать то превосходство, что само падает в руки правительства в результате «провала» всех других, пока оно избегает ясной постановки вопроса. Это может продолжаться какое-то время. Плащ плебисцитарной легитимности широк и имеет множество складок, поэтому он может многое замаскировать и скрыть. Однако апелляция к народу всегда вызывает какую-то зависимость того, кто апеллирует, и даже знаменитые примеры наполеоновских плебисцитов показывают, насколько проблематична и противоречива подобная легитимация. Так что было бы опасным заблуждением считать инструмент плебисцитарной легитимности более безобидным, нежели иные методы и надеяться, что слабая рука или

половинчатая воля могут здесь с легкостью пройти в качестве приятного дополнения.

Впрочем, нынешнее промежуточное положение в целом характеризуется стремлением к дополнениям и приложениям. Несмотря на плебисцитарные методы роспуска парламента, в неясные переходные времена любое правительство будет избегать ставить плебисцитарный вопрос, окончательный ответ на который может быть «да» или «нет». В обоснование распоряжения рейхспрезидента о роспуске парламента от 4 июня 1932 года (RGBl. 1, 255) приводится то, что рейхстаг «по результатам прошедших за последние месяцы выборов в ландтаги немецких земель уже не соответствует политической воле немецкого народа». Здесь плебисцитарное обоснование связано с уходом от плебисцитарного вопроса, и «выборы», которые последуют за подобным роспуском, не могут дать однозначного ответа, достаточного для принятия уверенного политического решения. Весь процесс не является ни подлинными выборами, ни подлинным плебисцитом и — в зависимости от результата — лишь служит правительству или некоторым партиям в качестве дополнения к отсутствующей легитимации. Но и чиновничество, на которое опирается государство управления, понятным образом ищет подобных дополнений. Оно привязано к традиционным формам — хоть династической, хоть демократически-плебисцитарной — легитимности, ни одна из которых не подходит для новых задач государства, разворачивающегося к тотальности — экономического государства, государства обеспечения и др. Так что и это чиновническое государство вынуждено брать авторитет взаймы (аналогично инстанции в римском государственном праве, обладавшей *jus cum patribus agendi*⁶ и получавшей *auctoritas* государства). Возможности для этого оно находит отчасти у рейхспрезидента, отчасти — у юстиции высших судов, особенно Государственного суда Германского рейха и Имперского суда. Однако само собой разумеется, что суды могут выполнять эту функцию лишь до тех пор, пока сохраняется их авторитет и пока он не растрочен в результате решения политических вопросов власти в форме юстиции.

Наконец, в своеобразных условиях подобного партийного государства организованные носители плюралистической системы вообще могут жить только дополнениями, ибо не обладают никаким собственным внутренним авторитетом. В конечном счете,

⁶ право (трибунов) созывать сенат.

они, — хотя конституция требует правительства, обладающего доверием парламента, — не выносят правительству ни вотума доверия, ни вотума недоверия, но находят целый ряд таких промежуточных стадий, как «одобрение» или «терпение» в качестве выражения своего промежуточного положения между государством и партией; они не издают закона о наделении полномочиями и при этом не требуют приостановки действия распоряжений, изданных на основании ст. 48, п. 2, но и здесь предпочитают промежуточное положение. Плюралистическое партийное государство становится «тотальным» не из-за силы и могущества, но из-за слабости; оно вторгается во все сферы жизни, поскольку должно исполнять требования всех интересантов. В особенности в области экономики, прежде свободной от вмешательства государства, даже если оно отказывается там от любого руководства и политического влияния. «Государство, которое в экономико-техническую эпоху отказывается самостоятельно правильно понимать и руководить экономическим и техническим развитием, должно было бы объявить себя нейтральным в отношении политических вопросов и решений и тем самым отказаться от своей претензии на господство». Однако если отрицается и устраняется всякое право на сопротивление, то ни одно государство никогда не откажется от притязания на господство, пока оно, — каким бы слабым ни было, — вообще существует в качестве государства. И возможно, наоборот, подтвердится то, о чем говорил *Б. Констан*: слабость и посредственность используют доставшуюся власть более нервно и злонамеренно, чем подлинная сила, даже если она будет захвачена своей страстью. Поэтому слабое государство так же без разбора ищет любых легализаций, легитимаций и санкций и пользуется ими, если находит. Государство, которое «тотально» в количественном отношении, то есть по объему и сфере своего вмешательства, одновременно является раздробленным как плюралистическое партийное государство. В нем все сгустки власти, присваивающие себе политическое влияние, — причем как существующие относительно давно, так и быстро исчезающие, — находятся под одним и тем же давлением: использовать момент нахождения у власти, опередить внутривнутриполитического противника и рассматривать любой вид обоснования как оружие во внутривнутриполитической борьбе. В таком случае легальность и легитимность становятся тактическими инструментами, которые каждый использует так, как выгодно в данный момент, которые отбрасываются, если они направляются против него самого, и которые каждый постоянно пытается выбить из рук других.

Ни парламентская легальность, ни плебисцитарная легитимность, ни какая-либо другая мыслимая система обоснования не переживет подобной деградации до уровня технического функционалистского инструмента. Даже конституция распадается на свои противоречивые составные части и возможности толкования, и никакая нормативистская фикция «единства» не может предотвратить того, что каждая борющаяся группа присваивает себе те части и слова конституции и конституции, которые кажутся ей наиболее подходящими для разгрома противной партии от имени конституции. В таком случае легальность, легитимность и конституция не предотвращают гражданскую войну, а лишь способствуют ее обострению.

В подобной ситуации и с подобными методами остатки авторитета исчерпываются столь же быстро, как легальность и легитимность, и тогда все ощущают необходимость новой редакции конституции. И тогда даже низший вид заинтересованных в сохранении *status quo* встраивается в общий клич о необходимости «реформ». И будет высшим несчастьем, если неизбежная новая редакция станет в этих руках инструментом тактического компромисса, а серьезная возможность реформы будет уведена на ложный путь путем каких-нибудь организационных сдвигов. Так что необходимо ясное осознание основополагающих конструктивных связей, которые отличают конституцию от каких-либо продуктов партийно-политического законодательного предприятия. Прежде всего необходимо четко поставить первый и важнейший вопрос, перед которым сегодня стоит любой серьезный план новой редакции немецкого конституционализма. Он затрагивает основополагающую альтернативу: *или* признание субстанциальных содержаний и сил немецкого народа, *или* сохранение и продолжение функционалистской ценностной нейтральности с ее фикцией равенства шансов для любых содержаний, целей и течений без различия.

Конституция, которая не может здесь определиться и вместо субстанциального порядка пытается дать борющимся классам, направлениям и целеполаганиям иллюзию, что они смогут легально осуществить свои ожидания, легально достичь всех своих партийных целей и легально уничтожить всех своих противников, сегодня невозможна даже как длительный формульный компромисс, а на практике она привела бы к разрушению своей собственной легальности и легитимности. В критический момент, в который проверяется конституция, она неизбежно подвела бы. Как было показано выше, к порокам Веймарской конституции относится то, что

и здесь в ней сосуществуют и в конечном счете противостоят друг другу первая и вторая главные части как две разные конституции с разным типом логики, разным духом и разной почвой. В том виде, в каком она существует, она полна противоречий. И даже то, что расплывчато и размыто содержалось в предложении Фридриха Науманна, когда тот, — высмеиваемый не имеющим никакого представления довоенным позитивизмом, — выдвинул свой проект основных прав, все же имело большее отношение к сущности немецкой конституции, нежели ценностная нейтральность функционалистской системы большинства. И если теперь, когда стало понятно, что Веймарская конституция — это *две* конституции, нужно будет выбрать одну из них, то решение должно быть принято в пользу принципа *второй* конституции и ее попытки создания субстанциального порядка. Ядро второй главной части Веймарской конституции заслуживает освобождения от собственных противоречий и ущербности компромисса и развития в соответствии с его внутренней логикой. Если это удастся, то идея немецкой конституции спасена. В ином случае скоро будет покончено с фикциями функционализма большинства, нейтрального в отношении ценности и истины. Тогда отомстит истина.

О ТРЕХ ВИДАХ
ЮРИДИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ

*На этом сочинении основаны доклады,
с которыми я выступил 21 февраля 1934 года
перед Обществом имени кайзера Вильгельма
в поддержку наук и 10 марта 1934 года на заседании
Совета имперских групп референдаров (молодых юристов)
в Союзе национал-социалистических немецких юристов.*

I. РАЗЛИЧИЕ ВИДОВ ЮРИДИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ

Каждый юрист, который осознанно или неосознанно кладет в основу своей работы понятие «*право*», понимает это право или как *правило*, или как *решение* или же как конкретный *порядок и форму*.

Всякое юридическое мышление работает как с правилами, так и с решениями, а также с порядками и формами. Но *окончательное*, юридически сформулированное представление, из которого юридически выводятся все остальные, всегда сводится к одному: или норма (в смысле правила и закона), или решение, или конкретный порядок. И в любом естественном праве или разумном праве — ведь они оба являются лишь последовательно и до конца продуманными формами юридического мышления — в качестве конечного представления о праве обнаруживается или норма, или решение, или порядок. В соответствии с этим могут быть определены и различные виды естественного или разумного права. Аристотелевско-томистское естественное право Средневековья, например, является юридическим мышлением о порядке, а разумное право XVII и XVIII века, напротив, частично является абстрактным нормативизмом, и частично — децизионизмом. В зависимости от значимости, приписываемой этим трем специфически юридическим понятиям в юридическом мышлении, и от последовательности, в которой одно выводится из другого или возводится к другому, различаются три вида мышления: *мышление о правилах и законах*, *мышление о решении* и *мышление о конкретном порядке и форме*.

При выявлении типов и видов мышления применительно к определенной области знания обычно соединяются и пересекаются многие другие различия, предназначенные для смежной области знания — в основном широкие и общие, но часто и узкие. Философские и характерологические типизации, естественно, влияют и на юриспруденцию. Среди юристов также можно обнаружить различие между платониками и аристотеликами, между он-

Перевод выполнен по изданию: Schmitt, Carl: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens / Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

тологистами и идеалистами, реалистами и номиналистами, между дискурсивной и интуитивной установками духа. В юриспруденции точно так же, как и внутри каждой области знания, заметны общие различия целостных человеческих установок (*habitus*); и здесь существуют флегматики и сангвиники, натуры, более ориентированные на динамику, и натуры, более ориентированные на статику, волюнтаристы и интеллектуалисты и т.д. Также можно выявить определенные стадии роста и возраста в истории права; так, например, *Савиньи* различал возрасты детства, юности, зрелости и старости, чтобы объявить потребность в кодификации признаком завершенного периода юности и, исходя из этого, отклонить необходимость кодифицированного гражданского законодательства для все еще юного немецкого народа. Далее можно было бы задаться отдельным вопросом относительно того, возможно ли свести юридическое мышление в целом или мышление определенных областей и дисциплин в особенности к одному определенному мыслительно-му или человеческому типу; является ли, например, как я предполагаю, подлинное юридическое мышление понятийным реализмом, по крайней мере, в общественном праве, тогда как последовательный номинализм представляет собой опасность для правильной юриспруденции, разрушает ее и в лучшем случае мог бы иметь некоторое применение в гражданском праве, регулирующем транспортное сообщение.

Однако темой этого сочинения является другая проблема. Здесь предстоит установить и провести различие относительно различных видов юридического мышления, выделяющихся теоретически, практически и с точки зрения истории духа, — причем не извне, а *изнутри* юридической работы. Это путь конкретного наблюдения, который, вероятно, скорее приведет к определенному результату, нежели общие методологические или теоретико-познавательные предварительные исследования чисто логических возможностей или чисто формальных условий юриспруденции вообще. Если подобные общие предварительные исследования вообще достигают конкретного юридического предмета, а не остаются совершенно пустыми и беспредметными, то они сами в большинстве случаев могут объясняться различием трех юридических мыслительных типов. Формальная безусловность и якобы чистые категории основаны в юриспруденции лишь на безусловном самоутверждении определенного типа юридического мышления. Достаточно выявить его как таковой, чтобы распознать и правильно определить логику методологических ходов его мысли.

Имеет большое значение то, какой тип юридического мышления утверждается в определенную эпоху и у определенного народа. Различные народы и расы относятся к различным типам мышления, и вместе с преобладанием определенного типа мышления может быть связано духовное и тем самым политическое господство над определенным народом. Есть народы, которые существуют без территории, без государства и без церкви — лишь с «законом»; для них нормативистское мышление предстает как единственно разумное правовое мышление, а любой иной вид мышления — как непонятный, мистический, фантастический или смешной. Немецкое средневековое мышление, напротив, являлось вполне конкретным мышлением о порядке, однако рецепция римского права в Германии с XV века вытеснила этот вид мышления у немецких юристов и способствовала упрочению абстрактного нормативизма. В XIX веке вторая, имевшая не меньшие последствия рецепция, — либерально-конституционного нормативизма — отделила немецкое конституционно-правовое мышление от конкретной реальности внутригерманских проблем и исказила его до мышления о нормах «правового государства». В природе вещей заложено то, что рецепции чужих правовых систем оказывают подобное воздействие. Любая форма политической жизни находится в непосредственной взаимосвязи со специфическими способами мышления и аргументации в правовой жизни. Правовое чувство, правовая практика и правовая теория, например, в феодальном государстве отличается от правового мышления в сфере транспорта при изменяемом гражданско-правовым путем буржуазном порядке не только методом и содержанием отдельного приведения юридических доказательств. Для правоведческого различения видов юридического мышления гораздо большее значение имеет то, что различие проявляется в предполагаемых и основополагающих представлениях о некоем целостном порядке, в представлениях о том, что может рассматриваться в качестве *нормальной ситуации*, кто является *нормальным человеком* и какими являются — подлежащие справедливому суждению — конкретные фигуры жизни, рассматриваемые в правовой жизни и правовой мысли в качестве *типичных*. Без постоянных, неизбежных и необходимых конкретных *предположений* не существует ни юридической теории, ни юридической практики. Однако эти правовые предположения возникают непосредственно из конкретных предпосылок ситуации и человеческого типа, рассматриваемых в качестве нормальных. Поэтому они отличаются как в зависимости от эпохи и народа, так и от видов юридического мышления.

1. МЫШЛЕНИЕ О ПРАВИЛАХ И ЗАКОНАХ (НОРМАТИВИЗМ) И КОНКРЕТНОЕ МЫШЛЕНИЕ О ПОРЯДКЕ

Я исхожу из того, что при различении видов юридического мышления важно учитывать, понимается ли под правом правило, решение или порядок. Почти само собой разумеется, что каждый из определяемых в зависимости от этого видов юридического мышления отождествляет характерное для его типа представление — то есть или норму, или решение, или конкретный порядок — с самим правом и оспаривает у другого типа притязание на «строгую правовую» образ мышления. Поэтому будет правильным *не* рассматривать в качестве противоположностей, например, *право* и решение, *право* и закон или *право* и порядок, поскольку в подобных антитезах уже сокрыт целый мир заранее принятой точки зрения. По тем же причинам также не следовало бы *говорить о правовых нормах, правовых решениях или правовых порядках одновременно*, поскольку проблематичным является не противоположность права и нормы, решения или порядка, а различный характер мышления о нормах, мышления о решениях и мышления о порядке; и *каждое* из этих понятий интерпретирует право по-своему. Каждое из них претендует быть подлинным смыслом и ядром права; каждое пытается стать всеобщим и самостоятельно юридически определять два других понятия.

Когда мы, например, привычно говорим о «*право-порядке*» без прояснения отношения между правом и порядком, то мы используем лишь одно из многих двусмысленных слов, ставших распространенными и популярными типичным для XIX века образом. Существуют наполненные жизнью соединения понятий, объединяющие две в равной мере актуальные, субстанциальные величины вроде Северной Германии, Латинской Америки и т.д. Аналогичным образом необходимым является такое слово как «национал-социализм», поскольку оно кладет конец разрыванию на части и разыгрыванию национализма против социалистического и наоборот социализма против национального. Однако существуют и такие крайние словосочетания, которые вместо объединяющей целостности создают лишь обобщающее смешение *всего под ряд* или же дилетантское *как – так и*. Сочетание слов и понятий «право-порядок» сегодня больше не относится к полезным словосочетаниям, поскольку оно может использоваться для сокрытия различия, существующего между мышлением о правилах и мышлением о порядке. Ведь если слово «право» в выражении «право-

порядок» понимается как абстрактная норма, правило или закон, и каждый нормативистски мыслящий юрист естественно понимает его в этом смысле, то с точки зрения подобного нормативистского представления о праве любой порядок вообще превращается в простое воплощение или простую сумму правил и законов. В результате возникают известные определения понятий в учебниках, которые — в случае преобладания нормативистского мышления — редуцируют любой конкретный порядок к правилам законов и дефинируют всякое право и всякий порядок как «воплощение правовых правил» или что-то подобное. Словосочетание «право-порядок» также может допускать такое логическое и языковое толкование, когда с точки зрения конкретного *порядка* право понимается не как «правовое правило», но понятие права выводится из самостоятельного понятия «порядок»; тем самым преодолевается нормативистское присвоение понятия права и превращение *правопорядка* в простое правовое *правило*.

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. Соответственно мышление о нормах и правилах есть лишь ограниченная, а именно производная часть целостной и полной сферы юридических задач и действий. Норма или правило не создает порядка; скорее лишь на почве и в рамках данного порядка она выполняет определенную регулирующую функцию с относительно небольшой мерой самостоятельной в себе значимости, независимой от положения вещей. Для нормативистского метода, напротив, характерным является то, что он изолирует и абсолютизирует норму или правило (в отличие от решения или от конкретного порядка). Любое правило, любая установленная норма регулирует множество случаев. Она возвышается над отдельным случаем и над конкретной ситуацией и потому — в качестве «нормы» — обладает определенным преимуществом и превосходством над простой действительностью и фактичностью конкретного частного случая, изменяющейся ситуации и непостоянства человеческой воли.

На этом превосходстве базируется тот аргумент, что придает нормативизму его преимущество и превращает его в некий вечный тип истории права. Нормативистское мышление может ссылаться на то, что является *безличным* и объективным, тогда как решение всегда является личным, а конкретные порядки — *надличными*. То есть нормативист задействует безличную, объективную справедли-

вость против личного произвола децизиониста и феодального, сословного или прочего плюрализма порядков. Во все времена требовали того, чтобы господствовал закон, а не люди. Так нормативист нормативистским способом толкует одну из прекраснейших и древнейших формулировок в человеческой истории права вообще — слова Пиндара о *nomos basileus*, о “номосе как царе”: “господствовать” или “приказывать” должен лишь закон, а не потребность кого бы то ни было, требование постоянно изменяющейся ситуации или тем более произвол людей. В многочисленных исторических ситуациях и многих вариациях эти слова о *nomos basileus*, о законе как царе, о *lex* как единственном *rex*, обладали мощной силой воздействия. Каждый раз вновь повторялись слова о том, что господствовать должны только законы, а не люди. Во влиятельной на протяжении двух тысячелетий стоической традиции это привело к формулировке Хрисиппа¹, согласно которой закон есть царь, надзиратель, властитель и повелитель над нравственным и безнравственным, над правом и беззаконием. Часто повторявшиеся антиязызы *ratio* и *voluntas, veritas* и *auctoritas* также поддерживали требование господства закона в противопоставлении с господством людей. Отцы американской Конституции 1787 года полностью находились в подобной традиции, когда пытались так отрегулировать конституцию и общественную жизнь Соединенных Штатов, чтобы имелось *government of law, not of men*. Все отцы «правового государства» говорят на этом языке и делают из правового государства государство законов.²

¹ Ausgabe der Stoiker-Fragmente von H.V. Arnim, Band III (1905), S. 314.

² Так звучит определение «правового государства»: G. Anschütz, Deutsches Staatsrecht, in: Encyclopädie Holtzendorff-Kohler, Bd 2 (1904), S. 593: «государство, полностью находящееся под знаком права, высшей волей которого именуется не гех, а lex; сообщество, в котором правовыми установлениями определяются не только отношения отдельных лиц между собой, но прежде всего с государственной властью, в котором правление и подчинение осуществляется в соответствии с законом, а не в соответствии с принципом *tel est notre plaisir* правящих лиц... Правопорядок должен «быть нерушимым даже применительно к короне» (von Martitz), а закон выступать в качестве власти, которой в равной степени подчинена как воля подданных, так и воля господствующих лиц». Это место одновременно является образцовым примером позитивистского отождествления права и закона (причем «закон», в конечном счете, децизионистски превращается в простое решение большинства в парламенте).

Однако «номос», как и «law», означает не закон, правило или норму, а право, которое является как нормой, так и решением и, прежде всего, порядком; понятия царь, властитель, надзиратель или *governor*, но также судья и суд, немедленно помещают нас в конкретные институциональные порядки, уже не являющиеся простыми правилами. Право как властитель, *nomos basileus*, не может быть какой-то произвольной, исключительно позитивной нормой, правилом или установлением в виде закона; номос, который стремится быть праведным царем, должен заключать в себе определенные высшие, неизменные, но конкретные качества порядка. О простом модусе функционирования или о расписании не говорят, что это «царь». Если чисто нормативистское мышление желает последовательно оставаться внутри самого себя, оно должно постоянно ссылаться лишь на нормы и их значимость, но ни в каком случае на какую-то конкретную власть и достоинство. Для чистого нормативиста, который всегда обращается к норме как основанию собственного юридического мышления, царь, вождь, судья, государство становятся простыми нормами-функциями, и высший ранг в иерархии этих инстанций есть лишь следствие более высокой нормы, тогда как, наконец, высшая или глубочайшая норма, закон законов, «норма норм», чистейшим и интенсивнейшим образом становится не чем иным, как нормой или законом.³ *In concreto* тем самым достигается не что иное, как то что норма или закон политико-полюемически разыгрывается против царя или вождя; закон вместе с подобным «господством закона» разрушает конкретный царственный или вождистский порядок; властители *lex* подчиняют себе *rex*. Чаще всего это и является конкретным политическим намерением подобного нормативистского разыгрывания *lex* против *rex*.⁴

О действительном *nomos*'е как действительном царе можно говорить лишь в том случае, если *nomos* означает именно тотальное понятие права, также охватывающее конкретный порядок и общество. Точно так же как в сочетании слов и понятий «право-порядок» два различных понятия права и понятия взаимно определяют друг друга, в составном выражении *nomos-царь* номос уже мыс-

³ В период с 1919 по 1932 г. притязания абстрактного нормативизма на господство с особой «чистотой» отстаивала так называемая Венская школа, возглавляемая Г. Кельзенем.

⁴ См. выше в качестве примера из последнего немецкого столетия дефиницию «правового государства» у Г. Аншюца.

лится как конкретный жизненный и общественный порядок, если слово «царь» вообще может обладать здесь неким смыслом; и точно так же «царь» есть понятийно-правовое представление о порядке, которое должно было быть идентично номосу, если представление о номосе-царе должно было быть не внешним связыванием слов, а подлинным у-порядочиванием. Насколько *nomos* есть *царь*, настолько *царь* есть *nomos*, и тем самым мы уже снова оказываемся в случае конкретных решений и институтов вместо абстрактных норм и всеобщих правил. Даже если попытаться сконструировать зависящего лишь от нормы, «подчиненного только закону» *судью* как чистый орган чистой нормы и таким образом допустить господство исключительно нормы, то оказываешься в ситуации порядков и иерархической последовательности инстанций и подчиняешься не чистой норме, а конкретному порядку.

Ведь закон не может сам себя применять, использовать или исполнять; он не может ни интерпретировать себя, ни определять или санкционировать; он также не может — оставаясь при этом нормой — называть или назначать конкретных людей, которые должны его интерпретировать и применять. Независимый, подчиняющийся исключительно закону *судья* также есть не нормативистское понятие, а понятие порядка, компетентная инстанция, звено в системе определенного порядка должностей и ведомств. То, что *компетентным* судьей является именно это конкретное лицо, вытекает не из правил и норм, а из конкретной организации суда и конкретных персональных назначений и приглашений на должность. Так что остается верным на века то, что Гельдерлин сказал в примечании к своему переводу того места из Пиндара, где говорится о “*nomos basileus*”⁵: «Номос, закон, является здесь наставлением в том смысле, в каком оно представляет *форму*, посредством которой встречаются человек и бог, церковь и закон государства с унаследованными из прошлого установлениями, которые — точнее искусства — схватывают *жизненные отношения*, в которых со временем *определенный народ нашел и находит себя*».

Любое правоведческое изучение комбинированных двойных слов типа «право-порядок», «господство закона», «действие норм» допускает проявление двух различных способов юридического мышления: абстрактного типа, связанного с правилами и нормами, и типа, связанного с конкретным порядком. Для юриста первого типа, который обнаруживает право в заранее определенных пра-

⁵ Bd. VI, S. 9 / N. v. Hellingrath, L. v. Pigenot и F. Seebaß (Hrsg.), Berlin 1923.

вилах и нормах, независимых от конкретного положения дел, любое явление правовой жизни — любой приказ, любая мера, любой договор и любое решение — превращается в норму, а любой конкретный порядок и сообщество распадаются на серию действующих норм, «единство» или «система» которых также является исключительно нормативной. В сущности порядок состоит для него в том, что конкретная ситуация соответствует общим нормам, с которыми она соизмеряется. Однако это «соответствие» представляет собой сложную и часто обсуждаемую логическую проблему, поскольку нормативистское мышление, — чем более оно становится *чисто* нормативистским, — ведет к постоянно усиливающемуся разделению нормы и действительности, долженствования и бытия, правила и конкретного положения вещей. Все действующие нормы, насколько они действительны, естественно всегда существуют «в порядке»; «не-порядок» конкретной ситуации, напротив, не интересует нормативиста, интересующегося лишь нормой. В этом смысле, с нормативистской точки зрения конкретное положение дел просто не может быть не-порядком в законе в противоположность порядку.

С нормативной точки зрения подтверждением легального установления является то, что убийца приговаривается к смерти согласно действующему закону об уголовных наказаниях; однако преступление является не «не-порядком», а просто «составом преступления». В качестве такового для юридически-нормативистской логики это есть «состав преступления» точно так же, как это имеет место в налоговом и гражданском праве, когда налоговые претензии государства и частнопровые претензии вызываются наличием состава преступления согласно закону. Наказание есть «вторжение» в свободу преступника подобно тому, как налог является вторжением в собственность, а военная служба даже вторжением в право на собственную жизнь. Все эти «вторжения» без различия являются либо законными, либо незаконными. С нормативистской точки зрения о них нельзя сказать ничего другого. Все право сгущается до отделенной от обстоятельств нормы; все остальное есть «голый факт» и соответствующий обстоятельствам дела повод для «подтверждения закона». Обосновывающее притязания государства на осуществление наказания преступление, — нормативистски редуцированное до соответствующей обстоятельствам дела предпосылки применения нормы — уже не является порядком или не-порядком подобно обручению дочери, обосновывающему притязания на приданое. Ведь в таком случае преступник не

нарушает покой и порядок; он даже не нарушает всеобщую норму в качестве правила; «с юридической точки зрения» он собственно ничего не нарушает. Можно нарушить лишь *конкретный покой* или *конкретный порядок*; лишь с точки зрения подобного мышления можно получить понятие преступления. Как известно, абстрактная норма или правило, напротив, продолжает неизменно действовать вопреки «преступлению»; она парит над любой конкретной ситуацией и любым конкретным действием; она не утрачивает силы в результате так называемого противоречащего нормам или противозаконного поведения. Нормативность и фактичность суть «совершенно различные уровни»; долженствование остается незатронутым бытием и сохраняет свою нерушимую для нормативистского сознания сферу, тогда как с нормативистской точки зрения все различия права и беззакония, порядка и не-порядка в конкретной действительности превращаются в предпосылки применения норм. Предметность и объективность чистого нормативизма доходит здесь до юридического абсурда, разрушающего и уничтожающего порядок.

Впрочем, возможно представить себе предсказуемое функционирование отношений человеческого общения как простую функцию заранее определенных, калькулируемых, всеобщих правил. Тогда бесперебойное протекание подобного общения в соответствии с нормами и правилами предстает в качестве «порядка». Существует область и сфера человеческой жизни, в которой подобное правилосообразное функционалистское понятие порядка имеет смысл. Например, в рамках железнодорожного сообщения по расписанию можно сказать, что здесь «господствует» не личный произвол людей, а безличная предметность расписания, и что это соответствие расписанию есть «порядок». Правильно отрегулированное движение на транспортных путях крупного современного города представляет собой лучший образ подобного рода «порядка». Здесь даже последний остаток человеческого господства и произвола, который еще мог бы изображать регулировщик движения, заменен точно функционирующими, автоматическими цветовыми сигналами. Область жизни, интерес которой направлен исключительно на предсказуемость надежной регуляции, подобно транспортному порядку в индивидуалистическом буржуазном обществе, вероятно еще можно связать с подобным понятием порядка. Однако имеются другие отрасли человеческого существования, в которых перенос подобного правилосообразного функционализма разрушил бы специфически правовую сущность конкретного поряд-

ка. Это все области жизни, которые принимают не техническую форму, напоминающую транспортную сферу, а форму институциональную. Их понятия того, что является нормальным, нормальным типом и нормальной ситуацией заключены в них самих, и их понятие нормальности не исчерпывается — как в технизированном обществе транспортных сообщений — выполнением предсказуемой функции регулирования, устанавливающего нормы. Они обладают собственной правовой субстанцией, которой также вполне известны всеобщие правила и регулярности, но лишь как следствие этой субстанции, лишь исходя из своего собственного конкретного, внутреннего порядка, который не является суммой подобных правил и функций. Совместная жизнь супругов в браке, членов одной семьи, членов родового союза, членов одного сословия, чиновников одного государства, священников одной церкви, товарищей по трудовому лагерю и солдат одной армии не может раствориться ни в функционализме заранее определенных законов, ни в договорном регулировании.

Многие привычки, регулярность и предсказуемость внутри подобных порядков не могут и не должны охватывать и исчерпывать сущность этого порядка, но лишь служить ему. Конкретный внутренний порядок, дисциплина и честь любого института противостоят, пока институт существует, любой попытке безграничного установления норм и правил; они ставят всякого законодателя и всякого, кто применяет закон, перед дилеммой: либо принять и применять конкретные понятия права, данные вместе с институтом, либо же разрушить этот институт. Где еще существует, например, семья как законодатель, там и применяющий закон юрист постоянно вынужден вместо абстрактного всеобщего понятия учитывать конкретные представления о порядке конкретного института «семья». Судья и законодатель подчиняются существующему порядку конкретного образования «семья», когда говорят о «хорошем отце семейства», *bonus pater familias*. Подобные представления и понятия, — несмотря на все нормативистское разложение прошлого века и большое число кодифицированных правовых правил в семейном праве и других областях, — еще и сегодня многочисленны и типичны для субстанционально-институционального порядка в противоположность чисто нормативистскому регулированию. Любое сословное право как таковое предполагает конкретные типичные фигуры, выросшие из порядка конкретного «состояния» и познаваемые лишь из него — например, фигуры храброго солдата, верного долгу чиновника, порядочного товарища. Подоб-

ные фигуры часто вызывают критику и насмешку нормативистски мыслящих юристов. Карл Биндиг превозносил себя за то, что свернул шею таким «призракам» как *bonus pater familias*. Еще большая узость подобного отказа от конкретной формы проявляется в критике, которой профессор Ж. Боннекас недавно подверг теорию институтов Ориу, происходящую из идеи порядка; все просто отбрасывается посредством слов о том, что понятие института есть «мистика».⁶

Сегодня многие юристы в качестве недействительного и призрачного, наоборот, воспринимают растворение подобных конкретных фигур порядка в сумме или в системе норм. Мы лучше понимаем важный юридический вопрос и правильнее решаем юридическую задачу, когда разрабатываем конкретную форму, — такую, как «*гарант конституции*», — которая с нормативистской точки зрения вообще не может существовать, поскольку все компетентные «органы» в равной мере суть «гаранты правопорядка»⁷. Или такую, как «*вождь движения*», которого нормативистский способ мышления должен сделать соответствующим «государственным органом», чтобы точно так же инкорпорировать в систему легальности правового государства, как и монарха, деклассированного в XIX веке до

⁶ Une nouvelle mystique: la notion d'institution; Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence, 1931/1932. Впрочем, статья Ж. Боннекаса содержит превосходный материал и является ценной и достойной внимания читателей.

⁷ Frhr. Marschall von Bieberstein, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des Obersten Kriegsherrn, Berlin 1911, S. 392. — Здесь автор (критически) высказывается о «тех воззрениях, выдвинувшихся на передний план в ходе победного шествия правового государства, которые стремятся всякий орган, все равно на каком уровне иерархии, объявить гарантом правопорядка». Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. II, S. 324 (München und Leipzig 1917). Автор говорит: «Идеи конституционного и правового государства выставляют в благоприятном свете все, что может служить упрочению права и закона в противоположность злоупотреблениям властей... В результате возникает такая угроза закону, опаснее которой невозможно ничего выдумать: ведь теперь каждый чиновник призван быть его гарантом в отношении своего начальника». То, что этот род всеобщего господства закона обходит и переворачивает с ног на голову конкретный порядок иерархии чиновников, конечно, было быстро замечено, но опровергнуть его смогли лишь посредством приведения причин целесообразности, но не юридически и не с позиций «правового государства».

«государственного органа»⁸. Или когда мы ставим проблему несовместимости (или несогласуемости), т.е. когда в отношении определенной конкретной фигуры общественной жизни ставим вопрос о том, какие функции и задачи для нее являются совместимыми или несовместимыми. Этот вопрос может быть поставлен лишь применительно к конкретному порядку, но не чисто нормативистски, поскольку с нормативистской точки зрения речь идет не о конкретных фигурах порядка, а лишь об абстрактных «точках соотнесения», для которых все естественно совместимо со всем и никогда не признается «внутренняя» несовместимость⁹. Мы знаем, что норма предполагает *нормальную* ситуацию и *нормальные* типы. Любой порядок, в том числе и «правопорядок», привязан к конкретным нормальным понятиям, которые не выводятся из общих норм, но сами выводят подобные нормы из своего собственного порядка и для своего собственного порядка.

Регулирование посредством законов предполагает нормальные понятия, которые в столь незначительной степени возникают из ситуации законодательного регулирования, что, скорее, само установление норм становится без них совершенно непонятным и уже невозможно даже говорить о некой «норме». Впрочем, общее правило должно быть независимым от конкретной частной ситуации и должно возвышаться над отдельным случаем, поскольку оно должно регулировать множество случаев, а не лишь один отдельный случай. Но относительно конкретной ситуации оно возвышается лишь в очень ограниченной мере, лишь в вполне определенных рамках и лишь до весьма скромной высоты. Если оно превосходит эту меру, то оно уже не затрагивает и не касается того случая, который должно регулировать. Оно становится бессмысленным и ни с чем

⁸ О разрушении понятия вождя посредством нормативизма понятия контроля: Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk; die Dreigliederung der politischen Einheit*; Hamburg 1933, S. 36 f.

⁹ Поэтому плюралистическое партийное государство Веймарской конституции было «Рейхом безграничной совместимости». В либерально-демократических государствах, в которых существует парламентская несовместимость для чиновников, сегодня — после того, как стала проблематичной двучленная конструкция государства и свободного от государства гражданского общества — встает (неразрешимый для подобного государства) вопрос о так называемой экономической несовместимости; об этом см. в Берлинской Высшей торговой школе содержательную диссертацию: Ruth Büttner, Berlin 1933.

не соотносимым. Правило *следует* из изменяющейся ситуации, для которой оно сформулировано. Норма может сколько угодно заявлять о собственной нерушимости, однако она господствует над ситуацией лишь в той мере, в какой ситуация не превращается в абсолютно *ненормальную*, и до тех пор, пока не исчезает конкретный тип, предполагаемый в качестве нормального. Таким образом, нормальность конкретной ситуации, регулируемой нормой, и конкретного типа, предполагаемого ею в качестве нормального, это не просто внешняя, юридически незначимая предпосылка нормы, но и внутренний юридически сущностный признак значимости нормы и нормативное определение самой нормы. Чистая, внеситуативная и внетипическая норма представляла бы собой юридическую бессмыслицу.

Санти Романо (Santi Romano) в своей книге «L'Ordinamento giuridico» справедливо говорил о том, что неверно говорить об итальянском праве, французском праве и т.д. и при этом думать лишь о сумме правил, тогда как в действительности этим правом в первую очередь является сложная и разнотипная *организация* итальянского или французского *государства* как конкретного *порядка*, — многочисленные инстанции и соединения государственного авторитета или государственной власти, которые продуцируют, модифицируют, применяют и гарантируют юридические нормы, но не отождествляют себя с ними. Лишь это является итальянским или французским правом. «Правовой порядок (l'ordinamento giuridico) есть целостная сущность, которая частично движется согласно правилам, но прежде всего сама перемещает правила как фигуры на игровой доске; поэтому правила скорее являются объектом или же средством правового порядка, нежели элементом его структуры».¹⁰ Он обоснованно добавляет к этому слова о том, что изменение нормы в большей степени является следствием изменения определенного порядка, нежели его причиной.

МЫШЛЕНИЕ О РЕШЕНИИ (ДЕЦИЗИОНИЗМ)

Проводимое здесь различие между мышлением о нормах и мышлением о порядке стало острее проявляться и осознаваться лишь в последние десятилетия. У более ранних авторов вряд ли можно встретить антитезу, подобную только что процитированному месту из Санти Романо. Предыдущие антитезы касаются не

¹⁰ Santi Romano, l'ordinamento giuridico, Pisa 1918, S. 17.

противоположности нормы и порядка, а в лучшем случае противоположности нормы и решения или нормы и приказа. Эти противоположности пересекаются с другими парными противоположностями, такими как *ratio* и *voluntas*, объективность и субъективность, безличная норма и личная воля. Они стали осознаваться раньше, поскольку затрагивали старые теологические и метафизические проблемы, особенно вопрос о том, требует ли бог нечто, потому что это благо, или же нечто есть благо, потому что этого требует бог. Уже Гераклит говорил нам о том, что подчинение воле одного единственного человека точно так же есть «номос».

Конечное основание всякой правовой значимости и ценности можно юридически обнаружить в волевом процессе, в решении, которое в качестве решения вообще впервые создает «право», и его «правовая сила» не может выводиться из правовой силы правил, касающихся решения. Ибо право возникает даже в результате решения, не соответствующего правилу. Эта правовая сила противоречащих норме решений присутствует в любом «правопорядке». В соответствии с этим последовательный нормативизм должен был бы привести к тому абсурду, что соответствующее норме решение черпает свою правовую силу из нормы, а противоречащее норме, напротив, лишь из самого себе, из своего противоречия норме!

Для юриста децизионистского типа источником всякого «права», т.е. всех последующих норм и порядков, является не приказ как таковой, а авторитет или суверенитет конечного *решения*, которое принимается вместе с приказом. Тип децизиониста не менее «вечен», чем тип нормативиста. Но в своей чистоте он проявился гораздо позже. Ведь до разложения под воздействием нового естествознания античных и христианских представлений о миропорядке в процессе развития мысли постоянно присутствовали представления о порядке как предпосылке решения. В результате этого чистое «ничего кроме решения» вновь ограничивается со стороны мышления о порядке и входит в него; оно становится следствием некоего предполагаемого *порядка*. Когда юрист и теолог Тертуллиан говорит: «Мы имеем какие-либо обязательства не потому, что это благо, а потому, что этого требует бог» (*neque enim quia bonum est, idcirco auscultare debemus, sed quia deus praecipit*), то это звучит уже как юридический децизионизм; но ввиду предполагаемого христианского понятия бога еще отсутствует осознанное представление об абсолютном не-порядке, хаосе, который превращается в закон и порядок не на основании некой нормы, но лишь в результате того решения. Ведь сколь неисповедима воля личного бога, все же —

пока в него веруешь, — она всегда уже «в порядке» и не есть чистое решение. Римско-католическая догма о *непогрешимости* папского решения точно так же содержит сильные юридик-децизионистские элементы; но непогрешимое решение папы не обосновывает порядок и институт церкви, а предполагает их: папа непогрешим лишь как глава церкви в силу своей должности, а не наоборот, непогрешимым является папа. В кальвинистском учении, согласно которому бог уже до грехопадения принял окончательное решение относительно спасения и проклятия, милости и немилости в отношении каждого отдельного человека, в догме о «предопределении» также встречается децизионистская установка против любого правилосообразного ограничения, против измерения божественного решения и попыток сделать его предсказуемым. Однако одновременно это учение заново создает подлинное понятие права и порядка, извращенное юридическим или моральным установлением норм, а именно понятие чистой *милости* или немилости. Оно возвращает этому понятию милости, — которое мышление о законах постоянно пытается нормировать и релятивировать, — подобающую ему при правильном порядке непредсказуемость и неизмеримость; оно возвращает его из очеловеченного, нормативистского порядка в подобающий ему божественный порядок, возвышающийся над человеческим установлением норм. Как в «абсолютистском» понятии бога у Кальвина (бог есть *lege solutus, ipse sibi lex, summa majestas*)¹¹, так и в его учении о предопределении проявляются теологические представления, внутренний децизионизм которых повлиял и на представления о государственном суверенитете в XVI веке, в частности на Бодена.¹² Но и учение о суверенитете Бодена еще полностью встроено в традиционное мышление о порядке; оно сохраняет семью, сословие и другие легитимные порядки и институты, и суверен является легитимной инстанцией, а именно — легитимным королем.

Классический случай децизионистского мышления проявляется лишь в XVII веке вместе с Гоббсом. Для него любое право, лю-

¹¹ свободен от законов, сам себе закон, верховное величие.

¹² G. Beyerhaus, *Studien zur Staatsanschauung Calvins, mit besonderer Berücksichtigung seines Souveränitätsbegriffs*, Berlin 1910. — В этой работе представлены доказательства того, что бог у Кальвина также является господином над *ordo natureae* и *jus naturae*. Влияние Кальвина на понятие государственного суверенитета рассматривается в марбургской диссертации Карла Буддеберга (Karl Buddeberg, 1933).

бые нормы и законы, любые интерпретации законов, 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: *auctoritas, non veritas facit legem*.¹³ В этом положении *auctoritas* означает не что-то вроде до-государственного порядка, основанного на некоем авторитете; еще существовавшее тогда (например, у Бодена) различие между *auctoritas* и *potestas*¹⁴ полностью исчезает в суверенном решении. Она есть *summa auctoritas* и *summa potestas* в одном. Кто создает покой, безопасность и порядок, тот является сувереном и обладает всем авторитетом. В качестве подлинного и чистого решения это установление порядка не может выводиться ни из содержания некоей предшествующей нормы, ни из уже существующего порядка, иначе оно было бы — с нормативистской точки зрения — либо простым самоприменением действующей нормы, либо — с точки зрения мышления о конкретном порядке, — следствием уже существующего порядка, восстановлением, а не установлением порядка. Таким образом, суверенное решение юридически не объясняется ни некоей нормой, ни конкретным порядком, поскольку для децизиониста, наоборот, только решение обосновывает как норму, так и порядок. Суверенное решение есть абсолютное начало, а начало (также в смысле ἀρχή) есть не что иное, как суверенное решение.

Оно возникает из нормативного ничто и конкретного не-порядка. Естественное состояние для Гоббса — это состояние раздора, глубочайший и полнейший не-порядок и неопределенность, борьба всех против всех без правил и ограничений, *bellum omnium contra omnes* того *homo homini lupus*. Переход из этого анархическо-

¹³ Leviathan, Cap. 26, S. 133. — В латинском издании 1670 года; р. 143 английского издания 1651 года. В данной 26-й главе также присутствуют ясные положения относительно интерпретации (*in qua sola consistit Legis Essentia*), непредсказуемых возможностей и неопределенности всякой интерпретации, а также относительно суверена как единственного интерпретатора, который своим суверенным решением прекращает путаницу мнений, подобно — как говорится в английском издании «Левиафана» — Александру Македонскому, разрубившему Гордиев узел; — типично «децизионистский» образ. В последующей 27-й главе дается современное обоснование положения *nulla poena sine lege*.

¹⁴ О различении *auctoritas* и *potestas* см.: Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 136.

го состояния полного беспорядка и опасности в государственное состояние покоя, безопасности и порядка некоего *societas civilis* осуществляется лишь в результате возникновения суверенной воли. Приказ и порядок которой есть закон. У Гоббса становится максимально ясной логическая структура децизионизма, поскольку чистый децизионизм предполагает *не-порядок*, который приводится в порядок лишь потому, что (а не как) принимается решение. Принимающий решение суверен компетентен принимать данное решение вовсе не на основании уже существующего порядка. Это решение, устанавливающее вместо не-порядка и неопределенности порядок и безопасность государственного состояния, превращает его в суверена и делает возможным все остальное — закон и порядок. Для Гоббса, этого величайшего представителя децизионистского типа, суверенное решение есть *диктатура*, устанавливающая закон и порядок в и над анархической неопределенностью до- и внегосударственного естественного состояния.

3. ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ XIX ВЕКА КАК СОЕДИНЕНИЕ МЫШЛЕНИЯ О РЕШЕНИИ И МЫШЛЕНИЯ О ЗАКОНАХ (ДЕЦИЗИОНИЗМА И НОРМАТИВИЗМА)

Децизионистский тип особенно распространен среди юристов потому, что преподавание права и правоведение, непосредственно связанное с правовой практикой, имеют склонность рассматривать все правовые вопросы лишь с точки зрения *конфликтного случая* и действовать в качестве тех, кто просто подготавливает судебское *разрешение конфликта*. Затем определенный метод подготовки к экзамену и самих юридических испытаний еще более огрубляет это до голой готовности к опросу и быстроте рассмотрения отдельных случаев и их «обоснования» согласно установленным писанным нормам. Подобным образом юридическое мышление ориентируется исключительно на случай столкновения или конфликта. Над ним господствует представление о том, что конфликт или столкновение интересов, т.е. конкретный *не-порядок*, преодолевается и приводится *в порядок* лишь посредством *решения*. Тем самым нормы и правила, с которыми имеет дело юридическое обоснование решения, превращаются в простые точки зрения относительно разрешения споров, в доказательный юридический материал для обоснования судебных решений. В таком случае собственно уже не существует никакого систематического правоведения; любой юридический аргумент есть не что иное.

как потенциальное основание решения, ожидающее подходящего спорного случая.

Склонность к этому типу правоправедения проявляется в частности тогда, когда завершенная *кодификация* в качестве «позитивной» нормы и «позитивного» права становится определяющей для профессиональных судей, служащих в качестве государственных чиновников, и адвокатов, ориентирующихся на данный способ мышления такого судейского корпуса. Данный позитивизм отождествляет установленную в виде закона норму с правом; вместо права он признает, — даже когда оговаривает возможность существования обычного права, — лишь нормативно зафиксированную *легальность*. В обоих крупных государствах, в которых юридический позитивизм стал в XIX веке господствующим, во Франции и Германии, проявилась ситуация, при которой он может быть понят лишь как *модус функционирования государственной легальности применительно к профессионально-чиновническому судейскому корпусу* — вследствие писаных кодификаций и на основании стабильного внутривнутриполитического порядка и определенности. Во Франции позитивистское неразличение права и закона, тождественность *Droit* и *Loi*, нашло свое выражение в *Ecole de l'exégèse*, которая бесспорно господствовала полвека — примерно с 1830 по 1880 год — и, несмотря на методологическую и философскую критику, ни в коем случае не преодолена практически еще и сегодня.¹⁵ В Германии подобному позитивизму правовых правил также до сих пор удавалось выдавать себя за *собственно* юридический метод. Ни теория обычного права, ни десятилетние методологические обсуждения отношения между законом и приговором, законом и судьей, ни движение за свободное право (*Freirechtsbewegung*), ни юриспруденция интересов (*Interessenjurisprudenz*) не привели к основному противопоставлению различий мышления о законах, мышления о решениях и мышления о порядке; они стремились лишь к смягчению и лучшему приспособлению мышления о законах к изменившейся и ставшей шаткой ситуации.

Юридический позитивизм XIX века связан с широким контекстом наук о духе своего времени и потому часто соприкасается и даже родственен как с обоснованным *Огюстом Контом* философским позитивизмом, так и с позитивизмом естественных наук. Но в первую очередь его следует понимать исходя из внутренних особенностей правовой ситуации этого столетия. Для правоправедения XIX ве-

¹⁵ J. Bonnetcase, *L'école de l'exégèse*, Paris 1924.

ка позитивизм означал, прежде всего, нечто полемическое: отрицание всего, «что находится вне закона», любого права, созданного не в результате человеческого установления, — неважно, выступает ли оно в качестве божественного, естественного или разумного права. Правовое мышление становится мышлением о легальности. При этом юридическое обоснование данного легалистского позитивизма проходит три стадии: вначале придерживаются *воли законодателя*; затем, чтобы не заниматься субъективными и психологическими исследованиями, стали — якобы более объективно — говорить о *воле закона*; и, наконец, основополагающим был объявлен лишь *сам закон*, самодостаточная норма. В этом заключалось безусловное подчинение воле или содержанию некой определенной нормы, но одновременно и ограничение этого подчинения: подчиняются только *норме* и ее точно определяемому содержанию. Это якобы придает позитивистскому легалистскому мышлению большую объективность, прочность, нерушимость, определенность и предсказуемость, короче говоря — «позитивность». В условиях стабильной ситуации данный способ мышления убедителен, и действительно кажется возможным отвлечься от всех «метаюридических» аспектов. В результате позитивизм принимается за «чисто юридический» метод, чистота которого состоит в том, что исключаются как все метафизические, так и все «метаюридические» доводы.

Однако «метаюридическими» являются все мировоззренческие, моральные, экономические, политические или какие-либо иные, именно не чисто юридические аспекты. Для такого позитивистского юриста не может быть основополагающим ни предполагаемые в законодательном регулировании нормальные ситуации или нормальные типы, ни преследовавшаяся авторами конституции цель, ни основной принцип, ни природа вещей, ни смысл некоего определения, но лишь только осязаемое, несомненное содержание самой нормы. Лишь в этом случае он надеется, что действительно остается на «твердой земле» «позитивного» и «чисто юридически» трактуемого содержания нормы. В любом ином случае он опасается скатиться до непредсказуемого «субъективизма» метаюридических доводов. Ведь тогда вновь оказались бы под угрозой надежность, прочность, нерушимость и объективность. В вышедшей в 1892 году книге «Юриспруденция и философия права» *Карла Бергбома* данный способ мышления нашел наивысшее и наилучшее выражение. Здесь также самым явным образом проявляется соединение нормативизма и децизионизма, являющееся чертой позитивистского типа. Для Бергбома «право» содержит, с одной сторо-

ны, «представление о чем-то нормативном, функционирующем как абстрактное правило, которое стремится к следованию самому себе» (S. 81); в то же время это право есть не что иное, как «человеческое установление», и в ситуации естественно-правовой «коррупции» оказывается каждый, кто представляет себе право, «которое независимо от человеческого установления» (S. 131). Если данный позитивизм предоставляет философско-правовое обоснование, то он приводит к мысли об индивидуалистической заинтересованности в правовых гарантиях и ссылается на то, что было бы несправедливо разочаровать вызванные законом *ожидания* товарищей по праву, их *expectation*, «доверие». В этом усматривают «справедливость позитивности».¹⁶

Однако надежность, определенность, прочность, строгая научность, функционирующая предсказуемость и все подобные «позитивные» качества и преимущества вообще-то в действительности являлись преимуществами не легальной «нормы» и человеческого установления, а лишь тогдашней, нормальной для XIX века относительно стабильной ситуации определенного государственного общества, центр тяжести которого находился в законодательстве, т.е. в системе легальности законодательного государства.¹⁷ «Пози-

¹⁶ Наиболее радикальный представитель позитивных гарантий закона — это *Иеремия Бентам*; классическое место об *expectation* как основании правовых гарантий встречается трудах Бентама, изданных Джоном Боурингом: Bd. II, S. 299, 307, 311 ff. Edinburgh 1843. Формула «справедливость в позитивности» *Эриха Юнга*: *Erich Jung*, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912, также основывает требование правовых гарантий на *ожидании* правовых сотоварищей. О «гарантии правовых подданных», «ожидании» и «доверии» к нерушимому применению также см.: *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, S. 369; о «доверии», например, см.: *Max Rümelin*, Rechtssicherheit 1924, S. 6.

¹⁷ Существуют — в зависимости от той деятельности, которая является центром тяжести государства и где говорится его последнее слово — государства законодательные, государства правительства или государства управления, а также государства правосудия. Это различие было разработано в моих сочинениях «Гарант конституции» (“Der Hüter der Verfassung”, München, 1931, S. 76) и «Легальность и легитимность» (“Legalität und Legitimität”, München, 1932, S. 7–19). См. особенно в последней S. 8: «Законодательное государство является государственным сообществом, в котором господствуют безличные, а потому универсальные и заранее определенные, а потому установленные на длительное время нормы измеримого и определимого содержания, в котором закон и применение закона отделены друг от друга». Одновременно это дефиниция того,

тивность» такого рода была возможна не потому, потому что норма была прочной и надежной, а поскольку и насколько таковым являлось сконструированное определенным образом государственное сообщество. Даже простейшие проблемы толкования и оценки доказательств должны были демонстрировать то, что прочность и надежность текстов законов, даже написанных тщательнейшим образом, оставались сами по себе вполне проблематичными. Буква и дух слова, история возникновения, правовое чувство и потребности общения самым различным образом создавали путаницу при выявлении «несомненного» содержания текста закона, при вопросах оценки доказательств и при попытках квалифицировать «факты» в ходе «чисто юридического» установления обстоятельств дела. Можно понять возмущение, которое охватывало фанатика позитивистских законных гарантий *Иеремию Бентама* уже при одном слове *интерпретация*, основной мотив которого был тот же самый, что и у упомянутого выше возмущения Гоббса по поводу произвола интерпретирующих юристов: «Если судья подчиняется себе и присваивает власть интерпретировать законы, то все превращается в абсолютно непредсказуемый произвол. При подобных методах исчезает всякая гарантия». ¹⁸ Ни английская практика привязки к прецедентным случаям (практика т.н. *case-law*), ни интерпретации юристов римского права, *Roman lawyers*, не удовлетворяют позитивистской потребности Бентама в безусловной надежности и предсказуемости. Только когда судья без остатка превращается в функцию ясного слова и содержания закона, мы приближаемся к идеалу «надежности» и «нерушимости». Впрочем, в таком случае уже нет никакой юридической продуктивности, и царит лишь надежность, прочность и нерушимость некоего функционирующего подобно расписанию аппарата исполнения норм, для которого вместо юридического образования целесообразнее осуществлять техническое обучение хорошего стрелочника.

Позитивист не является самостоятельным и потому вечным типом юридического мышления. Он — децизионистски — подчиняется *решению* соответствующего законодателя, обладающего государ-

что до сих пор называли «правовым государством». В сочинении *H. Henkel, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934*, с образцовой ясностью доказана историческая и систематическая взаимосвязь положения *nulla poena sine lege* как с системой легальности подобного законодательного государства, так и с только что упоминавшимся интересом к правовым гарантиям.

¹⁸ With this manner of proceeding there is no security, a. a. O. S. 325.

ственной властью, поскольку лишь тот может добиться фактической принудительности; но одновременно он требует того, чтобы это решение продолжало действовать в качестве прочной и нерушимой нормы, т.е. чтобы и государственный законодатель подчинился принятому им самим закону и его толкованию. Лишь такую систему легальности он называет «правовым государством», хотя именно она ставит государство закона на место «правового» государства, а заинтересованность в правовых гарантиях — на место справедливости.¹⁹ Однако через нормативизм легальности он вновь возвышается над решением государственной власти, которой он подчинился в интересах надежности и прочности, и теперь выдвигает нормативные требования к законодателю. Таким образом, он основывает свое мнение сначала на воле (законодателя или закона), а затем, вопреки этой воле, непосредственно на «объективном» законе. В исторической смене формул можно выявить последовательность от воли законодателя через волю закона к самому закону. Было бы логично предположить в этом внутренне последовательное развитие от воли к норме, от решения к правилу, от децизионизма к нормативизму. Однако вместо того, чтобы вырасти из внутренней последовательности определенного способа мышления, эта очередность стала возможна лишь благодаря той характерной для позитивизма комбинации децизионизма и нормативизма, которая позволяет в зависимости от ситуации принимать то децизионистский, то нормативистский вид, чтобы удовлетворить единственно основополагающую позитивистскую потребность в безопасности и предсказуемости. Позитивистское всегда заключается в интересе к фактической безопасности, надежности и предсказуемости того, чем фактически признается и обладает принудительность, будь это решение законодателя, будь это возникающий из его решения закон и возникающее из этого закона предсказуемое судебное решение. В отличие от других видов значимости «позитивное» действие закона всегда необходимо является чем-то фактическим, обладающим непосредственно фактической принудительностью благодаря человеческой власти.

Некое обстоятельство, «голый факт», конечно, не является источником права, и юридический вопрос направлен именно на то, как должны юридически пониматься — воля закона или момент дей-

¹⁹ Об этом см. речь «Национал-социализм и правовое государство»: *Juristische Wochenschrift* vom 24. März 1934, S. 713 f.

ствительной значимости — данный исключительно фактический пункт, которого придерживается позитивист: как норма, как решение или как часть некоего порядка. Позитивист будет склоняться к тому, чтобы отклонить этот вопрос о начале позитивной значимости нормы как уже не юридический вопрос. Но даже ему не удастся избежать юридической необходимости рассматривать в юридических категориях теперь уже тот пункт, — источник права или основание значимости, — в котором он приступает к своей юридической деятельности. То есть тот действительный фактический момент, в котором возникает позитивная значимость, он будет толковать либо нормативно, либо децизионистски. Типичное для нормативистской стороны высказывание о «нормативной силе фактического» сформулировал один из позитивистов XIX века *Георг Йеллинек*. Поскольку он исходил из «нормативной *мотивирующей* силы права», то факты и обстоятельства, без сомнения, оказывающие особенно сильное мотивирующее влияние, просто обладают «нормативной силой».²⁰ Формула относительно «нормативной силы фактического» повторялась бесконечное число раз.

Рассмотренная в себе с точки зрения правовой логики она есть простая комбинация слов и лишь передает пустую тавтологию: само собой разумеется, что позитивизм с точки зрения своей нормативистской составляющей всегда может толковать фактическую позитивность лишь как «нормативную» силу. Позитивист с более сильной логикой стал бы говорить о «децизионистской» силе фактического, которая, конечно, как минимум столь же значительна, что и «нормативная» сила. И, напротив, позитивист будет неохотно ссылаться на «позитивную силу» фактического, хотя он не подразумевает ничего иного под своим подчинением позитивному факту принудительности. Однако и для чистого позитивиста было бы юридически невыносимым саморазоблачение, которое содержалось бы в высказывании о «позитивной силе фактического». Уже

²⁰ Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 34, 360, 371 (1. Auflage 1900); основной нормативистский тезис выдвигается на S. 355: «Всякое право есть норма суждения и потому никогда не совпадает с отношениями, подлежащими его суждению». При этом, несмотря на данную «нормативную силу фактического», необходимо «исключить политику из общего учения о государстве» (S. 23). Власть и право нормативистски противопоставляются, чрезвычайное государственное право отклоняется как выражение тезиса о том, что власть идет впереди права, однако «пробелы конституции» могут позитивно «заполняться фактическими властными отношениями» (S. 359).

в этом выражается то, что позитивист не является первичным юридическим типом.

Скорее можно было бы говорить об «упорядочивающей силе» фактического, однако конкретное мышление о порядке не в той же мере соответствует направленной на функционирующую надежность и предсказуемость позитивистской потребности, что соединение нормативизма и децизионизма, составляющее юридическую сущность позитивизма. Чистый нормативизм должен был бы выводить позитивную норму из надпозитивной нормы; конкретное мышление о порядке также привело бы к надпозитивному, всеохватывающему, тотальному единству порядка. Децизионистское мышление, напротив, позволяет позитивно присоединиться к определенному фактическому моменту времени, в котором из предшествующего ничто в смысле нормы или в смысле порядка возникает только позитивно и значимый позитивный закон, который затем должен продолжать действовать в качестве позитивной нормы. Однако однажды установленный, он должен действовать даже вопреки той воле, что его установила; иначе он не сможет гарантировать необходимую надежность того, «чем должно обеспечивать государство». Но лишь децизионистская составляющая позволяет позитивисту оборвать в определенный момент и в определенном месте вопрос о последнем основании значимости действующей нормы, — вместо того чтобы продолжать вести его до непредсказуемого, «метаюридического», — и признать фактически существующую в некий исторический момент, фактически утверждающуюся волю суверенной власти, не представляя эту власть в качестве некоего института или некоего иного конкретного порядка и вообще не спрашивая об ее праве.

Что касается децизионистской составляющей позитивизма, то надежность, прочность и нерушимость, на которые ссылается позитивист, в действительности являются лишь надежностью, прочностью и нерушимостью *воли*, суверенное решение которой превращает норму в действующую норму. С точки зрения истории права то, что он ссылается на *волю* государственного законодателя или государственного закона, на проявляющееся и утверждающееся в фактически существующей «государственной власти» решение государственного законодателя, это есть проявление его привязанности к возникшей в XVII веке децизионистской теории государства, вместе с которой должен исчезнуть он сам. Однако в том отношении, что он ссылается на *закон* как некую *норму*, надежность и прочность являются лишь надежностью и прочностью легальности законодательного государ-

ства, ставшего господствующим в XIX веке. Наконец, поскольку за потребностью позитивизма в надежности скрывается общечеловеческое низменное стремление к защите от риска и ответственности, тем не менее, можно — хотя и в уничижительном смысле — сказать, что здесь речь идет о «вечном» и неистребимом, всеобщем человеческом типе. В качестве юридически значимого явления юридический позитивизм, напротив, целиком связан с характерным для XIX века положением государства и общества. Если нормативист и децизионист суть постоянно возвращающиеся типы юридического мышления, то комбинация из децизионизма и нормативизма, из которой состоит подобный позитивизм XIX века, не может считаться ни первоначальным, ни вечным юридическим типом.

Если якобы чисто юридический метод подобного позитивизма отклоняет любой не чисто юридический довод как мировоззренческий, экономический, социологический, моральный или политический, и в соответствии с этим исключаются все эти предметные доводы, то остается не так уж много для чисто юридической аргументации. Что может оказаться в остатке, если из дела и его оценки удалить все мировоззренческое, экономическое, политическое? Если оторвать юридическое мышление от всякого содержательного смысла и от предполагаемой нормальной ситуации, то оно необходимо окажется во все большем противопоставлении со всеми содержаниями, со всем, что является мировоззренческим, моральным экономическим или политическим. В результате все различия юридического и мировоззренческого, юридического и экономического, юридического и политического, юридического и морального и т.д. обострятся настолько, что по логике диалектики в конечном счете лишь только мировоззренческие, экономические, нравственные и политические бессмыслицы останутся в качестве единственного специфического признака несомненно чистого, исключительно юридического способа мышления.

Макс Планк показал, что естественнонаучный позитивизм в своем стремлении к безусловной надежности опирается исключительно на впечатления органов чувств и в результате этого уже не может различать вводящие в заблуждения и обманчивые чувственные восприятия, поскольку в позитивистской физике не существует иллюзий чувств.²¹ Судьба юридического позитивизма, полностью на-

²¹ Доклад «Позитивизм и реальный внешний мир», прочитанный 12 ноября 1930 года на заседании Общества им. императора Вильгельма: Berlin und Leipzig, 1931, S. 11.

целенного на надежность и предотвращение субъективного произвола, имеет некоторое подобие с этим направлением. Если отпадает предполагаемая в позитивной норме, но позитивно-юридически не учитываемая нормальность конкретной ситуации, то отпадает любое прочное, предсказуемое и нерушимое применение нормы. Тогда прекращается и «справедливость позитивности», о которой говорил *Эрих Юнг*. Без системы координат конкретного порядка юридический позитивизм не сможет различать ни между правом и беззаконием, ни между объективностью и субъективным произволом.

II. РАСПОЛОЖЕНИЕ ВИДОВ ЮРИДИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ В ОБЩЕМ ИСТОРИЧЕСКОМ РАЗВИТИИ ПРАВА

Свободно парящая юриспруденция существует в той же незначительной мере, что и свободно парящая интеллигенция. Правовое и правоведческое мышление осуществляется лишь в контексте общего исторически конкретного порядка. Оно также не может держиваться свободно парящих правил или свободно парящих решений. Даже функции и иллюзии подобной «свободы» или подобного «парения» принадлежат в качестве сопутствующего симптома одному определенному состоянию распавшегося порядка и понятны лишь в этом качестве. Таким образом, выделенные здесь типы мышления представлены не релятивистски, так сказать, по произвольному выбору, а получают свое значение в общем контексте конкретного текущего положения и действительности нашей сегодняшней правовой жизни.

Средневековое, *аристотелевско-томистское естественное право* есть живое целое порядка, состоящее из уровней сущности и бытия, превосходства и подчинения, включения и исключения. Сегодня отвергаются те ложные нормативистские толкования, которым это право подвергалось в последнем столетии. Из крушения многих средневековых порядков и относящегося к ним мышления о порядке начиная с XVI века возникает государственный порядок как *единый* порядок, абсорбирующий все остальные порядки. Децизионизм государственной и правовой теории *Гоббса* есть наиболее последовательное и потому наиболее значимое для истории права юридическое выражение нового мышления о суверенитете. В нем проявляется великий *Левиафан*, проглатывающий все

остальные порядки. Он устраняет или релятивирует сохранившиеся ленно-правовые, сословные и церковные сообщества, иерархические ступени и благоприобретенные права, устраняет любое опирающееся на подобные до-государственные порядки право на сопротивление, монополизировать право в государственном законодательстве и пытается сконструировать государственный порядок из индивида, — т.е. с точки зрения порядка — из некоей *tabula rasa*, из ничто порядка и сообщества. Однако создающий государство «договор», конкретнее: «консенсус» индивидов, возможен лишь благодаря обоснованному неким суверенным гарантом порядку, лишь благодаря государству, власть которого возникает из того же самого всеобщего консенсуса. Суверен всемогущ благодаря консенсусу, который он создает и делает возможным посредством государственного всемогущества и решения. Лишь на новой почве созданного этим государством общественного спокойствия, безопасности и порядка в дальнейшем, в условиях еще большей стабильности XVIII века, распространяется более нормативистское *разумное право*, которое заставляет абсолютный децизионизм отступить и которое растворяет все естественные порядки в нормах и индивидуалистических договорных отношениях, пока оно, наконец, не достигает позитивистского функционализма правил транспортных сообществ буржуазно-индивидуалистического общества.

1. РАЗВИТИЕ В ГЕРМАНИИ ДО НАСТОЯЩЕГО ВРЕМЕНИ

В Германии конкретное мышление о порядке и сообществе не прекращалось никогда. В правовой практике оно было устранено лишь в XIX веке, собственно лишь во второй половине XIX века, — посредством так называемого правового позитивизма или позитивизма законов. До этого времени продолжали действовать церковные и внутригосударственные понятия порядка. Внутренний порядок возникших с XVII века новых германских территориальных государств ни в коем случае не представлял действительно *tabula rasa*; сначала институциональная определенность католической церкви и образуемой ею духовной жизни в католических землях, но не в меньшей степени и Лютеровское понимание «естественных порядков творения в протестантской Германии» определяли действительность правовой жизни — даже сильнее, чем господствовавшие у философов правовые и государственные теории разумного права. Эти «теории» медленно, но верно превращали любые государственные и внутригосударственные порядки в установленные

законом и договорами нормы и тем самым разрушали их в качестве конкретных порядков и сообществ. Лютер со всей силой стремился защитить и оградить естественные внутренние порядки брака, семьи, сословия, личности и должности от теологических, моральных и юридических установлений норм. Его тезис: «Если ты мать, то делай то, что тебе велит материнское право, и чего не запретил, но скорее подтвердил Христос»²², прекраснее всего выражает превосходство данного конкретного порядка над абстрактной нормативностью. Этот тезис действителен для матери так же, как и для сословия, императора, князя, судьи, солдата, крестьянина, господина и госпожи; для Лютера любое их право есть не абстрактное установление норм, а конкретный естественный порядок, и оно достижимо из конкретного положения сословия, а не из «правил».

Но уже в естественно-правовой системе такого ортодоксально-го — в смысле его персоны — лютеранина XVII века, как Самуэль Пуфендорф, даже брак и семья больше не являются конкретными естественными порядками и сообществами, но лишь конституированными посредством договора правовыми взаимоотношениями индивидов, над которыми господствуют нормы естественного права.²³ Последние выводы из века индивидуалистического разумного права в конечном счете сделал Кант, когда возвел брак к договору индивидов, взаимно заинтересованных в собственной сексуальности.²⁴ Тем не менее, конкретные порядки еще не были разрушены в действительности внутригосударственной жизни даже в конце XVIII века. Вторая часть Прусского общего земельного права 1794 года показывает, что даже кодифицирующий законодатель абсолютного государства еще понимал церковь, сословия, семью, домашнее сообщество и брак как институты и ни в коем случае не рассматривал их как голые функции законодательного регулирования. Там в самом начале (Teil I, Titel 1, § 2) прямо говорится: «Гражданское общество состоит из множества меньших обществ и со-

²² Weimarer Ausgabe 391, 10 f.

²³ Особенно характерным является выведение авторитета отца и матери из естественно-правовой нормы «социальности» и из предполагаемого разумного одобрения детей: *De Jure Naturae et Gentium*, Buch VI, Cap. II, § 4. Я благодарен господину приват-доценту д-ру Рудольфу Кремеру из Кенигсберга за указание на сильные ортодоксально-лютеранские сущностные элементы, столь живые как в характере, так и в теориях Пуфендорфа. Тем удивительней становится его теоретико-правовая конструкция брака и семьи.

²⁴ *Метафизика нравов, Учение о праве*, § 24.

словий, связанных природой, законом или ими обоими одновременно». Дворяне еще относятся к домашнему хозяйству (§ 3/4), церкви и секты еще отличаются друг от друга, первые «воспринимаются», т.е. входят в общий порядок общественной жизни, вторые, напротив, лишь «терпят», т.е. они не рассматриваются в качестве звена общественного порядка. Либеральное понятие «религиозного общества» еще не известно. Лишь в результате победы Французской революции утвердилось индивидуалистически сконструированное, тотальное, «гражданское общество», а в дальнейшем — и позитивистское правоведение XIX века.

Дух немецкого народа долго сопротивлялся либеральным «идеям 1789 года» и разложению ими мышления о порядке. Фихте преодолел индивидуалистическое якобинство 1792 года в ходе интенсивнейшего внутреннего спора с самим собой (и из самого себя). Фихтевский «идеализм свободы» предопределен для конкретного мышления о порядке не в той же мере, что гегелевский «объективный идеализм». Но и Фихте, исходя исключительно из своего собственного мышления, от низшего понимания государства (как слуги собственников) пришел к высшему и наиболее немецкому понятию порядка, к «Рейху» как конкретно-историческому политическому единству, из самого себя различающего друга и врага.²⁵ Другие мотивы духовного сопротивления возникли со стороны романтически-чувственной реакции против абстрактного разумного права и со стороны традиционалистско-консервативной реставрации. Историческая школа права Савиньи и ее учение об обычном праве долго и успешно боролась с духом позитивистских кодификационных устремлений и раскрыла новые источники истории права, которые лишь постепенно уступали чуждым идеям. Великолеп-

²⁵ См. особенно место из его лекций «Учение о государстве» лета 1813 года (Werke IV, 409): «Человеческое множество, объединенное общей развивающей его историей созидания Рейха, именуется народом. Его самостоятельность и свобода состоит в том, чтобы возвышенным движением развиваться из самого себя до Рейха. Свобода и самостоятельность народа окажутся под угрозой, если ход этого развития может оказаться прерванным какой-либо силой; он должен войти в другое развивающееся стремление к Рейху, или даже к уничтожению всякого Рейха и права... В этом подлинная война, война не семей властителей, но народа, под угрозой свобода всеобщая и особенно каждого; без нее он даже не может хотеть жить, не признавая себя никчемным. Поэтому каждому, для каждого лица и без всякого исключения, предстоит борьба за «жизнь или смерть».

ные космически-натурфилософские учения Шеллинга²⁶ об организме, о *миросозерцании* и *мифе* не имели подобного непосредственного успеха и сравнимого воздействия; но и они относятся к великим общим достижениям немецкого духа, посредством которых тогда немецкий народ вспомнил о своей чести и достоинстве перед лицом чужого вторжения.

Все эти течения и направления немецкого сопротивления нашли свое систематическое обобщение, свою "summa", в философии права и государства Гегеля. В ней конкретное мышление о порядке вновь оживает с такой непосредственной силой, как это вряд ли можно было ожидать перед крушением у следующих поколений. «Чтобы сердце, воля, разум стали подлинными, они должны *преобразоваться*; правовое должно стать нравом, привычкой, государство должно обладать разумной *организацией*, и *лишь последняя превращает волю индивидов в действительно правовую*». «Если кто-то собрался жениться или построить дом и т.п., то успех важен лишь для этого индивида; подлинно божественное есть *институт* самого земледелия, государство, брак, законные учреждения». Подобные суждения суть лишь особенно обостренные до эпиграммы примеры тотального и осознанного мышления о порядке. Все индивидуалистические договорные учения абстрактного разумного права рассматриваются здесь с суверенным превосходством; семья и брак вновь признаются естественными сообществами; Кантовская конструкция брака как двустороннего договора нуждающихся в сексуальности индивидов характеризуется как «бесстыдство» («Философия права», § 75); через сословия вместе с особым учением о сословиях и через «корпорации» гражданское общество встраивается в большой общий порядок и подчиняется государству. Тем самым было дано теоретическое основание для того, чтобы устранить — насколько это еще было возможно в действительности XIX века — притязание на тотальность, которое буржуазное договорное общество выдвигало в XIX веке и, в конце концов, реализовало. Государство есть «*форма (Gestalt)*, которая является полной реализацией духа в наличном бытии (*Dasein*)», царство объективного разума и нравственности. Из разлагающегося государства, из Священной римской империи (*Reich*), Гегель бежал в прусское государство. Поэтому его конструкция государства получает столько элементов из понятия империи (*Reich*), что это государство при-

²⁶ См.: Введение в философию мифологии (Ausgabe von Manfred Schröter, Bd. XI, München 1928).

обретает такие элементы, о которых было бы просто смешно говорить применительно к любому государству из какой-нибудь «Общей теории государства»: *царство* (*Reich*) объективной нравственности и разума, которое в состоянии встать *над* гражданским обществом и сверху включить его в себя. В том, что государство в Германии XIX века понимается как империя (*Reich*), проявляется отличие немецкого понятия государства от данного понятия западно-либерального разумного права или позитивизма. Последний парит между децизионизмом диктаторской конструкции Гоббса и нормативизмом последующего мышления разумного права. между диктатурой и гражданским правовым государством. Государство Гегеля, напротив, не есть гражданский покой, безопасность и порядок некоего предсказуемого и принуждаемого функционализма закона. Оно не есть ни голое суверенное решение, ни «норма нормы», ни некая чередующая, выбирающая между чрезвычайным положением и легальностью комбинация этих двух представлений о государстве. Оно есть конкретный порядок порядков, институт институтов.

Гегель умер в 1831 году как «философ правительства». Уже при следующем поколении крупнейшие представители немецкой теории государства — *Лоренц фон Штейн* в Вене и *Рудольф Гнейст* в Берлине — больше духовно не господствовали. У Лоренца фон Штейна (1815–1890) превосходство государства над обществом уже стало проблематичным; государство и общество теперь следуют друг за другом как удар и контрудар. Но Штейн еще мог надеяться спасти самостоятельность и собственное право государства в отношении общества, собственное значение «исполнительной власти» в отношении законодательства, правительства — в отношении притязаний парламентского народного представительства. Несмотря на великолепную научную работу, его попытка не имела практического успеха, и даже такая наполненная конкретным мышлением о порядке книга, как его «Учение об управлении» (впервые вышла в 1865 году), в котором особенно предпринимается попытка вывести из этого мышления подлинное понятие *правления*, уже не могла существенно повлиять на государственно-правовую мысль. *Рудольф Гнейст* (1816–1895) также еще придерживался *государства*, самоуправление для него есть самовоспитание (образованного и имущего) гражданина в отношении государства. Но и у него, несмотря на все теоретически необходимое превосходство государства, гражданское общество уже выступает как несомненный победитель. Тем не менее, образ государства и общества тотален

и конкретен, наглядным примером чего является книга «Правовое государство» (1872), поскольку правовое государство мыслится здесь не абстрактно, как определяемое лишь законами, но как конструируемое в созвучии государства и общества. Вся правоведческая деятельность обоих немецких теоретиков государства была направлена на безуспешную попытку включить гражданское общество в государство. Правоведческий разум и конкретная действительность, действительность и разум пока еще нормативистско-позитивистски не оторваны друг от друга; либеральному учению о разделении властей, основе либерального правового государства и соответствующего ему нормативистского позитивизма, — у Штейна в значительно большей степени, чем у Гнейста — противопоставляется немецкое мышление о порядке. Поэтому их труды еще и сегодня представляют для нас актуальный интерес как памятники хотя и безуспешного, но все же честного поиска формы, а не только как сокровищница ценного материала. «Органическое учение о государстве» *Отто фон Гирке* и его теория «реальной личности объединения», напротив, уже является не конкретным учением о государстве, а общей теорией ассоциаций. Хотя у него живо понимание порядка и сообщества, и еще сильно и мощно действие наследственной массы немецкой правовой мысли. Но либерально-демократическая антитеза товарищества и учреждения затуманила объективность его историко-правовых взглядов. Он конструировал находившуюся в отчаянной духовной обороне прусскую монархию XIX века как оставшуюся от абсолютистского времени «вершину учреждения» и тем самым непроизвольно отрекся от нее. Несмотря на все оговорки в пользу «господствующих» элементов государства эта теория товариществ после большого разбега первого тома «Теории товариществ» (1868) все же утонула в типичном для национал-либерализма XIX века противоречии. Она не сумела справиться с громадным материалом, который собрала могучей рукой. Критика, которую Гирке направлял в 1883 году против проникавшего юридического позитивизма Лабанда, оказалась столь же безуспешной, что и сделанное на основании богатого конкретного знания государства предупреждение Лоренца Штейна 1885–1886 года о «юридической» маскировке юриспруденции общественно-го права.²⁷

²⁷ Статья Гирке о государственном праве Лабанда и немецком правоведении опубликована в ежегоднике Шмоллера: 1883, S. 1097–1195; он исходит из того, что в «более чистом разделении права и политики заключается одна из благород-

Конечно, с учетом отдельных исторических процессов и конституционно-правовых проблем можно привести множество примеров того, что правоведческое мышление в Германии еще ни в коем случае не перешло к нормативистской абстракции. Сюда относятся, прежде всего, попытки сконструировать учреждение Северогерманского союза 1867 года и другие совместные действия, носящие характер основания, не в качестве договора, а как отличный от индивидуалистических договорных представлений «совместный акт» или «соглашение».²⁸ Большинство пребывавших в позитивистском нормативизме правоведов XIX века не могли понять подлинного значения и плодотворности этого различия «договора» и «соглашения» и вообще не заметили заложенный в этом различии важный подход к преодолению либерально-индивидуалистического договорного мышления. После Мировой войны в трудовом праве повторилась подобная безуспешная попытка, когда речь шла о том, чтобы вывести договоры о тарифах между работодателями и наемными работниками из сферы гражданско-правового договорного мышления и в отличие от договора сконструировать в виде «соглашения». Эта попытка также не могла быть успешной в общей конкретной ситуации тогдашнего государства. Тем не менее подобные подходы сохраняют симптоматическое значение и доказывают со-

нейших задач настоящего учения о государственном праве», но что, несмотря на это, не существует абсолютно неполитического государственного права. Из-за этой неясности справедливая в остальном критика якобы исключительно неполитического учения Лабанда о государственном праве лишилась своей убедительности. Предупреждение Лоренца фон Штейна 1885–1886 года (в предисловии к пятому изданию его учебника финансовой науки: Bd. I и Bd. II S. 75/60) основывается на убеждении, что юридический позитивизм Лабанда с его разведением государственно-научного и чисто юридического рассмотрения административного права заметнее всего проявит свою научную недостаточность в *финансах федеративного государства*. «Необходимо с восхищением констатировать», говорит Иоганн Попиц (Johann Popitz, Finanzarchiv 1932, S. 418), «насколько Лоренц фон Штейн уже в 1885 году, исходя из своего глубокого проникновения в значение управления и государство-образующую силу налоговой системы, предвидел путь, которым затем пошли, хотя и значительно позже, чем он, вероятно, предполагал, а именно, как говорил он сам, исходя из природы вещей, не дожидаясь исследований науки».

²⁸ Bindig, Die Gründung des Norddeutschen Bundes, 1889; H. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 37 f.; Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902. Дальнейшую литературу см.: Meyer-Anschütz, Staatsrecht, 7. Aufl. 1919, S. 201.

храняющуюся под покровом поверхностного позитивизма силу конкретного мышления о порядке.

В сравнении с этими проявившимися в правовом учении частностями гораздо важнее то, в какой мере в практике государственного управления и особенно прусской армии продолжало жить конкретное мышление о порядке. Прусская армия и организация государственного управления были в самих себе слишком прочными и жизненными образованиями и порядками, чтобы позволить нормативистскому или позитивистскому мышлению о законах денативировать их внутреннее собственное право. В таких понятиях, как «руководство организацией» («Organisationsgewalt»), «служебная власть» («Dienstgewalt»), «руководящая власть» («Leitungsgewalt»), «надзор за учреждением» («Anstaltspolizei») и подобных образованиях государственного и административного права выражается неразрушимое в общественном праве государства мышление о порядке, которое вообще делает возможным государственный правительственный и управленческий организм.

Значительные примеры подобного рода естественным образом проявились в борьбе вокруг руководства прусской армии против нормативистского конституционного мышления либерального правового государства. По случаю установления Правил военной дисциплины и военных наказаний в 1872 и 1873 годы, а также императорского Постановления о судах чести от 2 мая 1874 года эти противоречия должны были открыто проявиться. Единначалие и власть отдавать приказы, верховное командование, высший военачальник, высший судебный начальник не могли быть оторваны друг от друга без разрушения прусской армии. Необходимое в каждой конкретной единице порядка и сообществе руководство продемонстрировало здесь свою внутреннюю взаимосвязь с понятиями дисциплины и чести. Но для нормативистско-конституционно-правового мышления было «юридически очевидно», что любая юрисдикция как «строго привязанная к норме» функция должна быть отделена от руководства. Вид правового мышления, находящийся во власти противопоставления нормы и приказа, *lex* и *rex*, вообще не может юридически охватить идею вождя (Führergedanken). Поэтому вместо вождя ему требуется клятва на верность конституции, некоей *норме*. Его учение о разделении властей разделяет юстицию и управление и делает необходимым еще более острое разделение военной юрисдикции, юрисдикции судов чести и военного руководства. Для прусского короля, напротив, любое отдельное решение суда чести и любое назначение военного судьи было в той

же мере следствием его военного руководства, что и общее Постановление о судах чести и их принципах. То, что также было юридически недопустимо и невозможно разрывать военное руководство, применение дисциплины, проверку пригодности офицеров и дела судов чести, должно было быть самоочевидным для правового чувства прусского короля, мыслившего полностью в рамках конкретного порядка прусской армии.

Сегодня, после возрождения вместе с новой жизнью сообщества конкретного мышления о порядке, для нас более понятна правовая аксиома о том, что верность, дисциплина и честь не могут быть отделены от руководства, нежели либерально-правовой, разделяющий власти нормативистский способ мышления прошлого индивидуализма.²⁹ И сегодня, когда поддерживающее государство движение клянется вождю в нерушимой верности, мы можем вновь непосредственно отдать должное правовой сущности *клятвы верности*. Нормативистское мышление о законе, напротив, может понять бегство дезертира или измену предателя лишь как «наказуемое действие» (*strafbedrohte Handlung*), лишь как соответствующую составу преступления предпосылку притязания государства на осуществление наказания, но не в их сущностной неправоте и не в подлинном преступлении — нарушении клятвы и вероломстве.

2. РАЗВИТИЕ В АНГЛИИ И ФРАНЦИИ

Правоведение других европейских наций нашло иные проявления и формы самозащиты от нормативистского позитивизма. При этом *английское* правоведение можно оставить без внимания, поскольку английский метод так называемого прецедентного права, *case law*, не был подобным образом подвержен воздействию односторонности нормативизма. Это лежит в природе вещей и само по себе действенно для правовой жизни всех стран, в которых господ-

²⁹ Когда сегодня, например, ректору университета с целью обеспечения единого руководства университетом передаются права сената (в Пруссии — указом министра науки, искусства и народного образования от 28 октября 1933 года), то неправильно исключать из этой передачи дисциплинарно-правовые и касающиеся судов чести полномочия сената с тем обоснованием, что здесь речь идет о юрисдикции или напоминающих юстицию полномочиях. Это можно было бы оправдать лишь посредством либерального и «разделяющего власти» нормативизма, разрушающего как понятие руководства, так и понятия дисциплины и юрисдикции судов чести.

ствуует *case law*, т.е. и для Соединенных Штатов Америки. Тем не менее в этом отношении существуют серьезные различия. Ведь и в практике *case law* возможен нормативизм разумного и естественно-го права, когда, — как это часто проявляется в понимании американских юристов, — прецедентный случай становится обязательным лишь в той мере, в какой в нем затрагивается *лежащая в основе решения норма*, которой придерживается как судья в прецедентном деле, так и судья следующего дела. Тем самым практика *case law* также приближается к мышлению о правилах, даже если она и не может так легко перейти в узкий позитивизм закона, который должен наступить вместе с обширными кодификациями целых правовых областей. Однако согласно английскому пониманию *case law*, *прецедентный случай* обязателен как *отдельный случай*; обязательна не лежащая в основе решения норма, как и не привычка (как это следует в соответствии с конструкцией Блэкстона), очевидно проявляющаяся в решении в соответствии с прецедентом.³⁰ В отличие от американской склонности к нормативизму естественного права, в этом, вероятно, может заключаться чистый децизионизм. Тогда привязка к прецедентному случаю понималась бы как привязка лишь к *решению* предыдущего судьи. В английской правовой мысли имеются сами по себе особенно ясные и чистые примеры подлинного децизионизма, в качестве которых — помимо Гоббса — я хотел бы назвать уже упоминавшегося позитивиста законодательного государства И. Бентама, а для XIX века, прежде всего, Остина. Но мне кажется, что даже децизионистское толкование должным образом не затрагивает типического своеобразия этой практики *case law*. Хотя для юриста с европейского континента не легко разобраться в автохтонном способе мышления островной английской правовой практики. Но мыслимым было бы то, что последующий судья не должен будет придерживаться ни лежащей в основе решения нормы, ни предшествующего *решения* как чистого решения, но исключительно «случая» как такового. В таком случае английское *case law* содержит пример конкретного мышления о порядке, которое придерживается исключительно внутреннего права определенного случая. Тогда прецедентный случай, включая его решение, становится конкретной парадигмой всех последующих случаев, которые содержат свое право конкретно в самих себе, а не в норме или решении. Если второй случай рассматривается как подобный прецедентному случаю,

³⁰ Об этом см. полезное сочинение: Goodhart, *The Law Quarterly Review*, Bd. L., London, 1934, S. 40 f.

то к данному конкретному подобию также относится тот порядок, который проявился в предыдущем решении судьи.

В противоположность Англии положение правоведения в *романских* странах чаще всего характеризовалось значительной кодификацией и проявившейся вслед за ней позитивистской теорией и практикой. Здесь, примерно одновременно с немецким «Движением за свободное право», хотя и менее радикально, также возникли методическая критика и осмысление (Жени и Салей). Но также проявился и новый вид мышления. Учение об институтах, которое в 1896–1926 годах разрабатывал *Морис Ориу* (1856–1929), содержит первую со времени господства юридического позитивизма систематическую попытку восстановления конкретного мышления о порядке. Уже вышеупомянутая, очень значимая теория «*Ordinamento giuridico*» Санти Романо испытала влияние этой работы. Ориу, длительное время декан юридического факультета в Тулузе, был известным антагонистом своего знаменитого позитивистского коллеги в Бордо Леона Дюги (1859–1828). Можно попытаться свести противоречия этих двух крупных юристов к суммарным лозунгам: метафизика против позитивизма, плюрализм против монизма, *institution* против *règle de droit*.³¹ Но именно на этом можно лучше всего понять, в какой мере сегодня устарели антитезы либерального XIX века. Юридический позитивизм Дюги вполне метафизического рода, и якобы мистик Ориу «реальнее», ближе к действительности и в этом смысле значительно «позитивнее», чем доктринер принципиального и чисто «научного» позитивизма.

Ориу начинал не с правовой теории и тем более не с методологии. Он в течение сорока лет наблюдал, толковал, комментировал и научно развивал практику французского административного права, особенно решения *Conseil d'Etat*. Само французское административное право возникло в результате медленного роста из практики французского Государственного совета; учение Ориу об институтах действительно «органическим» образом выросло из наблюдения этой административной практики и в высшей мере сущностно соответствует своему предмету. В ежедневных занятиях ее непосредственным объектом³², а не через нормативистско-

³¹ Особенный интерес здесь представляют речи Валена и А. Местра, а также позиция Боннекаса: *J. Bonnetcase*, а. а. О. S. 246 f. (S. 262).

³² Они составили крупный памятник юридической продуктивности в виде трех изданных Ориу томов собрания своих примечаний к решениям *Conseil d'Etat*

позитивистское выжимание изолированных текстов законов, Ориу вначале достиг ясного юридического созерцания *régime administratif*, т.е. живого организма французского управления, который он наблюдал как некое единство со своими собственными законами и внутренней дисциплиной и отличал как от правительства, так и от гражданской юстиции, а также от встречающихся во всех государствах *отдельных* функций управления. Из этого конкретного созерцания конкретного порядка возникло его учение об «институтах».

Как уже показал значительный немецкий пример учения об управлении *Лоренца фон Штейна*, конкретное правоведческое рассмотрение упорядоченного государственного управления может лучше всего предоставить элементы общей теории «институтов»: порядок инстанций, иерархия ведомств, внутренняя автономия, внутренний баланс противоречащих сил и тенденций, внутренняя дисциплина, честь и служебная тайна и также еще поддерживающая все это базовая предпосылка, а именно — нормальная устоявшаяся ситуация, *situation établie*. Это становится элементами понятия *института*, которые будут прилагаться к различным образованиям и учреждениям общественного и частно-правового рода и докажут свою плодотворность в правоведческом познании. Здесь я не могу излагать теорию Ориу в подробностях; ее различные стадии и модификации суть проявления продолжительного продуктивного роста и изменения, которые юридически важны даже как таковые.³³ Но для демонстрируемой здесь общей линии будет достаточно указания на то, что простое восстановление понятия «института» преодолевает как предшествующий нормативизм, так и децизионизм, а тем самым и состоящий из них обоих позитивизм. Для институционалистского способа мышления само государство уже является не нормой или системой норм, как и не голым суверенным решением, но институтом институтов, внутри порядка которого многочисленные иные, самостоятельные в себе институты обретают свою защиту и свой порядок.

и Tribunal des Conflits за 1892–1928 годы (Первое издание вышло под названием Notes d'Arrêts, 1928, второе — Jurisprudence administrative, 1930).

³³ Тремя важнейшими вехами стали 1896 (*La Science sociale traditionnelle*), 1910 (первое издание *Principes de Droit public*) и 1925 годы (*La Théorie de l'Institution et de la fondation*, in: *La Cité moderne et les transformations du Droit*; vol. IV Cahiers de la Nouvelle Journée).

3. НЫНЕШНЕЕ ПОЛОЖЕНИЕ НЕМЕЦКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Для нас, немцев, слово «институт» обладает всеми недостатками иностранного слова и несет незначительную пользу. Оно не может быть переведено ни как «учреждение», ни как «установление», ни как «организм», — хотя содержит что-то от каждого из этих понятий. Слово «учреждение» слишком общее и позволяет проявиться лишь предметно-внешней, организационной стороне. «Установление» вышло из употребления в результате того, что в XIX веке оно получило политико-полюемический смысл контр-понятия к слову товариществ в ситуации внутривполитической борьбы XIX века. Наконец, слово «организм» слишком нагружено ставшей абсолютно общей антитезой «механизма». Но заимствованное латинское слово, как многие другие обозначения латинского происхождения, производит эффект — вероятно подсознательно — в направлении фиксации и застывания. В результате формулировка «институциональное мышление»³⁴ получает оттенок просто консервативной реакции на нормативизм, децизионизм и состоящий из них обоих позитивизм прошлого столетия и тем самым подвергает себя ложным толкованиям и слишком очевидным возражениям. Сюда добавляется то, что учение Ориу об институтах у его ученика Ж. Ренара совершенно превратилось в неотомизм, в результате чего оно выступает как типичная римско-католическая теория.³⁵ Но было бы прискорбно, если мощный переход к конкретному мышлению о порядке и формах, который сегодня совершает юридическое мышление народов, будет затруднен в результате подобных недоразумений и суждений. Естественно, что различные народы полемизируют со своим предшествующим мышлением в словах, понятиях и нормах, которые соответствуют их типу и их историческому преданию. Это одно из великих воззрений, которым мы обязаны национал-социалистическому движению. Поэтому для третьего и нынешнего вида юридического мышления я хочу предложить в качестве

³⁴ Я часто использовал это выражение, просто делая ссылку на мое учение о конституционно-законодательных «институциональных гарантиях» (Berlin 1931), в последний раз в примечании ко второму изданию моего сочинения «Политическая теология»: München u. Leipzig 1934, S. 8.

³⁵ *Georges Renard, La Théorie d'Institution, Essai d'ontologie juridique, Paris 1930; L'Institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social, Paris 1933; см. также статью: Ivor Jennings, The Institutional Theory, in: Modern Theories of Law, London 1933, S. 68-85.*

обозначения не «институционалистское», а конкретное мышление о порядке и формах. Тем самым отпадают недоразумения и ложные толкования, которые пытались приписать этому мышлению как политической тенденции к простой реставрации прошлых вещей или консервации устаревших учреждений.

Сегодня в Германии можно яснее всего понять, в какой мере завершилась эпоха юридического позитивизма. Со всех сторон и во всех областях правовой жизни вперед выдвигаются т.н. генеральные клаузулы и в таком объеме, который отменяет всякую позитивистскую «надежность». Это неопределенные понятия разного рода, ссылки на такие внеправовые масштабы и представления, как добрые нравы, верность и вера, дееспособность и недееспособность, важное основание и т.д. Они содержат в себе отказ от основания позитивизма, а именно — содержащееся в самом установлении нормы изменяемое, законодательное решение. Ни законодательство, ни правосудие не могут сегодня обойтись без него. В немецком правоведении уже в течение года оно является подлинной темой юридического обсуждения. Его выдвигание и преобладание пытаются представить в качестве угрозы правовым гарантиям и предсказуемости, о которых предупреждают.³⁶ Подобные предупреждения и озабоченность вполне обоснованы с точки зрения предшествовавшей позитивистской веры, исходившей из того, что правовые гарантии сохраняются лишь при соединении законодательного решения и правила, в чем и заключается данный позитивизм. Самостоятельный в себе закон без пробелов, это «основание совести», отпадает. Но с другой стороны *Х. Ланге* определил эти генеральные клаузулы как средство естественного права, как носитель новых правовых мыслей, как место вторжения новых идей, как «яйца кукушки в либералистской правовой системе» и проинтерпретировал их как признак преодоления возникшего в XIX веке позитивистского правового мышления.³⁷ Поскольку такие понятия как «верность и вера», «добрые нравы» и т.п. отсылают не к индивидуалистическому обществу транспортных сообщений, а к интересам народного целого, то в действительности изменяется все право, не нуждаясь при этом в изменении ни одного «позитивного» закона. Поэтому я убежден, что в этих генеральных клаузулах может утвердиться новый юридический способ мышления. Впро-

³⁶ J. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Jena 1933.

³⁷ *H. Lange*, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, Tübingen 1933.

чем, в дальнейшем они должны применяться не только как поправка предшествовавшего позитивизма, но и как специфическое средство нового типа юридического мышления.

Как таковые они принимаются во внимание не только в долгом гражданском праве, материальном, семейном праве или праве о наследовании. То, насколько сегодня продвинулся процесс разложения позитивизма и как мало вероятно возвращение к господствовавшим в XIX веке видам мышления, яснее всего проявляется в двух ключевых областях либерального государственно-правового мышления — в *уголовном* праве и *налоговом* праве. Распадается метод якобы надежного описательного образования понятий, соответствующего обстоятельствам дела, и идеал «соответствия обстоятельствам дела». При этом применительно к уголовному праву, понятия и духовные основания которого были заново продуманы *Дамом*, *Шаффштайном* и *Хенкелем*³⁸, я думаю о таких новых, «неопределенных» с точки зрения старых понятий составах преступления как измена, предательство народа и хозяйства и о выдвигении т.н. нормативных элементов состава преступления вместо дескриптивных.³⁹ Еще большее систематическое значение имеет изменение отношения между Общей и Особенной частями уголовного кодекса, как это уже проявилось в созданной осенью 1933 года под общим руководством прусского министра юстиции Керрла Докладной записке о национал-социалистическом уголовном праве. Здесь установление уголовно-правовой нормы начинается не с общей части, а с отдельных наказуемых деяний. Отделение таких «общих» понятий, как вина, соучастие, покушение, от такого конкретного преступления, как государственная измена, кража и поджог, предстает для нас сегодня уже не в качестве уточнения понятий или гарантии большего правопорядка и точности, но скорее в качестве искусственной и противоречащей смыслу абстракции, разрывающей естественные и данные в действительности жизненные взаимосвязи.

³⁸ G. Dahm und Fr. Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* Hamburg 1933; H. Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburg 1934.

³⁹ Ключевое слово «нормативные» признаки состава преступления обозначает здесь лишь противоположность якобы ценностно-свободным «прочным», дескриптивным признакам состава преступления; это является симптомом внутренней раздвоенности позитивизма, составленного из нормативизма и децизионизма и позволяет понять, что чистый нормативист уже не мыслит чисто позитивистски.

В налоговом *праве*, определенность которого равным образом имеет принципиальное значение для правовой мысли, на место оточенных, перенятых из частного права, якобы юридически надежных понятий, также встают новые правовые понятия, непосредственно соотносимые с хозяйственной и социальной действительностью. Это имеет симптоматическое значение гораздо дальше узкой рамки налогового права, поскольку налоговое право, по аналогии с бюджетным правом в конституционной жизни, являлось своего рода святыней либерального государственно-правового позитивизма. Поэтому единственная юридическая система налогового права, возникшая после 1919 года, т.е. после превращения Германии в государство репараций и налогов, по сознательной аналогии с уголовным правом систематически развивала учение о «соответствии обстоятельствам дела» государственного притязания на налоги.⁴⁰ Но именно в налоговом праве стало впервые очевидно, что справедливое и осмысленное регулирование не может осуществляться с помощью ставших бессвязными понятий чистого позитивизма. В Имперском распоряжении о сборах от 13 декабря 1919 года уже присутствует новаторское положения § 4, согласно которому при толковании налоговых законов следует учитывать их цель, их экономическое значение и развитие ситуации. Тем самым отпадает основание позитивистской «надежности», автаркия определенного в самом себе содержания закона. Это понимание, выработанное вначале в области налогов, также нашло юридикосистематическое выражение в развитии немецкого законодательства о налоге с оборота, начиная с закона от 26 июля 1918 года и вплоть до дальнейших законов от 8 мая 1926 года. Германский закон о налоге с оборота намеренно разрывает с дошедшими типами ведения правовых дел и договоров гражданского права, мыслившего в категориях транспортного права; он намеренно говорит не о покупке, аренде, оплате труда, приобретении собственности, а о доставке, возмещении и т.д.

Вместе с этими новыми понятиями не нужно вводить отвлеченные, еще более общие понятия вроде понятий подобных договорных типов. Скорее сейчас открывается возможность соответствовать конкретной действительности жизненных отношений, чтобы справедливым образом охватить налогами хозяйственный процесс. Нормативизм и позитивизм старого стиля оказался бы здесь совершенно беспомощным перед логически неограниченными воз-

⁴⁰ *Albert Hensel, Steuerrecht, 1. Aufl. Berlin 1924, 3. Aufl. 1933.*

возможностями произвольного, формально-юридического этикетирования. Он превратил бы «правовое государство» в области налогового права в предмет насмешек тем же образом, как в области уголовного права он дал такую возможность дерзкому и одаренному фантазией преступнику при помощи положения *nulla poena sine lege*⁴¹. Такие выдающиеся авторитеты нашего нового налогового права, как *Йоганн Попиц* и *Энно Беккер*, заметили эту опасность и выступили с большой юридической и методической сознательностью. Тем самым они спасли новую немецкую науку о налогах, не дав ей опуститься до простого учения об уходе от налогов.⁴² Подобные понятия, которые непосредственно отсылают к конкретной действительности жизненных отношений, — вместо скомбинированного из мышления о правилах и мышления о решении, нормативистски отгородившегося от реальности жизни позитивизма законов, — необходимо ведут к новому виду мышления, соответствующему данному и вновь возникающему жизненному порядку. Поэтому в немецкой науке о налоговом праве даже при якобы второстепенных налоговых вопросах становится сразу и непосредственно очевидной внутренняя взаимосвязь государственного, социального и народного порядка жизни и сообщества. Например, вопросов налоговых вычетов у отцов семейств при определенном числе детей, признание определенного рода расходов на проживание и затрат, вопросов налогообложения дохода чиновников и учета издержек, — в каждой из этих частностей немедленно затрагиваются конкретные жизненные порядки и такие институты, как брак, семья, сословие и государство, что принуждает занять здесь принципиальную позицию.⁴³

⁴¹ нет наказания без закона (*лат.*).

⁴² *J. Popitz*, Einleitung zu dem Kommentar zum Umsatzsteuergesetz 1929, S. 91; из сочинений *Э. Беккера* здесь можно назвать лишь его доклад на Германском конгрессе юристов в Лейпциге в 1933 году: *Oberregierungsrat Dr. Schraut* (Hrsg.), *Ansprachen und Fachvorträgen des deutschen Juristentags*, Berlin 1933, S. 300.

⁴³ Для подобного характера научного мышления, которое, если мне будет позволено так выразиться, вновь становится универсальным, особенный интерес представляет исследование, опубликованное прусским министром финансов Попицем в статье «Право и хозяйство» (*Jur. Wochenschrift* 1933, Heft 1) о выдающемся труде немецкого политэконома *фон Готтл-Оттлилиенфельда*. Экономическое учение этого берлинского ученого движется — вместо абстрактных понятий и отношений — посредством образований и соединений. Это может быть полезно для нового конкретного мышления о порядке в правоведении

Если данный распад позитивистского мышления о правилах и законах осуществляется в ходе развития уголовного и налогового права, то в других областях общественного права возникли новые порядки, которые совершенно избегают способа мышления XIX века. В новом государственном и административном праве утвердился *принцип вождя* вместе с понятиями верность, преданность, дисциплина и честь, которые могут быть поняты лишь из конкретного порядка и сообщества. В трех линиях порядка — государство, движение, народ — образуется политическое единство. Строение сословных учреждений еще сильнее осуществит идею нераздельной взаимосвязи руководства, дисциплины и чести и тем самым преодолет нормативизм, основанный на предшествующем принципе «разделения властей». В сословно организованном народе всегда господствует множество порядков, из которых каждый должен из самого себя формировать свою сословную юрисдикцию — «сколько сословий — столько скамей». Но яснее всего национал-социалистический законодатель выразил новую идею порядка в своем «Законе о порядке национального труда» от 20 января 1934 года (RGBl. I S. 45). Если вспомнить об упоминавшейся выше неудавшейся попытке при помощи понятия соглашения преодолеть в трудовом праве частные договорные представления хотя бы в области «тарифных договоров», то этот новый закон о порядке национального труда выступает в качестве значительного шага вперед, который одним ударом оставляет позади себя весь мир индивидуалистического договорного мышления и мышления о правовых отношениях. Закон преднамеренно больше не говорит о работодателях и наемных работниках; место тарифного договора занимает тарифный порядок; предприниматель, служащий и рабочий суть вождь и персонал некоего предприятия, которые совместно трудятся ради достижений целей предприятия и ради общей пользы народа и государства; оба выступают в качестве звеньев общего порядка, одного сообщества общественно-правового характера. Социальная юрисдикция судов чести есть последовательное применение идеи порядка, которая приводит к тому, что верность, преданность, дисциплина и честь понимаются уже не как функции разрозненных правил и норм, но как сущностные элементы нового сообщества и его конкретного жизненного порядка и жизненной формы.

аналогичным образом, как индивидуалистическая система т.н. классической политэкономии относилась к капиталистическому мышлению буржуазного правового государства и его позитивистского нормативизма.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Лишь после данного кратко суммированного обзора нынешнего положения немецкого правоведения может быть понято глубокое и решающее значение *нового понятия юриста*, которое национал-социалистическое движение ввело в Германии. Сословное credo немецкого юриста в Немецком правовом фронте заложило в основание своей организации понятие юриста, которое отменяет и преодолевает предшествовавший позитивистский разрыв права и хозяйства, права и общества, права и политики. Новому сословному формированию немецких юристов должен принадлежать каждый немецкий товарищ по нации (*Volksgenosse*), который в своей профессиональной работе связан с применением или развитием немецкого права в общественной жизни, государстве, хозяйстве или самоуправлении и тем самым укоренен в немецкой правовой жизни. На этих новых понятиях права, юриста и правового состояния основывается как Национал-социалистический союз немецких юристов, т.е. в специальном смысле занимающаяся правом часть национал-социалистического движения, так и основанная осенью 1933 года Академия немецкого права. Вождь Немецкого правового фронта, основатель и президент Академии немецкого права д-р Ганс Франк узрел задачу немецких юристов, прежде всего, в соответствующем немецкому духу «придании предметной формы» (*“Sachgestaltung”*).⁴⁴ В этом сформулированном им слове нашла свое выражение сущностная черта нового мышления о порядке и формах.

Однако для традиционного позитивистского типа мышления неоспоримое продвижение нового юридического способа мышления выступает лишь в качестве *корректива* его старого метода, в качестве родственного предыдущим движениям за свободное право ослабления определенного затвердевания и в качестве простого приспособления к новому положению с целью продолжения и самосохранения предшествующего типа. Но сегодня изменение способа юридического мышления связано с изменением всей государственной структуры. Все изменения юридического типа, как было показано выше, находятся в большой исторической и систематической взаимосвязи, которая включает их в соответствующее положение политической жизни сообщества. Как децизионизм Гоббса относится к XVII веку, времени утверждающегося княжеского аб-

⁴⁴ Juristische Wochenschrift 1933, S. 2091.

солютизма, а нормативизм разумного права относится к XVIII веку, так и соединение децизионизма и нормативизма, которое представляет собой господствующий с XIX века позитивизм законов, объясняется определенным дуалистическим отношением государства и гражданского общества, двучленной структурой тогдашнего распадающегося политического единства, перемежающего чрезвычайное положение с легальностью. Как только эта дуалистическая структура государства и свободного от государства общества исчезает, тогда должен отпасть и относящийся к ней тип юридического мышления. Государство настоящего теперь разделено не двучленно на государство и общество, но строится в три линии порядка — государство, движение, народ. Государство как особая линия порядка внутри политического единства уже не обладает монополией на политическое, но лишь является органом вождя движения. Выстроенному подобным образом политическому единству больше не соответствует предшествовавшее децизионистское, нормативистское или скомбинированное из них обоих позитивистское правовое мышление. Теперь необходимо конкретное мышление о порядке и формах, которое достойно многочисленных новых задач государственной, народной, хозяйственной и мировоззренческой ситуации и новых форм сообщества. Поэтому в подобном продвижении нового способа юридического мышления содержится не просто корректура предыдущих позитивистских методов, но переход к новому типу юридического мышления, который должен соответствовать возникающим сообществам, порядкам и формам нового века.

ПРИЛОЖЕНИЯ

ГАНС КЕЛЬЗЕН

КТО ДОЛЖЕН БЫТЬ ГАРАНТОМ КОНСТИТУЦИИ?¹

I. *Политико-правовое* требование гарантий конституции — то есть учреждений, посредством которых будет контролироваться конституционность известных конституционно-непосредственных государственных актов парламента или правительства, — соответствует специфическому для правового государства принципу максимального усиления правового характера функций государства. Относительно целесообразности этого требования можно придерживаться различных мнений, исходя из различных политических позиций и различных конституций. В частности возможны ситуации, когда конституция уже не может быть реализована полностью или же в своих основных пунктах, а потому гарантии конституции теряют всякий смысл, поскольку они неизбежно оказываются недейственными. И на *технико-правовой* вопрос о наилучшей форме гарантий конституции можно ответить самым различным образом — в зависимости от своеобразия конституции и осуществляемого ее распределения власти; особенно в зависимости от того, отдается ли предпочтение репрессивным или превентивным гарантиям, уделяется ли основное внимание ликвидации антиконституционного акта или личной ответственности органа, издающего акты. Обо всем этом можно дискутировать. Кажется, только один аспект до сих пор оставался вне спора. Речь идет о самоочевидном выводе, примитивном настолько, что вряд ли могли посчитать необходимым рассматривать его в той обстоятельной дискуссии, что развернулась по поводу гарантий конституции в последние годы: если и создавать учреждение для контроля конституционности определенных конституционно-непосредственных государственных актов, особенно парламента или правительства, то этот контроль не дол-

¹ Впервые опубликовано: Die Justiz, Bd. VI (1930–1931). S. 576–628. Verlag Dr. Walther Rothschild, Berlin-Grünwald.

жен передаваться одному из тех органов, чьи акты должны контролироваться. Политическая функция конституции — установление правовых ограничений осуществлению *власти*. Гарантия конституции — это обеспечение соблюдения этих правовых ограничений. Если и есть что-то несомненное, так это то, что для выполнения этой функции нет никакой иной более неподходящей инстанции, чем именно та, которой конституция — полностью или частично — передает осуществление власти, и которая поэтому в первую очередь имеет правовую возможность и политический стимул нарушить конституцию. Поэтому ни один другой принцип правовой техники не вызывает такого единодушия, как этот: *никто не может судить самого себя*.

Поэтому когда представители конституционной теории XIX века, ориентировавшиеся на так называемый «монархический принцип», выдвигали тезис, что наличествующий «гарант конституции» это монарх, то в этом — кто сегодня мог бы в этом сомневаться! — слишком очевидно проявлялась идеология. Это одна из многих идеологий, система которых образует так называемую конституционную доктрину. С их помощью при интерпретации конституции пытались скрыть свое главное намерение: вновь компенсировать утрату власти, которая произошла с главой государства в результате перехода от абсолютной к конституционной монархии.² В действительности же хотели добиться следующего: по причинам, политическое значение которых здесь даже не обсуждается, не допустить действительных гарантий конституции, по крайней мере, в отношении ее нарушений той стороной, от которой исходила наибольшая опасность, то есть монархом; точнее: *правительством*, то есть монархом вместе с министрами, контрассигнующими его акты, поскольку монарх вообще не мог действовать сам по себе. Это также относилось к методу конституционной идеологии: говорить только о монархе там, где в действительности действовал коллегиальный орган, несамостоятельной частью которого монарх и являлся. Ведь подлинной политической целью было следующее: поскольку было невозможно прямо заявить о недопустимости действительных гарантий конституции, то это облекали в учение о том, что быть гарантом конституции является одной из задач главы государства.

² В «Общем учении о государстве» я доказал наличие у конституционной доктрины этого намерения на примере многих ее тезисов. См.: Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925.

Конституция конституционной монархии имеет явно дуалистический характер. Она разделяет политическую власть на два фактора: парламент и правительство; причем последнее уже заранее и вовсе не *de facto*, а *de jure* имеет перевес над первым. Не может подвергаться сомнению, что правительство и особенно возглавляющий его монарх — как в политической действительности, так и согласно конституции — осуществляющий государственную власть орган в гораздо большей мере, чем парламент. Столь же несомненно, что переданная правительству власть находится в постоянной конкуренции с властью парламента. Итак, чтобы стало возможным представление о том, что именно правительство и только оно есть наличествующий «гарант конституции», необходимо скрыть характер его функции. Этому служит известное учение о монархе как — исключительно или частично — *объективной третьей инстанции, находящейся по ту сторону (сознательно установленной конституцией) противостояния двух факторов*, как обладателя *нейтральной власти*. Ведь лишь при соблюдении этой предпосылки представляется оправданным, то что он и *только* он должен контролировать, чтобы при осуществлении власти не выходили за пределы конституции. Это довольно смелая фикция, если учесть, что в арсенале этой конституционной доктрины также красуется учение о том, что монарх собственно есть *единственный* — ибо высший — орган осуществления государственной власти; особенно он есть обладатель законодательной власти; от него, а не от парламента исходит *обязательность закона*, тогда как народное представительство может участвовать лишь в определении *содержания закона*. Монарх есть обладатель значительной части или даже всей государственной власти и несмотря на это является инстанцией, нейтральной в отношении осуществления государственной власти и потому единственно призванной контролировать ее конституционность? Было бы совершенно неуместно возражать, что это недопустимое противоречие, поскольку это означало бы прилагать масштаб *научного* (правоведческого и государственно-теоретического) *познания* к тому, что может пониматься лишь как *политическая идеология*. В духовной системе, чье глубокое родство с *теологией* сегодня ни для кого не является секретом, нет места заявлениям о противоречиях. Важным является не то, истинными ли являются утверждения подобного конституционного учения, а то, достигают ли они своей политической цели. А в этом они были в высшей мере успешны. В политической атмосфере монархии данное учение о *монархе* как «гаранте конституции» эффективно

но противодействовало уже тогда иногда всплывавшему требованию учредить *конституционный суд*.³

II. В политической ситуации, в которой — вынужденно — оказалась демократическо-парламентская конституция Германской империи, в тот момент, когда эта конституция — для своей защиты, как надеются ее друзья, — так сказать, сжалась до своей одной-единственной статьи, ст. 48, и тем самым оказалась в слишком тесном правовом пространстве, чтобы не взорваться, при подобном положении вещей было бы разумно отложить дискуссию по вопросу гарантий конституции на потом. Тем удивительнее то, что в новом собрании монографий по государственному праву, «Доклады по современному общественному праву»,⁴ серия открывается сочинением под названием «Гарант конституции», которое посвящено именно проблеме гарантий конституции. Но еще более удивительно то, что это сочинение вытаскивает из чулана конституционного театра самую старую часть его декораций, а именно тезис, будто глава государства — и никакой иной орган — призван быть гарантом конституции. И это для того, чтобы вновь использовать этот изрядно запылившийся реквизит в демократической республике вообще и в Веймарской конституции в частности. Однако более всего поражает то, что автором этого сочинения, — которое в основном пытается обновить учение самого старого и проверенного идеолога конституционной монархии, учение *Бенжамена Констана о pouvoir neutre монарха*, и без всяких ограничений перенести его на республиканского главу государства, — является профессор государственного права Берлинской Высшей торговой школы *Карл Шмитт*, честолюбивый замысел которого заключается в том, чтобы показать нам, «насколько многие традиционные формы и понятия полностью зависят от предшествующих ситуаций и сегодня являются уже даже не старыми мехами для нового вина, а лишь только устаревшими и фальшивыми этикетками».⁵

³ Естественно, что, когда в качестве «гаранта конституции» провозглашают *парламент*, то это та же самая идеология, только на службе демократического принципа: как говорил *Блунчли*, в самом способе формирования «законодательного корпуса» заложены важнейшие гарантии того, что «он не станет осуществлять свои полномочия в антиконституционном духе». (*Allgemeines Staatsrecht*, 4. Aufl. 1868. Bd. 1, S. 561–562.)

⁴ *Beiträge zum öffentlichem Recht der Gegenwart*. Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1931.

⁵ *Verfassungslehre*. S. 9.

Автор неустанно напоминает, «что больше не имеет места ситуация конституционной монархии XIX века с ее разделением государства и общества, политики и экономики»,⁶ и потому категории конституционной монархии не могут прилагаться к конституции парламентско-плебисцитарной демократии, каковой является сегодняшняя Германия. Отсюда он заключает, что возникшее в конституционной доктрине XIX века понятие *формального закона*, которое должно было обеспечивать парламенту как «законо»-дателю право утверждения бюджета в противовес монарху, в Веймарской конституции уже не может иметь своего первоначального смысла, и поэтому, — несмотря на прямое предписание ст. 85 и 87, — для определения бюджета, кредитных полномочий и принятия гарантийных обязательств принятый рейхстагом закон вовсе не является «абсолютно и безусловно» необходимым, но также являются допустимыми распоряжения рейхспрезидента в соответствии со ст. 48, аб. 2. (S. 128–129). Однако подобные попытки отменить или ослабить так называемую финансово-правовую оговорку предпринимались и конституционной теорией. Она также не видела в понятии «формальных законов» помехи для утверждений, будто посредством чрезвычайных распоряжений монарх может утверждать бюджетный план и выдавать кредитные полномочия, как доказывает, например, практика и теория пресловутого § 14 в Австрии. «Исторически-критическое» сознание, спасающее нас от «бездумного формализма», который понимает определения имперской конституции «*Бюджетный план принимается законом*» и «*Подобное обеспечение (денежными средствами путем кредита), как и принятие гарантийных обязательств за счет Рейха, могут осуществляться только на основании имперского закона*» таким образом, что бюджетный план может утверждаться только посредством закона, а кредитные полномочия и принятие гарантийных обязательств осуществляются только на основании закона, — это «исторически-критическое» сознание почему-то никак не мешает заимствовать идеологию у конституционной доктрины, у которой обусловленность эпохой и определенной историко-политической ситуацией написано на лбу отчетливее, чем у любой другой: речь идет учение о *pouvoir neutre* главы государства! Карл Шмитт делает эту Констановскую формулу главным инструментом своей интерпретации Веймарской конституции. Только с ее помощью он приходит к тому результату, что «гарантом конституции» являет-

⁶ Hüter der Verfassung. S. 128. Также см: S. 117.

ся не Государственный⁷ или иной суд, как следует полагать согласно ст. 19, но *лишь* рейхспрезидент; причем последний уже *является* им на основании действующей конституции, а не только должен стать им в результате конституционной реформы.

Когда Б. Констан утверждает, что монарх есть носитель «нейтральной» власти, то в этом утверждении он в очень значительной мере опирается на ту посылку, что исполнительная власть распадается на две различные власти — *пассивную* и *активную* и что монарх обладает лишь пассивной. Лишь пассивная власть является «нейтральной». Здесь очевидна фикция, заключающаяся в том, чтобы представить власть монарха, — которому конституция передает право представлять страну вовне, особенно право заключения межгосударственных договоров, утверждения законов, командования армией и флотом, назначения чиновников и судей и многое другое, — исключительно «пассивной» и в качестве таковой *противопоставить* другой исполнительной власти как власти активной.⁸ Попытка перенести *Констановскую* идеологию *rouvoir neutre* монарха на главу государства демократической республики должна быть совершенно сомнительной в том случае, когда она предпринимается одновременно со стремлением по возможности расширить

⁷ Имеется в виду Государственный суд Германской империи (Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich), предусмотренный ст. 19 Веймарской конституции для решения правовых споров относительно государственной организации. — *Примечание переводчика.*

⁸ Б. Констан, изначально умеренный республиканец, после революции становится монархистом, после падения Наполеона выступает в книге «De l'esprit de la conquête et de l'usurpation» за легитимные династии. С этим сочинением он становится одним из основателей *идеологии легитимности*. Тем не менее он участвует в попытке возвести на трон Бернадота. Когда это не удалось, он переходит на сторону Бурбонов. О возвратившемся с Эльбы *Наполеоне* он пишет в «Journal des Débats», что тот есть Аттила и Чингисхан. Однако после нескольких недель он является «членом Государственного совета» и пишет по заказу Наполеона дополнения к конституциям империи. После второй реставрации Констан вновь сторонник хартии и Бурбонов. Так, например, в 1820 году он сказал в палате депутатов: «Les Bourbons avec la charte sont un immense avantage, parce que c'est un immense avantage qu'une famille antique sur un trône incontesté». После изгнания Карла X мы вновь встречаем его в качестве пылкого защитника легитимности *Луи Филиппа*. См.: А.-М. Dolmatowsky, Der Parlamentarismus in der Lehre Benjamin Constants, Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaften, 63. Jahrg. 1907. S.602.

компетенции этого органа еще и за пределами нормальной сферы компетенций конституционного монарха. Чтобы представить главу государства в качестве подходящего «гаранта конституции», Карл Шмитт характеризует его *rouvoir neutre* не как инстанцию, стоящую над «носителями права на политические решения и влияние», не как «высшего третьего», не как «суверенного господина государства», а как «равнозначный орган», как силу, «которая стоит не над, а наряду с другими предусмотренными конституцией властями». Но одновременно путем более чем *экстенсивной интерпретации* ст. 48 он пытается расширить полномочия рейхспрезидента настолько, что последний не может стать чем-то иным, нежели суверенным господином государства. Таким образом возникает властная позиция, которая не уменьшается из-за того, что Карл Шмитт отказывается называть ее «диктатурой»; но которая в любом случае несовместима с функцией гаранта конституции в соответствии с только что цитированными высказываниями.

То, что Карл Шмитт надеется запросто перенести идеологический тезис о *rouvoir neutre* конституционного монарха на главу государства демократической республики, избранного под высоким давлением партийно-политических течений, странно еще и потому, что он временами ясно видит реальные факты, делающие очевидным идеологический характер конституционной доктрины о монархе как гаранте конституции. Так, он говорит, что в конституционной монархии опасность нарушения конституции исходит со стороны правительства, то есть из сферы «исполнительной власти». Этот факт должен в принципе разрушить представление о «нейтральной» власти монарха, считающегося главой правительства и исполнительной власти, и о его способности выступать в качестве гаранта конституции. Но Карл Шмитт признает здесь существовавшую в XIX веке угрозу со стороны монархического правительства только для того, чтобы выдвинуть утверждение, что «сегодня», то есть в XX веке и в демократической республике, обеспокоенность по поводу нарушения конституции связана «прежде всего с законодателем», то есть с парламентом, а не с президентским правительством (S. 24). Как будто «сегодня» в Германии вопрос о конституционности основанной на ст. 48 функции «правительства», состоящего из президента и министров, не является судьбоносным для Веймарской конституции вопросом! Конечно, если нарушения конституции со стороны правительства не учитываются, тогда формула, провозглашающая главу государства «гарантом конституции» не вызывает никаких сомнений; и тогда не нужно оспаривать не-

точность этой формулы, в которой функция гарантий конституции распространяется не только — как это хотелось бы представить — на персону президента государства, но и на коллегия, состоящую из него и контрассигнующих его акты министров. Однако понятно, что при подобной аргументации речь идет лишь о политической теории в духе «Что, если...».

III. Для усиления своего тезиса о том, что рейхспрезидент есть гарант конституции, Карл Шмитт вынужден выступать против часто выдвигаемого и во многих странах уже реализованного требования учреждения *конституционного правосудия*, то есть против того, чтобы функции гарантий конституции передавались *независимому* суду. Последний выступает в качестве центрального конституционного суда в той мере, в какой он в ходе процесса с участием сторон определяет конституционность оспариваемых актов парламента (особенно законов), но также и правительства (особенно постановлений), а в случае их антиконституционности отменяет эти акты и соответственно решает относительно связанной с иском ответственности определенных органов. Конечно, относительно целесообразности подобного института можно спорить. Никто не станет утверждать, что он при любых обстоятельствах является абсолютно действенной гарантией. Но с любых точек зрения, с которых можно затрагивать и решать *pro* и *contra* относительно такой проблемы правовой политики, как центральный конституционный суд, не имеет никакого значения то, является ли этот орган «судом», а его функция — настоящей «юстицией». Хотя с точки зрения теории права это очень значимый вопрос классификации. Но из ответа на него — положительного или отрицательного — просто не вытекает ничего такого, что говорило бы «за» или «против» передачи названной функции коллегиальному органу, каким-то образом назначаемые члены которого были бы полностью независимы. Здесь имеется в виду независимость в отношении правительства и парламента, которая называется «судебной», поскольку в современных конституциях ее пытаются предоставить судам (впрочем, не только им). Делать вывод о невозможности или бесполезности названного здесь «конституционным судом» института, исходя из каким-то образом понимаемого понятия «юстиция», было бы типичным случаем «юстиции понятий», которая сегодня может считаться уже устаревшей.

Можно предположить, что Карл Шмитт и не стремился к такой аргументации. Но он сам создает подобное впечатление, когда в своей борьбе против конституционного правосудия, в сочинении,

вполне ориентированном на правовую политику, придает основное значение теоретико-правовому вопросу, является ли конституционное правосудие «юстицией», а основную проблему формулирует таким образом: может ли выступать «юстиция в качестве гаранта конституции». Производит довольно странное впечатление то, что он с относительно большими усилиями считает необходимым доказывать, что немецкие гражданские, уголовные и административные суды, осуществляющие материальное право проверки в отношении применяемых ими законов, «в точном смысле» не являются «гарантами конституции» (S. 12). Правда, высшему суду Соединенных Штатов он — по не очень понятным причинам — не отказывает в этом титуле, хотя этот суд в значительной мере делает то же, что и немецкие суды, использующие свое право проверки, а именно не применяют в конкретном случае законы по причине их антиконституционности. Однако суды, использующие свое право проверки, лишь *квантитативно* отличаются от центрального конституционного суда с кассационным полномочием, от того подлинного «гаранта», которому Карл Шмитт все же не станет отказывать в подведении под понятие «гарант конституции», хотя и не желает признавать его в качестве «суда». Это отличие именно в том, что он отменяет действие антиконституционных законов не только в данном конкретном случае, — как другие суды, — но и для всех случаев. Какова же ценность открытия Карлом Шмиттом того, что конституционно-правовая функция гаранта конституции заключается в том, чтобы «заменить и сделать избыточным это общее и случайное право на неповиновение и сопротивление. Лишь в таком случае имеется гарант конституции в институциональном смысле» (S. 21). Этого на самом деле недостаточно, чтобы вывести отсюда «точный смысл» понятия «гарант конституции». Этим можно лишь констатировать, что суды, даже если они осуществляют право проверки, не следует «рассматривать в качестве гаранта конституции». Это чисто терминологическая констатация. Ведь Карл Шмитт не может отрицать, что суд, который отказывается применять антиконституционный закон и тем самым отменяет его действительность для конкретного случая, в сущности действует в качестве гаранта конституции, хотя ему и не присваивают звучного титула «Гаранта конституции», то есть избегают громкой фразы, сам пафос которой призывает к осторожности в отношении связанных с этим идеологических тенденций. Здесь важно то, целесообразно ли таким образом наделять суды функцией гарантии конституции, и ес-

ли нет, то нужно ли лишить их права проверки. Напрасно искать у Карла Шмитта ясного решения по этому вопросу.

Зато, как уже говорилось, у него находится множество аргументов, с помощью которых — очень несистематично — постоянно предпринимаются попытки доказать, что решение по поводу конституционности законов и отмена антиконституционных законов коллегией независимых лиц в ходе процесса с участием сторон не является «юстицией». Возможности судебного контроля иных конституционно-непосредственных актов Карл Шмитт не уделит никакого внимания. Однако представленные для этого аргументы ничего не доказывают не только применительно к решающему вопросу, то есть вопросу *правовой политики*, они также неприменимы с точки зрения *правовой теории*.

IV. Они исходят из той ложной предпосылки, что между функцией юстиции и «политическими» функциями имеется сущностное противоречие и что особенно решение относительно конституционности законов и отмена антиконституционных законов является «политическим» актом, из чего следует, что подобная деятельность уже не является юстицией. Если из многозначного и безмерно извращенного слова «политическое» вообще можно извлечь какой-то устойчивый смысл, то в данном контексте, когда речь идет о *противопоставлении с юстицией*, можно полагать, что посредством его выражается что-то вроде осуществления *власти* (в отличие от осуществления *права*). «Политическое» есть функция законодателя, который подчиняет людей своей воле и осуществляет власть именно посредством того, что он вынуждает людей при преследовании интересов действовать в пределах, установленных его нормами, тем самым разрешая конфликты интересов; тогда как судья лишь в качестве инструмента, а не субъекта этой власти применяет порядок, установленный законодателем. Это представление ложно уже потому, что оно предполагает, что процесс осуществления власти заключен в процедуре законодательной власти. Здесь не видят или не хотят видеть того, что в судопроизводстве этот процесс находит свое существенное продолжение не в меньшей степени, чем в ветви исполнительной власти, в управлении, а при определенных обстоятельствах даже реально и начинается там. Если «политическое» усматривать в разрешении конфликтов интересов, в «решении», — используя терминологию Карла Шмитта, — тогда в любом судебном приговоре более или менее присутствует элемент решения, элемента осуществления власти. Политический характер юстиции тем сильнее, чем шире возможность решать по своему усмотре-

нию, которое вынуждено допускать общее законодательство юстиции в силу своей сущности. Мнение, будто политическим является только законодательство, но не «подлинная» юстиция, точно так же ошибочно, как и то, что только законодательство есть продуктивное производство права, тогда как судопроизводство — лишь репродуктивное правоприменение. В принципе это два варианта одного и того же заблуждения. Когда законодатель уполномочивает судью в рамках известных границ соизмерять противоречащие друг другу интересы и разрешать конфликты в пользу одного или другого, то он передает ему полномочие правотворчества и тем самым власть, которая придает судебной функции тот же самый «политический» характер, что имеет — хотя и в большем объеме — законодательство. Между политическим характером законодательства и юстиции имеется лишь количественное, а не качественное различие. Если бы в сущности судопроизводства было заложено быть неполитическим, тогда было бы невозможно международное судопроизводство; точнее, следовало бы изменить название международно-правовых решений споров между государствами, которые отличаются от внутригосударственных конфликтов лишь тем, что первые более отчетливо проявляются как властные конфликты. Хотя в теории международного права стремятся различать между разрешимыми и неразрешимыми конфликтами, между правовыми конфликтами и конфликтами (властных) интересов, между спорами правовыми и политическими. Но что это означает? Ведь любой правовой конфликт является конфликтом интересов или властным конфликтом, а потому любой правовой спор — политический спор, и каждый конфликт, который называется конфликтом интересов, властным или политическим конфликтом, *может разрешаться как правовой спор*, если он направлен именно на вопрос: обосновано ли международным правом притязание, выдвигаемое одним государством в отношении другого государства, отказывающегося его выполнять, — и в этом заключается любой конфликт. И этот вопрос *всегда* можно решить согласно международному праву, то есть *юридически*. Ибо согласно международному праву он считается решенным независимо от того, было ли решение положительным (притязание было удовлетворено) или отрицательным (притязание отклонено). *Tertium non datur*. «Неразрешимым» или политическим конфликт является не из-за того, что он по своей природе не может быть правовым конфликтом и потому не может разрешаться «судом», а из-за того что одна или обе стороны по каким-либо причинам не желают рассмотрения дела объективной инстанцией. Подобные потребно-

сти и возникающие из них стремления, направленные против развития международного судопроизводства, получают необходимую идеологию со стороны теории международного права с ее понятиями «разрешимых» и «неразрешимых» конфликтов, юридического и политического спора. Карл Шмитт лишь переносит ее в сферу внутригосударственных конфликтов, когда он — как и многие другие теоретики государственного права — различает между «юстициабельными» и «неюстициабельными» материями, чтобы предостеречь от распространения юстиции на последние, и когда заявляет, что этим «можно лишь навредить юстиции» (S. 22). Согласно Карлу Шмитту, неюстициабельными являются «политические» вопросы. С точки зрения теоретически ориентированного подхода здесь можно сказать лишь то, что функция конституционного суда носит политический характер в гораздо большей мере, нежели функция других судов. Поэтому те, кто выступали за учреждение конституционного суда, никогда не упускали из виду и не отрицали важнейшее политическое значение приговоров конституционного суда. И во все не из-за того, что он не есть «суд», поскольку его функция не является «юстицией»; и менее всего из-за того, что эта функция не может передаваться органу, наделенному судебной независимостью. Это было бы попыткой выводить из какого-либо понятия, например, юстиции, требования, затрагивающие форму государственной организации.

V. Поскольку для Карла Шмитта столь значимо доказательство того, что так называемое конституционное правосудие не является юстицией, то вполне уместно ожидать от него ясного и точного определения этого понятия. Однако ожидающих этого также ждет сильное разочарование. То, что он приводит для существенного определения юстиции, довольно скудно и в значительной мере сводится к возвращению к взглядам, давно признанными ошибочными.

Если обобщить его сильно распыленные замечания по поводу спорного предмета, тогда вырисовывается что-то вроде следующего тезиса: юстиция по своей сущности привязана к нормам, причем к таким нормам, под которые можно «подводить обстоятельства дела» и которые не являются по своему содержанию «сомнительными и спорными» (S. 19, 36f.). Поэтому здесь нет никакой юстиции, поскольку при решении относительно конституционности закона речь никогда не идет о «подведении обстоятельств дела под норму», но чаще всего о «выявлении содержания конституционного закона, который вызывает сомнения относительно своего содержания». Если начать сразу со второго качества, которым

здесь характеризуется «юстиция», то можно лишь изумиться тому, что Карл Шмитт, по всей видимости, придерживается мнения, будто гражданские, уголовные и административные суды, — принадлежность которых к юстиции он все же не подвергает сомнению, — всегда должны применять лишь такие нормы, содержание которых не является сомнительным и спорным. Что в случае правового спора, разбираемого одним из этих «судов», всегда речь идет о *вопросе происхождения* и никогда о так называемом *вопросе права*, который возникает лишь в том случае, когда содержание применяемой нормы является сомнительным и потому спорным. В качестве примера случая, в котором нет никакого «очевидного противоречия» между конституционным и простым законом, а существуют «сомнения и разногласия» по поводу того, «имеет ли место противоречие вообще и в какой мере» приводится следующее: «Если конституционный закон определяет, что теологические факультеты сохраняются, то простой закон определяет, что теологические факультеты ликвидируются» (S. 44). Содержание конституционного закона очевидно безнадежно потому, что неясно, понимаются ли под «теологическими факультетами» также «теологические академии». Избыточно каждое слово, служащее доказательством того, что судопроизводство обычных судов, несомненное и никогда не подвергавшееся сомнению с точки зрения его принадлежности юстиции, в бесчисленных случаях означает определение содержания закона, столь же сомнительного в своем содержании. Когда Карл Шмитт говорит о «фундаментальной разнице между решением в ходе процесса и разрешением сомнений и разногласий относительно содержания конституционного определения» (S. 4), то можно лишь сказать, что большинство решений в процессах суть разрешение сомнений и разногласий относительно содержания определения закона. И, видимо, еще никогда высказывания о юстиции настолько целиком не искажали ее сущность, как в случае этого: «Всякая юстиция привязана к нормам и прекращает существовать, если сами нормы в своем содержании становятся сомнительными и спорными» (S. 19). Лишь переворачивание этого предложения возвращает к той простой и понятной каждому истине, что юстиция чаще всего как раз только начинается, когда нормы в своем содержании становятся сомнительными и спорными, поскольку иначе существовали бы лишь споры относительно обстоятельств дела и вообще не было бы никаких настоящих «правовых» споров. Можно сомневаться в целесообразности передачи функции по выявлению содержания сомнительного в своем содержании конституционного

закона независимому суду и можно по каким-либо причинам предпочесть обеспечение этой функции правительством или парламентом. Однако невозможно утверждать, что функция конституционного суда не является юстицией из-за того, что подлежащая применению норма имеет сомнительный характер и что его приговор есть выявление этого содержания; поскольку невозможно утверждать, что сомнительность содержания нормы в случае конституционного закона есть ни что иное, нежели в случае закона, не носящего характер конституционного.

Другой критерий: не является неверным, что применяемые юстицией нормы позволяют подводить обстоятельства дела; но тем более спорным является утверждение, что решение о конституционности закона не представляет собой никакого подобного подведения обстоятельств дела под норму. К сожалению, Карл Шмитт не объясняет более подробно, что он понимает под «обстоятельствами дела». Однако можно предполагать, что он рассматривает процедуру подведения обстоятельств дела под норму на простейшем и яснейшем примере — когда уголовный суд рассматривает обвинение в преступлении. Если уголовный суд выясняет, что в поведении обвиняемого содержится именно такой состав преступления, который уголовный кодекс описывает как деликт, то есть как условие возникновения определенного неправого последствия, тогда имеет место все тот же самый процесс, что и в случае, когда конституционный суд признает неконституционным некий закон, оспоренный какой-либо стороной. Антиконституционность закона может состоять не только — как кажется сначала — в том, что он был принят в нарушение предписанной конституцией *процедуры*, но также и в том, что он имеет *содержание*, которое он, согласно конституции, иметь не может; так что конституция не только регулирует процедуру законодательства, но определяет содержание будущих законов, например, посредством установок, принципов и т. д. Однако поскольку конституционное правосудие в отношении законов возможно лишь в том случае, когда *материальные* конституционные нормы также выступают в специфической конституционной форме, то есть как квалифицированные законы, — ведь иначе любой материальный конституционный закон можно было отменить или изменить противоречащим ему простым законом, то есть антиконституционный закон стал бы невозможен, — постольку проверка конституционности закона конституционным судом *всегда* означает разрешение вопроса: был ли закон принят *в соответствии с конституцией*. Ведь даже если закон антиконституционен из-за своего

антиконституционного *содержания*, тем не менее он является антиконституционным только потому, что он не был принят *в качестве закона, изменяющего конституцию*. И даже если конституция полностью исключает определенное содержание закона, так что соответствующий конституции закон такого содержания вообще не может быть принят, — например, закон входящего в федерацию государства, вторгающегося в компетенцию федерации (является антиконституционным для федерации, даже если был принят в качестве земельного конституционного закона), — даже в этом случае антиконституционность закона заключается в *способе его принятия*; причем она заключается не в *ненадлежащем* способе его принятия, а в том, что он вообще был принят. «Обстоятельства дела», которые нужно *подводить* под конституционную норму при решениях относительно конституционности закона, являются не нормой, — обстоятельства дела и норма суть два различных понятия, — а *производством нормы*. Они являются настоящими «обстоятельствами дела», теми обстоятельствами дела, которые регулируются нормой конституции и которые, — поскольку и насколько они регулируется конституцией, — могут «подводиться» под конституцию, как и любые иные обстоятельства дела под какую-либо иную норму. Ведь обстоятельства дела можно подвести под некую норму лишь в той мере, в какой норма регулирует обстоятельства дела, т.е. устанавливает их в качестве условия или последствия. И здесь не важно, решает ли это гражданский суд относительно действительности завещания или договора, объявляет ли он распоряжение противоречащим закону, не применяя его в конкретном случае, или же это конституционный суд квалифицирует закон как антиконституционный — во всех этих случаях это суть *обстоятельства дела при производстве нормы*, которые «подводятся» под норму, регулиющую эти обстоятельства дела, и выявляются как соответствующие или противоречащие норме. Конституционный суд также реагирует на выявление антиконституционности закона посредством акта, который как *actus contrarius* корреспондирует с антиконституционными обстоятельствами дела при *производстве* нормы, а именно посредством *отмены* антиконституционной нормы; причем с индивидуальной — для конкретного случая, или же универсальной значимостью — для всех случаев.

Когда Карл Шмитт характеризует проверку конституционности закона таким образом, что здесь «содержание одного закона лишь сталкивается с содержанием другого закона, выявляется их коллизия или противоречие», и тем самым «общие правила лишь сравниваются между собой, но не подводятся друг под друга или «применя-

ются» друг к другу» (S. 42), то тем самым он закрывает для себя понимание подлинного положения дел, поскольку в результате он не видит разницы между законом в качестве *нормы* и производством закона в качестве *обстоятельств дела*. Он просто является жертвой эквивокации. И потому его верный при всех возможных обстоятельствах аргумент, что «не существует никакой юстиции конституционного закона над простым законом», никакой «юстиции нормы над нормой, поскольку один закон не может быть гарантом другого закона», абсолютно промахивается мимо цели. В случае конституционного правосудия речь идет не о том, что, — как Карл Шмитт приписывает анализирующей эту функцию «нормативной теории», — «одна норма должна нормативно защищать саму себя», не о том, что более слабый закон защищается более сильным или более сильный — более слабым, а просто о том, что норма должна быть отменена в ее индивидуальной или универсальной действительности по той причине, что обстоятельства дела при ее производстве противоречат регулирующей эти обстоятельства дела и именно потому более значимой норме.

VI. Чтобы не допустить признания конституционного правосудия в качестве «юстиции», чтобы охарактеризовать его в качестве «законодательства», Карл Шмитт придерживается представления об отношении между этими двумя функциями, которое до сих пор можно было считалось давно устаревшим. Это представление о том, что судебное решение уже готовым содержится в законе и лишь «выводится» из него путем логической операции: юстиция как правовой автомат! В частности Карл Шмитт со всей серьезностью утверждает, что «решение» судьи «содержательно выводится из другого решения, измеримо и предсказуемо уже содержащегося в законе» (S. 38). Это учение также происходит из идеологического корпуса конституционной монархии: ставший независимым от монарха судья не должен осознавать власть, которую ему дает, должен давать закон — поскольку последний имеет лишь общий характер. Он должен верить, что является только автоматом, что он не творчески создает право, а лишь «обнаруживает» созданное право, решение, уже лежащее в готовом виде в законе. Сегодня это давно раскусили.⁹ И потому не удивляет, что далее Карл Шмитт уже не придерживается этой теории автомата, — после того как она послужила ему для того, чтобы принципиально отделить юстицию как простое правоприменение от законодательства как правотворче-

⁹ См. мою работу: Allgemeine Staatsrecht. S. 231 ff., 301.

ства, после того как она предоставила ему главный теоретический аргумент, которым он пользуется в борьбе против конституционного правосудия: «Закон — не приговор суда, приговор суда — не закон». Теперь он настойчиво заявляет: «В любом решении, даже в решении суда, принимаемом в ходе процесса посредством подведения обстоятельств дела под норму, заключен элемент чистого решения, который невозможно вывести из содержания нормы» (S. 45–46). Однако именно из этого следует, что между законом и судебным приговором нет никакой качественной разницы, что как один, так и второй есть производство права, что приговор конституционного суда, — из-за того, что он есть акт законодательства, то есть производства права, — не перестает быть актом судопроизводства, юстиции, то есть правоприменения. И не в последнюю очередь: поскольку элемент «решения» вовсе не ограничен функцией законодательства, но также — причем необходимым образом — содержится в функции юстиции, то и одно, и другое должно иметь «политический» характер». Однако тем самым становится беспредметной вся аргументация, пытающаяся не допустить признания за конституционным правосудием статуса юстиции из-за его политического характера. Тогда остается только спросить, почему автор столь неординарного ума, как Карл Шмитт, запутался в таких очевидных противоречиях, лишь бы придерживаться тезиса, что конституционная юстиция является не юстицией, а законодательством, хотя уже из его собственных взглядов следует: она может и должна быть ими обоими одновременно. Вряд ли здесь возможно иное объяснение, кроме следующего: утверждение, будто конституционное правосудие не есть юстиция, сохраняет для него свою значимость, — даже несмотря на противоречие с его собственными теоретическими взглядами, — из-за того что оно воспринимается в качестве предпосылки *политико-правового* требования. Ведь если решение относительно конституционности закона и отмена антиконституционного закона посредством процесса в форме юстиции не является «юстицией», то уже поэтому эту функцию *можно* передать не коллегии независимых судей, а другому органу. Это поворот той же самой аргументации, когда Карл Шмитт разделяет государства в зависимости от важнейшей для них функции на государства правосудия и государства законодательства (S. 75), и ввиду того, что государство — как нынешний Германский рейх — является законодательным государством, заключает: «В законодательном государстве, напротив, не может существовать никакой конституционной юстиции или государственной юрисдикции в качестве подлинного

гаранта конституции» (S. 76). Точно так же говорится: «Она (юстиция) не может выполнять подобные функции в государстве, не являющимся чистым государством юстиции» (S. 28). Однако все же было бы логичней сделать вывод, что государство, конституция которого предусматривает конституционный суд, именно не является «законодательным государством», вместо того чтобы заключать о невозможности здесь никакого конституционного суда, раз он не вписывается в эту теоретическую схему, Это очередное приложение уже заданного понятия права к желаемой форме права, типичное смешение *теории* права и правовой *политики*.¹⁰

- ¹⁰ Мысль о существенном различии закона и судебного приговора, — которое никто не опровергает так энергично, как Карл Шмитт с его утверждением, что существенно они тождественны, поскольку оба являются «решением», — именно для этого автора странным образом также является основанием для полемики с выдвинутой мною *теорией ступеней*. В последней, ввиду существенного тождества законодательства и судопроизводства, речь идет о количественной разнице между ними. Когда теория ступеней обнаруживает как в законодательстве, так и в судопроизводстве *производство норм*, то методически она действует тем же образом, что и Карл Шмитт, когда он в обоих выявляет «элемент решения». Видимо, этим объясняется острота его полемики, которая работает не столько с предметными аргументами, сколько с такими довольно аффективными ценностными суждениями, как «беспредметные абстракции», «фантастические метафоры», «логика гусиной лапки». Результат теории ступеней, выстроенной мною на основании радикальной критики методов и в острейшей борьбе против любой антропоморфизации, — «иерархия норм», — примечательным образом запросто отбрасывается как «некритичная и неметодичная антропоморфизация норм» и «импровизированная аллегория» (S. 38 ff.). При обсуждении преимущественно политико-правового сочинения бессмысленно дебатировать с теорией, которая не желает выдавать ничего, кроме структурного анализа права. Поэтому для меня достаточно констатировать, что учение, против которого полемизирует Карл Шмитт, не имеет почти ничего общего с выдвинутой мною теорией. Здесь имеет место грубое заблуждение. Карл Шмитт надеется опровергнуть эту теорию ступеней, когда пишет: «Если одну норму сложнее изменить, нежели другую, то это в любом мыслимом отношении — логически, юридически, социологически — есть нечто иное, нежели иерархия; конституционно-законодательное определение компетенций не находится к исходящим от соответствующих органов актам в отношении руководящего органа (поскольку установление нормы не является ведомством), и тем более простой закон не является подданным закона, изменение которого усложнено». Если бы я утверждал, что консти-

Правоведческое исследование, посвященное возможности конституционной юстиции, в конце концов, не может проходить мимо факта, что уже есть одно государство, — а именно Австрия, — в котором уже более десятилетия функционирует полностью развитое, центральное конституционное правосудие. Анализировать его действенность было бы более плодотворно, чем озадачиваться его совместимостью с понятием законодательного государства. Карл Шмитт ограничивается тем, что помещает «австрийское решение» между гусиными лапками и замечанием, что «в ситуации усталости первого десятилетия после краха едва ли затрагивали предметное значение подобного распространения юстиции и довольствовались абстрактными нормативизмами и формализмами» (S. 6). Под «нормативизмами и формализмами» должна подразумеваться *Венская школа*. Однако ее абстракции не помешали ей проделать вполне конкретный объем правотворческой работы, среди прочего создать австрийский Конституционный суд; до обсуждения его «предметного значения» Карл Шмитт в любом случае не снизошел с высоты *своих собственных абстракций*.

Теоретическая невозможность этого метода, ее внутреннее противоречие проявляется и там, где Карл Шмитт, в конце своего сочинения, подходит к тому, чтобы из своих теоретико-правовых пред-

туция стоит «над» законом только потому, что ее изменить сложнее, чем его, тогда моя теория действительно была бы такой бессмысленной, какой ее представляет Карл Шмитт. Однако при таком изображении упускается из виду такая мелочь, как то, что я со всей решительностью различаю между конституцией в *материальном* смысле и конституцией в *формальном* смысле и обосновываю приоритетную ступень конституции над ступенью закона не только акцидентальной и не-эссенциальной *формой* конституции, но и *содержанием* конституции. Конституция рассматривается в качестве нормы, стоящей над законодательством, потому что она определяет процедуру законодательства и, в известной мере, также содержание (принимаемых на основании конституции) законов; так же как и законодательство стоит над так называемым исполнением (судопроизводство, управление), поскольку оно регулирует принятие и — в очень широкой мере — также содержание их актов. Для различения между ступенью законодательства и ступенью исполнения вопрос простоты или сложности изменения нормы не играет вообще никакой роли. Если бы из всех моих сочинений Карл Шмитт прочитал лишь только один доклад «Сущность и развитие государственного судопроизводства» (*Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Heft 5, 1928) или даже только одну страницу из этого сообщения (S. 36), то он знал бы это.

посылок вывести желаемый политико-правовой результат. Там говорится: «То есть прежде чем учреждать для острых политических вопросов и конфликтов судебную палату в качестве гаранта конституции, перегружать и подвергать юстицию опасности подобной политизацией» (S. 158), следует вспомнить о позитивном содержании Веймарской конституции, которая, как считает Карл Шмитт, назначает рейхспрезидента гарантом конституции. Это означает не больше и не меньше: для острых политических вопросов и конфликтов не следует назначать судебную палату в качестве гаранта конституции, поскольку в результате такой деятельности суда юстиция будет политизироваться, перегружаться и подвергаться юстиции. Юстиция? Как можно перегрузить и подвергнуть опасности юстицию посредством конституционного правосудия, если конституционное правосудие, — как настойчиво пытается доказать Карл Шмитт, — вовсе не является юстицией?

Тем самым здесь не отрицается, что поставленный Карлом Шмиттом вопрос о «границах» юстиции вообще и конституционной юстиции в частности вполне легитимен. Правда, в данном контексте он должен ставиться не как вопрос о понятии юстиции, а как вопрос о целесообразной форме ее функций, и оба этих вопроса следует ясно разделять друг от друга. Для ограничения власти судов и тем самым политического характера их функции, — а это стремление особо проявляется при конституционной монархии, а также наблюдается в демократической республике, — следует максимально сократить пространство для решения *по своему усмотрению*, которое допускают законы при их применении. В таком случае применяемые конституционным судом конституционные нормы, — особенно те, посредством которых определяется содержание будущих законов, определения относительно основных прав и т. п., — не должны формулироваться в слишком общей форме и оперировать такими расплывчатыми понятиями, как «свобода», «равенство», «справедливость» и т. д., поскольку иначе существует опасность не предусмотренного конституцией и политически крайне неуместного *смещения власти* от парламента к внешней для него инстанции, «которая может стать представителем совсем иных политических сил, нежели представленных в парламенте».¹¹ Но этот вопрос не яв-

¹¹ Kelsen. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. S. 70. Эти тезисы взаимосвязаны с разъяснением, которое я привожу полностью, чтобы показать тем, кто читал только сочинение Шмитта, как на самом деле выглядит один из «зелотов слепого нормативизма» (S. 30) и его «нормативистская и форма-

ляется специфическим только для конституционного правосудия; это столь же верно и для отношения закона и применяющих закон гражд-

листка логика» (S. 41), а также «опустошения, которые произвела этого рода логика в понятии закона» (S. 38): «Среди прочего встречается утверждение, что над конституцией любого государства существуют еще какие-то естественные правовые правила, которые также должны уважаться правоприменяющими органами государства. Если при этом речь идет о принципах, реализованных в конституции или в какой-то иной ступени правопорядка и выводимых из содержания позитивного права лишь посредством процедуры абстрагирования, тогда их формулирование в качестве самостоятельных правовых положений является довольно бессмысленным делом. Их применение осуществляется вместе с правовыми нормами, в которых они реализованы, и только в них. Но если же речь идет о нормах, которые еще никак не были позитивированы и им это только предстоит — поскольку они представляют собой «справедливость» — стать позитивным правом (даже если сторонники этих принципов в своих более или менее ясных представлениях уже считают их «правом»), тогда имеет место не что иное, как необязательные с правовой точки зрения постулаты (которые на самом деле являются лишь выражением определенных групповых интересов), направленные на органы, которым доверено производство права. Причем не только на органы законодательства, у которых существует почти неограниченная возможность реализовать подобные постулаты, но также и на органы нижней ступени производства права, где данная возможность хотя и ограничивается в той же мере, в какой ее функция имеет характер правоприменения, но тем не менее существует — причем в той же самой мере — в качестве решения по своему усмотрению; то есть на правосудие и управление, если нужно выбирать между множеством возможностей интерпретации. Именно в том, что учет или реализация этих принципов, которые, — несмотря на все попытки до сих пор не нашли никакого даже приблизительно однозначного определения, — в процессе производства права не имеют характера правоприменения в техническом смысле слова и по приведенным причинам даже не могут иметь его, именно в этом заключается ответ на вопрос о том, могут ли они применяться конституционным судом. И лишь формально, лишь по видимости имеет место другое, когда сама конституция, — что иногда случается, — содержит указание на подобные принципы, призывая идеалы «справедливости», «свободы», «равенства», «честности», «нравственности», и т.д., без всякого детального уточнения, что под этим имеется в виду. Если за подобными формулами должно стоять больше, чем обычная политическая идеология, тогда задействование справедливости, свободы, равенства, честности и нравственности при отсутствии подробного определения этих ценностей также означает не что иное как то,

данских, уголовных и административных судов. Это древнейшая, платоновская дилемма: *politeia* или *nomoi*, цари-судьи или царствен-

что законодатель, как и исполнитель законов, уполномочивается заполнить оставленное конституцией и законами пространство по своему усмотрению. Ведь воззрения на то, что является справедливым, свободным, равным, нравственным и т.д., столь различаются в зависимости от интересов, что, — если ни одно из них не определено в виде позитивного права, — любое произвольное правовое содержание может быть оправдано с помощью одного из возможных воззрений. Но в любом случае это задействование спорных ценностей не означает и не может означать того, что наделенные производством права органы законодательства, как и исполнения, освобождаются от обязательного для них применения позитивного права, если оно находится в противоречии с их субъективными воззрениями на равенство и проч. Тем самым сомнительные формулы в целом не имеют большого значения. Если от них отказаться, то ничего не изменится в фактической правовой ситуации.

Однако именно в сфере конституционного судопроизводства они могут играть очень опасную роль, причем тогда, когда необходимо проверить конституционность законов. Если конституция требует от законодателя осуществлять свою деятельность в соответствии со «справедливостью», «свободой», «честностью», «нравственностью» и т.д., тогда в этих словах можно усмотреть директивы для содержания будущих законов. Явно напрасно, поскольку подобные директивы имеют место лишь в том случае, когда указано определенное направление, когда в самой конституции задан какой-либо объективный критерий. Между тем в каталоге основных прав и свобод легко размывается граница между подобными формулами, служащими лишь для политического украшения конституции, и обычным определением содержания будущих законов; и потому вовсе не исключена возможность того, что конституционный суд, призванный разрешить вопрос о конституционности определенного закона, кассирует этот закон с тем обоснованием, что он является несправедливым, а «справедливость» является базовым конституционным принципом и потому должна применяться конституционным судом. Но это означает, что конституционному суду предоставляется полнота власти, которая должна восприниматься просто как невыносимая. То, что большинство судей этого суда считают справедливым, может полностью противоречить тому, что считает справедливым большинство населения, и, несомненно, противоречит тому, что считает справедливым большинство парламента, как раз принявшего этот закон. Само собой разумеется, что замысел конституции не может заключаться в том, чтобы посредством употребления точно не определенного, столь многозначного слова, как «справедливость» или др., сделать любой принятый парламентом закон зависимым от свободного усмотрения

ный законодатель. Теоретически разница между конституционным судом с правом кассации законов и нормальным гражданским, уголовным или административным судом заключается в том, что и один, и другой является как правоприменителем, так и правопроемителем. Однако один производит только индивидуальные нормы, тогда как другой, применяя конституцию к обстоятельствам дела при производстве норм, приходит к отмене антиконституционных законов, — причем не производит, а уничтожает универсальную норму, то есть вводит корреспондирующий с производством законов *actus contrarius*, то есть — как я это сформулировал — «негативного законодателя».¹² Но между функцией подобного консти-

политически более или менее произвольно составленной коллегии, каковой является конституционный суд. А потому чтобы избежать не предусмотренного конституцией и политически крайне неуместного *смещения* власти от парламента к внешней для него инстанции, которая может стать представителем совсем иных политических сил, чем представленных в парламенте, конституция при применении конституционного закона должна воздерживаться от подобной фразеологии; и если она желает перечислить принципы, директивы, ограничения для содержания издаваемых законов, тогда они должны быть определены настолько точно, насколько это возможно».

¹² См.: Bericht. S. 54, где, предвосхищая главный аргумент против конституционного судопроизводства — отделение юстиции от законодательства, я писал: «И это не сильно отличается от ситуации со вторым возражением, которого следует ожидать, когда необходимо защитить институт конституционного судопроизводства: ссылка на принцип разделения властей. Сразу нужно признать, что отмена акта законодательства органом, отличным от самого законодательного органа, представляет собой вторжение в законодательную власть, как обычно стремятся выразиться. Однако насколько вся эта аргументация проблематична, показывает тот довод, что орган, которому передается право отмены антиконституционных законов, даже если он называется «судом» и организационно в силу своей независимости является судом, тем не менее по своей функции собственно действует не только как суд. Если вообще можно функционально разделить судопроизводство и законодательство, то различие между обеими функциями следует усматривать прежде всего в том, что посредством законодательства производятся универсальные нормы, а посредством судопроизводства — лишь индивидуальные нормы. Здесь можно оставить без внимания, что и это различие не является принципиальным, и что законодатель (особенно парламент) также может устанавливать индивидуальные нормы. Если «суду» передается полномочие отменять закон, тогда он уполномочивается устанавливать универсальную

туционного суда и функцией нормальных судов вместе с их правом проверки законов и постановлений появляется очень примечательная промежуточная форма. Ведь суд, который в конкретном случае не применяет закон по причине его антиконституционности или постановление по причине его несоответствия законам, уничтожает общую норму и тем самым также действует как «негативный за-

норму. Ведь отмена закона имеет тот же самый универсальный характер, как и издание закона. Отмена тождественна изданию, только с отрицательным знаком. Отмена законов тем самым сама является законодательной функцией, и *отменяющий закон суд сам является органом законодательной власти*. Так что под отменой закона судом можно точно так же понимать передачу законодательной власти двум органам, как и «вмешательство» в законодательную власть. А при передаче законодательной власти двум органам не всегда нужно считать необходимым заявлять о противоречии с принципом разделения властей. Так, например, в конституции конституционных монархий законодательство, то есть производство универсальных правовых норм, хотя и передается, как правило, парламенту в связке с монархом, однако для определенных исключительных случаев за монархом (в связке с министрами) сохраняется право издания заменяющих и изменяющих закон постановлений (чрезвычайных постановлений). Не станем заходить слишком далеко и обсуждать здесь политические мотивы, приведшие к принципу разделения властей. Хотя только таким образом становится понятным истинный смысл принципа, ориентированного прежде всего на положение политической власти в конституционной монархии. Если он должен иметь разумный смысл и применительно к демократической республике, тогда из различных его значений следует рассматривать только те, которые лучше выражаются в слове «деление», чем в слове «разделение» властей. Это идея распределения власти на различные органы, не столько с целью их взаимной изоляции, сколько для их взаимного контроля друг за другом. И не столько с целью предотвращения опасной для демократии, слишком большой концентрации власти в одном органе, сколько для гарантий правового характера функций различных органов. Но тогда институт конституционного судопроизводства не только не означает никакого противоречия с принципом разделения властей, но как раз наоборот является его подтверждением. *С учетом этого положения становится совершенно беспредметным вопрос о том, может ли быть «судом» орган, призванный отменять антиконституционные законы*. Его независимость в отношении парламента, как и в отношении правительства, есть само собой разумеющееся требование, поскольку парламент и правительство, как участвующие в законодательной процедуре органы, как раз и должны контролироваться конституционным судом».

конодатель» (в материальном смысле слова «закон»). Только отмена действительности общей нормы ограничена здесь одним случаем, а не является всеобщей, — как в приговоре конституционного суда, — то есть не распространяется на все случаи.

VII. Политико-правовым вопросом является решение о том, следует ли процедуре, в которой наделенный судебной независимостью орган проверяет конституционность закона, придавать в сущности ту же самую форму, что и уголовному, гражданскому или административному процессу — особенно с участием сторон, то есть проводить ее таким образом, чтобы pro и contra относительно конституционности закона обсуждались максимально публично. Эта процедура сущностна не только для «юстиции»; таким образом может проводиться и административный процесс. Если именно этот момент обозначать как «соответствие форме юстиции», то потому, что он исторически впервые появляется и даже сегодня в основном сохраняется в процедурах «судов». В древних Афинах в определенный период даже *законодательная процедура* имела такой вид: при замене старого закона новым старому устраивался процесс перед номотетами. А Афины определенно были чем-то совсем иным, нежели «государством правосудия» в смысле понятийного определения Карла Шмитта. Диалектическая процедура современного парламента — в принципе — есть что-то совершенно подобное судебному процессу «в форме юстиции». Его смысл в том, чтобы способствовать открытому высказыванию всех «за» и «против», что, исходя из опыта, лучше всего обеспечивается в том случае, когда нападение и защита разделены на две различные инстанции. Это возможно всегда, когда в спорных вопросах существуют два различно настроенных интересанта или групп интересантов. И это несомненно в случае вопроса конституционности некоего закона. Противоречия интересов национального, религиозного, экономического характера, противоречия между группами, заинтересованными в централизации или децентрализации, и многое другое. Задача процессуального порядка заключается в том, чтобы посредством техники процесса правильно выразить их. Разделение на стороны, соответствие процедуры так называемой «форме юстиции», вполне уместно и в том случае, когда речь идет о применении конституционной нормы, оставляющей широкое пространство для решения по своему усмотрению. Так что спор идет не о том, вернее, не *только* и не только *непосредственно* о вопросе конституционности, но и о целесообразности оспоренного акта, являясь также столкновением по поводу того, как лучше всего должно происходить — индивидуаль-

ное и общее — *правотворчество* в предусмотренных конституцией рамках. Если речь идет о вопросе, нарушает ли простой закон конституцию, а буквальное прочтение в данном контексте конституции не дает однозначного смысла, тогда приговор конституционного суда на самом деле означает продолжение конституции в определенном направлении: именно в этой ситуации большое значение имеет существующая противоположность интересов. И именно здесь очень важно инициировать проявляющееся в приговоре конституционного суда образование государственной воли в процессе, в котором выражаются наличные противоречия интересов. В любом гражданском процессе в соответствии со свободой усмотрения, которую гражданское право предоставляет судье, «спор» идет в том числе о целесообразности приговора. Форма юстиции применительно к правотворческой «политической» деятельности суда оправдывает себя именно в той мере, в какой в приговоре осуществляется «соизмерение интересов». Не говоря уже об административном процессе, соответствие которого форме юстиции не приводит к разрыву со свободой усмотрения, которая в столь значительной мере предоставлена управлению. Даже если — с учетом предоставленного правоприменению свободного усмотрения — есть желание в политико-правовом, а не теоретико-правом смысле говорить о более или менее «юстициабельных» нормах, тогда было бы абсолютно ложным утверждение, что «в той же мере вместе с юстициабельной нормой исчезает основание для возможной формы юстиции» применительно к процессу (S. 39).

Впрочем, подлинный смысл так называемого «соответствия форме юстиции» и ее применения в процессах перед действующим в качестве «гаранта конституции» органом теряется из виду, если не видеть базовый социологический факт, из которого исходят при проведении процесса с участием сторон: тот факт, что — как при определенной правовой форме вообще, так и при решении суда и особенно «гаранта конституции» — противоположные интересы участвуют в противоположном смысле, что любое «решение» выбирает между противоположными интересами, то есть решает в пользу одной или другой стороны или в смысле посредничества между обоими; так что процесс с участием сторон, — если он не годится ни для чего иного, — хорош для того, чтобы *ясно выявить фактическое положение интересов*. Но всего этого можно не увидеть, если наличное противоречие интересов скрывается за фикцией общего интереса, которая должна быть чем-то существенно иным и существенно большим, чем она может быть в лучшем случае: ком-

промиссом интересов. Это типичная фикция, которой пользуются, когда оперируют «единством государственной воли» или «тотальностью» коллектива в отличном от формального смысле, чтобы оправдать содержательно определенную форму государственного порядка. К подобному изложению сводятся и те рассуждения, в которых Карл Шмитт разрабатывает категорию «тотального государства» в противоположность системе «плюрализма».

VIII. Оба понятия вводятся для того, чтобы характеризовать конкретное конституционное положение сегодняшнего Германского рейха. (Наряду с «плюрализмом» Карлом Шмиттом также применяются такие понятия, как «поликратия» и «федерализм», играющие относительно незначительную роль). Под «плюрализмом» Карл Шмитт понимает «множество прочно организованных, пронизывающих все государство, т.е. как различные области государственной жизни, так и территориальные границы земель и автономные местные корпорации, социальных властных комплексов, которые как таковые присваивают себе [функцию] образования государственной воли, оставаясь при этом лишь социальными (негосударственными) образованиями» (S. 71). В случае этих «социальных комплексов» в первую очередь следует думать о политических партиях; и та ситуация, которую Карл Шмитт характеризует словом «плюрализм», заключается прежде всего в положении, которое до сих пор обозначалось как «партийное государство». Как следует из определения понятия, важнейшей предпосылкой для политической структуры, которую следует обозначать как «плюралистическую», является реально наличное *противоречие между государством и обществом*. Плюрализм как раз и заключается в том, что «лишь социальные» властные комплексы, прямо названные «негосударственными», присваивают себе функцию образования государственной воли. Таким образом, — чтобы вообще можно было говорить о плюрализме, — должна существовать *свободная от государства* сфера общественной жизни, из которой с различных сторон оказывается влияние на образование государственной воли. В отличие от этого, «поворот к тотальному государству» состоит, согласно Карлу Шмитту, в том, что исчезает противостояние государства и общества: «Общество, превратившееся в государство, становится государством экономики, государством культуры, государством обеспечения, государством благосостояния, государством снабжения; превратившееся в самоорганизацию общество, следовательно, практически не отделимое от него государство захватывает все общественное, то есть все, что касается человеческого общежи-

тия. В нем больше не существует области, относительно которой можно было бы наблюдать безусловный нейтралитет государства в смысле не-интервенционизма» (S. 79). В этом «могучем повороте» к «тотальному государству», в этом преодолении либерального, не-интервенционного, ограниченного лишь некоторыми социальными функциями государства, которое оставляло свободному от него обществу широчайшее пространство возможностей и потому являлось реальной предпосылкой понятийного противопоставления государства и общества, Карл Шмитт усматривает важнейший признак современного «законодательного государства», в качестве которого он рассматривает и нынешний Германский рейх. То, что в понятии «тотального государства», как оно определялось до сих пор, проявляется вовсе не какой-то новый взгляд на социологические обстоятельства, а лишь новое слово для того же, что до сих пор именовалось расширительной государственной целью в противовес ограниченной государственной цели; что тотальное государство XX века вовсе не является, как, видимо, думает Карл Шмитт, новым явлением, — поскольку уже античное государство и точно так же «абсолютистское государство», то есть полицейское государство XVIII века, являлось «тотальным государством», — и потому не стоит над ними в качестве последующей диалектической ступени; что таким образом уже либеральное государство XIX века было реакцией на тотальное государство, — все это не имеет никакого значения. Раздавать новые названия давно известным фактам является сегодня очень популярным и широко распространенным методом политической литературы. Более примечательна попытка описать конкретное конституционное положение Германского рейха посредством двух признаков, *взаимно исключающих* друг друга. Как это состояние может представлять, так сказать, апофеоз «плюрализма» и одновременно некий «поворот к тотальному государству», если плюрализм возможен лишь в том случае, когда на образование государственной воли оказывается влияние из социальной, негосударственной сферы, в упразднении и в огосударствлении которой как раз и заключается «поворот к тотальному государству»? Это противоречие представляет значительные трудности даже для Карла Шмитта. О политических партиях, существующих в тотальном государстве, Карл Шмитт говорит: «Партии, в которых организованы различные общественные интересы и устремления, суть само общество, превратившееся в партийное государство...» (S. 19). Поскольку в социальном государстве уже нет никакого общества, Карл Шмитт должен пре-

вратить общество партий в государство, то есть представить партии как государственные, а не как социальные образования. Однако тем самым уже становится неприменима его категория плюрализма. И это противоречие вряд ли хоть как-то сглаживается, когда он, в конечном счете, утверждает: «Благодаря тому, что существует множество подобных конкурирующих друг с другом комплексов, которые взаимно ограничивают друг друга в определенных пределах, т. е. плюралистическое партийное государство, предотвращает столь же энергичное утверждение тотального государства как такового, как это уже произошло в так называемых однопартийных государствах – Советской России и Италии» (S. 84). Поскольку согласно первоначальному определению понятия плюралистическое государство отличается от тотального именно тем, что одно поглощает социальную сферу, а второе – нет, то не может быть успешной и следующая попытка выпутаться из противоречия: «Однако плюрализация не отменяет поворота к тотальному, а лишь, так сказать, парцеллирует его, когда каждый организованный социальный властный комплекс – от певческого кружка и спортивного клуба до вооруженной самообороны – стремится осуществить тотальность в самом себе и для самого себя» (S. 84). Эта парцеллированная тотальность есть просто *contradictio in adjecto*.

Более глубокая причина противоречия заключается в том, что Карл Шмитт связывает со словами «плюрализм» и «тотальное государство» два пары противоречий, которые не имеют ничего общего: противоречие государства и общества и противоречие авторитарно-централизованного и демократически-децентрализованного волеобразования. Так что в понятиях «плюрализм» – «тотальное государство» на первый план выступает то одно, то другое противоречие. Тотальное государство, полностью поглощающее общество и затрагивающее все социальные функции, точно так же возможно в демократии, при которой процесс образования государственной воли происходит в борьбе политических партий, как и при авторитарии, в рамках которой образование политических партий полностью исключено. «Тотальное» государство может быть и «плюралистическим партийным государством», поскольку даже столь широкое расширение государственных целей совместимо с далеко идущим членением народа на политические партии. Точно так же как с «тотальным» государством в *этом* смысле была бы совместима широкая *децентрализация*. Но не с «тотальным» государством в смысле сообщества с централизо-

ванным, «единым» и потому «сильным» волеобразованием. Впрочем, его «мощь» подрывается в демократическом партийном государстве. Но тем самым Карл Шмитт перегружает свое определение понятия «плюрализм» противопоставлением государства и общества, которое, — как показывает его плюралистическое тотальное государство, его парцеллированная тотальность, — абсолютно иррелевантно для положения, схватываемого понятием плюрализма, и лишь запутывает в противоречиях. Но прежде всего следует спросить: почему противоречие государства и общества полностью снимается в понятии «тотального государства», что явно противоречит социальной реальности, которая должна схватываться этим понятием? Не нужно быть сторонником материалистического понимания истории, чтобы понять, что государство, правопорядок которого гарантирует частную собственность на средства производства, принципиально поддерживает экономическое производство и распределение продуктов как негосударственную функцию — и отсылает выполнение этой вероятно важнейшей функции в сферу, которая может отличаться от государства лишь в качестве «общества», — никак не может быть «тотальным государством» в смысле Шмиттовского определения понятия, то есть государством, которое «захватывает все «общественное»». В подобном смысле принудительного порядка, полностью абсорбирующего общество, «*тотальным государством*» может быть лишь социалистическое государство. Когда сегодняшнее капиталистическое государство провозглашают в качестве уже «тотального государства», не пытаясь обосновать это утверждение тем, что его порядок уже проделал решающий поворот к государственному социализму, — что фактически невозможно и что Карл Шмитт даже не пытается предпринять, — тогда вряд ли возможно защититься от того возражения, что «поворот к тотальному государству» есть лишь только буржуазная идеология, посредством которой скрывается чудовищное противоречие, в котором пролетариат или хотя бы значительная его часть находятся по отношению к сегодняшнему законодательному государству парламентской демократии точно так же, как буржуазия в начале XIX века была настроена против «тотального» полицейского государства абсолютной монархии. Идеология, утверждающая *единство* государства и общества, которое не существует, поскольку классовая борьба разыгрывается не как противостояние между государственными органами, но как борьба одной части общества, которая не находится в государстве, поскольку не отождествляет себя с ним, против другой части общества, которая «есть» государство, поскольку

и насколько его порядок гарантирует интересы этой части общества. С «поворотом к тотальному государству» противостояние государства и общества должно потерять свой смысл. Однако с точки зрения пролетариата и пролетарской социальной теории это противоречие вполне имеет сегодня то же значение, которое когда-то признавалось буржуазией и буржуазной государственной и общественной теорией и которое является сегодня столь же актуальным и верным, что и прежде.¹³

- ¹³ Если сущность «плюрализма» — как подчеркивает Карл Шмитт (S. 71) — характеризуется «противостоянием замкнутому и полному государственному единству», и в этом понятии — согласно его модифицированному определению (S. 79) — противоречие государства и общества отступает назад (даже в качестве *государственных* образований борющиеся партии представляют собой плюралистический элемент), тогда федерализм *союзно-государственной* организации следует оценивать лишь как плюралистическое раздробление единства государства. И тогда то же самое касается раздробления государства посредством *профессионально-сословной* конституции. Говоря о требовании экономической конституции «государства сословий, профсоюзов и советов», Карл Шмитт также признает: «Их выполнение привело бы не к укреплению единства политической воли, а лишь к угрозе ему; экономические и социальные противоречия не были бы решены и сняты, а проявились бы более открыто и бескомпромиссно, поскольку тогда борющиеся группы были бы свободны от необходимости идти обходным путем через всеобщие народные выборы и народное представительство» (S. 100–101). Однако это означает, что профессионально-сословная система отвергается как плюралистическая. Однако совсем иное отношение к *федерализму* союзного государства. Здесь Карл Шмитт признает лишь «возможность» того, что плюрализм и федерализм, — который согласно *модифицированному* определению плюрализма является лишь его особым случаем и к тому же может быть особо опасным, — «объединяться». Однако Карл Шмитт полностью отодвигает эту возможность и представляет дело так, что федерализм «тем не менее всегда может стать особенно мощным противовесом этим сплошным плюралистическим властным образованиям и методам их партийной политики» (S. 96). В другом контексте указывается на то, что «конституция исходит из государственного характера земель» и «что федерализм может быть резервуаром государственных сил» (S. 108). Поэтому неудивительно, что федерализм открыто *оправдывается* как «противодействие методам партийно-государственного плюрализма» (S. 96). Здесь «плюрализм» вновь означает что-то совсем иное: это «оправдание» плюрализма федерализм просто игнорирует то, что с многообразной парламентской системой, которую привносит конституция союзного государства, также свя-

Таким образом понятия плюрализма и тотального государства не могут выдержать *социологической критики*. Значение, которое они имеют, становится ясным лишь тогда, когда учитывается *ценностные акценты*, проявляющиеся вместе с ними. Плюрализм — это состояние, в котором «общество» вытесняет государство, а антигосударственные тенденции угрожают государству в его существовании, поскольку угрожают его единству; плюрализм означает «власть многих социальных величин *над* государственным волеобразованием» (S. 71), «разложение понятия государства» (S. 69), «разделение государства» (S. 63), «расщепление государственного и конституционного единства» (S. 63). «Поворот к тотальному государству» является развитием в противоположном направлении; если государство побеждает над враждебным ему обществом, тогда наступает состояние гарантированного единства государства. Ведутся «поиски выхода» в отношении враждебных государству сил, угрожающих его единству, ставится вопрос о том, «оправданно ли, например, ссылаясь на подлинно немецкий принцип товариществ, еще дальше углублять это развитие в направлении плюрализма» (S. 96). И Карл Шмитт отвечает на этот вопрос самым решительным «нет». Его *ценностное суждение* проявляется открыто, когда он говорит, что «плюралистическая система с ее постоянными партийными и фракционными договоренностями также превращает государство в существование компромиссов и договоров, посредством которых участвующие в коалиционном торге партии распределяют между собой все посты, доходы и преимущества согласно закону квоты и даже воспринимают справедливым тот паритет, который они при этом наблюдают» (S. 110). В конечном счете плюрализм даже объявляется «антиконституционным» (S. 131). Таким образом категория плюрализма позволяет отодвинуть в сторону проблему гарантий конституции, заключающуюся в учреждении конституционного правосудия; а «тотальное государство» — подвести фундамент под решение, определяемое как верное, поскольку гарантирует *государственное единство*. Специфически плюралистическое противоречие государства и общества не просто представляет угрозу этому единству, но даже упраздняет его.

IX. Плюралистический характер конституционного правосудия Карл Шмитт усматривает в том, что оно разыгрывается в форме процесса, в котором конституции или государственной власти

зано многообразие того «плюрализма», противовесом которому должен служит федерализм.

предъявляются «субъективные права» (S. 67). Однако совершенно необоснованно толковать это как «разложение понятия государства». Если конституция союзного государства точно так же дает право федерации, как и земли, оспаривать перед центральным конституционным судом нарушающие сферу компетенций земельные и федеральные законы, если она уполномочивает суды или иные органы определять антиконституционность применяемых ими норм, даже если она допускает *action popularis* для радикального устранения антиконституционных законов, — то этим не обосновываются «субъективные права» в том смысле, в котором они действительно имеют антигосударственную тенденцию, направленную против объективного права; а именно в естественно-правовом смысле врожденных прав, независимых от объективного государственного и правового порядка, который должен их уважать, но не может наделять ими и потому не может лишать этих прав. «Субъективное право», заключающееся не в чем ином, как в легитимации процесса, в возможности инициировать процесс в центральном органе, целью которого является уничтожение антиконституционного акта, устранение правонарушения, подобное субъективное право есть не что иное, как *технический* приказ к сохранению государственного порядка, и тем самым как раз *противоположность* тому, что можно назвать «плюралистическим разложением государства» (S. 68). Точно так же можно говорить о «плюралистическом раздроблении государственного единства на прокуратуру и судейство», поскольку в уголовном процессе государство разделяется на обвинителя и судью.

«Поворот к тотальному государству» относительно конституционного правосудия проявляется прежде всего таким образом, что призыв к нему толкуется как попытка остановить подобный «поворот» и тем самым процесс укрепления и консолидации государства, его победу над обществом. «Не удивительно, что защита от подобной экспансии государства — [имеется в виду «поворот к экономическому государству»] — проявляется, прежде всего, как защита от такой государственной деятельности, которая в данный момент и определяет вид государства, то есть как защита от государства закона. Поэтому в первую очередь требуют гарантий против законодателя. Именно так вполне можно объяснить первые неясные поиски выхода, в ходе которых <...> цеплялись за юстицию, чтобы создать противовес все усиливающемуся и все расширяющемуся законодателю. Они должны были закончиться пустыми внешними проявлениями <...>. Их подлинная ошибка заключалась

в том, что власти современного законодателя они могли противопоставить лишь юстицию, которая или была содержательно привязана к определенным нормам именно этого законодателя, или же могла противопоставить ему лишь неопределенные и спорные принципы, с помощью которых невозможно обосновать авторитет, превосходящий законодателя» (S. 82). Но кто в целом мире когда-либо ожидал от конституционного суда, что он остановит расширение законодательных компетенций? Разве экспансия законодательной власти может проходить лишь в виде нарушений конституции? Большее непонимание конституционного правосудия вряд ли возможно. И когда Карл Шмитт продолжает: «В изменившейся таким образом ситуации и с учетом подобного расширения государственных задач и проблем выход из затруднений, вероятно, может найти правительство, но точно не юстиция», — подготавливая таким образом свое требование сделать гарантом конституции не суд, а правительство, — то именно в этом контексте нельзя закрывать глаза на тот факт, что *законодательная экспансия* в очень значительной части осуществляется также в виде *издаваемых правительством постановлений* и особенно в случае, когда именно на основании страстно поддерживаемой Карлом Шмиттом интерпретации ст. 48, аб. 2 *право правительства издавать постановления заменяет законодательное право парламента*. Конституционный суд — совсем неподходящий инструмент для предотвращения поворота к тотальному государству. Однако невозможно дискредитировать некий институт, если исходить из совершенно чуждой его сущности цели, а потом установить, что он неспособен ее достичь.

Немаловажное воздействие учения о «тотальном государстве» заключается в том, что в его труде сильно приуменьшается главный аргумент, говорящий за передачу контроля независимому суду и против наделения этой функцией правительства. Поскольку конституция в сущности разделяет власть на два фактора — *парламент и правительство* (причем под «правительством» особенно следует понимать орган, состоящий из главы государства и контрасигнующих его акты министров), то уже только поэтому должен существовать длительный антагонизм между парламентом и правительством. И опасность нарушения конституции должна возрастать особенно из-за того, что один из факторов переходит границу, установленную для него конституцией. И поскольку именно в важнейших случаях нарушений конституции *конфликтующими сторонами* являются парламент и правительство, целесообразно для разрешения спора призвать третью инстанцию, которая находится *вне это-*

го противостояния и сама никоим образом не участвует в осуществлении власти. То, что в результате этого сама эта инстанция приобретет определенную власть, является неизбежным. Однако это огромная разница, когда некому органу не вручают никакой иной власти кроме этой власти, заключающейся в выполнении функции контроля конституции, или когда власть одного из главных носителей власти только усиливается в результате передачи функции контроля конституции. Главным преимуществом конституционного суда остается то, что он сам, — поскольку с самого начала не участвует в осуществлении власти, — не находится ни в каком противостоянии с парламентом или правительством. Однако, согласно учению о «тотальном государстве», не существует никакого противоречия между парламентом и правительством. Отсюда следует, — без необходимости прямо говорить об этом, и Карл Шмитт прямо не говорит этого, — что если правительство, то есть это глава государства вместе с министрами, выступает в качестве гаранта конституции, чтобы защитить ее от антиконституционных законов, то контроль конституции не может передаваться никакой инстанции, которая может считаться стороной спора.

Важнейшее для решения проблемы гарантий конституции противопоставление правительства и парламента устраняется тем, что Карл Шмитт толкует это противостояние лишь как следствие или разновидность *дуализма государства и общества*, исчезающего вместе с поворотом к «тотальному государству». «В основании всех важных учреждений и нормативных установлений общественного права, которые развились в ходе XIX века в Германии и составляют сегодня большую часть нашего общественного права, в качестве предпосылки лежит данное различие [государства и общества]. То, что вообще государство немецкой конституционной монархии с его противопоставлениями государя и народа, короны и палаты, правительства и народного представительства было сконструировано «дуалистически», является выражением лишь более общего, фундаментального дуализма государства и общества. Народное представительство, парламент, законодательный корпус мыслились как арена, на которой общество выступает и противостоит государству» (S. 74). «Это государство, принципиально нейтральное — в либеральном, неинтервенционистском смысле — в отношении общества и экономики. <...> Однако оно принципиально изменилось, причем именно в той мере, в какой та дуалистическая конструкция *государство – общество, правительство – народ* потеряла свое напряжение, а законодательное государство стало законченным. Ведь те-

перь государство становится «самоорганизацией общества». Тем самым исчезает, как уже говорилось, постоянно до этого предполагавшееся различие государства и общества, правительства и народа, в результате чего все основанные на данной предпосылке понятия и учреждения (закон, бюджет, самоуправление) становятся новыми проблемами» (S. 78). В тотальном государстве, захватывающем все общественное, также не может быть особенно никакого противопоставления правительства и парламента, поскольку это противопоставление должно исчезнуть вместе с противопоставлением государства и общества. Тем не менее Карл Шмитт прямо не делает этого вывода, когда *expressis verbis* утверждает лишь, что вместе с поворотом к тотальному государству исчезает различие государства и общества и потому различие «правительства» и «народа». Характеризуя тотальное государство, он не говорит о дуализме между правительством и парламентом, который он при анализе конституционной монархии XIX века изображал как простую разновидность антагонизма государства и общества. Он предоставляет читателю продолжить мысль в этом направлении. Однако он достаточно ясно спрашивает: «Исчезают все — основанные на предпосылке нейтрального государства — до сих пор обычные противопоставления, которые возникают вследствие различия государства и общества и являются лишь случаями конкретного применения и версиями данного различия. Антитетические разделения вроде государства и экономики, государства и культуры, <...> государства и права, политики и права, которые имеют смысл в том случае, когда им соответствуют предметно разделенные, конкретные величины или предметные области, утрачивают свой смысл и становятся беспредметными» (S. 79). Однако к этим «антитетическим разделениям», — согласно его предыдущим замечаниям, — относится также антагонизм правительства и парламента.

Не нужно обладать особым умом, чтобы показать, что в сегодняшнем государстве антагонизм правительства и парламента несколько не исчез, как и совсем не тождественный ему антагонизм государства и общества. Он не утратил своего смысла, а только изменил его. В нем теперь выражается не антагонизм репрезентированных в парламенте большинства народных слоев и групп интересов, добившихся влияния на монарха и его правительство, а антагонизм между *парламентским меньшинством* и *парламентским большинством*, чьим уполномоченным выступает правительство. Однако это вовсе не единственный смысл, в котором сегодня возможен антагонизм между парламентом и правительством. Он может

получить другое значение, когда действует правительство меньшинства или избранный лишь меньшинством народа глава государства, и особенно в том случае, когда правительство антиконституционно правит *без парламента*, поскольку не имеет за собой никакого парламентского большинства. Во времена, когда имперское правительство считает необходимым угрожать своей отставкой, если — в соответствии с желанием парламентского большинства — соберется парламент или хотя бы парламентский комитет, трудно признать и принять те последние выводы учения о «тотальном государстве», что «правительство и парламент» являются «антитетическим разделением», которое с поворотом к законодательному государству лишается своего смысла и становится беспредметным.

Х. Впрочем, пути, которые ведут от «тотального государства» к главе государства как «гаранту конституции», будет нелегко проследить даже очень внимательному читателю. Видимо, реальное единство «тотального государства» выступает как своего рода *социологический фундамент* для другого единства, и конкретно для того единства, которое предусматривается *преамбулой Веймарской конституции* и, — если оно должно быть чем-то большим, нежели *юридическим* единством государственного народа, каковое обосновывает *любая* конституция, — является лишь другой стороной той же самой идеологии. «Действующая имперская конституция придерживается демократической идеи однородного, неделимого единства всего немецкого народа, который в силу своей конституционно-учредительной власти посредством позитивного политического решения, т.е. посредством одностороннего акта, дал себе эту конституцию. Тем самым все толкования и применения Веймарской конституции, пытающиеся сделать из нее некий договор, компромисс или что-то подобное, торжественным образом отвергаются как нарушения духа конституции» (S. 62). Сам Карл Шмитт нигде не утверждает о внутренней взаимосвязи, существующей между конструкцией «тотального государства» и «однородным, неделимым единством всего немецкого народа». Это объясняется тем, что «плюрализм» точно так же противоречит как этому, так и тому «единству», что означает «тотальное государство». Плюрализм прямо характеризуется «противостоянием замкнутому и полному государственному единству» (S. 71). И насколько плюрализм посредством выражающегося в нем антагонизма государства и общества препятствует «мощи» тотального государства, «парцеллирует» тотальность, настолько «плюралистический элемент», проявляющийся «в действительности нашего сегодняшнего конституционного состояния» (S. 62), угрожает

этому «однородному, неделимому единству», которое «отстаивает» конституция. На это единство Карл Шмитт в основном и опирается в своей интерпретации этой конституции. Это единство есть не только этико-политический постулат, как часто пытаются представить конституционные преамбулы, но и *социальная реальность*, когда в действительности снимается угрожающий ему антагонизм государства и общества и когда снимающее его «тотальное государство» становится реальностью. И хотя действительность оказывается во власти «плюралистического» раздробления, но это не мешает упренить интересантов этого плюрализма» (или содействующих им теоретиков?), в «сокрытии действительности с помощью так называемого формализма» (S. 36).

Это провозглашенное конституцией «однородное, неделимое единство всего немецкого народа» является важнейшей опорой тезиса о рейхспрезиденте как «гаранте конституции». Ведь исходя из того, что «Веймарская конституция означает политическое решение единого немецкого народа как носителя конституционно-учредительной власти», — хотя в действительности эта конституция является постановлением парламента, о чем тождестве с «единым немецким народом» можно утверждать лишь путем фикции репрезентации, — Карл Шмитт заключает, что «вопрос гаранта конституции может быть разрешен иначе, нежели посредством фиктивного соответствия форме юстиции» (S. 70). И конкретно таким образом, что гарантом конституции является рейхспрезидент, поскольку он, будучи избранным всем народом (S. 49), призван в качестве «противовеса плюрализму социальных и экономических властных групп» «сохранять единство народа как политического целого». И именно благодаря возможности через проведение плебисцита «непосредственно объединиться с этой общей политической волей немецкого народа» и «действовать в качестве гаранта и хранителя конституционного единства и целостности немецкого народа» (S. 59). Позже следует вернуться к тому, что здесь рейхспрезидент называется «гарантом конституции» в том смысле, в котором никогда не может быть речи о конституционном суде как гаранте конституции и в котором он никогда и никем не предполагался, так что разыгрывать рейхспрезидента против конституционного суда так же бессмысленно, как и аргументировать в том духе, что поскольку армия есть лучшая защита государства, нам не нужны госпитали. Здесь мы только зафиксируем, что если конституция задействует конституционный суд, то это никакое не «фиктивное соответствие форме юстиции», а создание реального института. И если здесь что-то

и следует назвать «фиктивным», так это подобное «единство народа», которое Карл Шмитт, — как якобы и конституция, — «предполагает» в качестве реально существующего и одновременно считает упраздненным в результате наличествующей в действительности плюралистической системы. Чтобы выходом из этого положения объявить главу государства, восстанавливающего это единство.

Представлять единство государства внешне видимым образом, это функция которую, несомненно, должен выполнять глава государства в соответствии со всеми конституциями, использующими данный орган. Конечно, как говорит Шмитт, «положение главы государства, <...> самым тесным образом связано с представлением о целостности политического единства» (S. 157). Однако в рамках реалистического, свободного от любой идеологии познания это свидетельствует лишь о том, что к функции главы государства относится символически выразить обязательную необходимость более чем формального, материального единства государства. В этом даже можно усматривать главную функцию органа, провозглашаемого различными конституциями главой государства. Это функция заключается не столько в предметных компетенциях, передаваемых этому органу, которые он должен осуществлять вовсе не один, а вместе с министрами как самостоятельная часть составного органа (который вовсе не является высшим, но только одним из высших органов государства). Скорее она заключается в самом обозначении в качестве «главы государства» — «кайзер», «король», «президент» — и в предоставленных ей почетных привилегиях. Политическое значение этой функции вовсе не должно недооцениваться. Только это называется принимать идеологию за реальность, если, — как это делает Карл Шмитт в связи с доктриной конституционной монархии, — в институте главы государства схватывать не только символ постулированного этико-политическим образом, но и продукт или производителя реального государственного единства в смысле эффективной солидарности интересов. Ведь подлинный смысл учения о *rouvoir neutre* монарха, которое Карл Шмитт переносит на республиканского главу государства, в том, чтобы скрыть эффективно наличную, радикальную противоположность интересов, выражающуюся в факте наличия политических партий и еще более значимом факте стоящего за этим классового антагонизма. В псевдodemократической версии формула этой фикции звучит так: образующий государство народ является единым гомогенным коллективом, то есть имеет единый коллективный интерес, выражающийся в единой коллективной воле. Эту коллективную волю, нахо-

дящуюся по ту сторону всяких конфликтов интересов и тем самым стоящую над политическими партиями, — и это «истинная» государственная воля, — производит не парламент; последний есть арена для противоположных интересов, для партийно-политического или, словами Карл Шмитта, «плюралистического» раздробления. Ее производителем или инструментом является глава государства. Идеологический характер такого толкования очевиден. Оно противоречит уже тому факту, что конституция связывает акты главы государства содействием ответственных перед парламентом министров. Впрочем, — даже если бы существовали самостоятельные акты главы государства, — оставалось бы загадкой, как реализовать в его актах больше нигде не встречающуюся гармонию интересов, «объективный» интерес государства, который не является интересом одной или другой подгруппы. Даже — спровоцированное главой государства — народное голосование в лучшем случае отражает волю большинства, выдавать которую за «всеобщую волю народа», является типичной демократической фикцией.

Само собой разумеется, что каждый глава государства, в той мере, в которой он независим от враждебных друг другу групп интересов, будет стремиться своими актами прийти к *средней линии*, то есть линии компромисса. Ведь эта позиция, как правило, сохраняет его собственное положение. Однако его «нейтральная» власть должна быть именно чем-то большим, нежели возможностью уравнивания интересов. И именно эта возможность значительно ограничивается уже упоминавшимся фактом, что он не может активно действовать без зависимых от парламента министров.

Если совершенно реалистично и без всякого идеологического приукрашивания усматривать «нейтралитет» главы государства в этой — обеспеченной посредством его независимости от политических партий — возможности влиять на государственное волеобразование в направлении компромисса, тогда нужно признать, что предпосылки для этого у наследственного монарха были в значительной мере лучше, чем у избранного и переизбираемого президента государства. Проходящие под — неизбежно — высоким давлением партийно-политических действий выборы главы государства хотя и являются демократическим методом назначения, но никак особо не гарантируют его независимость. Таким образом из того, что глава государства избирается «всеми народом», то есть в действительности назначается большинством, а при определенных обстоятельствах даже меньшинством народа в борьбе с другими группами, заключать, что он будет выражать всеобщую волю единого

народа, является сомнительным не только потому, что подобной всеобщей воли не существует, но также потому, что именно выборы не дают никакой гарантии для осуществления главой государства функции по уравниванию интересов. Если она в действительности осуществляется, то *вопреки* этому методу назначения. Усматривать в выборах гарантию независимости, как это делает Карл Шмитт (S. 152) возможно только в том случае, если закрывать глаза на действительность. Также не стоит переоценивать обычные средства, которые конституции демократических республик используют для сохранения независимости избранного главы государства: удлинённый срок нахождения в должности и усложнённая процедура отзыва. Кроме того, они могут быть частично парализованными в результате заложенной в конституции возможности последующего избрания. И определение о несовместимости, которому Карл Шмитт придаёт особенное значение, весит не слишком много; тем более что запрещается членство в законодательном корпусе, но не в политической организации; и этот запрет имел бы лишь небольшое практическое значение. Особо нет никаких достаточных причин считать независимость избранного главы государства более сильной и обеспеченной, чем независимость судьи или чиновника. Особенно нейтралитет профессионально действующего судьи невозможно девальвировать в пользу нейтралитета главы государства посредством такого аргумента: «Подлинными обладателями политической власти могут легко обеспечить себе необходимое влияние на замещение судебных должностей и назначение специалистов-экспертов; если им это удастся, то разрешение вопросов в форме юстиции или посредством экспертизы становится удобным средством их политики, а это противоположность тому, что собственно было целью нейтрализации» (S. 109). Судьи, как правило, назначаются главой государства; разве это не «подлинный» обладатель политической власти? И если это только политические партии, не предполагает ли тогда отмена судебного нейтралитета отмену нейтралитета той инстанции, которая назначает судью? «С практической точки зрения, — считает Карл Шмитт, — все же заметной преградой для партийно-политических методов занятия должностей является то, что чиновников назначает не товарищ по партии (Parteigenosse), ставший министром, а независимый от парламента, т.е. от партии, глава государства» (S. 150). Однако где гарантия, что главой государства не будет избран товарищ по партии, и с каких времен политические партии не имеют возможности и вне парламента делать зависимыми органы, избранные ими или с их помо-

щью? Если обеспечиваемый посредством «независимости» нейтралитет есть существенная предпосылка для осуществления функции гаранта конституции, тогда глава государства *как минимум* не имеет никаких преимуществ в отношении независимого суда. Причем нужно совсем оставить без внимания один фактор, который хотя и не следует переоценивать, но который вполне может обосновать определенное преимущество суда: судья уже в силу своей профессиональной этики вынужден придерживаться нейтралитета.

Поскольку Карл Шмитт не может доказать, что глава государства в большей мере независим и нейтрален, нежели юстиция и чиновничество, то он в конечном счете заявляет: «Как юстиция, так и профессиональное чиновничество невыносимым образом перегружаются, когда на них перекладываются все политические задачи и решения, для которых желательна независимость и партийно-политический нейтралитет» (S. 155). Однако это поворот от качества к количеству совершенно недопустим и не доказывает ничего. Невозможно сравнивать всю юстицию с верблюдом, который упадет под тяжестью груза, если на него также возложить бремя конституционного правосудия. Вопрос касается не юстиции как таковой, а одного единственного суда. Его задачи перегружают не юстицию, которая не существует как количество, которая есть абстракция и в качестве таковой не может быть перегружена, но лишь этот конкретный суд. Впрочем, относительно него Карл Шмитт уже доказал ранее, что тот вовсе не является ведомством *юстиции*. С помощью ложного образа перегруженной юстиции Карл Шмитт пытается избежать признания, что ему не удалось обосновать свой тезис о главе государства как гаранте конституции тем, что глава государства более способен хранить конституцию, нежели суд, поскольку первый обладает качеством независимости и тем самым нейтральности в большей мере, нежели второй. Да и формула, которой сам Карл Шмитт определяет сущность «нейтралитета», который должен быть предпосылкой для занятия должности хранителя конституции, прямо таки рассчитана на конституционный суд и направлена прямо против главы государства. Он говорит, что «для правового государства с разделением властей будет логично не возлагать это [функцию гаранта конституции] дополнительно на одну из существующих властей, поскольку иначе она только получила бы перевес над другими и сама смогла бы избежать контроля. В результате она превратилась бы в господина конституции. Поэтому необходимо установить особую нейтральную власть наряду с другими властями и посредством специфических полномочий связать и сбалан-

сировать с ними» (S. 132). Разве глава государства не есть «одна из существующих властей», тем более в связывающей парламентский и плебисцитарный элемент конституции, которая разделяет политическую власть между парламентом и рейхспрезидентом (совместно с министрами)? Тем более с точки зрения такой интерпретации конституции, которая всеми средствами стремится сдвинуть властный цент тяжести в направлении главы государства! Или это суд, не предусмотренный ни для чего, кроме контроля конституции, или это глава государства, о котором можно сказать, что он как особо нейтральная власть поставлен «наряду с другими властями»? Или это суд, или глава государства, о котором нужно сказать, что он — если наделить его функцией гаранта конституции — наделяется этой функцией «помимо прочего» и тем самым получает «перевес над другой предусмотренной конституцией властью, чтобы тем самым «самоу избежать контроля»? Даже идеология Бенжамена Констана о *rouvoig neutre* монарха не сможет затемнить эту постановку вопроса настолько, чтобы ответ всерьез вызывал сомнения.

XI. Шмиттовское сочинение скорее подтверждает, нежели опровергает, что глава государства в рамках конституции типа Веймарской не является самым подходящим органом именно для исполнения функции контроля конституции, что он не имеет никаких преимуществ перед конституционным судом особенно относительно независимости и нейтралитета. Однако Карл Шмитт утверждает не только то, что глава государства лучше всего подходит на должность главы конституции, но также и то, что рейхспрезидент — и *только он* — является гарантом конституции согласно действующей конституции (S. 158). Никто не станет отрицать, что он *также* действует в качестве гаранта конституции, — *наряду* с предполагаемым в ст. 19 Государственным судом или иным упомянутым здесь судом, наряду с осуществляющими материальное право проверки законов гражданскими, уголовными и административными судами, — в той мере, в какой он наряду с этими органами имеет задачу следить за конституционностью законов и иных актов. Он решает ее в том случае, когда согласно ст. 70 отказывается подписывать закон, принятый антиконституционным путем, или когда согласно ст. 48, аб. 1 с помощью вооруженной силы принуждает нарушающую имперскую конституцию землю подчиниться своему долгу; предполагается, что он не просто осуществляет решение суда, ранее выявившего нарушение конституции в объективном процессе, то есть рейхспрезидент выступает не просто в качестве исполнительного органа гаранта конституции (как, например, федеральный пре-

зидент согласно ст. 146 австрийской федеральной конституции).¹⁴ Объявлять же рейхспрезидента единственным гарантом конституции противоречит яснейшим определениям имперской конституции. Карл Шмитт говорит в этом случае: «Когда в германских конституциях XIX века наряду с другими гарантиями предусматривалась особая судебная палата по государственным делам для судебной защиты конституции, то в этом выражается та простая истина, что судебная защита конституции может быть именно лишь частью учреждений для защиты и гарантий конституции и что было бы крайне поверхностно за этой судебной защитой забывать об очень узких границах любого правосудия и о многих других видах и методах гарантий конституции» (S. 11). Однако поскольку никто не утверждал, что конституционный суд есть единственный гарант конституции, можно с полным правом сказать: когда Веймарская конституция предусматривает функцию рейхспрезидента как гаранта конституции наряду с другими гарантиями конституции, то в этом выражается та простая истина, что эта гарантия конституции может являться лишь одной из частей учреждений для защиты конституции и что было бы крайне поверхностно за рейхспрезидентом как гарантом конституции забывать об очень узких границах этого рода гарантий и о многих других видах и методах гарантий конституции!

Тезис о том, что только рейхспрезидент есть гарант конституции, может получить видимость оправданности лишь посредством того, что понятию «гаранта конституции», — то есть органа, который должен обеспечивать конституционность определенных государственных актов, реагируя каким-то образом на нарушения конституции, — придается значение, которое никогда не было и *не могло* быть связано с текстом [конституции]. В таком случае *рейхспрезидент* как гарант конституции противопоставляется *конституционному суду*, и Карл Шмитт может сказать: «Так что прежде чем учреждать для острых политических вопросов и конфликтов судебную палату в качестве гаранта конституции, перегружать и подвергать юстицию опасности подобной политизацией, 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» (S. 158). Должно броситься в глаза, что среди полномочий рейхспрезидента, в кото-

¹⁴ Об этом см.: Kelsen, Die Bundesexekution, 1927. S. 167 ff.

рых должна проявляться его функция гаранта конституции, Карл Шмитт перечисляет те, что не имеют ни малейшего отношения к гарантиям конституции. Например, компетенция согласно ст. 45 ИК и последующих, то есть представление вонне, объявление войны, заключение мира, назначение чиновников, верховное командование и т. д., роспуск рейхстага согласно ст. 25, назначение плебисцита согласно ст. 73 и особенно все то, на что уполномочивает рейхспрезидента ст. 48 — но не только ее аб. 1. Если рейхспрезидент со всеми этими переданными ему конституцией функциями «гарантирует» конституцию, тогда «гарант конституции» означает *исполнителя* конституции. Но тогда рейхстаг и иные конституционно-непосредственные органы точно так же являются «гарантом конституции», как и рейхспрезидент; и в том же самом смысле «гарантами» законов можно назвать суды и административные органы. Карл Шмитт надеется обнаружить функцию конституционного гаранта даже в формуле присяги согласно ст. 42. В частности он объявляет рейхспрезидента гарантом конституции еще и потому, что он клянется в том, что будет «защищать конституцию». Правда там говорится не так, как цитирует Карл Шмитт (S. 159), а следующим образом: «Защищать конституцию и законы Рейха», что означает не что иное, как исполнять конституцию и законы, осуществлять свои функции в соответствии с конституцией и законами. В этом смысле рейхспрезидент является таким же «гарантом конституции, что и законов. И действительно аргументация Карла Шмитта сводится к тому, чтобы функцию *одного* из органов, задействованных конституцией для своего непосредственного исполнения, положение *одного* из этих носителей конституции, — а именно *соответствующую компетенции функцию* рейхспрезидента, точнее *правительства*, состоящего из рейхспрезидента и рейхсминистров, — отделить от соответствующих компетенциям функций всех иных конституционно-непосредственных органов, особенно *рейхстага*. Только первая, но не вторые, квалифицируется как функция «гаранта конституции». Тем самым он не только преобразует ее, но и создает впечатление, будто контроль конституционности для функции этого органа, — а подобный контроль, если сама его функция не заключается в контроле, вполне возможен, — является как минимум избыточным. Быть «гарантом конституции» в первоначальном смысле слова значит быть хранителем конституции. Хранить «хранителя» было бы первым шагом бессмысленного с точки зрения правовой политики regressus ad infinitum. Только Карл Шмитт в применяемом им понятии конституционного гаранта схватывает

совершенно иные функции, нежели функцию контроля конституции, и именно этим иным функциям придает основное значение.

Подлинный смысл, который Карл Шмитт связывает с введенным им в дискуссию понятием «гаранта конституции», — тот, что для него важнее всего, — острее и отчетливее всего проявляется там, где он рассчитывает нанести смертельный удар идее конституционного правосудия; именно там, где он добивает этот институт как *недемократический*. Он объясняет: «Но будет злоупотреблением понятиями «судопроизводство» и «соответствие форме юстиции», как и институциональной гарантией немецкого чиновничества, когда во всех случаях, в которых по практическим причинам кажутся целесообразными или необходимыми определенная независимость и нейтралитет, тут же пытаются учредить состоящий из профессиональных юристов-чиновников суд в соответствии с формой юстиции» (S. 155f.). И после уже опровергнутого выше утверждения, что тем самым «юстиция» будет «перегружена» невыносимым образом, Карл Шмитт замахивается для главного удара, который может быть направлен на политико-правовое требование создания конституционного суда с позиции разделяемого им демократического принципа: «Кроме того, применения подобного рода гаранта конституции прямо бы противоречило политической логике демократического принципа». (Заметьте: подобный *конституционный суд* также являлся бы «гарантом конституции», хотя и гораздо худшим, нежели рейхспрезидент; Карл Шмитт постоянно применяет именно понятие гаранта конституции и *в этом смысле!*). Почему же конституционный суд должен быть недемократическим гарантом конституции, менее демократическим, нежели глава государства? Ведь демократический характер конституционного суда — без всяких отличий от характера главы государства — может зависеть лишь от способа его назначения и его правового положения. Ничто не мешает, — если есть желание придать ему демократическую форму, — предоставить народу право избирать этот суд точно так же, как и главу государства, а его членов лишить статуса профессиональных чиновников в той же мере, что и главу государства. Даже если останется открытым вопрос, насколько целесообразным является данный способ создания органа и наделения его необходимыми качествами именно с учетом функции органа. Однако подобные суждения делаются и в отношении главы государства. Тем не менее невозможно утверждать, что суд не может формироваться точно таким же демократическим путем, что и иной орган. Когда Карл Шмитт высказывает мнение: «С демократической точки зрения бы-

ло бы вряд ли возможно передать подобные функции аристократии мантии», то оно опровергается уже тем, что избранный народом или хотя бы парламентом конституционный суд, например, типа австрийского Конституционного суда согласно конституции 1920 года, представляет все что угодно, но только не «аристократию мантии». Однако согласно изложению Карла Шмитта конституционный суд предстает недемократическим не только потому, что он якобы должен быть организован бюрократически-аристократическим образом, но и еще по одной причине. Хотя Карл Шмитт прямо не называет ее в связи с недемократическим характером суда, тем не менее он по умолчанию ее признает, поскольку этот аргумент непосредственно связан с утверждением, что учреждение конституционного суда противоречит демократическому принципу. В рамках парламентско-плебисцитарной демократии XX века, — рассуждает Шмитт, — конституционный суд был бы «направлен не против монарха», как в конституционной монархии XIX века, «а против парламента». В отношении монарха юстиция может иметь успех. Но она не может всерьез рассматриваться в качестве «противовеса парламента». Ведь «необходимость статичных учреждений и противовеса парламента сегодня является в Германии совершенно иной проблемой, чем контроль монарха тогда. Это касается как общего диффузного права судебной проверки, так и концентрации контроля в одной единственной инстанции». Вероятно, это один из самых поразительных мыслительных ходов в данной книге, не бедной на логические сюрпризы. То, что конституционный суд был бы направлен лишь против парламента, а не против также правительства, является утверждением, прямо противоречащим фактам. Если бы Карл Шмитт несколько внимательнее изучил «австрийское решение», удостоившееся от него лишь иронического упоминания, тогда он знал бы, что этот суд в результате своей деятельности оказался в конфликте *именно с правительством*, что привело к угрозе его существования. Однако все сочинение Карла Шмитта пропитано тенденцией игнорировать возможность нарушения конституции главой государства или правительством — возможность, существующую именно в отношении конституции, к важнейшим определениям которой относится ст. 48. Выдвигая же недоказанное и недоказуемое утверждение, будто фронт конституционного суда был бы направлен лишь против парламента, он переинтерпретирует функцию этого «*гаранта конституции*» из контроля конституционности государственных актов, прежде всего законов, в функцию «противовеса парламента». А это именно та роль, которую Веймарская кон-

ституция передает *рейхспрезиденту*; или, если сформулировать точнее, так можно оценить *государственно-правовое* положение, которое имеет рейхспрезидент согласно конституции. Но это не роль конституционного суда, то есть никто никогда не утверждал, будто конституционный суд в соответствии с интенцией учреждающей его конституции должен действовать в качестве «противовеса парламенту». Из того, что он не может выполнять никогда в него не вкладывавшуюся и даже немыслимую для него функцию, естественно не вытекает ничего против этого института, который именно поэтому и может существовать *наряду* с выступающим в качестве «противовеса парламенту» главой государства и который даже вдвойне необходим именно из-за существования подобного «противовеса».

XII. Но теперь уже ясно, что Карл Шмитт собственно понимает под «гарантом конституции». Ничего, просто ничего, что позволяло бы *противопоставить* рейхспрезидента как «гаранта конституции» — контролирующему и этого «гаранта» — конституционному суду. Как и исключить возможность считать последний «гарантом конституции» посредством объявления «гарантом конституции» рейхспрезидента; как будто речь идет об одной и той же функции, для которой в главе государства ищется и находится лишь лучший носитель, как это делает Карл Шмитт, когда он так формулирует результат своего исследования: прежде чем назначать суд гарантом конституции, к чему он не способен, следует вспомнить, что выполнять данную функцию конституция назначила рейхспрезидента (S. 158). Когда рейхспрезидент, что точно нет нужды отрицать, мыслится конституцией в качестве «противовеса парламенту», то нельзя данную функцию именовать «гарантом конституции», если гарантия конституции посредством конституционного суда называется не тем именем. Это не просто терминологическая правка; ведь из этой недопустимой неопределенности Карл Шмитт черпает один из своих главных аргументов против института конституционного правосудия. Эта аргументация также позволяет ему не только *преувеличивать* соответствующую компетенции функцию рейхспрезидента, одну из двух главных опор конституции, но также *преуменьшать* функцию второй — парламента. Если парламент является, как выражается Карл Шмитт, «ареной плюралистической системы» (S. 105), поскольку на этой территории фактически наличные антагонизмы интересов как таковые выражаются в борьбе групп интересов, организованных партийно-политическим образом, за влияние на государственное волеобразование, то этот процесс, — несмотря на все угрозы, которые могут быть связаны с ним

для благотворного оформления государственной воли — невозможно назвать антиконституционным. Веймарская конституция вводит именно не только «всенародно избранного» рейхспрезидента, но и в первую очередь избранный тем же народом рейхстаг и тем самым ту политическую систему, которую Карл Шмитт называет «плюралистической». Если конституция определяет рехспрезидента в качестве «противовеса» *рейхстагу*, то именно только потому что она вводит второй в игру политических сил в качестве «веса» — вместе с необходимо связанной с ним «плюралистической» системой.

С точки зрения какого-нибудь политического идеала эта система может представляться пагубной; однако объявлять ее *антиконституционной* по этой и *лишь* по этой причине есть естественно-правовое злоупотребление категорией, осмысленной лишь с точки зрения позитивного права. Сомнительная система не была бы антиконституционной даже в том случае, если бы парламент был недееспособен из-за отсутствия прочного большинства или обструкции со стороны меньшинства; даже в том случае, когда конституция задействует главу государства в качестве заменяющего органа, как должно по праву происходить согласно Шмиттовской интерпретации Веймарской конституции. Как и в том случае, когда неспособным становится конституционный монарх (например, Бавария при Людвиге II), не происходит нарушения конституции и *заменяющий орган* не может считаться гарантом конституции. Но именно этот смысл понятие «гарант конституции» приобретает у Карла Шмитта. Рейхспрезидент со всей полнотой переданных ему конституцией компетенций, особенно из-за его права *действовать в качестве замены* недееспособного рейхстага, объявляется гарантом конституции. И *только* он, но не второй (вернее, первый) носитель конституции, то есть рейхстаг. А функция этого «образующего арену плюралистической системы» рейхстага, — которая в качестве «центробежной» (S. 149) исключительно и односторонне противопоставляется центростремительной функции рейхспрезидента и тем самым изображается как *направленная против сохранения конституции*, — предстает просто *анти-правовой*. Из «плюралистической системы», изначально безоценочной *социологической* категории, внезапно возникают «разлагающие государство методы плюралистического партийного государства» (S. 156), «разрушительные для конституции методы плюралистической системы» (S. 149) и наконец «противоречащий конституции плюрализм» (S. 131), «спасти» государство от которого и есть задача рейхспрезидента. «Конституция» — это не нормы, регулирующие органы и процедуры зако-

нодательства, а также положение и компетенции высших исполнительных органов, это вообще не нормы или «законы». «Конституция» — это состояние, состояние «единства» немецкого народа. В чем состоит это единство, имеющее материальный, а не просто формальный характер, подробно не определяется. Да оно и не может быть не чем иным, кроме как состоянием, желательным с определенной точки зрения. На место *позитивно-правового* понятия конституции встает «единство» как *естественно-правовой* идеал желаемого. С его помощью можно толковать плюралистическую систему, ареной которой является парламент, и тем самым функцию *этого* носителя конституции, — поскольку она разрушает или угрожает «единству», заменившему конституцию, — как нарушение, а функцию главы государства, — поскольку она восстанавливает или защищает это «единство», — как охрану конституции. Это интерпретация конституции не может завершиться иначе, нежели *в апофеозе ст. 48*. Она приводит если не к преднамеренному, то тем более парадоксальному результату: то, из-за чего «в Германском рейхе существует значительная угроза общественному порядку и безопасности» — плюралистическая система, которая по-немецки называется рейхстагом. И ее истинная функция, — поскольку она «плюралистическая» по своей сущности, — видимо, состоит в том, чтобы длительно выполнять условие, с которым Веймарская конституция связывает применение ст. 48, аб. 3.¹⁵

¹⁵ То, что парламентская система провалилась *вовсе не везде*, показывает взгляд в сторону Австрии, Франции, Англии, северных государств. Тем не менее, Карл Шмитт надеется вынести смертный приговор парламентаризму *как таковому*, без всяких ограничений. Метод, которым он при этом пользуется, относится прямо-таки к мистической диалектике: «Парламент, законодательный корпус, несущая опора и средоточие законодательного государства, в тот самый момент, когда его победа казалась окончательной, превратилось в противоречивое в себе образование, отрицающее собственные предпосылки и предпосылки своей победы. Его предыдущее положение и превосходство, его экспансионистское давление в отношении правительства, его выступление от имени народа — все это предполагало различие государства и общества, которого после победы парламента больше не существовало, по крайней мере, в данной форме. Его единство, даже его тождество с самим собой, до сих пор определялось через его внутривполитического противника — через предшествующее монархическое государство военных и чиновников. Как только последнее исчезло, парламент развалился, так сказать, внутри себя» (S. 82). — Если парламент отождествляют с направленным против государства

Из двух вводимых конституцией носителей государственной власти возникают враг и друг государства; один хочет разрушить его «единство», а второй защищает его от этого разрушения; нарушитель и гарант конституции. Все это уже не имеет никакого отношения к позитивно-правовой интерпретации конституции; это *мифология* Ахурамазды и Ахримана.

Посредством этого критического анализа, естественно, необязательно и невозможно ставить под сомнение политическую значимость в данных обстоятельствах требования *максимального расширения власти рейхспрезидента*, то есть правительства, и логически связанного с ним отклонения конституционного правосудия.

«обществом», а «тотальное государство» означает упразднение этого антагонизма, тогда в тотальном государстве по логике этой социальной философии нет никакого места. Но если прийти к мысли, что упразднение антагонизма государства и общества и тем самым «тотальное государство» можно осуществить, вероятно, и со стороны расширяющего свои полномочия парламента, который поддерживает «свое единство, даже свое тождество с самим собой» тем, что утверждает себя в качестве высшего государственного органа, концентрирующего в себе всю власть, на это следует возражение: «Как говорится, государство теперь — самоорганизация общества, но спрашивается, как самоорганизующееся общество достигает единства, и действительно ли единство наступает в результате «самоорганизации». Ведь «самоорганизация» означает, прежде всего, постулат и процедуру, характеризующуюся противопоставлением предшествующим, сегодня уже не существующим методам государственного волеобразования и консолидации, т.е. процедуру исключительно негативную и полемически окрашенную. Тождество, заложенное в слове «само» и пристегнутое посредством языка к «организации», не обязано гарантированно проявляться в любом случае ни как единство общества, ни как единство государства. Как мы достаточно часто видели, также существует безуспешные и безрезультатные организации» (S. 82–83). — «Единство» тотального государства именно может устанавливаться не парламентом, но лишь главой государства! Подобная аргументация позволяет критике, исходящей из противоположной политической позиции, например, марксистской, легко разоблачить ее как идеологию. Этот парламент, который в момент своей победы загадочным образом распадается в самом себе и превращается в отрицающее собственные предпосылки образование лишь потому, что ему уже не нужно делить власть с монархом, — разве это не есть просто выражение того, что повсюду, где в результате оформившейся классовой борьбы парламент перестал быть подходящим политическим инструментом классового господства, буржуазия меняет свой политический идеал и переходит от демократии к диктатуре?

Сочинение Карла Шмитта является объектом этой критики не из-за того, что оно служит цели, которую ни в коем случае не нужно принижать здесь как «партийно-политическую», но лишь из-за того, что для достижения этой цели оно использует определенные методы, которые предстают в виде социологического познания и государственно-правовой интерпретации конституции, короче — как «научное рассмотрение» предмета. Посредством этой критики нужно продемонстрировать особенно показательный и крайне симптоматичный для нынешнего состояния учения о государстве и государственном праве пример того, насколько справедливо требование *строжайшего разделения научного познания и политических ценностных суждений*. Столь популярное сегодня принципиальное *смещение науки и политики* является типичным *методом создания современной идеологии*. С точки зрения научного познания его следует отвергать даже в том случае, когда оно — как это имеет место чаще всего и определенно в данном случае — происходит *неосознанно*. При обостренном критическом сознании нашего времени этот метод политики никак не может быть полезен в длительной перспективе. Ведь он слишком легко распознается политическим противником или применяется для столь же сомнительной легитимации противоположных ему целей. Зато он может нанести столь же чувствительный вред науке. Ведь вся ее ценность, — ради которой политика постоянно пытается соединиться с ней и именно *из лучших этических мотивов*, в интересах правого дела, — является *самоценностью*, совершенно отличной от этико-политической ценности. Она зависит от того, найдет ли наука в этом почти трагическом для себя конфликте силу отказаться от столь заманчивого соединения с политикой.

О. КИРХХАЙМЕР И Н. ЛЯЙТЕС
ЗАМЕЧАНИЯ ПО ПОВОДУ КНИГИ
КАРЛА ШМИТТА «ЛЕГАЛЬНОСТЬ
И ЛЕГИТИМНОСТЬ»¹

В работе под названием «Легальность и легитимность» Карл Шмитт рассматривает конструкционные принципы Веймарской конституции, а также настоящее и будущее реальных немецких конституционно-правовых отношений вообще.² В значительной части его рассуждений, проходящих через всю книгу, Шмитт пытается доказать наличие противоречия между возможностью оправдания демократии, с одной стороны, и определенными элементами, содержащимися в данной конституции или вытекающими из ее применения, с другой. При этом Шмитт не всегда разводит уровень оправдания определенной системы норм и уровень политической реальности. Сфера политических идей долженствования вместе с категориями последовательности и противоречия, с одной стороны, и сфера специфически человеческого политического поведения (которое может подразумевать идеи долженствования), в котором выявляется определенный уровень «функционирования» данной системы норм в ходе ее применения, с другой, находятся у Шмитта в тесном соприкосновении. Потому Шмитт имплицитно исходит из того, что противоречивости системы политических идей, лежащей в основе определенной системы норм, соответствует «не функционирующая» действительность при применении этой системы норм — это понятийно-реалистический элемент его теории.³ Поскольку в основании почти всех утверждений Шмитта лежит известный тезис об обосновании демократии, представляет-

¹ Впервые опубликовано: O. Kirchheimer und N. Leites, *Bemerkungen zu Carl Schmitts «Legalität und Legitimität»*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Bd. 68. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1933.

² Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*. Duncker & Humblot, 1932.

³ См.: Vögelin, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XI, S. 108/109.

ся необходимым затронуть и его. Шмитт заявляет, что демократия, определяемая как принцип принятия решения простым большинством, может быть оправдана лишь в случае ее применения в гомогенном обществе. Так, он говорит (S. 31): «Метод волеобразования путем выявления простого большинства осмыслен и терпим, если предполагается субстанциальная однородность всего народа». Однако представляется, что гомогенность, то есть фактическое обстоятельство, не является последним обоснованием, — скорее постулат о том, что демократия должна реализовываться только в гомогенном обществе, сам является следствием более глубокого обоснования. Значение этой обязательной для демократии гомогенности Шмитт детально обосновывает в своем «Учении о конституции»⁴, возвращаясь к требованию равенства, которое должно образовывать предпосылку всякой демократии. В ответ на это следует настаивать, что одно только равенство не может оправдать демократию; из равной оценки и равного положения воле членов общества еще не вытекает того, что решать должно большинство этих воле.⁵ Поскольку Шмитт пытается создать подобную конструкцию, у него неизбежно лишается смысла положение «Решает большинство».⁶ Скорее этот принцип будет понятным лишь при сохранении требования равенства в требовании свободы, определяемом как соответствующее совпадение свободно образованной воли субъекта и государственной воли, — так что требование свободы принимает следующий вид: свободными должны быть максимальное число людей.⁷

Многозначным понятием свободы в учении о конституции пользуются для обозначения двух сфер, которые исторически относительно длительный период находились вместе, но тем не менее отличны друг от друга. В первую очередь понятие свободы может соотноситься с процессом создания норм. Но также и с отношением нормативных содержаний к индивидуальным жизненным сферам. В обсуждавшемся до сих пор значении речь идет, очевидно, о первой сфере. Свободу в этом значении следует называть «политической

⁴ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 169, 235.

⁵ Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 9.

⁶ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 278.

⁷ О свободе и равенстве как структурных принципах демократии см. подробные разъяснения в работе: Starosolsky, *Das Majoritätsprinzip*, Wien und Leipzig, 1916, S. 84 ff. Из новейшей литературы см., например, замечания в работе: Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 1932, S. 133. Особенно см.: G. Salomon, *Verhandlungen des 5. deutschen Soziologentages*, S. 106–109.

свободой» (свободой *в* государстве), а свободу в связи со второй сферой — индивидуальной свободой (свободой *от* государства). Эта индивидуальная свобода, к которой традиционно причисляют как те свободы, что гарантируют свободы индивида, так и те, что гарантируют свободы групповых образований, обладает действительностью двоякого рода. Во-первых, индивидуальная свобода обеспечивает свободу политического волеобразования. В этой функции ее следует называть гражданско-государственной свободой. К гражданско-государственным свободам относятся, например, свобода прессы, свобода выражения мнений, свобода собраний и объединений.⁸ Они образуют необходимое дополнение к так называемым политическим правам, которые посредством избирательного права и права на равный доступ к занятию должностей являются само собой разумеющимися элементами свободы в государстве, т. е. процесса политического волеобразования в демократии.⁹ Однако, во-вторых, эти индивидуальные права и свободы суть предпосылка частной сферы свободы индивида. Здесь следует в первую очередь назвать собственность и свободу религии, причем сюда относятся и иные личные свободы, которые не служат политическим целям.¹⁰ Сосуществование всех трех свобод — политических, гражданско-государственных и частных — исторически имело место далеко не всегда.¹¹ «Политическая свобода» в узком значении, которую среди

⁸ Исходя из тезиса, что лишь при «достойном человека» существовании возможно осуществление политической свободы, круг гражданско-государственных свобод значительно расширяется; см.: Luiz Jimenez de Azua, Vorsitzender des Verfassungsausschusses der Cortes, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht III, 3, 377.

⁹ Их отношения к «автономии» и «личной ответственности индивида» прояснены здесь: Pribram, in: Verhandlungen des 5. deutschen Soziologentages, S. 100.

¹⁰ О необходимой организации этих свобод в демократии см: Ziegler, Die moderne Nation, 1931, p. 237. Однако выдвинутый здесь тезис, что на место свободы индивида демократия выдвигает «свободу коллектива», приемлем лишь очень условно, так как именно любая необходимая организация свободы гарантирует возможности уклониться от коллектива большинства и оппортировать ему.

¹¹ О разнородности понятий свободы и возможности их распада см.: Bryce, Modern Democracies, 1921, Bd. I, p. 60 ff. Ласки (Lasky, Liberty in the modern State, London, 1930) вполне осознает разнородность функций свободы, но не делает резких различений, исходя из своей плюралистической позиции; см. также его рассуждения в работе: «A grammar of politics», p. 146 ff.

прочих связывают с понятием основных демократических прав¹², частично наличествует и в недемократических государствах (Италия). Для демократии свойственно специфическое соединение полной политической и гражданско-государственной свободы, которое собственно и создает предпосылку для свободного волеобразования. Частная свобода, напротив, не представляет необходимого элемента демократии, и наоборот — наличие как частной, так в известном объеме и гражданско-государственной свободы исторически независимо от наличия политической свободы.¹³ В Шмиттовском понятии свободы преимущественно делается упор на индивидуальную свободу, причем она разделяется на сферу свободы изолированного индивида и сферу свободы индивида, взятого вместе с другими индивидами. Поскольку Шмитт понимает сферу свободы как свободную от государства сферу индивида¹⁴ и не интересуется ее соотносительностью или несоотносительностью с образованием мнений и тем самым — в демократии — с волеобразованием, у него нет различия между гражданско-государственной и частной свободой, причем частная в нашем смысле свобода характеризуется лишь определенной интенцией индивидуального поведения, — неважно, преследуется ли эта интенция индивидом в отдельности или во взаимосвязи с другими индивидами. Хотя Шмитт и характеризует политическую свободу во всей ее полноте, тем не менее свою значимость она приобретает лишь во взаимосвязи с требованием равенства, коррелятом которого предстает. То есть здесь не учитывается должным образом двойная функция подобного, — гетерогенного в себе — комплекса представлений, обозначаемого словом «свобода». Так, с одной стороны, он может служить обоснованием требования гражданско-государственной свободы в смысле демократической организации, а с другой — частной свободы. Продемонстрированным Кельзенем способом¹⁵ отсюда вытекает принцип «Решает большинство» в качестве институциональной гарантии большой

¹² См., например, перечисление: Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 168/169; *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, S. 594; из новейшей литературы см.: Neumann, *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung*, 1932, S. 16.

¹³ Об одновременности абсолютизма и индивидуальной свободы см. замечание Тенниса в работе «Демократия и парламентаризм»: *Schmollers Jahrbuch*. Bd. 51, S. 27 ff.

¹⁴ Об этом также см. недавно вышедшую работу: Carl Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, 1931, S. 27 ff.

¹⁵ Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, S. 9–10.

меры свободы, нежели это было бы при ином другом модусе голо-сования. При этом следует исходить из того, что, — как это показывал уже Руссо,¹⁶ — факт наличия общества всегда означает существование отдельных интересов. Впрочем, следует признать, что чем больше уже сфера отдельных интересов, — и здесь речь может идти лишь о количественных сдвигах, — тем меньше сфера возможной несвободы; ведь в таком случае меньше возможность расхождения мнений и тем самым также возможность оказаться в меньшинстве. Однако полное устранение расхождения мнений мыслимо лишь как утопия, поскольку под этим имплицитно полагается устранение факта индивидуальности. Признаем очевидным положение, что признание некой ценности обязывает прилагать усилия для достижения максимально возможной степени [ее] реализации с учетом сопротивления реальности и столкновения с другими ценностями. Применительно к нашему случаю это означает следующее: если признается ценность свободы и равенства, то даже в случае выявления любой высокой степени гетерогенности общества в таком обществе также следует стремиться к модусу ее максимальной реализации. В рамках этой работы невозможно пытаться доказать, что это оправдание демократии является исторически доминирующим и потому должно быть положено в основу имперской конституции: ведь ее пафос заключался в самолегитимировании в качестве самой свободной конституции в мире. В качестве доказательства следует сослаться не только на часто цитируемую речь современного, вовсе не радикального по тем временам политика — тогдашнего рейхсминистра внутренних дел Давида, но и на преамбулу самой конституции, которая говорит о том, что немецкий народ желает обновить и укрепить свой рейх в свободе и справедливости.¹⁷

Впрочем, приведенное здесь оправдание является лишь одним из множества возможных, которые можно разделить на две группы. В одной из них демократический принцип организации

¹⁶ См. «Общественный договор», II, 3.

¹⁷ Речь идет о речи от 31 июля 1919 года: 71. Sitzung, 2195 С. Как известно, сегодня преамбулу широко используют при интерпретации конституции, примером чего могут служить высказывания Лирмана: Liermann, *Das deutsche Volk als Rechtsbegriff*, 1927, S. 166 ff. В первую очередь см.: Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, S. 8, 9. Применительно к государственно-теоретической интерпретации демократических принципов следует указать на значение, которое придается свободе и равенству в системе демократии: Richard Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, S. 190.

оправдывается независимо от предметного характера решений, реализованных его посредством исходя из определенных «формальных» ценностей (свобода и равенство), а вторая оправдывает данный способ организации, поскольку он и только он обуславливает такой предметный характер решений, который одобряется по причине предметного соответствия. В основе концепции Руссо и, видимо, Кельзена, наряду с первым обоснованием лежит и второе.¹⁸

Среди прочего Шмитт отклоняет демократию и на том основании, что «обладающий этим большинством (то есть 51 процентом голосов), уже не творит беззаконие, но превращает все, что делает, в право и легальность. Подобными выводами принцип бессодержательного функционалистского принципа легальности доводится *ad absurdum*» (S. 33). Кажется, здесь имеет место *quaternio terminorum*¹⁹ применительно к слову «беззаконие»; хотя большинство в 51 процент в предполагаемом парламентском государстве законодательства не совершило бы никакого правонарушения, если бы создало произвольные материальные нормы в соответствии с существующими на тот момент нормами организации. Однако это не помешало бы этим легальным нормам носить несправедливый характер с точки зрения определенных субъектов. Видимо, это и подразумевает Шмитт в приведенных предложениях. Субъекты, оценивающие легальные нормы как несправедливые, будут субъектами меньшинства. Для недемократического государства соответствующее положение имело бы место в том случае, если бы нормы, субъективно воспринимаемые властителем в качестве справедливых,²⁰ воспринимались как несправедливые неопределенным числом несогласных подданных, которое в данном случае могло бы превышать 49 процентов. Таким образом применительно к нормам, не воспринимаемым самой государственной властью в качестве несправедливых, различие между демократи-

¹⁸ Руссо, *Общественный договор*, IV, 2. Об этом см., например: Smend, a.a.O., S. 114.

¹⁹ Логическая ошибка, состоящая в добавлении к трем обычным терминам силлогизма четвертого.

²⁰ О проблеме норм, рассматриваемых самой государственной властью как беззаконие, см.: Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1932, S. 82; в рамках социологически вполне обоснованного, но проблематичного с точки зрения теории познания ценностного релятивизма эта тема рассматривается в работе: Richard Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, S. 142.

ческим и недемократическим государством выявлялось бы лишь при одном условии, — если бы в недемократическом государстве несогласным подданным дозволялось обращаться к последней решающей инстанции с жалобой на несправедливость. Хотя, естественно, здесь с неизбежной остротой вновь встала бы неразрешимая проблема: *quis custodiet ipse custodes?*²¹ Однако конституционная практика абсолютизма также не знает инстанции такого рода.²² Впрочем, такое положение в конечном счете лишь превратило бы не только демократию, но и просматривающиеся в сочинении Шмитта возможные новые смешанные формы авторитарного и одновременно плебисцитарного государства в промежуточные инстанции государства правосудия, которое не одобряет и сам Шмитт.²³

До сих пор были рассмотрены лишь такие возможности оправдания, которые включают в себя непосредственное одобрение ценностей, обязывающих самих по себе. Однако ценностное отношение к демократии может быть также опосредованно «инструментальным»: хотя в демократии в определенный момент времени некие ценности не реализуются непосредственно, тем не менее существует вера в то, что воздействие этой демократии когда-нибудь приведет к реализации этих ценностей. При этом применительно к конечному состоянию этого осуществления ценностей может планироваться как сохранение демократии, так и ее упразднение. Однако в обоих случаях наличествующая демократия здесь оправдывается в качестве средства, тогда как для первой группы возможных оправданий она предстает в качестве цели. Примером первого подвиды этой позиции может считаться марксизм, а второго — теория национал-социализма.

²¹ Кто будет стеречь самих сторожей?

²² Применительно к Франции о «*lit de justice*» как неоспоримом правовом средстве королевского абсолютизма см.: Holtzmann, *Französische Verfassungsgeschichte*, 1910, S. 350. Английской конституционной истории неизвестна даже постановка проблемы как таковая; см. работы: Dicey, *Introduction to the study of the law of constitution*, 8. Aufl. 1915, p. 224 ff; Maitland, *Constitutional history of England*, 1908, p. 266 ff; Hatschek, *Englische Verfassungsgeschichte*, 1913, S. 499 ff. Относительно спора между Коком и короной они обсуждают лишь вопрос права прямого вмешательства короны в отношении судебных действий (но не наоборот) и вопрос действительности административных приказов об арестах.

²³ Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, Kap. I.

Однако Шмитт утверждает не только то, что демократию невозможно оправдать применительно к гетерогенному обществу, но также и то, что она и в самой себе является нефункциональной, т. е. в ней невозможно легальное для всех поведение (S. 43, 90). Хотя все же существует ряд феноменов, которые вряд ли согласуются с этим тезисом. Невозможно утверждать, что Франция от панамского конфликта до забастовки железнодорожников в 1910 году может рассматриваться как гомогенное общество в социальном отношении — из-за пролетариата, которому еще предстояло найти место, — и в центральных для политического сознания этой нации вопросах «politique et idéologie pure». Ведь с великой революции идеи 1789 года непрестанно разделяли народ; и хотя сегодня, после достигнутых побед, эти идеологии выполняют лишь функцию материальной интеграции в становящемся более статичным обществе, тем не менее, еще на рубеже веков, в критический период 3-й Республики, они обладали большой силой. Они могли привести к глубокому расколу, хотя процесс политического волеобразования не был нарушен.²⁴ В Великобритании рост гетерогенности проявляется в тенденции превращения партийных фронтов в фронты явного социального расслоения, — процесс, который, как известно, начался с консолидации лейбористской партии. Возникновение ситуаций, в которых субстанциальное национальное равенство рефлексивно используется в качестве материального средства интеграции, также может быть истолковано как симптом ослабления само собой разумеющегося единения посредством национальной гомогенности. Этот процесс тем более значим из-за взаимосвязи с невиданным для английской политической истории фактом объявления одной крупной партии «hors de la nation»²⁵,

²⁴ Впрочем, на фоне доминирования проблематики демократии в политических идеологиях всех направлений странным выглядит тот факт, что демократическая фаза конституционного развития — кроме США — заняла очень незначительное пространство в историческом процессе. Ведь равное избирательное право было окончательно введено во Франции лишь с 1852 года, в Италии — с 1911, в Великобритании с 1918, а в Бельгии вообще лишь с 1921 года. Усилившаяся психическая динамика нашего времени проявляется также в том, что нам уже кажется древним институт, чей реальный исторический испытательный срок еще слишком короток. Об этом см.: M. Jaffé, *Demokratie und Partei*, *Archiv für Sozialwissenschaft*. Bd. 65, S. 106–108.

²⁵ вне нации.

так что идеология национальной гомогенности стремилась распространить свою значимость лишь на часть политической нации. В Бельгии, несмотря на явную субъективную гетерогенность национального и социального рода, превратившую бельгийские партии в типичные партии интеграции,²⁶ кажется, нет никакой серьезной угрозы демократии. То, что тренд гетерогенности в целом имеет тенденцию к возрастанию, может следовать из того, что осознаваемые содержания тех равенств, что существуют сегодня, в значительной мере не покрываются реальностью и только отдаляются от нее; таким образом здесь в значительной мере речь идет о фундировании гомогенности идеологиями в том смысле, какой придал этому слову, например, Карл Мангейм.²⁷ Подобное «ложное сознание» могло возникнуть лишь в результате отставания «надстройки» от изменений социального субстрата. Постоянство содержаний сознания, которое в определенный момент времени совпадало с реальностью и потому являлось «истинным», приобретает характер «ложного», если в это время произошли изменения реальности. Например, эгоистический расчет совпадения интересов — вследствие безграничной веры в его точность — до сих пор являлся в Соединенных Штатах фактором интеграции в редко встречающемся чистом виде. Его силу можно измерить при сравнении процесса ассимиляции национально гетерогенных групп в Америке, с одной стороны, и в Европе, с другой. Если выяснится, что с кризисом 1929 года началась новая эпоха североамериканского капитализма, тогда правильность этого расчета, превратившегося в твердую веру, должна пройти проверку сопротивлением реальности; проверку, шансы которой очевидным образом кажутся очень сомнительными ввиду прагматической структуры этого расчета. Поэтому сейчас в Соединенных Штатах с удивительной социологической последовательностью используют надежду на новое prosperity как фактор социальной интеграции. То, что когда-то обосновывало социальную взаимосвязь в качестве навязываемой каждому индивиду надежды на исполнение ожиданий, теперь должно сохранять это единство в идеологиче-

²⁶ О понятии партии интеграции см.: Siegmund Neumann, *Die deutschen Parteien*, 1932. О тренде гетерогенности в Бельгии см.: Bourquin, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1930. S. 187. Здесь говорится о замене «ministères homogènes» на «ministères mixtes».

²⁷ *Ideologie und Utopie*, 1929. Рус. перевод: Карл Мангейм. *Идеология и утопия* // Карл Мангейм. *Диагноз нашего времени*. М.: Юрист, 1995.

ски денатурированной форме.²⁸ Однако демократическая идеология может носить характер «ложной» не только из-за того, что она ковыляет позади изменившейся действительности, но также из-за того, что она видит существующую демократическую действительность по образу заранее изготовленной утопии, осуществлением которой эта демократия ошибочно воспринимается. Это происходит в ходе идеологического развития, например, широких слев европейского рабочего класса, чье подразумеваемое одобрение собственно социальной демократии переносится на демократию политическую. Параллельно с частично уже произошедшим, частично еще предстоящим ослаблением субъективной гомогенности перед демократией встает проблема смены оснований и тем самым также проблема «кризиса оснований». Ведь было бы невозможно отрицать, что ситуации, в которых эта смена оснований становится необходимой, суть кризисные ситуации демократии. Однако с учетом узости базы для умозаключений и с учетом феноменов, которые на уже имеющемся материале опыта опровергают утверждение о безысходности нынешней ситуации для демократии, утверждение Карла Шмитта о невозможности демократии в гетерогенном обществе кажется недостаточно обоснованным. Ведь в реальности вырисовываются новые возможности, указывающие на рост последовательной «инструментальной установки» в отношении демократии. Сознательной инструментальной установки различных социальных классов в отношении демократии не уделялось слишком большое внимание, пока относительно единые классовые интересы искали свое конституционно-правовое выражение, хотя недавно Чарльз Бирд применительно к процессу создания конституции Соединенных Штатов выявил в качестве основания американской конституции взаимосвязь между «money, public securities, manufactures and trade and shipping».²⁹ Сегодня эта инструментальная установка особенно ясно проявляется в пи-

²⁸ О превращении некогда реального настроения фронта в сознательное влияние на массы см. поучительное изложение в работе: Ch. Lütken, Staat und Gesellschaft in Amerika, 1929, S. 176 ff. Неважно, желают ли теперь видеть «похоронные процессии рецессии», организованные обществом, государством или ими обоими, в любом случае речь идет об идеологическом процессе, при котором приспособление к реальности может проходить лишь в форме маскарада.

²⁹ Charles A. Beard, An economic interpretation of the constitution of the United States, 1925, p. 324.

санных нормах конституции в материально-правовых определениях, например, того рода, что содержатся в Веймарской конституции, в существенной мере основывающейся на «социальном соглашении» Легиена—Стиннеса, а с недавних пор и в испанской конституции.³⁰ В данном подходе отражаются установки поддерживающих конституцию партий в отношении демократии, в которых последняя принимается лишь как оптимальная политическая машина для необходимого объединения воли в гетерогенном обществе. В частности политические партии усматривают политическую оптимальность данной структуры государства в том, что для каждой из них шансы прийти к власти демократическим путем представляются большими, чем недемократическими. Впрочем, это доминирование инструментальной установки к демократии — тождественный по стилю феномен вытеснения аспекта самооценности столь многих вещей в ходе «расколдовывания мира»³¹ — делает демократию нестабильной в той мере, в какой при изменении ситуации демократия может перестать восприниматься важнейшими партиями и иными властными группами в качестве целесообразного средства. Видимо, такой случай имеет место в Германии; этой причине можно было бы придать гораздо большее значение для немецкого развития последнего времени, чем приведенным Карлом Шмиттом кризисным факторам.³² Очевидно, что относительно промежуточного соотношения частоты позитивной и негативной инструментальной оценки демократии со стороны различных общественных групп невозможно высказаться в целом. Однако опыт показывает, что из позитивной инструментальной оценки могут возникать ситуации, приближаю-

³⁰ См. высказывание Гуго Прейсса в конституционном комитете Национального собрания (Protokolle, S. 185): «У нас господствует именно не одно единое в себе направление, а взаимодействие различных направлений, которые из своих — в остальном разнонаправленных — целей могут извлечь некий комплекс, делающий возможным объединение».

³¹ Впрочем, для тех, кто признает демократию *в конечном состоянии*, эта инструментальная установка смягчается именно благодаря этому факту признания, насколько психологически произвольно здесь также ослабляется инструментальный характер. При этом существенно то, что рассмотренная выше проблема оправдания демократии как цели в значительной части существует и для тех, кто в настоящей ситуации принимает демократию лишь в качестве средства.

³² См.: Jovishoff, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 12, S. 625.

щиеся к политической стабильности (Германия в 1925–1929 годы, Бельгия, Чехословакия, Австралия, возможно Испания).

Когда до сих пор говорилось о функционировании демократии в гетерогенном обществе, то при этом не уделялось никакого внимания вопросам, которые возникают из нагруженности современной конституции множеством материально-правовых определений, выходящих за рамки традиционного набора организационных определений и гарантий свобод.³³ Однако Шмитт идет дальше тезиса о нефункциональности чисто парламентского законодательного государства с традиционными правовыми свободами, утверждая, что существование материально-правовых определений (будь они совсем изъяты или же будь они лишь только защищены необходимостью квалифицированного большинства при изменении) только усиливает эту нефункциональность (S. 47). Прежде чем обсудить сам этот тезис, имеет смысл сделать — исключительно в целях последующего изложения — обзор релевантных здесь главных типов материально-правовых норм конституции Веймара, которые имеет в виду Шмитт в первую очередь.³⁴ С одной стороны, здесь речь идет о нормах, обладающих непосредственной обязательностью исполнения и конкретизации для управления и судопроизводства (фиксирующие нормы),³⁵ например, ст. 143, аб. 3, ст. 144 и 149 ИК, с другой стороны, о тех, что не обладают подобной обязательностью. Последние, в свою очередь, могут выдвигать законодателя требование, которое не может стать предметом иска (программные нормы, например, ст. 151, 161 и 162 ИК), или только передавать полномочие законодателю (уполномочивающие нормы, например, ст. 155, аб. 2, ст. 156, аб. 1 и 2, ст. 165, аб. 5 ИК). Уполномочивающая норма может быть осмысленно установлена лишь в том случае, если без нее допустимость заложенных в ней полномочий являлась бы как минимум сомнительной; однако программная норма будет иметь смысл, — а именно смысл «морального давления» на законодателя, — даже в том случае, когда конституционная допустимость ее содержания несомненна даже без нее. Когда фиксирующие нормы осуществляются в соответствующем нормам правовом действии государства, им соответствует реальный субстрат. В случае невы-

³³ См.: Löwenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, 1931, S. 3.

³⁴ См. типологию, которую Карл Шмитт дает здесь: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, § 101.

³⁵ Это понятие используется здесь в более широком смысле, чем в рамках Шмиттовской терминологии: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, S. 604.

полнения программы и неиспользования полномочия программным и уполномочивающим нормам не соответствует никакой реализованный субстрат.

Как при определенных ситуациях существование отдельных типов норм воздействует на степень функционирования демократии? При *относительно устойчивом распределении власти* фиксирующие нормы выполняют следующую функцию: лишая простое большинство доступа к определенным предметным областям, они затрудняют их втягивание в непосредственно практическую политическую борьбу. Таким образом они уменьшают величину актуальной площади трения и тем самым повышают функциональность демократии.³⁶ Если они «правильны», т. е. избраны в соответствии с распределением власти, то они действуют в качестве антиципации равнодействующей, иначе достижимой лишь в политической борьбе. Тем самым фиксирование предстает как введение планового принципа в конкурентную систему демократии. С другой стороны, фиксирующие нормы лишают простое большинство, которое враждебно настроено в отношении гарантированного набора институтов, доступа к вентилю осуществления его желаний. Они приводят к тому, что неудовлетворенные массовые стремления разбиваются здесь об специально выдвинутый вперед барьер правопорядка и соответственно находят новое выражение в антидемократических тенденциях; это имеет место особенно при *изменчивости социальных властных отношений*. Впрочем, в отношении только что описанного воздействия фиксирующих норм существует примечательный компенсирующий элемент. Та группа, что связана с гарантированными посредством фиксирующих норм институтами, тем самым в тенденции двигается к позитивному отношению к демократии в целом. Примером обеих тенденций, — и укрепления, и ослабления стабильности, — является конституционно-правовая гарантия положения чиновников. Пре-

³⁶ Эта ликвидация площади трения может толковаться как попытка высвободить сферу сознания политической гомогенности (см. цитированное высказывание Прейсса). Если принять тезис, согласно которому только «гомогенность» обеспечивает функционирование демократии, то *такая* гомогенность для этого окажется недостаточной. Так что мнение Эрнста Френкеля (Ernst Fränkel, Gesellschaft 1932, Heft 10, S. 308), будто вторая часть Имперской конституции, что касается рассмотренной здесь функции, есть *conditio sine qua non* ее функционирования, является таким же сомнительным, что и противоположный тезис Карла Шмитта.

жде всего в результате правовых гарантий чиновникам согласно ст. 129 ИК (впрочем, и согласно ст. 41 новой испанской конституции) размер добычи и тем самым интенсивность партийной борьбы уменьшается вследствие сократившихся возможностей патронажа над должностями. Однако тем самым серьезному испытанию подвергается и легальное положение партий, которые увязывают осуществление своих целей с быстрой персональной заменой государственного аппарата.

То же самое воздействие исходит от программных и уполномочивающих норм, пока они не будут реализованы при *стабильном распределении власти*. Здесь у возможных выгодополучателей от реальных шансов, предоставленных этими нормами, — именно благодаря этим шансам и имплицитно заложенному в этих конституционных нормах признанию соответствующих идейных ценностей, — может возникнуть позитивное отношение к демократии (ст. 156, ст. 165, аб. 2). Как разрешить вопрос функциональности, если при *изменчивом распределении власти* реализация заложенных в уполномочивающих нормах шансов захватывается определенной группой большинства? Здесь функциональность повышается в той мере, в какой усилившееся властное положение соответствующей группы было достигнуто легальным способом, т.е. если гарантируется легальность расширения власти. Так, согласно ИК, — как и новой испанской конституции, — переход от аграрной конституции, в значительной мере определявшейся крупным землевладением, к конституции чисто крестьянского типа был бы возможен как нормальный законодательный акт (ст. 155 ИК, ст. 44 испанской конституции). В качестве вывода следует сказать, что материально-правовые определения второй части имперской конституции не позволяют сделать никакого однозначного утверждения относительно ее воздействия на функциональность демократии. В зависимости от содержания и социальной среды будут перевешивать интегрирующие или дезинтегрирующие воздействия. Здесь следует ограничиться перечислением возможностей, говоря: «non liquet»³⁷.

Далее Шмитт утверждает, что в результате введения второй части произошло изменение организационной структуры парламентского законодательного государства, упразднившее статус парламента как высшей инстанции в пользу юридических элементов (S. 57–58, 61). В действительности описываемое развитие происходит, — в этом со Шмиттом следует согласиться; однако оно проис-

³⁷ букв. не ясно (лат.). Формула, равносильная «воздерживаюсь».

ходит прежде всего там, — и это является определяющим, — где не имеется причин, приводимых Шмиттом. Согласно Шмитту, подобные структурные изменения присутствуют именно в конституциях со «специальными, материально-правовыми конституционными закреплениями, подпадающими под действие «оговорки» о законе об изменении конституции» (S. 60). Однако самый значительный случай осуществления своеобразного государства правосудия имеет место в Соединенных Штатах. Если не брать во внимание 18-ю поправку, то эта конституция представляет собой именно тип «конституции, ограниченной организационно-процессуальным регулированием и всеобщими правовыми свободами» (S. 60). Как известно, именно с помощью клаузулы «due process of law» в 5-й и 14-й поправках, по своему изначальному содержанию истолкованной чисто процессуально-правовым образом,³⁸ Верховный суд и вслед за ним суды иных инстанций осуществляют обширную деятельность по проверке парламентских законов как на уровне федерации, так и особенно штатов. Интерпретационная оценка данного юридического элемента государства может заходить столь далеко, что не без основания говорят о «supremacy of the federal judiciary in matters involving persons and property».³⁹ В соответствующей степени здесь фактически устраняется статус парламента как высшей инстанции во всех областях, затрагивающих какие-либо позиции и шансы, связанные с собственностью. Впрочем, уменьшения функциональности преобразованной таким образом организационной структуры не произошло, и никто из противников «узурпации» со стороны Верховного суда не подчеркивал этого момента, — хотя здесь не суды, как полагает Шмитт, «выступают в отношении государства в качестве хранителя принципиально бесспорного общественного и экономического порядка»,⁴⁰ но речь идет о сознательном создании консервативной верхней палаты для представительства интересов собственников в противовес парламенту, воз-

³⁸ См.: Commons, *Legal foundations of capitalism*, 1924, p. 333. Новейшее полемическое изложение см.: Louis B. Boudin, *Government by judiciary*, New York 1932, chap. 33/34. Немецкий взгляд дается в работе: Rommen, *Grundrechte, Gesetz und Richter in USA*, 1931, S. 89.

³⁹ См.: Charles Beard, *American government and politics*, New York 1931, p. 49. Также см. хотя и очень осторожную, но, в конечном счете, все же позитивную оценку этой практики в содержательной статье Эрнста Фройнда о constitutional law: *Encyclopaedia of the social sciences*, IV, p. 254.

⁴⁰ Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 14.

никшему в ходе всеобщих выборов.⁴¹ Если в Соединенных Штатах тем самым образовались контуры юридического верховенства, то объем, в котором контроль за деятельностью парламента осуществляется в Германии, незначителен, хотя, согласно Шмиту, здесь — в отличие от Соединенных Штатов — для этого выполнены все, действительно все условия. Ведь в Германии выходящее за чисто интерпретационные рамки привлечение определений основных прав произошло лишь в случае политически нерелевантной ст. 131 и ст. 153 ИК. Толкование статьи о собственности выявляет определенные точки соприкосновения с судопроизводством Верховного суда, от которого оно, впрочем, принципиально отличается из-за применения более узкого понятия собственности. Кроме того, — и это является решающим в данной связи, — именно гарантия собственности относится не к новым материально-правовым определениям основных прав, а к обычным правовым свободам. Имперский суд и вслед за ним суды других инстанций не использовали ст. 109 ИК в качестве отправной точки для юридического верховенства.⁴² В отношении «государства управления», — как вместе со Шмитом можно обозначить недавно возникший немецкий режим чрезвычайных постановлений, — возможность юридического контроля может значительно возрасти. Здесь открывается перспектива специфического соединения элементов государства управления и государства правосудия; однако этот процесс выходит за рамки рассматриваемого здесь комплекса проблем и, в том числе и согласно Шмитту, в значительной своей части находится в противоречии с позитивными конституционными нормами, которые легитимируются лишь посредством обычного права.⁴³ Поэтому в этом контексте не стоит затрагивать весь тематический комплекс, который Карл Шмитт

⁴¹ Несмотря на различные оценки, сам факт не оспаривается; см.: Burgess, in: *Political science quarterly*, X, p. 420; Charles Warren, *Congress, the constitution and the supreme court*, 1925, p. 176–177; см. новейшую критику: Boudin, *op. cit. passim*, особенно — II, p. 474.

⁴² См. общий обзор в работе: Hänsel, in: *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. I, S. 1 ff. О ст. 109 и судопроизводстве см. обзор: Leibholz, in: *Archiv für öffentliches Recht*. R.N.F. 9. S. 428. О типичном рассмотрении ст. 109 в судопроизводстве высших судов см., например: *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*. Bd. 136, S. 221.

⁴³ См.: *Legalität und Legitimität*. S. 71 ff. О том, что эта практика чрезвычайных постановлений не является временной в сохраняющейся демократической конституционной практике, но представляет собой «подвешенное конститу-

разбирает в главе под заголовком «Чрезвычайный законодатель *ratione necessitatis*» (S. 70–87).

Как показано вначале, из своего обоснования демократии Шмитт выводит существование ряда противоречий между ним, с одной стороны, и обоснованием множества несущих элементов конституции, с другой. Вместе с демонстрацией того, что в гетерогенном обществе демократию вполне можно оправдать, одновременно доказывается, что применительно к оправдываемой демократии может быть уместно введение материально-правовых определений с обоснованием защиты специальных интересов. Ведь гетерогенность включает в себя потребность в защите. Теперь Шмитт утверждает, что, хотя в гетерогенной демократии применяется мотив защиты и потребность в защите действительно может быть очень большой (S. 43), тем не менее введение защитных норм создает противоречие между первой частью Веймарской конституции и принципами ее обоснования, — помимо ст. 76, — с одной стороны, и ее второй частью и принципами ее обоснования, с другой. Обоснование первой части требует неограниченного функционализма, т.е. имперской конституции, которая содержит лишь организационные формы, за исключением гарантий правовых свобод. Подобную демократию, если она носит характер законодательного государства и находит основное выражение в принимаемых парламентом нормах, Шмитт называет парламентским законодательным государством (S. 7). С другой стороны, относимое ко второй части обоснование требует отмены ст. 76 в отношении нее, причем так, что ее следует или полностью изъять, или же только изменить посредством компетентных в сословно-государственном смысле (*ständestaatlich*) органов. «Логически продуманное до конца признание того, что определенные интересы или группы, которым угрожает большинство, заслуживают и нуждаются в защите, должно было бы привести к тому, что эти интересы или группы вообще исключались бы из конкретно обусловленного функционализма парламентских и демократических методов голосования. Соответственно логичным было бы полное освобождение от обязанностей с *itio in partes*⁴⁴ или признание права на переселение и отделение» (S. 44). Итак, получается, что ст. 76 находится в противоречии с принципами не только первой, но и второй части.

ционное положение», сравнимое с государственно-правовой ситуацией 1848–1849 годов, см.: Heckel, in: Archiv für öffentliches Recht. R.N.F. 22. S. 309.

⁴⁴ дифференцированное решение (например, для разных конфессий).

Шмитт просто исключает возможность компромисса между требованиями функционализма и требованиями предметной защиты и отвергает особенно Веймарский компромисс как неразумный, когда характеризует его как попытку оставаться нейтральным по отношению к нейтралитету и не-нейтралитету. Однако здесь речь идет не просто о нейтральном положении между этими альтернативами, а о разграничении сфер между усиленным и не усиленным нейтралитетом. И помимо этого представляется, что неверно заключение, которое делает Шмитт, — будто эта нейтральность означает выбор в пользу нейтралитета, т.е. не-нейтральность. Здесь Шмитт становится жертвой заблуждения Паскаля, которое исправил уже Вольтер: «*et ne point parier que Dieu est, c'est parier qu'il n'est pas*»⁴⁵. Вольтер заметил по этому поводу, что говорить так будет явно ошибочно; ведь тот, кто сомневается и стремится к просвещению, определенно не участвует в пари — ни за, ни против. Однако решающим является следующее: не понятно, почему позволительно осуществлять тотальные изъятия, т.е. очевидное ограничение сферы функционализма, — в отличие от функционализма первой части, который, по Шмитту, требует неограниченного применения, — а не простые затруднения в избранной Веймарской конституцией форме. В обоих случаях речь идет о компромиссе между значением демократической формы и определенными предметными ценностями, причем для Веймарской конституции характерна повышенная оценка ценности демократической формы. Сплошная поддержка ценности демократической формы в соответствии с ее содержанием ослабляется лишь тем, что при сохранении самой процедуры голосования ее модус изменяется применительно к определенной сфере. Впрочем, было бы необходимо провести для этих ограничений верхний предел, при пересечении которого от демократии оставалась бы слишком незначительная часть, чтобы осмысленным образом, лишь фактом своего сохранения оправдывать фактическое упразднение демократии.⁴⁶ Относительно системы второй части Веймарской конституции

⁴⁵ Не утверждать, что Бог существует, означает утверждать, что он не существует.

⁴⁶ Когда Кельзен (Kelsen, *Wesen und Wert der Demokratie*, S. 55) называет квалифицированное большинство еще большим приближением к идее свободы, нежели им является принцип большинства, то это возможно видимо лишь потому, что Кельзен здесь имеет перед глазами одновременно политическую и частную свободы. О необходимости этого различия см. выше.

вряд ли возможно утверждать, что этот предел достигнут. Тем самым в соответствии с данным здесь обоснованием демократии сохраняется принципиальная совместимость ст. 76 со второй частью конституции, за исключением комплекса правовых свобод. Однако иначе обстоит с применимостью ст. 76 к организационной части Веймарской конституции. Еще раньше, в своем «Учении о конституции», относительно основополагающего различия конституции и конституционного закона Шмитт отстаивал тезис,⁴⁷ что существует неизменная конституционная норма, которую он определяет по ее принадлежности к основополагающим решениям конституции в целом. Если последнее решение демократии усматривать в свободе и равенстве, то при принципиальном признании различия между конституцией и конституционным законом тем не менее возникает иная конкретная форма неизменности, нежели у Карла Шмитта. Исходя из затронутого здесь оправдания демократии, вопрос неизменности можно рассматривать в двух конкурирующих аспектах. Первой аксиомой могло бы быть: применение ст. 76 может приводить лишь к таким вариациям системы норм, при которых удовлетворяются следующие условия: компромиссы относительно ценности формы и содержаний по-прежнему распространяются лишь на (изменяемую в своем объеме в результате отмены, дополнения или расширения конституции)⁴⁸ вторую часть (за исключением правовых свобод). Вариации в организационной части и относящемся сюда комплексе правовых свобод происходят лишь в той мере, в какой они необходимы для того, чтобы реализовать максимально возможный уровень свободы и равенства даже в том случае, если в результате структурных изменений в народном целом станут необходимыми новые организационные формы. Отсюда следует, что существуют нормы или части норм, которые при любых обстоятельствах являются *conditiones sine qua non* затронутого принципа, т.е. неизменными. Это такие нормы, которые обеспечивают определенный уровень совпадения 51 процента воли граждан государства с государственной волей, т.е. все-

⁴⁷ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 26 ff. См. также: Bilfinger, in: *Archiv für öffentliches Recht. R.N.F.* 11. S. 108; *Nationale Demokratie als Grundlage der Weimarer Verfassung*, 1929, S. 12 ff. См. обзор литературы: Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, S. 154; Walter Jellinek, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, 1931.

⁴⁸ Эти выражения следует понимать здесь в смысле терминологии, применяемой Левенштейном: Löwenstein, *Erscheinungsformen*, S. 114 ff.

общее, равное, тайное пропорциональное избирательное право в отношении представительных органов с определенным минимумом лиц и определенным максимумом легислатуры. При определенных обстоятельствах, напротив, изменения активного и пассивного избирательного права могут быть оправданы в том случае, когда имеют место упомянутые выше структурные изменения. Так, например, среднее замедление или ускорение созревания личности может быть обоснованным поводом для изменения ст. 22 ИК, поскольку установленный в ней избирательный возраст является лишь выражением определенного уровня достигнутой зрелости. Любое нарушение равенства избирательных прав, напротив, было бы упразднением, а любое «необоснованное» повышение избирательного возраста — сокращением политической свободы. Неизменными далее являются все те нормы, что обеспечивают свободное волеобразование, т.е. гражданско-государственные свободы.⁴⁹ Все «частные» свободы, напротив, изменяемы. Гоббсовской теореме, согласно которой возможно демократически обосновать упразднение политической свободы, противоречит приведенное выше определение свободы как неотчуждаемого институционального шанса для каждого гражданина государства согласовать свою волю с волей государства — т.е. свободы и равенства как *конкретной* свободы и равенства. В соответствии с этим подобный отказ невозможно оправдать демократически.

Вместо приведенного здесь систематического изложения неизменности норм в ее отношении можно выдвинуть и другое направление. А именно следующее: применение ст. 76 должно приводить к такой системе норм, при которой компромиссы между формой и содержанием хотя и могут соотноситься с любой частью конституции, т.е. также с организационной частью и комплексом правовых свобод. В случае последнего тем не менее сохраняется такой минимум реализации принципа свободы и равенства, при котором найденные компромиссы все еще выглядят как «компромиссы»,

⁴⁹ Исходя из данной позиции, недопустимым также является отмена народной законодательной процедуры двумя третями голосов; другое мнение: Walter Jellinek, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, S. 185. Высказанное в работах: Thoma, edenda, S. 114; Jacobi, in: Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. I, S. 257–258; мнение о том, что хотя изменения и допустимы, но сам закон об изменениях подлежит вынесению на плебисцит, упускает из виду, что народ как государственный орган не имеет прав, которые полагаются народу как *pouvoir constituant*.

а не как «изнасилование» данных принципов. Исходя из данной позиции, можно было бы вполне оправдать незначительное увеличение легислатуры рейхстага;⁵⁰ однако учреждение наследственной монархии легальным путем становится невозможным. Но даже подобная вариация в конституции, на которую намекает Шмитт в последней главе своего сочинения, уже не содержала бы необходимого минимума свободы и равенства. При выборе между обеими возможностями обоснования изменений первый принцип кажется более соответствующим идее демократии. Здесь становится ясно, что при всех компромиссах, на которые следует идти демократии, должен сохраняться принцип *равного участия всех* в волеобразовании. Отсюда следует, как это со всей ясностью вытекает и из позиции Шмитта, что с точки зрения демократии организационная часть конституции вместе с сущностно относящимся к ней элементом гражданско-государственных свобод в целом образует «релятивистскую святыню», разрушение которой уничтожает саму демократию.^{51 52 53}

- ⁵⁰ Подобное мнение высказывает: Walter Jellinek, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 3, S. 185. Однако с тем обоснованием, что вытекает из воли конституционного законодателя. См. об этом также: Gmelin, in: Archiv für öffentliches Recht. R.N.F. Bd. 19, S. 270 ff.
- ⁵¹ Ни Тома, ни Йеллинек, которых цитирует Шмитт (Legalität und Legitimität. S. 50), не приходят по принципиальным соображениям к неизменности организационных норм и правовых свобод. Высказывание Тома о принципах свободы и справедливости (in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1929, Bd. I, S. 47) связано лишь с вопросом недопустимых отдельных мер, хотя отчетливо говорится о bill of attainder. Принципиальную неизменность Тома не признает, как ясно вытекает из: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, S. 154.
- ⁵² По вопросу изменений также см.: Anschütz, Kommentar zur Reichsverfassung, 1932, S. 385 ff. Он обосновывает свою отрицательную позицию тем, что таким образом в конституцию встраивается обязательный конституционный референдум. Этот аргумент несостоятелен по той причине, что конституционный референдум являлся бы *pouvoir constitué*, тогда как здесь явно речь идет об оговорке, касающейся *pouvoir constituant*.
- ⁵³ Весь круг проблем в первую очередь служит разработке общих структур конституций в целом. Подобное «inherent limitation upon legislature», напротив, не обладает той же политической релевантностью, что и формула «due process of law» применительно к конкретной экономической структуре, рассматриваемой в качестве данной. Об этом см.: E. Freund, a.a.O. S. 251.

Из Шмиттовских рассуждений выходит, что для него для оправдания демократии равенства недостаточно. Наряду с ним — в качестве «принципа справедливости этого рода легальности (т. е. парламентско-демократического, конституционного (S. 36))» — должно сохраняться равенство шансов получить 51 процент.

Прежде всего необходимо затронуть различные значения, которые могут вкладываться в это, вероятно, в упомянутом контексте все еще недостаточно проясненное выражение «равные шансы». Далее следует проверить, насколько соответствующие им обстоятельства необходимы для оправдания демократии. Затем наконец следует выразить отношение к особенно подчеркиваемому Карлом Шмитом вопросу о совместимости существования данных обстоятельств с существованием и функциональностью демократии.

Словосочетание «равные шансы», как представляется, используется прежде всего для обозначения двух групп обстоятельств.

Во-первых, оно может означать равное отношение ко всем лицам или партиям и проектам норм в определенных ситуациях демократического процесса создания норм. Прежде всего при выборах: равные шансы были бы обеспечены здесь в том случае, если бы все кандидаты по мажоритарным округам или списки допускались без всяких различий — при народном голосовании этому соответствовали бы проекты норм. Второй вариант применения этого принципа имеет место при подведении итогов голосования при формировании представительского корпуса — при процедуре народного законодательства ему бы соответствовал плебисцит. Для реализации равных шансов здесь требуется, с одной стороны, чтобы голоса оценивались одинаково, т. е. чтобы сохранялось равное избирательное право, а с другой — чтобы в том, что касается представительства в представительском корпусе, партии оценивались с учетом всех собранных ими голосов, т. е. чтобы сохранялось пропорциональное избирательное право. Наконец принцип равных шансов также непосредственно затрагивает парламентскую процедуру. Здесь требуется, с одной стороны, чтобы для всех проектов норм было необходимо одинаковое большинство и чтобы для каждой партии существовала равная правовая возможность участвовать в большинстве. Очевидно, что это имеет место в том случае, когда существует или абсолютный запрет, или неограниченная свобода образования коалиций. Предложения парламентской реформы, обуславливающие допустимость совместного выступления партий при вотумах недоверия внутренним единством их обоснований, сократили бы возможности любой из обеих «фланговых партий» принадлежать

к большинству, — ведь подобные предложения имеют смысл лишь там, где существует подобная внутренняя разобщенность оппозиции, — и увеличили бы эти возможности для соседних с ними партий центра, поскольку те могут действовать в обе стороны.

Во втором главном значении равенство шансов добиться большинства имеет место в том случае, когда на вероятность достижения этой цели для всякой партии не воздействуют определенные нормы. Во-первых, это материальные нормы ИК, и, во-вторых, «политические нормы». В качестве таковых здесь следует обозначить все те, что — независимо от их кодификации — непосредственно затрагивают политические организации и граждан государства при процессе их волеобразования. Применительно к ним на основании изложения Карла Шмитта прежде всего следует прояснить, в какой мере их наличие сдвигает вероятность достижения большинства для соответствующих правящих и оппозиционных партий. Подобный сдвиг в пользу входящих в правительство партий может наступить в первую очередь в том случае, когда имеют место содержательно неопределенные нормы, — а они есть в любой правовой системе, — которые при неизбежных для них действиях по своему усмотрению могут привести к тому, что будет ограничена активность оппозиционных партий. Из этого и других фактов, еще нуждающихся в характеристике Карл Шмитт выводит то, что он называет «политической премией за обладание легальной властью». Здесь он особенно указывает на следующие понятия: «общественная безопасность и порядок», «опасность», «чрезвычайное положение», «необходимые меры», «антигосударственная и антиконституционная деятельность», «миролюбивые взгляды», «жизненно-важные интересы» и т. д. (S. 35). Вторая причина описанного выше привилегированного положения правящих партий имеет место при *отсутствии* некоторых норм *определенного* содержания, нуждающихся в дальнейшей характеристике. Речь здесь прежде всего идет о тех конституционных положениях, которые выше были охарактеризованы как гражданско-государственные свободы, а с другой стороны — о тех нормах, что могли бы предотвратить получения «spoils» правящими партиями. В качестве примера следует привести попытку установления законодательным путем контроля за избирательными фондами.⁵⁴ Наконец, в-третьих, «неравные шансы» для правящих и оппозиционных партий имеют место в том случае,

⁵⁴ О возможном законодательно установленном ограничении расходов на выборы см.: Sait, American parties and elections, 1927. Chap. Corrupt practicies acts.

когда правящие группы нарушают нормы. В таком случае при помощи предпосылки легальности создается *fait accompli*⁵⁵, который невозможно отменить даже при юридическом пересмотре (S. 36).

После попытки различить значения рассматриваемого здесь слова, теперь следует затронуть поставленную Шмитом проблему того, какая роль отводится «равным шансам» при *оправдании* демократии.

Шмитт утверждает здесь, что речь идет о «материальном принципе справедливости демократии». Далее попытаемся доказать эту необходимость, — насколько вообще можно утверждать о необходимости «равных шансов» для оправдания демократии, — «монистически», из принципов свободы и равенства.

Представляется и так очевидным, что допущение всех без различия кандидатов в мажоритарных округах или партий на выборах, как и равное избирательное право, необходимо вытекает из приведенного выше обоснования демократии. Однако то же самое относится и к пропорциональному избирательному праву; ведь только данный избирательный модус дает институциональную гарантию того, что 51 процент представителей избирается примерно 51 процентом избирателей — в той мере, в какой при нем определенной квоте избирателей соответствует примерно равная квота представителей. Однако применительно к парламенту это необходимо в качестве «плебисцитарного опосредования».

Что касается «равных шансов» во втором главном значении, то это соответствует «свободе» образования мнений, которая называлась выше в качестве существенного признака свободы: оппозиционные партии не дискриминируются ни посредством произвольного использования определенных норм, ни через использование обсуждавшихся выше определенных норм. Далее очевидно, что с точки зрения оправдания системы норм нарушение норм — то есть третья причина соответствующего неравенства шансов — не может быть оправдано.

Что касается межпартийных отношений в смысле распределения шансов, то в приведенном выше оправдании демократии *непосредственно* вовсе не требуется — ни внутри, ни вне конституции — подобных материально-правовых норм, которые реализуют указанное равенство шансов. Конечно, это не мешает требовать подобных норм, исходя из постулата «социального» равенства и «социальной» свободы. В исторической реальности огромную роль

⁵⁵ свершившийся факт.

играет именно одновременность политического и экономического постулатов свободы и равенства. И либерализм,⁵⁶ и социализм считают его своим. Отсюда прямой путь к тезису о том, что в настоящее время свобода и равенство могут реализовываться лишь тотально, то есть как в политической, так и в социальной сфере, или же они не реализуются вовсе.

Однако существуют опосредованные причинные отношения между межпартийным равенством шансов и реализацией свободы-равенства в политической сфере: ведь именно это равенство шансов к «формальной» свободе образования мнений, то есть к невозможности правового ограничения, прибавляет ее «материальную» свободу. Речь здесь идет об обстоятельстве, используемом в полемической форме всеми направлениями социальной мысли и играющем главную роль, например, у Ленина в «Государстве и революции».

Если, как показано выше, для Карла Шмитта наличие «равных шансов» представляется необходимым для оправдания демократии, то, с другой стороны, оно видится ему несовместимым с реальным существованием современных демократий. Таким образом перед демократией стоит единственный выбор: быть нереализованной или необоснованной. Далее следует обсудить этот тезис Карла Шмитта на примере различных типов демократии, которые он разработал.

Как происходит с обсуждаемым здесь предметом в парламентском законодательном государстве, в котором сфера «правовых свобод» изъята? В нем нет препятствий для реализации «равных шансов» в первом главном смысле слова, за исключением дифференциации допускаемых и не допускаемых норм, вытекающей из существования сферы изъятия.

Относительно воздействия «политических норм» на отношения правящей и оппозиционной партии следует сказать, что в данном типе государства безусловно существует возможность злоупотребления нормами; однако стремление исключить эту возможность применительно к какой-либо государственной форме действительно следует расценивать как «нормативистскую иллюзию». То же самое касается, — как определяет и Карл Шмитт, — и определенной степени неопределенности норм; однако именно типические нормативные структуры исторического осуществления этой государственной системы направлены на максимальное сокращение этой степени неопределенности.

⁵⁶ Tawney, Equality. London, 1929. P. 125.

Однако что касается отсутствия известных *определенных* норм как причины интересующего нас здесь неравенства шансов, то одна группа этих норм *именно* в данном конституционном типе застрахована от всех покушений — и это является одним из его отличительных признаков по сравнению с другими демократиями. В конституции содержится, что исторически называется правовыми свободами и что выше было названо гражданско-государственными свободами в интересующей нас здесь функции соответствующих статей. Так, в отношении государства и оппозиции собственность может выполнять здесь функцию гарантии имущества оппозиционной организации, то есть основания ее активности по образованию мнений.

Однако именно на примере собственности видно, что та же самая правовая свобода, которая способствует «равным шансам» при распределении шансов между государством и оппозицией, теперь вторгается и в межпартийные отношения, причем оказывая противоположное воздействие. Ведь собственность, как и свобода личности, воздействуя на экономическую структуру, приводит к неравенству демократического распределения шансов на власть для отдельных общественных групп. Если было бы справедливо утверждение демократического социализма, — которое не может здесь быть проверено, — что, с одной стороны, его экономическая структура, санкционированная в том числе и правовым порядком, может создать «equality of opportunity», а с другой стороны, его государственная структура будет содержать все гражданско-государственные свободы, то тогда здесь имел бы место тип государства с конкретизируемым содержанием норм, в котором обеспечивалось бы максимальное приближение к «равным шансам» во *всех* значениях этого слова. Когда же в парламентском законодательном государстве в целом, напротив, невозможно реализовать равенство шансов, как справедливо утверждает Шмитт, то это преимущественно объясняется не организационной структурой парламентского законодательного государства, как у Шмитта, а конкретными содержаниями норм личных свобод и другими материально-правовыми определениями.

Второй рассматриваемый здесь тип это парламентское законодательное государство с «правовыми свободами» и материально-правовыми нормами с — еще подлежащим определению — содержанием указанных выше типов, которые могут быть отменены квалифицированным большинством. В этом государственном типе применительно к «равенству шансов» в первом главном значении

справедливо то же самое, что было сказано о них применительно к ранее рассмотренному государственному типу, а именно то, что оно может быть реализовано — за исключением определений, касающихся квалифицированного большинства.

Применительно к отношению правящих и оппозиционных партий *отсюда* вытекает прежде всего *большее неравенство шансов*, нежели при затронутом выше типе, так что к уже существующим неопределенным нормам еще добавляются неопределенности материально-правовой части в узком смысле. Например, ст. 137, если аб. 5 ИК конституции определяет, что религиозные общества, ранее не являвшиеся корпорациями общественного права, приобретают данное качество лишь в том случае, «если они своим уставом и числом членов дают гарантии на длительный срок», то в неопределенности использованных здесь слов заложена необходимость их применения по своему усмотрению со всеми названными выше последствиями. Однако, с другой стороны, материально-правовые установления конституции в области ее определенности способствуют *большему равенству шансов* для правящих и оппозиционных партий. Каждое из них содержит защиту от вмешательства в имущественное положение институтов, защиту, которая становится эффективной в ситуации, когда соответствующий институт находится в оппозиции к правящим партиям, то есть связан с оппозиционной партией (способами, которые не могут здесь рассматриваться детально). Если указанная связь соответствующего института с партией имеет значение для избирательных шансов этой партии, — а в данном контексте речь идет только об этом, — то по мере фиксации имущественного положения данных институтов эти избирательные шансы становятся независимы от оппозиционного или правящего положения данной партии. Возникает тенденция к равенству шансов, когда исключается возможность иных политических норм. Это справедливо, например, в отношении институционализации профсоюзов в ст. 159 и 165 ИК.

В межпартийном смысле те же самые фиксирующие нормы приводят к неравенству или равенству соответствующих шансов — в зависимости от того, распределены ли они между партиями и их институциональными придатками «неравномерно» или «равномерно». Так, например, коалиционное право, с одной стороны, делает положение политических рабочих партий более независимым от государства, а с другой сдвигает это положение в отношении других партий, которые (прямо или косвенно) в «большей» или «меньшей мере» учитываются в конституции.

Как в связи с этим обстоит дело с утверждением Карла Шмитта, в котором просто отрицается возможность существования «равных шансов» в демократии?

Согласно данным понятийным определениям получилось, что под этим тезисом Карл Шмитт в первую очередь имеет в виду, — если говорить посредством использованной им терминологии, — «равные шансы между правящими и оппозиционными партиями с точки зрения наличия политических норм». В случае двух возможных причин неравенства этих шансов, — а именно при наличии неопределенных норм, с одной стороны, и при нарушении норм со стороны правящих, с другой, — возникало признаваемое и Шмиттом положение, что эти феномены не могут отсутствовать при демократии, поскольку без них «не обходится ни одно государство» (S. 35).⁵⁷ Однако, помимо этого, в демократии, поскольку в ней действуют «правовые свободы», элиминируется существенный комплекс причин для подобного неравенства шансов, и потому не понятно, почему для нее невозможно посредством подходящих специальных норм устранить в определенном объеме нелегитимные преимущества обладания властью.

Поэтому если сравнить *«равные шансы» получить в демократии 51 процент* и тем самым добиться политической власти с *возможными шансами получения власти оппозиционными группами* в недемократических государствах, тогда демократия выглядит как в большей мере соответствующая рассматриваемому здесь принципу. И хотя она не может осуществить утопию полной реализации «равных шансов», — которая, как показано выше применительно к Шмитту, устранила бы существенные свойства всякого государства; поскольку предположение о легальности и немедленная осуществимость, как известно, суть важнейшее *differentia specifica* общественного права, — тем не менее она есть единственная государственная форма, предусматривающая институциональную гарантию столь радикальной смены власти при полной преемственности правопорядка. Помимо этого она может указанным образом в значительной мере приблизиться к цели достижения «равных шансов».⁵⁸

⁵⁷ См. замечания: Leister Ward, *Reine Soziologie I*, S. 305. Они были обобщены таким образом: «Каждое достигнутое прибавление власти дает следующее преимущество при получении следующего приращения власти». См.: Roffenstein, in: *Schmollers Jahrbuch*, 1921, S. 109.

⁵⁸ «Демократическое правовое государство настоящего времени, согласно праву, основано прежде всего на свободе и равенстве политической агитации,

Шмитт выдвигает положение, что оправдание парламентского законодательства и народного законодательства согласно ст. 73, аб. 3 ИК противоречат друг другу. «Двоякость обоих видов законодательства и законодателя есть именно двоякость двух различных систем оправдания: системы легальности парламентско-законодательного государства и плебисцитарно-демократической легитимности; возможная между ними гонка — это не только конкуренция инстанций, но борьба между двумя видами того, что является правом» (S. 69; также см. S. 66). Этот тезис основывается на понимании парламента, в котором его существование оправдывается не через социально-техническую необходимость разделения труда, а через специфический материальный характер создаваемых им типическим образом норм.⁵⁹ Из этого обоснования вытекает специфическое различие в качестве между нормами парламента и непосредственными высказываниями народа, как и, — если признать приведенные качества⁶⁰ парламентских норм, — исключение народа из непосредственного законодательства. С другой стороны, Шмитт не заходит так далеко, чтобы применительно к государству, основанному на непосредственной демократии, исключать любую репрезентацию, поскольку никогда не может быть государства без элементов репрезентации.⁶¹ Применительно к Веймарской конституции из тезиса Шмитта вытекает очередная проблема, поставленная уже не столько из-за своего собственно юридического значения, сколько из-за центрального познавательного

на равных для всех групп и партий правовых шансах политически осуществлять свои идеи и интересы. Хотя эти равные правовые шансы могут быть дискредитированы посредством фактического неравенства образовательного и имущественного уровня в такой мере, что данному требованию равенства в большей мере будет соответствовать пролетарская диктатура, нежели сегодняшнее правовое государство. Однако то, в какой мере эти равные возможности политической деятельности тем не менее являются общественной действительностью, в послевоенное время показывает возникновение католической партии популяров с ее очень радикальными социальными требованиями». См.: Hermann Heller, *Europa und der Faschismus*. Berlin, 1931. S. 100. Аналогии этому несложно найти в послевоенной Германии.

⁵⁹ Обо всем круге проблем, связанном с оправданием парламента, см.: Leibholz, *Wesen der Repräsentation*, 1929. S. 67 ff, особенно S. 71.

⁶⁰ Качествами, на которых основывается все его право на существование как *législateur*, названы разумность и умеренность (S. 66); также см. S. 13 и 15.

⁶¹ Об этом см.: Leibholz, a.a.O. S. 170. Anm. 3.

го содержания. Это проблема соотношения принятого народом закона и парламентского закона: в рамках Веймарской конституции парламентский закон может задним числом отменить принятый на плебисците закон, поскольку при предполагаемой несопоставимости их ранга и равенстве функций обоих законодателей важнейшее значение имеет отсутствие нормы, запрещающей отмену (S. 63, 69). Как следует отсюда, данный тезис о противоречии между обоснованием парламента и обоснованием народного законодательства держится и опровергается вместе с определенным обоснованием парламента. Если рассматривать парламент как «плебисцитарное опосредование» в духе традиционного подхода, недавно примененного к рассматриваемому здесь правовому вопросу и Якоби, — для Шмитта это было бы лишь «коррупцированной» формой вырождения парламента, — тогда отсюда вытекает, во-первых, противоречивое обоснование как народного, так и парламентского законодательства в одной и той же конституционной системе. Во-вторых, отсюда следует такое разрешение поставленного позитивного правового вопроса, что представитель, то есть парламент, не может действовать вопреки воле народа,⁶² — и именно в соответствии с тем аргументом, что представитель должен молчать, когда говорит представляемый. Только этот аргумент может и должен применяться не только к непосредственной демократии, как у Карла Шмитта, то есть к исполнительной власти в ней (ведь другой репрезентации там не существует), но и к парламенту (S. 64). В соответствии с этим представляется верным «в качестве неизбежного следствия *демократического госу-*

⁶² Однако это имело бы значимость лишь в том случае, если бы в момент соответствующего парламентского постановления не появилось никаких новых по сравнению со временем плебисцита данных, которые могли бы считаться значительным материалом для образования суждения. Если имеет место такой случай, тогда именно репрезентативная функция парламента требует еще раз заняться этим вопросом в духе предшествующего закона, принятого народом. Утвержденный парламентом закон, противоречащий закону, утвержденному в ходе процедуры народного законодательства, может быть принят в том случае, если новая ситуация оправдывала бы измененное в данном пункте мнение народа; см.: Jellinek, in: *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, S. 181–182. Однако его пример был выбран неудачно. Ведь не очевидно, каким образом измененное за границей законодательство относительно смертной казни оказывает непосредственное воздействие на изменение отношения большинства немецкого народа.

дарства ставить учреждения непосредственной демократии выше учреждений так называемой «опосредованной демократии» парламентского государства» (как это формулирует Шмитт, не прилагая этого к Веймарской конституции). В частности Шмитт характеризует: «система легальности парламентского законодательного государства идейно и организационно остается своеобразным образованием, которое ни в коем случае не выводится из демократии и соответствующей воли народа». Он отклоняет эту дедукцию применительно к имперской конституции с тем обоснованием, что «наряду со случаями чрезвычайных плебисцитарных решений Веймарская конституция сохраняет в своей общей организации парламентское законодательное государство» (S. 63). Это обоснование было бы верно лишь в том случае, если бы Веймарская конституция являлась парламентским законодательным государством в Шмиттовском смысле, то есть законодательным государством, в котором центральная роль *législateur* была бы оправдана посредством Шмиттовской теории парламента, так что существовала бы его полная независимость от какой-либо демократической основы. Что касается оправдания парламента, то в последнее время можно констатировать исчезновение (вместе с вытеснением изначально либеральных теорий вообще) тех оправданий парламентаризма, которые в классическом виде были проанализированы Карлом Шмиттом в его сочинении о «духовно-историческом основании сегодняшнего парламентаризма». На их место все больше встают такие оправдания, которые усматривают легитимацию парламентаризма в его характере плебисцитарного опосредования.⁶³ Данное идеологическое развитие происходит на фоне того, что собственное значение господства парламента постоянно сокращается,⁶⁴

⁶³ В литературе либерально-демократической направленности этот процесс предстает как «*distrust to parliament*», причем под этим имеется в виду не только техническая функция, но и самостоятельность названного института. Применительно к положению парламента в демократии здесь значимо то, что «*distrust*» есть важнейшая демократическая добродетель; например, см.: Laski, *A grammar of politics*. P. 321; Agnes Headlam-Morley, *The new democratic constitutions of Europe*, Oxford, 1926. P. 32.

⁶⁴ Об этом см. основательный анализ: Löwenstein, *Soziologie der parlamentarischen Repräsentation nach der grossen Reform*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Bd. 51. Однако особенно см.: *Annalen des Deutschen Reichs 1923–1925*. S. 5: «С наступлением массовой демократии после второй избирательной реформы действующий кабинет лишь формально подчинен нижней пала-

причем ничего не говорится о его способности выступать в качестве органа демократической трансформации.⁶⁵ Подобные обвинения против хаоса «властных фрагментов», пронизывающие литературу во всем мире, схватывают существующее положение в той мере, в какой в парламенте больше не образуются мнения, а лишь регистрируются существующие.⁶⁶ Тем самым стоящим в центре проблематики институтом становится уже не парламент как техническое агентство, а сами партии как непосредственные формы выражения массово-демократической государственной жизни. Если само это общее идеологическое направление развития объясняет соответствующую интерпретацию⁶⁷ послевоенного опыта и тем самым имперской конституции, то в случае последней прибавляется и то, что конституционный законодатель во многих случаях выразил свое согласие с непосредственным демократическим оправданием парламента. Применительно к рассматриваемой проблеме значимости это подробно проанализировано Якоби со специальной ссылкой на ст.1, аб. 2 имперской конституции.⁶⁸

Хотя подобное оправдание парламента и не требовало бы, но также и не противоречило бы тому, чтобы для создания некоей нормы путем парламентского законодательства было бы необходимо больше голосов, чем для ее реализации путем процедуры народного законодательства. Таким образом также разрешается противоречие, которое Шмитт обнаруживает в цифрах участия, соответственно необходимых при обеих законодательных процедурах (S. 67). Однако помимо этого представляется недоказанной утверждаемая фактическая основа. Речь здесь идет о трех случаях.

те. То есть *ruling power* находится у избирателей. Нижняя палата больше не является владычицей государства, а лишь исполнительным и контролирующим органом избирателей».

⁶⁵ Его заменимость в сохраняющемся демократическом государстве обсуждается в работах: Graham Wallas, *The great society*; Tönnies, *Parlamentarismus und Demokratie*, in: Schmollers Jahrbuch, Bd. 51.

⁶⁶ Несмотря на всю критику, Джеймс Брис признает технически необходимую функцию парламента: James Bryce, *Modern democracies II*. P. 377.

⁶⁷ Этот сдвиг от субстанционального оправдания парламента к социально-техническому описывает: Ziegler, *Die moderne Nation*, 1931. S. 285ff., не признавая этот социально-технический поворот в качестве оправдательного мотива.

⁶⁸ См.: Jacobi, a.a.O.S.244–245; также см.: Thoma, in: *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, S. 114.

Для принятия *изменяющего конституцию* закона в ходе народного законодательства согласно ст. 76 имперской конституции требуется одобрение большинства обладающих правом голоса (минимум 51 процент). В случае принятия парламентом закона согласно ст. 76 требуется большинство в две трети, причем должны присутствовать минимум две трети членов рейхстага. В отношении утверждения Шмитта, что «в парламенте для принятия изменяющего конституцию закона вместо обычного большинства требуется большинство в две трети; применительно к референдуму по изменению конституции по народной инициативе требуется лишь одобрения простым большинством», следует констатировать, что при определенных обстоятельствах число минимальных голосов при принятом парламентом законе может быть меньше, чем число минимальных голосов при законе, принятом народом. Во-первых, во всех случаях, когда явка ниже определенной величины. Ведь если исчерпана установленная законом максимальная граница, тогда для принятия изменяющего конституцию закона достаточно примерно 44 процента депутатов. При этом исходят из 100-процентного участия в выборах и оставляют неучтенными потерянные голоса. Во-вторых, менее 51 процента имеющих права голоса в парламенте всегда достаточно в тех случаях, когда при 100-процентной явке депутатов число воздержавшихся и потерянных голосов превышает определенную величину.⁶⁹

В случае *простого* закона для парламентского решения при конфликте с рейхстагом (здесь не обсуждается то, когда этот конфликт считается существующим; см.: S. 67, 69) требуется большинство от минимум 50 процентов депутатов. При проведении плебисцита против этого решения необходимо одобрение большинством отданных голосов при участии в голосовании большинства обладающих правом голоса (ст.75 ИК). Минимальное участие при решении парламента всегда меньше, чем минимальное участие при противоположном ему принятом народом законе в тех случаях, когда, во-первых, участие в выборах составляет менее 100 процентов и, во-вторых, теряются голоса, то есть, отдаются кандидату, который не получает мандата. Впрочем, здесь Шмитт возражает, что речь фактически идет не только о *большинстве* голосующих в рамках процедуры народного законодательства, поскольку *все*, кто участвует в успешном плебисците согласно ст. 75, одобрили бы и его (S. 67).

⁶⁹ Учет отсутствующих при этом перечислении может быть оправдан тем, что он может иметь политические основания.

Поэтому исчезает практически всякое различие между простым плебисцитом и плебисцитом по изменению конституции. Напротив, следует указать на возможность — и действительность — террора в отношении не голосовавших «за», который вынуждает их превратить свое материальное «против» в «против» формальное, действенное всего выражаемое через «воздержался». Это приводит к обратному для самого замысла запугивания результату до тех пор, пока число терроризированных меньше, чем число террористов, а абсолютное число последних больше 25 процентов обладающих правом голоса. Если эти условия не выполнены, тогда террор не имеет смысла, хотя и безвреден.⁷⁰

В случае простого закона, принимаемого парламентским путем, при отсутствии конфликта с рейхстагом необходимы минимум 60000 голосов, а в случае принятого народом закона — минимум один голос. Если абстрагироваться от этого различия минимумов, которое не берется всерьез, то применительно к принятому народом закону нет никакой определяемой разницы в необходимом количестве голосов по сравнению с законом, принятым парламентом. Ведь допустимости любого уровня участия и явки на выборах в рамках определенных границ при выборах в рейхстаг соответствует допустимость любого уровня участия в плебисците, поскольку здесь — в отличие от второго случая — эффективно сохраняется тайна выборов.

Исходя из данного здесь оправдания, устраняется столь определяющееся для Карла Шмитта различие между легальностью и легитимностью. Видимо, эти понятия, прямо не определяемые у Карла Шмитта, следует понимать так, что под «легальностью» имеется в виду система оправдания парламентской законодательной процедуры — именно потому что это оправдание связано с имманентным и провозглашаемым характером парламентского «lex», — а под «легитимностью» — оправдание непосредственной народной законодательной процедуры. Однако для оправдания, приведенного применительно к имперской конституции, *ratio* существования парламента заключается не в материальном *ratio* его деятельности, поддерживающем самого себя, а в тех же самых данностях, что оправдывают процедуру народного законодательства. Тем самым речь идет о различных организационных формах той же самой легитимности. Помимо уже рассмотренного вопроса о возможности

⁷⁰ О вопросе террора при плебисците см.: Tannert, Die Fehlgestalt des Volksentscheids, 1929.

отмены не существует никакого структурного различия между действующим в рамках конституции народом и парламентом; ведь они оба суть *pouvoirs constitués*.

Однако дело обстоит иначе в тот момент, когда речь идет уже не об интерпретации Веймарской конституции или иной структурированной подобным образом демократической конституции, а об идейном конституировании государственной системы, соответствующей системе ценностей и системе оправдания Карла Шмитта. Здесь легальность и легитимность могут расходиться; легальность может полностью вытесняться легитимностью. Исключение парламентской легальности возникает из демонстрации неочевидности принципов ее обоснования в наше время. На ее опустевшее место встает монолит плебисцитарной легитимности. Даже если в подобной конституции высший государственный орган избирается демократическим путем, тем не менее, ее уже нельзя называть «демократической», — если следовать за существующим словоупотреблением. Здесь выражается то, что применительно к этому широко распространенному словоупотреблению демократия привязана если не к существованию парламента, то по крайней мере к множеству репрезентантов. В основании этой терминологии лежит определенный смысл, а именно то, что степень реализации свободы и равенства обратно пропорциональна степени концентрации репрезентации. Избрание приемлемого для меня члена рейхстага предполагает мое согласие с 59999 гражданами; участие в выборах рейхспрезидента с учетом фактического принуждения к сокращению кандидатов (для случая, когда все избиратели действительно рассчитывают на успех своего кандидата, то есть помимо демонстрационных кандидатур) предполагает мое согласие со значительно большим числом. Поэтому по сравнению с выборами в рейхстаг президентские выборы представляют собой объединение воли на более широком уровне; чем выше охват объединяемых волей, тем выше среднее расстояние подлинной воли индивида от воли кандидата, тем меньше — вследствие этой интенсификации компромисса — степень свободы. Подобное сокращение политической свободы в результате гипертрофированного объединения воли проявляется и во втором политическом шансе, который Шмитт желает зарезервировать за народом, — при решении посредством «да»/«нет» по вопросам, поставленным государственными органами (S. 93f.). Только здесь число альтернатив, которые на выборах президента при сохранении нынешних норм лишь *имеют тенденцию* к двум, жестко ограничено двумя. Считать ли, что правовое ограничение политической

активности народа названными функциями соответствует его антропологическому характеру⁷¹ и тем самым оправдывается им, или нет, — в любом случае происходит характерное воздействие на реализацию принципа свободы. А разве невозможно, даже исходя из представленного здесь оправдания демократии, обосновать некий переходный вариант между типом, представленным Веймарской конституцией, и только что обозначенным типом, раз в нем обеспечивается большая стабильность государственной жизни. Здесь затрагивается ряд тезисов Карла Шмитта, в которых его общие теоремы прилагаются к конституционно-историческому развитию в послевоенной Германии. В качестве базового здесь можно назвать тезис, соотносящий развитие, которое в политической дискуссии суммарно пытаются представить как крах Веймарской конституции, с многочисленными противоречиями, проверка которых образует основное содержание данной работы.

К этому диагностическому тезису прибавляется тезис прогностический, который приписывает конституции заявленного рода якобы большую стабильность. Оба конституционных типа — обычное парламентское осуществление демократии и ее цезаристская вариация — в своих нормативных системах внутри границ материально-правовых конституционных определений обеспечивают широкую содержательную вариативность в качестве ценностно-нейтральных порядков. Построенная на подобных конституциях законодательная система резко выделяется из предшествующих порядков общей принадлежностью к этому великому изобретению современных демократий. Однако тем самым все еще остается открытым вопрос об их фактической стабильности, то есть вопрос о том, задействует ли историческое развитие уже подготовленные для него пустые формы. Правда, нам кажется — и в этом видимо заключаются пределы этого сочинения, не говоря тем самым, что здесь даже приблизительно может быть исчерпано множество поставленных в нем проблем, — что решение этого вопроса зависит от всех, действительно от всех факторов, определяющих политическое поведение людей. Их взаимозависимость друг от друга и непропорциональное нарушение баланса, которое происходит с изменением даже одного из

⁷¹ Однако применительно к множеству вариантов оправдания идентичной системы норм теоретически примечательно то, что тезис о правовом приоритете народа *внутри* конституции в теории Якоби (Jacobi, а.а.О. S. 243, 247. Anm. 30) и тезис об аналогичном его положении *вне* конституции у Шмитта могут соединяться с противоположными тезисами о характере народа.

них, делает прогнозы в высшей степени сложными, — даже если не иметь в виду ту антиномию прогнозов, которая делает их аргументом условием их верности. Можно было бы сегодня делать традиционные высказывания о стабильности и постоянстве французской демократии, если бы преемник Карла X предпочел Второй реставрации верность штандарту с лилиями,⁷² если бы Буланже не оказался прототипом «dictateur manqué»,⁷³⁷⁴ если бы действенное, антидемократическое инородное тело армейского руководства распознано во время аферы Дрейфуса подлинное значение этого судебного дела?⁷⁵ Не стали бы сегодня говорить о благоприятных условиях для сохранения русской демократии в относительной гомогенности крестьянской массы, связанной с этой системой посредством аграрной революции, если бы Февральский режим опередил лозунги большевиков? Ставить эти вопросы — вовсе не значит отвечать на них положительно. Это означает лишь учитывать множество конституционно-правовых возможностей развития, вытекающих не из самой конституционной сферы, а из других областей. Представляется, что теория конституции лишь в тесной кооперации⁷⁶ почти со всеми другими дисциплинами, занимающимися исследованием социальной сферы, может ставить подобные проблемы при поиске решения, которое еще долгое время будет состоять лишь из общих высказываний.

⁷² См. характерное замечание: Bernanos, *La grand peur des bien-pensants*. Paris, 1931. P. 104.

⁷³ несостоявшийся диктатор.

⁷⁴ См.: *Histoire de la France contemporaine; L'évolution de la 3ème république* par E. Seignobos, 1921. P. 139.

⁷⁵ Seignobos, a. a. O. S. 202 ff.

⁷⁶ См. об этом рассуждения Дьюи: Dewey, *The public and its problems*, London. P. 171.

КАРЛ ШМИТТ
ГОСУДАРСТВО: ПРАВО И ПОЛИТИКА

Выпускающий редактор серии *Е. Попова*
Корректор *А. Куренная*
Оформление серии *В. Коршунов*
Верстка *Д. Кашкин*

Подписано в печать 28.10.2012
Формат 70×100 1/16. Бумага офсетная. Печать офсетная
Усл. печ. л. 35,65. Тираж 1000 экз.
Заказ № 1603

Издательский дом «Территория будущего»
105066, Москва, ул. Ольховская, 45, стр. 1, офис 4

Отпечатано в ППП «Типография “Наука”»
121099 Москва, Шубинский пер., 6

ISBN 978 5 91129 036 7



9 785911 290367 >