

## Публичное в международном праве в контексте «Понятия политического» *Карла Шмитта*

*Армин фон Богданди\**

\* *Армин фон Богданди – профессор, доктор права, директор Гейдельбергского Института Макса Планка зарубежного публичного права и международного права, преподаёт в Университете г. Гейдельберг.*

"*Дайджест публичного права*" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству *Бек* и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **A. von Bogdandy**, *Das Öffentliche im Völkerrecht im Lichte von Schmitts «Begriff des Politischen»*. *Zugleich ein Beitrag zur Theoriebildung im Öffentlichen Recht*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, (ZaöRV) 2017, 877 и далее.

### Содержание:

Резюме	2
I. Цель этой исторической ретроспективы?	2
II. Готовность к военному конфликту как «точка схода» (центр перспективы)	7
1. «Понятие политического» - знаковая веха партикуляризма	7
2. Основная идея	9
3. Импликации для государственного и международного права	16
III. Критика и уроки <i>шмиттовского</i> «Понятия политического»	21
1. Масштабы оценки и формирование теории публичного права	21
2. Оценка аргументов <i>Шмитта</i>	28
2. Анализ понятийного аппарата <i>Шмитта</i>	30
IV. Дальнейшие перспективы	33

## Резюме

В данной статье предпринята попытка через полемику с работой *Карла Шмитта (Carl Schmitt)* «Понятие политического» способствовать дальнейшему развитию публично-правового подхода к международному праву. Предлагаемое исследование артикулирует подобный публично-правовой подход в противодействие современной негативной реакции против международных институтов, которая фокусируется на риторике акцентирования национальной государственности, и нередко характеризуются откровенно националистической ориентацией. Статья призвана показать концептуальные слабости подобной реакции и предложить альтернативу посредством разработки аналитического понимания феномена международной публичной власти. Особое внимание уделяется разработке таких нормативных понятий, как «инклюзивная публичность» и «транснациональное общее благо». Наконец, в данной статье при помощи критики текста *Шмитта* дискутируются критерии формирования публично-правовой теории, в чём выражается соответственно научно-теоретический аспект публично-правового подхода.

## I. Цель этой исторической ретроспективы?

Более глубокое знакомство с проблематикой *глобального правления (global governance)* позволяет сделать вывод, что и в политическом пространстве «по ту сторону государств» имеется ряд институтов и процедур, функционирование которых можно понимать как форму осуществления международной публичной власти. И в этом плане будет только оправданным и последовательным в правовом отношении подходить к феноменам такого рода с точки зрения публично-правовой парадигмы, и соответственно разрабатывать *международное публичное право*. Английское обозначение этого подхода уже чисто терминологически поясняет основное направление происходящей при этом концептуализации в рамках международного права, а именно попытку в рамках *публичного международного права* сформировать специфическое *международное публичное право*. В частности, деятельность международных институтов и

учреждений, должна реконструироваться с целью укрепления их эффективности и легитимации, независимо от того, подразумеваются при этом лишь организации в узком смысле и суды, или же сюда включаются также и более неформальные институты, например Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) или «Большая Семёрка». Нормативными принципами является *включение (Inklusion)* и *общее благо (Gemeinwohl)*, основным аналитическим понятием – *публичная власть (öffentliche Gewalt)*.<sup>1</sup>

Хотя этот подход вполне осознаёт комплексность проблематики международных институтов, организаций или учреждений, тем не менее, в конечном счёте, как и «международный конституционализм» или «глобальное административное право»,<sup>2</sup> он ориентирован на их дальнейшее совершенствование в свете вышеназванных принципов. Эта целевая установка всё в большей степени наталкивается, как например в Соединённых Штатах Америки,<sup>3</sup> на противоположную реакцию, которая сфокусирована на национальном государстве и нередко обосновывается националистическими максимами. Очевидно, многие основания публично-правового понимания не являются самоочевидными или само собой разумеющимися для международных учреждений, а скорее требуют объяснения, критической ревизии и дальнейшего разработки.<sup>4</sup> С этой

---

<sup>1</sup> Настоящий текст был представлен на семинаре History, Politics, Law: Thinking Through the International, Clare College, Cambridge, in der KFG International Law – Rise or Decline?, Berlin.

См. по данной проблематике A. von Bogdandy/M. Goldmann/I. Venzke, From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, EJIL 28 (2017), 115; A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014. К данному понятию см. S. Kadelbach, From Public International Law to International Public Law, в: A. von Bogdandy/R. Wolfrum/J. von Bernstorff/P. Dann/M. Goldmann (Hrsg.), The Exercise of Public Authority by International Institutions, 2010, 33.

<sup>2</sup> E. Benvenisti, The Law of Global Governance, 2014; B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, Law & Contemp. Probs. 68 (2005), 15; J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein (Hrsg.), The Constitutionalization of International Law, 2009; см. далее также J. Brunnée/S. Toope, Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account, 2010.

<sup>3</sup> R. W. Tillerson, Remarks to U.S. Department of State Employees, Washington DC, 3.5.2017, см. онлайн <<https://www.state.gov>>; H. R. McMaster/G. D. Cohn, America First Doesn't Mean America Alone, The Wall Street Journal, 30.5.2017, см. онлайн <<https://www.wsj.com>> ; K. Boon, President Trump and the Future of Multilateralism, Emory Int'l. L. Rev. 31 (2017), 1075 и далее, см. онлайн <<http://law.emory.edu>>.

<sup>4</sup> The Economist, “The New Nationalism”, 19.11.2016; H. Krieger/G. Nolte, The International Rule of Law – Rise or Decline? Points of Departure, 2016, KFG Working Paper Series No. 1, см. онлайн <<https://papers.ssrn.com>>; E. A. Posner, Liberal Internationalism and the Populist Backlash, University of Chicago, Public Law Working Paper No. 606, 2017,

целью данная статья оценивает «Понятие политического» *Карла Шмитта*<sup>5</sup> без претензии на то, чтобы рассматривать полностью решённой ни проблематику нового национализма, ни тем более, проблематику национализма в смысле *шмиттовского* «клерикального фашизма» (*Klerikofaschismus*).<sup>6</sup>

Предлагаемая здесь полемика с «Понятием политического» (в дальнейшем обозначается частично как «Пп» или «ПП») стоит в традиции гуманитарных наук,<sup>7</sup> которая родственна «интерпретативной социальной теории» (*interpretive social science*) англо-американской традиции.<sup>8</sup> В целом речь идёт о том, чтобы раскрыть смысл и значение современных процессов посредством интерпретации авторитетных текстов в контексте актуальных постановок вопроса. В этом смысле здесь интерпретируется текст *Шмитта* с точки зрения особенностей современного положения, значения и функционирования международных учреждений. Речь идёт не о вкладе в историческое исследование творчества *Шмитта*, а об исследовании процесса формирования актуальных теоретических построений в публичном праве. Ввиду того, что *Шмитт* презентовал «Понятие политического» в 1927-ом, в 1932-ом, в 1933-ем, в 1963-ем и в 1971-ом году по сути в идентичном и неизменном виде, то предлагаемому здесь исследованию сложно противопоставить, что «Понятие политического» сохраняет своё значение лишь для завершающего периода Веймарской республики. Естественно, *Шмитт* фокусирует свой текст на определённой «ситуации» (ПП 9, 31), но это – отнюдь не время заката Веймарской

---

см. онлайн <<https://papers.ssrn.com>>; *M. Strange*, The Discursive (De)legitimation of Global Governance: Political Contestation and the Emergence of New Actors in the WTO's Dispute Settlement Body, *Global Discourse: An Interdisciplinary Journal of Current Affairs and Applied Contemporary Thought* 6 (2016), 352.

<sup>5</sup> Здесь цитируется по немецкому изданию 1963-го года, *Begriff des Politischen*. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, 1963. Другое цитируемое издание в английском переводе 1995-го года не содержит, однако, важного предисловия, напечатанного в издании 1963-го года.

<sup>6</sup> В этом смысле *J. Habermas*, Zum Begriff "des" Politischen – Der vernünftige Sinn eines zweifelhaften Erbstücks der Politischen Theologie, текст доклада, представленного 23.10.2009 в Нью-Йоркском "Cooper Union".

<sup>7</sup> «Герменевтика» и «социальные науки» это сложные понятия. Глубокое исследование см. *Gethmann/D. Langewiesche/J. Mittelstraß/D. Simon/G. Stock*, Manifest Geisteswissenschaft, 2005. Подход, используемый в настоящем исследовании, навеян гегельянской традицией, в соответствии с которой данные феномены характеризуются intersubjectивностью и нормативностью, см.: *M. Quante*, Die Wirklichkeit des Geistes. Studien zu Hegel, 2011; *T. Pinkard*, Hegel's Naturalism: Mind, Nature, and the Final Ends of Life, 2012; *A. Honneth*, Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit, 2013; *L. Siep*, Der Staat als irdischer Gott: Genese und Relevanz einer Hegelschen Idee, 2015.

<sup>8</sup> *P. Rabinow/W. M. Sullivan* (Hrsg.), *Interpretive Social Science. A Second Look*, 1979.

республики, а скорее эпоха «научно-технической и промышленной цивилизации».<sup>9</sup>

В свою очередь, можно возразить, а следует ли развивать и совершенствовать современное публичное право при помощи текста столь скомпрометированного автора, особенно имея в виду *шмиттовскую* связь с тоталитаризмом в целом и с национал-социализмом в частности.<sup>10</sup> Однако непринятие позиции автора не должно мешать анализу его аргументов.<sup>11</sup> «Понятие политического» можно интерпретировать как академическую статью независимо от политических целей *Шмитта*; это соответствует постулируемой в тексте задаче.

Первая причина для полемики с «Понятием политического» состоит в том, что данный текст, как и многие работы представителей нового национализма, рассматривает государственное и международное право, прежде всего, в контексте и перспективе жёсткого конфликта. Такой взгляд ставит под сомнение перспективу сотрудничества и кооперации, которые создаются в рамках таких подходов, как глобальный конституционализм, глобальное административное право или же собственно международное публичное право. При этом следует признать, что представители подобных подходов по общему правилу не подвергают сомнению, что конфликты представляют существенный элемент социальных динамик.<sup>12</sup> Они ни в коем случае не так наивны и оторваны от реальности, как их охотно представляет противоположное направление.<sup>13</sup> Специфическим для *Шмитта*, как и для многих представителей национализма, является радикализация конфликтно-теоретической перспективы, которая в

<sup>9</sup> C. Schmitt, Der Begriff des Politischen. Предисловие 1971-го года к итальянскому изданию, в: H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, 1988, 269, 272.

<sup>10</sup> Более подробно см. R. Mehring, Carl Schmitt. Aufstieg und Fall, 2009, в частности с. 200 и далее. Его национал-социалистская и антисемитская ориентации чётко различимы в издании ПП 1933-го года.

<sup>11</sup> J. Habermas, Der gespaltene Westen, 2004, 133 и далее, 187 и далее; M. Koskeniemi, International Law as Political Theology: How to Read Nomos der Erde?, Constellations 11 (2004), 492 и далее, 494; R. Howse, Schmitt, Schmittianism, and Contemporary International Legal Theory, в: A. Orford/F. Hoffmann (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 2016, 212 и далее.

<sup>12</sup> R. Dahrendorf, Zu einer Theorie des sozialen Konflikts, в: W. Zapf (Hrsg.), Theorien des sozialen Wandels, 3. Aufl. 1971, 108, 114 и далее; A. O. Hirschmann, Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society, Political Theory 22 (1994), 202, 212 и далее; более новый обзор предлагает T. Bonacker, Konflikttheorien, в: G. Kneer/M. Schroer (Hrsg.), Handbuch soziologische Theorien, 2009, 179.

<sup>13</sup> См. A. Osiander, Missionare oder Analytiker? Versuch einer Neubewertung der "idealistischen" Schule in der Lehre von den internationalen Beziehungen, в: J. Steffek/L. Holthaus (Hrsg.), Jenseits der Anarchie, 2014, 25.

«Понятии политического» доводит до того, что готовность государства вести войну против другого государства, становится господствующей «точкой схода». В конечном счёте «Понятие политического» предлагает новую версию старого понимания международных отношений, партикуляризма.

Вторая причина для дискуссии с этим текстом состоит в том, что «Понятие политического» представляет собой, вероятно, одну из наиболее влиятельных и характерных работ по проблематике партикуляризма в 20-ом веке. Более того, едва ли какое-либо другое научно-правовое произведение 20-го столетия достигло подобного влияния.<sup>14</sup>

«Понятие политического», ключевое произведение Шмитта, оказало глубокое воздействие на юридическую науку, законодательство и правовую практику не только в Германии, но и во многих странах.<sup>15</sup> Кроме того, его влияние выходит за рамки сферы права: авторитетные теоретики политики, политологи, историки, литературные критики и авторы романов подвергали «Понятие политического» самому интенсивному анализу.<sup>16</sup> Его схема «друг-враг» вошла даже в публичный дискурс и в повседневный обиход.<sup>17</sup> Этот успех показывает, что в «Понятии политического» нашло отражение что-то чрезвычайно важное. При любой попытке предложить адекватное понимание государственного и международного права должно исследовать это «что-то», чему «Понятие политического» указывает путь.

---

<sup>14</sup> Это может представлять неоправданным, поскольку центральные идеи восходят к диссертации другого автора, *Моргентхауса: Hans Morgenthau: Die internationale Rechtspflege. Ihr Wesen und ihre Grenzen*, 1929, 69, написанную в 1926-ом году. На эту работу опирается Шмитт, не обозначая это надлежащим образом, см. *M. Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations*, 2002, 436. Первое издание ПП было журнальной публикацией и поэтому текст был ещё не так разработан, *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik* 58 (1927), 1 и далее. *Моргентхаус* возвратился к данной проблематике в работе *La notion du "politique" et la théorie des différends internationaux*, 1933-го года и полемизирует в ней со Шмиттом, см. с. 44 и далее. Кратко о различных версиях ПП см.: *R. Mehring, Carl Schmitt. Zur Einführung*, 2011, 147 и далее.

<sup>15</sup> Для оценки влияния Шмитта на конституцию Пятой Республики см., *O. Jouanjan, Frankreich*, в: *A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum I: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, 2007, 87, 106. О влиянии Шмитта в Аргентине см. 929-страничный труд *Jorge Eugenio Dotti, Carl Schmitt en Argentina*, 2000.

<sup>16</sup> По вопросу об актуальном влиянии ПП см. библиографию общества Карла Шмитта, которая приводит релевантные тексты, опубликованные после 2007-го года, <<http://www.carl-schmitt.de>>; иллюстративна и статья о Шмитте в немецкой Википедии.

<sup>17</sup> Шмитт упоминает данный аспект в издании 1963-го года, и его скорее выраженная там скептическая оценка предстаёт скорее неуверенной, ПП 16.

В-третьих, «Понятие политического» помогает уточнить эпистемический статус международного публичного права как научного конструкта. Основание международного публичного права, как и «Понятие политического», является традиционной темой в германской теоретической конструкции публичного права, эпистемический статус которой предстаёт мало определённым. На этом примере были сформированы масштабы такой теории, которая позволяет дать обоснованную критику *шмиттовскому* тексту и в то же время рефлектирует формирование концептуального фундамента в публичном праве.

В-четвертых, в «Понятии политического» обнаруживается теоретический шаг, который представляет для сегодняшнего публичного права особый интерес. Трактат *Шмитта* показывает, как государство может лишиться своего особого положения (трона) как основополагающее понятие (ПП 10). Сегодня представляется очевидным, что публичное право должно охватывать также наднациональные и международные учреждения и поэтому не может, как государственное право, быть привязано к понятию государства. «Понятие политического» заменяет, согласно тезису, сформулированному в его первом предложении, основополагающее понятие «государство» понятием «политическое» и указывает на этой основе на трансформацию системы понятий в свете различия «друг-враг». Преследуемый в данной статье подход к международному публичному праву также ориентирован на трансформацию, разумеется, при применении других, в конечном счёте, противоположных понятий. Аналитически он основан на понятии публичной власти, нормативно - на публичности, характеризуемой инклюзивностью и общим благом.

## **II. Готовность к военному конфликту как «точка схода» (центр перспективы)**

### **1. «Понятие политического» - знаковая веха партикуляризма**

«Понятие политического» - это знаковая веха важной традиции в истории политических идей, которая простирается от *Фукидида* (*Thukydides*) до американских неоконсерваторов и партикуляризма (или *реализма*, если использовать терминологию, принятую в дисциплине «международные отношения»). С его фокусом на конфликтах между чётко отграниченными друг от друга группами «Понятие» предстаёт противоположностью *универсализму* (или *идеализму*), той традиции,

которая сегодня простирается от стоиков и *Канта (Kant)* до *Хабермаса (Habermas)*.<sup>18</sup> *Шмитт* привносит в партикуляризм многочисленные новые идеи. Он стилизует его. Он переносит его в то время, в которое тема «взаимозависимости» достигает особо важное значение, хотя и преимущественно в публикациях, которые появились после 1932-го года, например, в предисловии к изданию 1963-го года. Не в последнюю очередь «Понятие политического» остается, пожалуй, до сих пор одним из наиболее современных канонизируемых произведений партикуляризма.<sup>19</sup> Ни американскому неоконсерватизму, ни его единомышленникам из школы «экономизма» до сих пор не удалось предложить аналогичный *magnus opus*.<sup>20</sup>

Разумеется, установление такой дуалистической конструкции, как *партикуляризм – универсализм*, обременено предполагаемыми условностями западной метафизики<sup>21</sup> и является, скорее, слишком «неуклюжим» инструментом, чтобы упорядочить разноплановую сферу теоретической истории публичного права. Однако, при всем том оно всё-таки опосредовано даёт определённый минимум в ориентации и интеллектуальной динамике.<sup>22</sup> И, естественно, более продуктивным рассмотрение развития публично-правовых правил и принципов является на фоне двух противоположных парадигм, чем его рассмотрения на фоне признания линейного прогресса, с одной стороны, или бесконечного разнообразия, с другой стороны. Кроме того, как представляется, в нынешнем десятилетии политический *водораздел между открытым и закрытым обществом* превратился в решающую политическую

<sup>18</sup> К изложению этих категорий см. общие статьи в: M. N. S. Sellers (Hrsg.), *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, 2012; более детальный анализ см. S. Dellavalle, *Dalla comunità particolare all'ordine universale*. Bd. 1: *I paradigmi storici*, 2011, 37 и далее.

<sup>19</sup> Есть один кандидат: S. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996.

<sup>20</sup> S. Dellavalle, *Beyond Particularism: Remarks on Some Recent Approaches to the Idea of a Universal Political and Legal Order*, EJIL 21 (2010), 765 и далее, 769 и сл. Убийственную критику см. M. Koskeniemi, *Global Governance and Public International Law*, *Kritische Justiz* 37 (2004), 241 и далее, 247. Robert Howse показывает, что Leo Strauss под эту категорию не подпадает, L. Strauss, *Man of Peace*, 2014.

<sup>21</sup> Такое понимание было впервые установлено Жаном-Франсуа Лиотаром, см. Jean-Francois Lyotard, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, 1979.

<sup>22</sup> H. Heimsoeth, *Die sechs großen Themen der abendländischen Metaphysik und der Ausgang des Mittelalters*, 3. Aufl. 1954, 18 и далее.



конфликтную линию, что придаёт новую значимость старому дуализму между универсализмом и партикуляризмом.<sup>23</sup>

Три основных гипотезы характерны для теоретических конструкций, классифицируемых как *партикуляристские*. А именно:

- (1) любая политическая общность находится в первую очередь в конфликтном отношении к другим общностям,
- (2) каждый нормативный порядок по ту сторону общности неизбежно представляется опасным,
- (3) благонадёжное функционирование политической общности требует высокую степень интеграции.

Каждая из этих гипотез заставляет сомневаться в возможности того, что они допускают, чтобы в рамках международного права можно было при помощи общих учреждений, используя интегративные (инклюзивные) методы, успешно добиваться транснационального «всеобщего блага». В контексте такого понимания проект подлинно интернационального публичного права кажется построенным на песке. Хотя *Шмитт* уже в то время не был одинок, разделяя такие представления,<sup>24</sup> никакому другому автору не удаётся сформулировать фундаментальные аргументы партикуляризма с подобной убедительностью. *Шмиттовский* радикализм может объяснить часть его успеха: так как дихотомии принадлежат к стандартным инструментам интеллектуальной деятельности, бескомпромиссное описание одного из обоих полюсов является изящным путём в направлении академической «ясности». *Шмитт* оправдывает это эпистемическим постулатом, что пригодное понятие носит полемический характер (ПП 31).

## 2. Основная идея

«Понятие политического» постулирует готовность политической общности вести войну, вооружённый конфликт с иной политической общностью как своего рода «точку схода» (центр перспективы – **прим.**

---

<sup>23</sup> P. de Wilde/R. Koopmans/M. Zürn, Conflicts or Cleavage? Contesting Globalization in Western Europe and Beyond, Paper presented at the ECPR General Conference, Glasgow, 4.-7.9.2014.

<sup>24</sup> В отношении периода между мировыми войнами см. например обзорную работу E. H. Carr, The Twenty Years' Crisis. An Introduction to the Study of International Relations, 1940. Детальная реабилитация многих авторов, критиковавшихся как «идеалисты» см. J. Steffek/L. Holthaus (сноска 13).

Дайджеста) публичного права.<sup>25</sup> Согласно основополагающему тезису, государственное право, как и международное право, нужно понимать, интерпретировать и применять именно в этом свете. Цепочка рассуждений, на которых базируется этот тезис, довольно сложная. Их нижеследующая реконструкция направлена на то, чтобы лучше понять аргументы, которые появляются в рамках нового национализма и питают его скептическое отношение к организованным и дееспособным международным учреждениям.

Развитие этого главного тезиса начинается со знаменитой первой фразы в книге: «Понятие государства предполагает понятие политического» (ПП 20). «Понятие политического» описывает государство как только одну из возможных форм институционализации политических отношений. В ключе почти коперниковского переворота традиционное отношение обоих ключевых понятий (государство и политика) ставится с ног на голову. Вследствие этого новый горизонт открывается для публичного права, именно для международного публичного права и международного публично-правового осуществления власти, даже если этот горизонт лежит вне *шмиттовского* горизонта, если не сказать, прямо противоположен ему.

В собственно решающем и путеводном<sup>26</sup> блоке своего произведения *Шмитт* определяет понятие политического, ставшее для него центральной дефиницией, в *модальном* и *феноменальном поле*, а именно как *наиболее интенсивное* из всех человеческих отношений.<sup>27</sup> Это отношение, в котором визави является либо другом, либо врагом, и это в рамках конфронтации, которая включает его правомерное и легитимное уничтожение. «Понятие «друг» и «враг» следует брать в их конкретном, экзистенциальном смысле, а не как метафоры или символы (...)» (ПП 28). При этом «враг» конструктивно важнее для *Шмитта* чем «друг»: понятию последнего не уделяется в «Понятии политического» особого внимания, и оно появляется только в немногих пассажах.<sup>28</sup> При этом понятие «дружбы» корреспондирует во многом всеохватывающему чувству сопричастности в рамках народной общности в результате её относительной гомогенности.<sup>29</sup> В действительности, враг в смысле *Шмитта* относится к народу (ПП 29 и

<sup>25</sup> Поэтапный анализ основных тезисов см. отдельные статьи в: R. Mehring (Hrsg.), Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen. Ein kooperativer Kommentar, 2003.

<sup>26</sup> E.-W. Böckenförde, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, в: H. Quaritsch (сноска 9), 283, 284 f.

<sup>27</sup> Как уже указывалось, это нашло отражение уже в работе *Моргентхауза* 1926-го года, Die internationale Rechtspflege. ... (сноска 14), 69.

<sup>28</sup> *Шмитт* признаёт это в предисловии к изданию 1963-го года и сожалеет об этом, не устраняя, однако, при этом данный недостаток.

<sup>29</sup> E.-W. Böckenförde (сноска 26), 283, 286.

сл.), однако, враг не обязательно является внешним, он может быть также и одной из сторон в гражданской войне (ПП 32) или прочим «внутренним врагом» (ПП 46), который выступает против политической общности.

Понятие государства привязано к понятию политического, так как различие «друг-враг» - это онтический факт, тогда как государство представляет собой только одну из нескольких возможных институционализированных форм этого отношения. Однако, значение государства вследствие этого не умаляется. Наоборот. Поскольку государство является только одной из нескольких возможных форм политического отношения, оно выступает у *Шмитта* как значительное цивилизаторское достижение. Государство как политическая единица - это институт, который преодолевает смертельные конфликты во внутренних отношениях и цивилизует их во внешних отношениях. Во внутренних отношениях государству удаётся успешно преодолевать потенциально смертельные конфликты, за счёт того, что оно организует политическое единство, т.е. осуществляет эффективное, убедительное и решительное господство над гомогенным народом. Истинно «политическое», соответственно потенциально смертельный конфликт, ограничивается отношением с другими государствами.

При всем этом институционализированная форма государства имеет важное значение также во внешнем отношении, и не потому, что она преодолевает конфликты, а потому, что она их канализирует и цивилизует. Государство делает возможным наиболее цивилизованную форму неминуемого и даже желательного осуществления власти. Понятие государственное децентрируется в «Понятии политического» с тем, чтобы государству как политической форме приписать особо важное и примечательное даже в контексте этатистской германской традиции положение.<sup>30</sup> Так, примат международного права у *Шмитта* имеет своей задачей, прежде всего, «сделать его волюнтаристское понятие политического доступным и убедительным для экспертного сообщества».<sup>31</sup>

*Шмитт* предлагает крайне узкое понятие государства. Как классификаторное понятие оно предстаёт едва ли оправданным, и должно скорее пониматься как сравнительное понятие (либо как идеальный тип,

---

<sup>30</sup> Разумеется, существуют и другие германские традиции, как например, общественная ориентация на демократических левых *Уго Пройса (Hugo Preuß)*, но также и движенческая ориентация в направлении национал-социализма. Так утверждает, что *Карл Шмитт* утратил в 1936-ом году свою роль как «кронюрист» национал-социализма, поскольку он считался слишком «державным» («*etatistisch*»), по данной теме более подробно см. *R. Mehring* (сноска 10), 378 и далее.

<sup>31</sup> *J. Habermas* (сноска 6), 9.

либо парадигма). *Шмитт* говорит о «полемиическом» понятии (ПП 31). Таким образом, *Шмитт* может ставить под сомнение обычное понимание государства. Понимание, которое использует термин *государство* для имеющих повсеместное распространение феноменов всей истории человечества. Сегодня говорят о феноменах несостоявшихся или провалившихся государств (*failed* или *failing state*), как например, Демократическая республика Конго или республика Косово. Знаменитая фраза в предисловии к изданию 1963-его года о закате эры государственности (ПП 10), более понятна в связи с полемиическим или сравнительным понятием государства.<sup>32</sup> Безусловно, это высказывание в «Понятии политического» остаётся туманным: *Шмитт* практически никак не субстанцирует свою мысль. Его ученик *Эрнст Форстхофф* (*Ernst Forsthoff*), также в высшей степени авторитетный правовед, выразился более определённо. В 1971-ом году он заявляет, что Федеративная Республика Германия - это собственно не настоящее государство, а лишь подстрочная сноска Холодной войны: легчайший нюанс истории мог смести её с лица земли.<sup>33</sup>

«Понятие политического» рисует понятие государства, являющееся полемиическим как в тогдашнем, так и в сегодняшнем словоупотреблении, которое едва ли убедительно, исходя из повседневного опыта. Практический опыт учит, что в области, которая в целом обыкновенно рассматривается как *политическая*, можно встретить и сотрудничество, и конфликт, и это происходит как на национальном, так и на интернациональном уровне. По какой причине нужно следовать подходу, сформулированному в «Понятии политического»?

По мнению *Джорджо Агамбена* (*Giorgio Agamben*), терминология - это поэтический элемент теоретического мышления, который захватывает и увлекает читателя.<sup>34</sup> *Шмитт*, естественно, обладал особым талантом поэтического словоупотребления. Никто не должен, однако становиться жертвой подобных искушений, и, вместо этого, *Шмитта* следует продолжать читать с наивысшим вниманием: понятийный фейерверк может опасно ослепить читателя. В действительности «Понятие

---

<sup>32</sup> Хорошим примером компаративистского понятия государства см. *S. D. Krasner/T. Risse*, External Actors, State-Building, and Service Provision in Areas of Limited Statehood: Introduction, Governance, 27 (2014), 545 и далее.

<sup>33</sup> *E. Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 1971, 158. О *Форстхоффе* и его взглядах на *Шмитта* см. *Meinel*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit, 2011.

<sup>34</sup> *G. Agamben*, Ausnahmezustand, 2004, 10. В этой работе автор показывает потенциальное значение текста для анализа реакции США на террористические акты 11.9.2001.

политического» обосновывает абсолютно главенствующее место, которое занимает жёсткий конфликт по сравнению с другими отношениями, с антропологическими, теологическими и эпистемистическими аргументами, который теперь будут только бегло перечислены и лишь несколько позже (см. ниже, раздел III. 2) будут подвергнуты более подробной оценке.

Центральная антропологическая гипотеза «Понятия политического» - это обусловленная и свойственная от природы агрессивность человека (ПП 61), точнее мужчин, так как женщины не играют в его теории никакой роли. В соответствии с «Понятием политического», в целом сохраняют свою силу то примечательное и для многих весьма тревожное утверждение, что во всех подлинно политических теориях предполагается, что человек - «злое» существо, т.е. он никоим образом не рассматривается в качестве простого и непроблематического, но в качестве «опасного» и динамичного создания (ПП 61). По этой причине не может удивлять, что *Томас Гоббс (Thomas Hobbes)* и *Никколо Макиавелли (Niccolò Machiavelli)*<sup>35</sup> являются основными авторами, на которых ссылается и которых упоминает *Шмитт*.

Он обосновывает это дальше аргументом, что общности, которые отрицали доктрину первородного греха (которую он, очевидно, отождествляет с гипотезой прирожденной агрессивности), кончали катастрофой (ПП 64 и сл.). Агрессивность получает у *Шмитта* настолько важную роль, что «Понятие политического» заканчивается *вергилиевским* «Снова рождается новый порядок»: «Сызнава нынче времён зачинается строй величавый» (*Vergils, Ab integro nascitur ordo*) (ПП 95). Пассаж из *шмиттовского* «Глоссария», возможно, поясняет эту малопонятную мысль: «С каждым ребёнком рождается новый мир. С божьей помощью он становится агрессором.»<sup>36</sup> Эта оценка обнаруживает ещё и другое измерение: Агрессивность - это не только онтическая предпосылка, но и представляет ценность благодаря своему динамизирующему действию. Разумеется, в другом месте *Шмитт* предохраняет себя от воинствующих или милитаристских интерпретаций и подчёркивает, что война не является ни смыслом, ни целью, ни содержанием политики (ПП 33 и сл.). Но, тем не менее, это есть «всегда наличествующая в качестве реальной возможности предпосылка» (ПП 34, выделение в оригинале).

---

<sup>35</sup> То обстоятельство, что *Шмитт* с ошибками употребляет имя *Макиавелли*, говорит само за себя: с двумя «к» (ПП 65) или даже с тремя «к» это имя звучит ещё более воинственно, ПП 59 (сноска 5).

<sup>36</sup> C. Schmitt, Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947 – 1951, 1991, 320.

Другой важный аргумент носит эпистемический характер. В «Понятии политического» Шмитт как и в других своих работах<sup>37</sup> защищает тезис о том, что подлинное (по)знание может быть достигнуто только исходя из исключительного случая (ситуации). В принципе также и у Шмитта борьба вокруг жизни и смерти не выступает вездесущим явлением. Однако, по его мнению, она представляет собой вероятную ситуацию, которая ввиду серьёзности её опасных последствий должна быть решающим исходным пунктом для понимания всего остального. «Исключительность конкретного случая не отрицает его определяющего характера, наоборот, она только и обосновывает его» (ПП 35).

Если следовать этим посылкам, то политика в смысле антагонизма и есть собственно определяющее человеческое отношение. Как и у Гоббса оно является вездесущим, до тех пор пока не установлен и функционирует общепринятый обязательный правопорядок, опирающийся на сильные общие институты и учреждения. Подлинный порядок необходимо предполагает в этом смысле конкретный порядок, который международное право с его международными учреждениями не может обеспечить, поскольку у них нет возможности применять принудительные меры. Когнитивные, семантические, символические или репутационно значимые инструменты международных учреждений не являются теми ресурсами, которые обосновывают международную публичную власть.<sup>38</sup> В шмиттовском мироздании защитнику, и только защитнику, обязаны послушанием и повиновением. «Понятие политического» поднимает связь между защитой и послушанием до уровня необходимой («вечной») основы порядка (ПП 53): *protego ergo obligo* (защищаю, следовательно, обязую – прим. Дайджеста). На этом фоне международное право и, в особенности, международные учреждения представляются непреодолимо слабыми. Концепции международного публичного права и международной публичной власти - это в лучшем случае «воздушные замки.»

Понятие государства в «Понятии политического» предполагает плюрализм государств. Эта предпосылка выступает, прежде всего, как данный факт. «Политический мир — это не универсум, а плюриверсум», поскольку пока вообще есть государство, на земле существует много

---

<sup>37</sup> Центральным текстом является работа С. Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 1922, 13.

<sup>38</sup> По вопросу современного применения к концепции «конкретного порядка» («konkrete Ordnung») см. N. Bhuta, The Frontiers of Extraterritoriality: Human Rights as Global Law, в: N. Bhuta, The Frontiers of Human Rights, 2016, 1 и далее. Противоположную точку зрения см. M. Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, 2015; I. Venzke, How Interpretation Makes International Law. On Semantic Change and Normative Twists, 2012.

государств, и не может быть мирового «государства», объемлющего всю землю и всё человечество (ПП 54). Это высказывание эмпирически бесспорно, и даже у многих универсалистов есть сомнение в целесообразности и желательности мирового государства.<sup>39</sup> Чрезвычайно проблематичны, однако, указанные Шмиттом причины, которые противостоят любой попытке преодоления плюрализма в смысле жёсткой конфликтности (*Konflikthaftigkeit*).

Шмитт основывает возможность государственности на конфликте между государствами. Следуя логике взаимосвязанности защиты и послушания, порядок исчез бы, как только защита стала бы излишней. В рамках этой логики плюрализм государств обуславливает внешнюю угрозу, которая ведёт к социальной интеграции и таким образом гарантирует существование государств. Политическое единство (общность) предполагает реальную возможность врага, а тем самым — и другое, сосуществующее с ним политическое единство (общность) (ПП 54). Кроме того, плюрализм государств позволяет канализировать и креативно применять потенциал агрессии, что собственно и создаёт динамику и историю.

Плюрализм государств имеет также нормативную ценность, так как он допускает различные жизненные формы, которые делают возможными - в сегодняшней терминологии - многообразие (*Diversität*) или идентичность (*Identität*). Здесь лежит центральная идея партикуляризма и важная причина войн:

«Экстремальный конфликтный случай могут уладить лишь сами участники между собой; а именно, каждый из них может лишь самостоятельно решить, означает ли инаковость чужого в данном конкретном случае отрицание его собственного существования, и поэтому должна отражаться или подавляться, дабы был сохранен собственный, бытийный род жизни» (ПП 27).

Шмиттовская интерпретация инаковости имеет воинствующую природу: «чужой» отождествляется с «врагом»: «Политический враг [...] - есть именно иной, чужой, а для существа его довольно и того, что он в особенно интенсивном смысле есть нечто иное и чуждое [...]» (ПП 27). Теоремы транснационального или более того космополитического

---

<sup>39</sup> См. например, исследование Хабермаса, посвящённое Канту и Шмитту (сноска 6), 187 и далее.

гражданства в свете сказанного также являются, в лучшем случае, «воздушными замками».<sup>40</sup>

### 3. Импликации для государственного и международного права

Подход, в соответствии с которым, политическая общность (единство) понимается через вооружённый конфликт, и в частности, государство понимается через войну, имеет далеко идущие последствия для понимания как государственного, так и международного права. В государственном праве, бывшем фокусом издания 1932-го года, «Понятие политического» имеет своей целью, привести понимание, интерпретацию и применение конституционного права Веймара к авторитарной форме государственного правления. Если точка схода (центр перспективы) - это способность государства к ведению войны, то это государство должно быть сильным, что требует с точки зрения *Шмитта* эффективное господство (правление) над гомогенным народом. Защита такой формы политической общности (единства) предстаёт наиболее важной мотивацией статьи.<sup>41</sup> Политические конфликты внутри допустимы только до тех пор, пока они не ослабляют способность государства к ведению войны. Тем самым консервативный аргумент о примате внешней политики радикализуется и стилизуется. Можно предположить, что у *Шмитта*, скорее всего, стоял перед глазами идеал политической общности (единства), которая собственно обходится без подлинной внутренней политики и во внутренней сфере представляет собой скорее лишь систему управления предметами и людьми.<sup>42</sup>

Этот примат международного имеет далеко идущие последствия для внутреннего устройства государства, которое, в частности, не должно следовать либеральной концепции парламентской демократии.<sup>43</sup> Сдерживание и ограничение парламентаризма, в особенности, урезание его дискурсивных элементов, представляет собой центральное требование и цель. Помимо этого, «Понятие политического» предлагает строго антииндивидуалистическое толкование права. Основные права и свободы человека, по *Шмитту*, не являются основой публичного права. В противоположность этому, сущность политической общности и публичного права видится как раз в том, чтобы обеспечить возможность

---

<sup>40</sup> По данному вопросу в рамках международного публичного права см. *A. von Bogdandy/I. Venzke* (сноска 1), 290 и далее.

<sup>41</sup> Детальную реконструкцию см. *T. Vesting*, *Erosionen staatlicher Herrschaft. Zum Begriff des Politischen bei Carl Schmitt*, AöR 112 (1992), 4, 6.

<sup>42</sup> *E.-W. Böckenförde* (сноска 26), 285.

<sup>43</sup> О дискуссии во времена *Шмитта* см. тексты в: *C. Gusy* (Hrsg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, 2000.



отправлять на «смертный бой» (не на жизнь, а на смерть) тех, кто принадлежит к собственному народу, и чтобы обеспечить право требовать от них готовности к смерти и готовности к убийству (ПП 46). Истинная государственность, по его мнению, требует сильную исполнительную власть с потенциально диктаторскими полномочиями и правом объявлять чрезвычайное положение, включая возможность упразднения и отмены всего правового порядка в целом:

«Достижение нормального государства состоит, прежде всего, в том, чтобы добиться полного умиротворения внутри государства и на его территории, установить «спокойствие, безопасность и порядок» и тем самым создать нормальную ситуацию, являющуюся предпосылкой для того, чтобы нормы права вообще могли действовать, ибо всякая норма предполагает нормальную ситуацию, и никакая норма не может иметь действие в ситуации, совершенно ненормальной по отношению к ней» (ПП 46).

По *Шмитту*, это включает право объявлять лицо «внутренним врагом», следствием чего является то, что оно больше не пользуется защитой правопорядка (ПП 46 и сл.). Возможность «объявления врагом» является конститутивной для понятия народ как «существо его политической экзистенции» (ПП 50).

В соответствии с этим, плюрализм относится к международной сфере, но не к сфере внутренней политики. В пределах государства плюрализм, неважно социальной или политической природы, угрожает его существованию. Хотя в отношении степени необходимой гомогенности или обращения с лицами, которые не смиряются, «Понятие политического» остаётся довольно неопределённым, представляется бесспорным, что *шмиттовская* теория не только допускает принятие мер против плюралистских тенденций и «возмутителей спокойствия», но даже требует этого.

В отношении международного права «Понятие политического» содержит также важные выводы, как и для государственного права. Практически все элементы его обычного понимания «Понятие политического» представляет в качестве дефицитных или даже заведомо ложных. *Шмитт* ставит под сомнение многие сегодня предположительно прочно утвердившиеся воззрения. Идея международного публичного права для международных учреждений, которые собственными средствами принуждения преследуют в инклюзивном ключе транснациональное всеобщее благо, в свете его взглядов кажется прямо-таки абсурдной. «Понятие политического» предлагает иные ориентиры.

Под сомнение ставится уже само понимание права, действующего на интернациональном уровне, как *международного права*, и таким образом идентичность его предметной сферы, преобладающая сегодня. Шмитт рассматривает понимание интернационального права в качестве *международного права* ошибочным, так как эта терминология предполагает определённую независимость от государств. Поскольку с точки зрения Шмитта подобная независимость невозможна, то организации, как например, Лига Наций предстают у него скорее как внешнеполитические инструменты определённых государств, но не как подлинные *международные*, и соответственно в известной мере независимые организации (ПП 56 и сл.).<sup>44</sup> То, что традиционная теория представляет в качестве *международного права*, в «Понятии политического» предстаёт скорее как право внешнеполитических отношений.

Во-вторых, Карл Шмитт считает обычный фокус международного права слишком узким для того, чтобы быть основой для адекватного понимания межгосударственного порядка, и тем самым он ставит под сомнение тот важный теоретический вклад, который внёс в международное право Генрих Трипель (*Heinrich Triepel*). Трипель, пожалуй, наиболее значимый теоретик консервативного направления в области публичного права Веймарской эпохи,<sup>45</sup> ввёл в теоретический оборот, как известно, столь же путеводное сколь и категоричное разделение между национальным и международным правом, а именно дуализм.<sup>46</sup> Для Шмитта это лишь фасад. Он выступает за более широкую область, которую он сначала обозначает как *Jus Gentium* и позже как *Jus Publicum Europaeum* (европейское публичное право).<sup>47</sup>

Эта область включает в себя не только интернациональное право в смысле *международного права*, но кроме того также и общие конституционные принципы и общую систему защиты собственности, то есть своего рода *транснациональное экономическое право*. В более поздней шмиттовской работе по проблематике *Jus Publicum Europaeum* таким

---

<sup>44</sup> Этот понятийно-конституирующий момент описан в: H. G. Schermers/N. Blokker, *International Institutional Law. Unity Within Diversity*, 5. Aufl. 2011, § 44.

<sup>45</sup> О Трипеле см. труд U. Gassner, *Heinrich Triepel. Leben und Werk*, 1999.

<sup>46</sup> H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899.

<sup>47</sup> Автор разделяет аналогичные взгляды в отношении европейского права см. A. von Bogdandy, *The Idea of European Public Law Today*, в: A. von Bogdandy/P. M. Huber/S. Cassese (Hrsg.), *The Max Planck Handbook in European Public Law*, Bd. 1, *The Administrative State*, 2017, 1; A. von Bogdandy/S. Hinghofer-Szalkay, *European Public Law – Lessons from the Concept's Past*, в: A. von Bogdandy/P. M. Huber/S. Cassese (сноска 47), 30.

общим европейским конституционным принципам и общей экономической конституции в период перед Первой мировой войной посвящено большое внимание. Соответственно, по Шмитту, узкая область *международного права* попросту проходит мимо сути того, что действительно требуется для глубокого понимания межгосударственного порядка. Этой констатации, как и другим центральным высказываниям Шмитта, нельзя отказать в наличии определённых оснований, как это показывают современные попытки исходить из более широкого понимания истории международного права<sup>48</sup> или понятия европейского права.<sup>49</sup>

В-третьих, «Понятие политического» ставит под вопрос традиционное понимание проблем прогресса в международном праве, в частности, в контексте инноваций периода после Второй мировой войны. Шмитт представляет *jus gentium* периода до 1914-го года как своего рода цивилизаторский апогей, поскольку, по его мнению, оно способствовало цивилизованию войны. Это достижение, как он считал, было утрачено после Первой мировой войны. «Понятие политического» выступает против многого, что в современном международном праве часто считается новаторским прогрессом. Так для Шмитта *ius ad bellum* (право на ведение войны) является ядром международного права (ПП 45).<sup>50</sup> Именно в этом смысле признание авторитета такого учреждения, как Совета Безопасности ООН предстаёт у Шмитта как угроза государственности (ПП 49), а запрет применения силы в соответствии со ст. 2 (4) Устава ООН рассматривается для настоящих государств абсурдным (ПП 50). И именно в этом смысле у слабых государств нет права на существование (ПП 53). Соответственно, международные организации хотя и могут при определённых обстоятельствах, являться «весьма полезной возможностью для переговоров (ПП 57), но не более того.

Это имеет колоссальные последствия для сегодняшнего понимания международного права. Если следовать *шмиттовской* аргументации, многие важные категории кажутся путанными, ошибочными и идеологическими. Наряду с понятием «международного», это касается таких ключевых понятий, как гуманность, универсализм, но также и идеи

---

<sup>48</sup> M. Koskeniemi, What Should International Legal History Become? в: S. Kadelbach/T. Kleinlein/D. Roth-Isigkeit (Hrsg.), System, Order and International Law – The Early History of International Legal Thought, 2017, 381.

<sup>49</sup> A. von Bogdandy, Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin, JZ 12 (2017), 589.

<sup>50</sup> C. Schmitt, Ex Captivitate Salus: Erfahrungen der Zeit 1945/47, 1950, 71; C. Schmitt, Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, 1950, 19, 62, 112 и далее, 115, 120, 165, 180, 189, 194 и далее, 200 и далее, 213, 222, 232 и далее, 247, 255, 258, 264 и далее, 273 и сл., 284 и далее.

прогресса. Для *Шмитта* они служат скорее как фасад, который скрывает гегемонию США. Демаскирование становится для него основной научно-правовой задачей.

Ответа на вопрос, как в этих условиях на интернациональном уровне может быть установлен социальный порядок, «Понятие политического» однако, не даёт. Самое позднее после Второй мировой войны *Шмитт* признает сфокусированный на государствах «вестфальский» миропорядок как не соответствующий духу времени, тем более, что только лишь немногие из существовавших сообществ являлись истинными государствами в свете требования способности самостоятельно вести военные действия. Мрачный тезис *Шмитта* из издания 1963-го года о конце «эры государственности» следует понимать в этом смысле. Данный тезис не означает, что, государств вообще больше не существует или что нет смысла использовать термин «государство». (Здесь можно только напомнить, что некоторые из его выдающихся учеников в 1962-ом году основали журнал «*Der Staat*» - «Государство», проект, который едва ли *Шмитт* в 1963-ем году хотел дезавуировать.) Тем не менее, межгосударственный порядок, который покоится на военной автономии государств, - это прошлое. Этот тезис во времена «холодной войны», то есть в то время, когда друг другу противостояли два антагонистически блока, ведомые соответственно сверхдержавой, представал всем чем угодно, но не абсурдом, хотя уже тогда он воспринимался проблематично упрощающим.

Наиболее знаменитый проект *Шмитта* по проблеме дальнейшего развития и совершенствования международного порядка был «порядком больших пространств» (*Großraumordnung*) по образу и подобию того, что он рассматривал в качестве гегемонии США в западном полушарии. Для Европы он предусматривал подобный порядок при лидирующем положении Германии.<sup>51</sup> *Шмитт* спроектировал этот вариант империализма в ранние 1940-ые годы, то есть уже после того, как было написано «Понятие политического». В этот период он разрабатывал концепт «больших пространств» (гроссраумов): «Пространство и большое пространство в международном праве» («*Raum und Großraum im Völkerrecht*», 1940)<sup>52</sup> и «Международно-правовой порядок больших

---

<sup>51</sup> Идея создания системы политических институтов для более крупных географических пространств не нова, см. например *A. von Bogdandy/S. Hinghofer-Szalkay*, Das etwas unheimliche Ius Publicum Europaeum. Begriffsgeschichtliche Analysen im Spannungsfeld von europäischem Rechtsraum, droit public de l'Europe und Carl Schmitt, *ZaöRV* 73 (2013), 209.

<sup>52</sup> *C. Schmitt*, Staat, Großraum, Nomos, 1995, 234 и далее.

пространств» (*«Völkerrechtliche Großraumordnung»*, 1941).<sup>53</sup> С того момента, однако, как советский флаг был поднят над Рейхстагом, Шмитт уже более не перенёс на бумагу какой-либо конструктивный проект.<sup>54</sup> Он концентрировал свой внимание на критике европейского преобразования Европы и отрицании военного долга Германии.<sup>55</sup> Так, «Номос Земли» (*«Nomos der Erde»*), его самое важное произведение по международному праву, которое должно было придать новый импульс его карьере после Второй мировой войны, не содержит никакого конструктивного проекта.

При всем том «Понятие политического» остаётся важным источником вдохновения попыток обязательной критики или «деконструкции» современного международного права. Шмитт высокопарно провозглашает, что «самая страшная война ведётся только во имя мира, а самое бесчеловечное совершается лишь во имя человечности» (ПП 94). Это – значимый сарказм, и не только для научно-правового мышления.

### III. Критика и уроки шмиттовского «Понятия политического»

#### 1. Масштабы оценки и формирование теории публичного права

Оценка шмиттовского «Понятия политического» требует определённых критериев, масштаба. Так как «Понятия политического» предстаёт как научный текст, главным масштабом должен быть, пожалуй, масштаб «истинности» содержащихся в нём высказываний.<sup>56</sup> Вместе с тем, этот масштаб нужно конкретизировать и уточнить адекватными критериями,<sup>57</sup>

<sup>53</sup> C. Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte*, 1941, Neudruck в: C. Schmitt (сноска 52), 269 и далее.

<sup>54</sup> Вопрос о том, в какой степени Европейский Союз может рассматривать через призму шмиттовских категорий, является предметом многочисленных дискуссий, см. C. Joerges/N. Singh Ghaleigh (Hrsg.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and Its Legal Traditions*, 2003.

<sup>55</sup> C. Schmitt (сноска 50), 55, 59; C. Schmitt, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz “nullum crimen, nulla poena sine lege”*, 1994, 81; по данному вопросу см. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4, 2012, 204.

<sup>56</sup> E.-W. Böckenförde (сноска 26), 299. Впрочем, как представляется, Шмитт в отличие от этого, не хотел признавать этого, см. R. Mehring (сноска 10), 240, 269: «в вопросах истории идей не существует научности».

<sup>57</sup> Показательно в: H. Schulze-Fielitz, *Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?*, JöR 50 (2002), 1.

что требует рефлексированный анализ существа и предмета той дисциплины, к которой принадлежит этот текст.

«Понятие политического» позиционирует себя как научно-правовой текст, написанный для специалистов в области государственного и международного права.<sup>58</sup> В настоящее время многие рассматривают «Понятие политического» как текст, который скорее следует относить к политической философии. Такая интерпретация академически легитимна, так же, как и оценка текста через масштабы политической философии, политической теории, политологии или других дисциплин. Ни один автор не может самостоятельно устанавливать масштабы, при помощи которых оценивается его текст. Однако, в настоящем исследовании для оценки привлекаются критерии той дисциплины, к которой *Шмунт* относил данную свою работу. В этом смысле в дальнейшем речь идёт не только о «понятии политического», а о формировании теории публичного права в целом.

«Понятие политического» позиционируется как научно-правовой текст, и, одновременно, тем не менее, как вклад в правовую догматику. Согласно предисловию издания 1963-го года данная работа должна «разметить границы определённых юридических вопросов, чтобы упорядочить запутанные темы и обнаружить топику их понятий (ПП 9). Подобное понятийно-категориальное усилие представляет «Понятие политического» как вклад в научно-правовую субдисциплину, которая в Германии традиционно обозначается как *Общее учение о государстве (Allgemeine Staatslehre)*.<sup>59</sup>

*Шмунт* даёт важные импульсы развитию этой субдисциплины. Так, его появившийся в 1928-ом году труд «Конституционное учение»

<sup>58</sup> Это соответствовало в целом пониманию *Шмунта*, см. *R. Mehring* (сноска 14), 146, где исследуется вопрос о том, какие последствия это самопонимание имело для философской, исторической или политологической интерпретации.

<sup>59</sup> *Георг Еллинек (Georg Jellinek)* дал такое наименование дисциплине в своём одноимённом труде, опубликованном в 1899-ом году. Тем не менее, схожие подходы обнаруживаются также и в других традициях, см. *L. Duguit*, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 2003, с предисловием *Франка Модерне (Franck Moderne)*, работа которого была опубликована в 1901-ом году; *M. Loughlin*, *Foundations of Public Law*, 2010. В частности, исследовательская традиция в Германии охватывает при этом как государственное, так и международное право, см. например работы *Caspar Bluntschli*, *Georg Jellinek*, *Heinrich Triepel* и *Hans Kelsen*, или в более поздний период *Ulrich Scheuner*, *Karl Doehring*, *Alexander Somek*, *Christoph Möllers*, *Mattias Kumm* и *Frank Schorkopf*. О реконструкции этого пути см. *M. Koskeniemi*, *Between Coordination and Constitution. International Law as a German Discipline, Redcriptions. Yearbook of Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory* 15 (2011), 45 и далее; иначе, однако *A. Jakob*, *European Constitutional Language*, 2016, 298 и далее.

(*Verfassungslehre*)<sup>60</sup> связан с развитием теории государства и конституции (*Staats- zur Verfassungstheorie*); сегодня эта дисциплина нередко так и обозначается. Появившееся в 1932-ом году «Понятие политического» даёт следующий важный толчок в направлении *общей теории публичного права* (*Allgemeine Theorie des Öffentlichen Rechts*), которая охватывает как государственное, так и международное право. Сегодня необходимость формирования соответствующей теории очевидна. Так, можно указать уже лишь на концепты транснационального права или глобального административного права, международного публичного права, или на собственное самопонимание *Международного Общества публичного права* (*International Society of Public Law*).<sup>61</sup>

Какие критерии являются релевантными для работы в области этой научной дисциплины?<sup>62</sup> Общее учение о государстве (*Allgemeine Staatslehre*), а точнее теория публичного права, занимается преимущественно вопросами, ответы на которые научно-правовое рассмотрение в «штатном режиме» с его «юридическим методом» - а это методология, которая преобладает в большинстве стран - дать не может. Основные задачи теории публичного права заключаются в том, чтобы рефлексировать ключевые понятия научно-юридического исследования, совершенствовать их, и при необходимости производить их замену или разрабатывать масштабы научной критики,<sup>63</sup> либо - как об этом заметил *Шмитт* - обозначить границы теоретико-правовых проблем, дать основные ориентиры и определить основные категории и институты (ПП 9).

Поскольку важные аспекты этих вопросов рассматриваются также и другими исследовательскими дисциплинами, эта правовая субдисциплина специфическим образом открывает пространство для *интердисциплинарности* (*Interdisziplinarität*). При этом важно учитывать, что речь идёт об *интра*-дисциплинарном (*intradisziplinären*) пространстве, в рамках которого таким образом может практиковаться *интердисциплинарность*. Специалисты с высшим образованием, которые *через* полученное образование, институциональную принадлежность и

<sup>60</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928.

<sup>61</sup> P. Jessup, *Transnational Law*, 1956; B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart (сноска 2), 15 и далее; S. Cassese, *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*, N. Y. U. J. Int' l L. & Pol. 37 (2005), 663 и далее; J. H. H. Weiler, *The International Society for Public Law*, ICON 12 (2014), 1.

<sup>62</sup> Подробное исследование см. M. Morlok, *Was heißt und zu welchem Zweck studiert man Verfassungstheorie?*, 1988.

<sup>63</sup> M. Jestaedt, *Verfassungstheorie als Disziplin*, в: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 1, MN 20, 26.

идентичность являются юристами, могут в этой области как правоведы, то есть в рамках задач и целей своего предмета, заниматься темами, исследовательскими вопросами, методами и научными наработками других дисциплин. В рамках этой субдисциплины публично-правовой анализ встречается с историографией, историей политических идей и философией, с социологией, политологией, экономической наукой, психологией, нейробиологией или теологией. В европейской традиции, как и в «Понятии политического», происходит взаимообмен знаний, прежде всего, между правоведением и политической теорией, практической философией и исторической наукой (ПП 14).

*Интра*-дисциплинарное позиционирование имеет основополагающее значение. Во-первых, вопросы юридической материи – а именно, вопросы из области правотворчества, правоприменения, конструкции правовой догматики или юридической критики – определяют взаимодействие с другими дисциплинами и рецепцию соответствующего знания. Поскольку эти вопросы, по меньшей мере, в их конкретном выражении, в самой тенденции чужды другим исследовательским дисциплинам, ответ на них предполагает специфический подход и приёмы. Из этого следует второй момент. Так как в случае теории публичного права речь идёт о научно-правовой дисциплине, то учёт масштабов контролируется другими правоведами, как коллегами авторов. Поскольку эти масштабы должны быть ориентированы и адаптированы по отношению к специфическим исследовательским вопросам, они не могут полностью совпадать с масштабами других дисциплин.

Эта суб-дисциплина специфически открывает публичное право для *интер*-дисциплинарности и делает, таким образом, возможной рецепцию вкладов из других областей исследования в копилку знаний правовой науки. Вероятно, самой важной целью являются основополагающие и ориентирующие образы мышления и понимания, которые образуют рамки для догматических структур и интерпретации конкретных правовых феноменов (норм, судебных решений, правовых практик, догм, концептуальных конструкций). Эта суб-дисциплина участвует, таким образом, во внешних по отношению к праву дискурсах с целью обогатить сугубо внутренние правовые операции новыми накопленными знаниями и опытом с тем, чтобы оказывать влияние на понимание, формирование, толкование и применение действующего права. Такое исследование не отменяет дисциплинарные границы, но само предстаёт, однако, как пограничное и трансграничное исследование.

Сегодня сама необходимость междисциплинарного подхода предстаёт очевидной уже с внутридисциплинарной точки зрения догматики и



«юридического метода», так как традиционная когнитивная парадигма интерпретации и применения права оказалась несостоятельной. Как знаменательно указывали - среди прочих - *Шмитт* и его принципиальный оппонент *Кельзен*,<sup>64</sup> толкование, как и применение права, содержит обычно элемент правотворчества. В равной степени догматические конструкции имеют, как правило, самостоятельное нормативное содержание вне того источника права, с которым они связаны. Подобные правовые операции стоят в более широком контексте мировоззренческих и моральных представлений и гипотез о возможности и предпосылках социального порядка. Внутренняя юридическая перспектива должна быть дополнена внешними наблюдениями, которые подготавливают формирование теоретического обоснования для публичного права. Особо следует подчеркнуть следующее. Это понимание не ставит под вопрос, по меньшей мере, для большинства учёных континентальной Европы, ни возможность, ни необходимость специфической внутренней рациональности правовых операций. Впрочем, и *Шмитт* считает так же. В свойственной его формулировкам стилизации он в 1944-ом году даже высказался в том смысле, что автономная правовая наука - это последнее убежище западноевропейской рациональности.<sup>65</sup> То обстоятельство, что также и *Шмитт* разделяет этот тезис о значении внутренней юридической рациональности, не делает его ошибочным.<sup>66</sup>

Так каковы же масштабы для оценки такого исследования? Соответствующие работы нередко предстают эксплоративными и в некоторой степени «более субъективными», чем догматические тексты. Иногда можно натолкнуться вообще на тексты, которые предстают спекулятивными, эссеистскими, ассоциативными, не теряя вследствие этого статус научно-правовых исследований. В той мере, в какой они работают со знаниями из других наук, их переработка является нередко до такой степени синкретичной, эклектичной или редукционистской, которая в других исследовательских дисциплинах считается проблематичной.

Однако, эта гибкость научных стандартов теоретизирования публичного права можно понимать и как существенный характерный признак этой суб-

---

<sup>64</sup> *Кельзен* поддерживал *Шмитта* в его планах получить позицию профессора в Кёльне, в противоположность этому *Шмитт* ничего не предпринял, когда национал-социалисты заставили *Кельзена* оставить свою кафедру в Кёльне, см. *R. Mehring*, (сноска 10), 287 и далее.

<sup>65</sup> *C. Schmitt*, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, 1950, 29 и далее. О взглядах *Шмитта* относительно теории правовой науки см. *R. Mehring*, Carl Schmitts Schrift "Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft", *ZaöRV* 77 (2017).

<sup>66</sup> См. например, высокую оценку в: *J. Habermas*, Discourse Theory and International Law, <<http://www.esil-sedi.eu>>, 4.

дисциплины, позволяющей ей в широком формате выполнять функцию трансграничного знания. При этом гибкость отнюдь не означает отсутствие масштаба (*Maßstabslosigkeit*). Масштабы, с которыми какой-либо текст может идентифицироваться и оцениваться как вклад в эту субдисциплину, присутствуют в полной мере. Мой многолетний опыт как члена редколлегии журнала *Der Staat*,<sup>67</sup> который посвящает этой суб-дисциплине особое внимание, показывает, что открытость и гибкость области науки вовсе не значит, что «всё возможно». К специфическим масштабам идентификации и оценки текста относятся:

- показанная привязка к правильно отражённому состоянию исследования соответствующей проблематики,
- убедительность его хода мысли и логики,
- убедительность его конкретных доводов,
- его внутренняя когерентность,
- аргументированная дискуссия с другими текстами, и прежде всего, с дивергирующими подходами,
- точность и осмотрительность в изложении соответствующих материалов (источников права, судебных решений, догм, исторических и социальных фактов, других научных исследований).<sup>68</sup>

Если эти критерии соединить с понятиями теории истины, то появляется синкретичное понимание истины этой суб-дисциплины, которое обнаруживает элементы теории корреспондирования, теории когерентности и консенсусной теории истины и, пожалуй, также успешно комбинирует их.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> По вопросу о его создании см. *E. Grothe*, Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970, 2005, 402 и далее, также 404 и сл. *Günther*, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970, 2004, 225 и далее.

<sup>68</sup> Многие из этих критериев детально рассматриваются в: *H. Schulze-Fielitz* (сноска 57), 26 и далее.

<sup>69</sup> Синкретическая комбинация теории корреспонденции и теории когерентности отрицается в: *K. Gloy*, Wahrheitstheorien, 2004, 168 и сл., в поддержку такой комбинации см. *N. Rescher*, The Coherence Theory of Truth, 1973; см. далее *J. Habermas*, Wahrheitstheorien, в: *H. Fahrenbach* (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion, Festschrift für Walter Schulz zum 60. Geburtstag, 1973, 211; *K. Lorenz*, Wahrheitskriterium, в: *J. Mittelstraß* (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 4, 1997), 594; *M. Glanzberg*, Truth, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <<http://plato.stanford.edu>>; о дискуссии по проблемам истины в правовой доктрине см. *K. Engisch*, Wahrheit und

Дальнейший критерий для оценки текста - это содержащийся в нём потенциал для понимания и развития права. Ввиду той функции, которая эта суб-дисциплина выполняет для других юридических суб-дисциплин, эвристический потенциал является особенно важным критерием. Работы этой суб-дисциплины выигрывают в убедительности, если они стимулируют или поддерживают догматическую (ре)конструкцию и конкретные правовые операции, которые выдерживают, в свою очередь, проверку значительно более тесной связи с позитивным юридическим материалом.<sup>70</sup> Важным для оценки является при этом, что этот критерий включает формирование понятий, которые выражают мировоззрение релевантных акторов в правовой системе, например, участвующих в правотворчестве политиков и осуществляющих при этом подготовительную работу госслужащих, а также судей, применяющих право. Тем самым, формирование теории в публичном праве обнаруживает параллель с процессами познания в естественных науках, в которых в начале исследования может стоять достаточно умозрительная теорема, которая должна быть подтверждена посредством эмпирического исследования. Важный элемент для оценки формирования теории в публичном праве состоит в проверке того, производит ли оно удачные правовые догматические конструкции, ведёт ли оно к лучшему пониманию правовых операций или иным образом вносит научно-академический вклад в правовую политику или в критику права. Соответствующим образом формирование подходов и оснований международного публичного права использует много энергии для развития детальных правовых режимов форм решений международных учреждений.<sup>71</sup>

Таким образом, гибкость критериев концептуализации публично-правовой теории имеет свою цену, а именно то, что она остаётся зависимой от более жёстко контролируемых процессов правовой аргументации. Эпистемический статус такого научного вклада - это скорее статус гипотезы, которая должна доказать свою ценность в более конкретных

---

Richtigkeit im juristischen Denken, 1963, 5 и сл.; *M. R. Deckert*, Recht und Wahrheit: Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion, ARSP 82 (1996), 45.

<sup>70</sup> *U. Volkman*, Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt, Der Staat 54 (2015), 35, 60.

<sup>71</sup> Например, *A. von Bogdandy/M. Goldmann*, The Exercise of International Public Authority Through National Policy Assessment. The OECD's PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument, в: *International Organizations Law Review* 5 (2008) 2, 241; *A. von Bogdandy/M. Goldmann*, Sovereign Debt Restructurings as Exercises of International Public Authority: Towards a Decentralized Sovereign Insolvency Law, в: *C. Espósito/Y. Li/J. P. Bohoslavsky* (Hrsg.), *Sovereign Financing and International Law. The UNCTAD Principles on Responsible Sovereign Lending and Borrowing*, 2013, 39; *A. von Bogdandy/I. Venzke* (сноска 1), часть IV.

юридических дискурсах. Поэтому такая концептуализация может осветить чаще правовой нормативности только ограниченно. Тот, кто полагается только на неё, будет легко сбиваться с правильной дороги.

## 2. Оценка аргументов Шмитта

Исходя из выработанных выше линий, «Понятие политического» исследуется теперь с двух точек зрения, которые одновременно имеют решающее значение для определения его значимости для кооперативного, т.е. ориентированного на сотрудничество международного права, в целом, и для формирования международного публичного права, в особенности. Прежде всего, речь идёт об обоснованности и убедительности сформулированных в «Понятии политического» аргументов, оспаривающих доктринальные конструкции, в которых международные организации предстают как инклюзивные механизмы, преследующие интересы транснационального общего блага (*transnationales Gemeinwohl*). Поскольку различие друг-враг образует ключ к *шмиттовскому* пониманию публичного права, в центре оценки находятся именно приводимые в обоснование этого аргументы.

Первый *шмиттовский* аргумент имеет антропологическую природу: агрессивность, включая готовность к вооружённому конфликту, является настолько доминирующим качеством человека (мужчины), что всё публичное право должно разрабатываться в этом ключе.<sup>72</sup> Данное утверждение не убеждает и убедить не может. Имеется целый ряд психологических, социологических и антропологических исследований, согласно которым кооперативное (солидарное) поведение можно встретить так же часто, как конфликтное.<sup>73</sup> Естественно, гипотезы о принципиально положительной природе человека или о его постоянном улучшении и исправлении не менее проблематичны, чем *шмиттовское* утверждение. Но подобные гипотезы и ни в коем случае не выступают обязательным исходным пунктом для концептуального обоснования механизмов институционального преследования «общего блага» на интернациональном уровне. Такой механизм вполне может работать и с конфликтно-

<sup>72</sup> См. уже выше, II. 2.

<sup>73</sup> C. Nathan DeWall/C. A. Anderson/B. J. Bushman, The General Aggression Model: Theoretical Extensions to Violence, *Psychology of Violence* 1 (2011), 245 и далее; C. D. Parks/J. Joireman/P. A. M. van Lange, Cooperation, Trust, and Antagonism: How Public Goods Are Promoted, *Psychological Science in the Public Interest* 14 (2013), 119 и далее. Это возражение формулировалось уже в: L. Strauss, Anmerkungen zu Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 67 (1932), 728, 732 и далее.

теоретическими гипотезами.<sup>74</sup> Даже *Кант* основывал свой универсалистский проект на скептической антропологии. Защиту институционализированного международного сотрудничества нельзя отождествлять с защитой пацифизма. Равным образом признание креативной динамики конфликтов, которая подтверждается многочисленными свидетельствами и примерами, отнюдь не подразумевает признание враждебности в качестве основы межчеловеческих отношений и единственно определяющую исходную точку для понимания человеческого поведения, государственного права, а также международного права. Согласно *шмиттовской* концепции кооперативное развитие европейского правового пространства в послевоенное время было бы невозможным.<sup>75</sup>

Второй аргумент *Шмитта* гласит, что вера в первородный грех является основополагающей для социального порядка. Однако этот аргумент не выглядит убедительным даже в рамках католической веры, поскольку несовместим с таинством крещения в преобладающем здесь варианте.<sup>76</sup> Позиция *Шмитта* в целом едва ли может пониматься как переложение или преломление католических религиозных контентов и таким образом, претендовать на убедительность даже или по меньшей мере в этих рамках. Также и отклонение *Шмиттом* естественного права (ПП 66) стоит в противоречии к неотомистской теологией католической церкви раннего 20-ого века.<sup>77</sup> Можно признать, что *Шмитт* снова формулирует важную мысль в том смысле, что догма первородного греха - это освобождающий предохранительный щит против рискованной идеи, что зло может быть уничтожено полностью. Но это, однако, не может служить подтверждением тому, что враждебность является верным исходным пунктом для адекватного понимания социального порядка.

Третий *шмиттовский* аргумент носит эпистемический характер: «смысл вещей» постигается только в условиях чрезвычайного положения, в «Понятии политического» соответственно, в условиях войны. Этот аргумент обнаруживает логическую ошибку. Чрезвычайное положение логически зависит от нормального положения, то есть положения при

---

<sup>74</sup> См. примечания, сделанные в сносках 11 и 12.

<sup>75</sup> Показательно *M. Dani*, *Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law*, *ELJ* 18 (2012), 621, 625 и далее.

<sup>76</sup> *Ecclesia Catholica*, *Katechismus der Katholischen Kirche*, Vatikan, 1997, Nr. 388 и далее, цитируется по <<http://www.vatican.va>> (собственный перевод автора статьи). *Шмитт* считал себя католиком.

<sup>77</sup> К вопросу о тесном взаимоотношении между германским публичным правом и теологией см. *K. Tanner*, *Die fromme Verstaatlichung des Gewissens. Zur Auseinandersetzung um die Legitimität der Weimarer Reichsverfassung in Staatsrechtswissenschaft und Theologie der zwanziger Jahre*, 1987.

нормальных условиях. Без нормальности нет чрезвычайности. В отношении взаимной зависимости не может иметься эпистемического преимущества. Важно подчеркнуть, что эта критика не оспаривает, что исследование чрезвычайных обстоятельств может иметь важное теоретико-познавательное значение. Естественно, оно является таковым, но как раз только в соотношении с положением в нормальных условиях.

Эта критика включает в себя и критику *шмиттовского* хода мыслей в категориях непримиримых дуализмов. Разумеется, подобные дуализмы помогают структурировать области знания и генерировать интеллектуальные динамики. Это проявляется в особенности в тех энергичных формах и образах, которые мастерски предлагает *Шмитт*. Но он применяет свои дуализмы не конструктивно, и иначе, чем диалектическое мышление. Диалектический метод также рассматривает конфликты как основополагающие факторы, имеет, тем не менее, своей целью дать им конструктивное толкование и таким образом способствовать лучшему пониманию и дальнейшему развитию права, политики и общества.<sup>78</sup> *Шмитт* в противоположность этому считает, что мышление должно быть полемичным и что идея прогресса, которая сопутствует диалектическому образу мыслей, обманчива. *Шмитт*, подобно *Доносо Кортесу* (*Donoso Cortes*), стремится решить различия,<sup>79</sup> диалектический подход хочет их снять.

## 2. Анализ понятийного аппарата *Шмитта*

В «Понятии политического» не формулируется концепции, которая бы утверждала и доказывала несостоятельность противоположных подходов, в частности кооперативного, ориентированного на сотрудничество международного права, в общем, и теоретико-правовых реконструкций права международных учреждений в контексте международной публичной власти, транснационального общего блага и инклюзивных политических стратегий, в особенности. Поэтому вряд ли следует опасаться тех аргументов, которые в *шмиттовском* смысле выдвигают политики или судьи. Однако аргументативная слабость не лишает сочинение *Шмитта* его значимости. Бесспорное влияние его труда подтверждает скорее общее правило, что и произведения, которые покоятся на слабых посылах, могут

<sup>78</sup> См. по данному вопросу примечания, сформулированные в сноске 7; далее также *H. Brunkhorst*, *The Co-evolution of Cosmopolitan and National Statehood – Preliminary Theoretical Considerations on the Historical Evolution of Constitutionalism*, *Coop. & Conflict* 47 (2012), 176. Это объясняет также и наш замысел, см. *A. von Bogdandy/I. Venzke* (сноска **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), часть II.

<sup>79</sup> *C. Schmitt*, *Politische Theologie* (сноска 37), 59, 65 и сл.

быть успешными и содействовать дальнейшему продвижению научных исследований.<sup>80</sup>

Особая заслуга «Понятия политического» заключается в том, что в этом произведении в теоретический оборот блестящим образом вводится понятийный аппарат, который весьма действенно в принципиально новом ключе артикулирует традиционное мировоззрение партикуляризма. Эрнст Юнгер (*Ernst Jünger*) видел собственно талант Шмитта именно в построении и калибровке понятийного аппарата.<sup>81</sup> Это его достижение станет более понятным, если рассмотреть, что собственно составляет понятие «понятия». Как констатирует и сам Шмитт, формирование понятия требует больше, чем только описания употребления определённого термина: понятие должно закладываться в основу процесса познания. По этой причине Шмитт даже конвенциональному определению государства как «политического статуса народа, организованного в территориальной замкнутости» (ПП 21) отказывает в качестве понятия. В свою очередь, рассуждения Шмитта относительно того, что образует понятие, не отличаются особой ясностью и чёткостью. Он довольно туманно говорит об «исходном пункте для простого и элементарного отображения» (ПП 21), о «критерии», выводимом «не из других критериев» (ПП 26), который непосредственно и без дополнительных разъяснений «делает смысл очевидным» (ПП 26). Различение друг-враг, тем не менее, вряд ли может без дополнительных разъяснений сделать смысл очевидным, как это показывают многочисленные иные определения понятия политического.<sup>82</sup>

Более поздние исследования, например, работа Рейнхарта Коселлека (*Reinhard Koselleck*), лучше объясняют собственно заслуги шмиттовского метода образования и построения понятий. Соответственно, слова образуют и воплощают понятие, если они что-то идентифицируют и разграничивают, и при этом настолько связывают друг с другом различные феномены, накопленный опыт, теории или факты, что они становятся основой познания и знаний, которые выходят за рамки только

---

<sup>80</sup> Наивное гегельянство, находящее своё выражение в стандартном произведении германского административного права, служит показательным примером, *O. Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1895, более детально см. *R. Schmidt-De Caluwe*, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers: staatsrechtliche Grundlagen, dogmatische Ausgestaltung und deren verfassungsbedingte Vergänglichkeit* 1999, 206 и далее.

<sup>81</sup> *E. Jünger*, цит. по *R. Mehring* (сноска 10), 424.

<sup>82</sup> Критический анализ см. *H. Morgenthau*, *La notion du "politique" ...* (сноска 14), 48 и далее.

элементарного обозначения положения вещей или постановки проблемы.<sup>83</sup> Если мерить этим масштабом, то «Понятие политического» создаёт, хотя и на слабой теоретической основе, яркую и сильную терминологию: ему удаётся соединить накопленный опыт, теории и понимание в одной чёткой формуле («различение друг-враг»), артикулирующей партикуляристскую картину мира для эры, которую характеризуют массовые демократии и международная взаимозависимость.

В результате *Шмитт* в этом тексте обновляет, переформулирует и наводит фокус на основные гипотезы партикуляризма, развитые за две тысячи лет политической истории идей, для своего времени. С одной стороны, это, в частности, примат внешней политики, слабость правовой базы международного порядка, всеприсутствие сил, угрожающих жизни людей, необходимость направляющего руководства и высокой степени социальной интеграции как предпосылок внутреннего порядка. Но, с другой стороны, это также и проповедь идей доблести, самопожертвования, более тесной (со)общности, центрированной в фигуре политического *лидера*, и не в последнюю очередь неприятие механизированного, коммодифицированного и на постоянный прогресс нацеленного общества.<sup>84</sup> «Понятие политического» помогает лучше понимать те смыслы и понятия, которые в 1932-ом году, как и в 2017-ом году, характеризовали право и важные в правовом отношении практики. Большое число людей в различных государствах, включая лиц, ответственных за принятие политических решений, как представляется, стоят на позициях, близких к подобному подходу, хотя и не обязательно в его радикальной *шмиттовской* трактовке. В принципе, можно вполне признать реальность *шмиттовского* понятия в том смысле, что ему удаётся точно воспроизвести и отразить партикуляристскую картину мира.

«Понятие политического» содержит, более того, идею теоретико-познавательной реконструкции истории международного права, как истории подъёма и упадка, а не исключительно как линейного прогрессивного развития. Только немногим авторам удавалось, предложить настолько же интересное изложение истории международного права. Такие

---

<sup>83</sup> R. Koselleck, Einleitung, в: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 1, 1972, XIII, XXIII; R. Koselleck, *Vergangene Zukunft – Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 1988, 119. Такое понимание само имеет *шмиттовскую* основу, см. D. Egner, *Begriffsgeschichte und Begriffssoziologie*, в: A. Busen/A. Weiß (Hrsg.), *Ansätze und Methoden zur Erforschung politischen Denkens*, 2013, 81 и далее.

<sup>84</sup> C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*. Предисловие к итальянскому изданию 1971-го года, в: H. Quaritsch (сноска 9), 269, 271 f.; более подробно см. C. Schönberger, «Staatlich und Politisch», в: R. Mehring (сноска 25), 21.



вехи, как «*Epochen der Völkerrechtsgeschichte*» Вильгельма Греве (*Wilhelm Grewe*) или «*Gentle Civilizer of Nations*» Марти Коскенниemi (*Martii Koskenniemi*) только с трудом можно представить себе без теоретического вклада Шмунта.<sup>85</sup> В целом «Понятие политического» предстаёт в качестве источника вдохновения для многих основополагающих текстов, служащих своего рода свидетельством времени. Сегодня, это например, такие темы, как «война против террора», «еврокризис» или кризис государственных структур в Латинской Америке.<sup>86</sup> Анализ взглядов Шмунта может быть в равной степени апологетическим, как и критичным. Такой анализ не предполагает необходимость разделять его гипотезы и выводы.

#### IV. Дальнейшие перспективы

«Понятие политического» образует веку в развитии научно-правовой дисциплины, в рамках которой правовая наука в диалоге с политической теорией, историей и другими дисциплинами работает над основами публичного права и его критическим восприятием. В этих целях она содействует развитию междисциплинарного подхода, позволяя создавать свободные, эклектические и синкретичные тексты.

«Понятие политического» предлагает широкий фокус этой субдисциплины, который выходит за рамки «государства» и его «конституции» и включает в себя наднациональные и интернациональные феномены. При формулировании теоретических конструкций в области публичного права сегодня речь идёт в основном о систематизации, толковании и критике правовых проявлений публичной власти не только на национальном, но и на наднациональном и интернациональном уровне. Более того, они тесно переплетены между собой, как это сформулировано и в «Понятии политического». Сегодня будущее международного права так же национально (*A.-M. Slaughter*), как интернационально будущее национального права (*M. Goldmann*). Новый национализм едва ли в этом сможет что-то изменить. Это ставит вопрос о необходимости разработки

<sup>85</sup> *W. G. Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 1984, перевод *М. Байерца (M. Byers)* как *The Epochs of International Law*, 2000; *M. Koskenniemi* (сноска 14).

<sup>86</sup> См. источники, указанные в сноске **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, далее см. *G. Jakobs, Zur Theorie des Feindstrafrechts*, в: *H. Rosenau/S. Kim (Hrsg.), Strafrecht und Strafgerichtsbarkeit*, 2010, 182; *C. Kutz, Torture, Necessity and Existential Politics*, *Cal. L. Rev.* 95 (2007), 235; и сл. *Mayer, L'Identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande*, в: *L. Burgogues-Larsen (Hrsg.), L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, 2011, 63.

концепций единства публичного права, которые, однако, не только не отрицают фундаментальные различия его отдельных компонентов, но скорее его ясно и чётко отражают и объясняют. Соответственно требуется новый топик ключевых публично-правовых понятий (ПП 9).

В рамках данного «топика» государство уже больше не может быть единственной точкой схода формирования публично-правовых понятий, как это было выразительно обозначено в «Понятии политического». Однако, его конкретный проект не может убеждать, и служит, в конечном счёте, его националистическому этатизму. Примечательно, что первым шагом испанской правовой доктрины после падения режима диктатора Франко (*Franco*), взгляды которого были близки *шмиттовской* идеологии, заключался в том, что она избавилась от понятия *политического права* (*derecho politico*).

Но что может тогда служить в качестве точки схода? Наименование дисциплины следует понимать в программно-целевом ключе и искать эту точку схода в понятии «публичного».<sup>87</sup> Понимание аналитического фокуса предмета ведёт к понятию публичной власти, помогающему определять действия, институции и операции, которые должны были подчиняться публично-правовому юридическому режиму, который соответствует нормативным измерениям понятия «публичного». Это включает в себя государственные, наднациональные и интернациональные правовые феномены.<sup>88</sup>

Это не академическая «игра в бисер».<sup>89</sup> Существует настоятельная потребность более внимательно следовать легитимационным и регулирующим ожиданиям, связываемым с интернациональными институтами. Это необходимо для того, чтобы противостоять распространённому отчуждению по отношению к ним. Ибо такая отчуждённость кормит политические движения, которые являются близкими *шмиттовской* идеологии. У слишком большого количества граждан возникло впечатление, что они оказались в положении недееспособных и проигравших в процессе глобализации, в который международные учреждения вносят свой вклад. Они должны осуществлять

<sup>87</sup> T. Vesting, Die Staatslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, VVDStRL 41 (2004), 41 и далее, 60, 63, 70.

<sup>88</sup> H. Enroth, The Concept of Authority Transnationalised, Transnational Legal Theory 4 (2013), 336 и далее, 345; S. Cassese, Global Administrative Law: The State of the Art, ICON 13 (2015), 465 и далее; N. Krisch, The Structure of Postnational Authority, <<http://ssrn.com>>.

<sup>89</sup> Противоположное мнение см. P. Kunig, Völkerrecht als öffentliches Recht – ein Glasperlenspiel, в: A. Randelzhofer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, 325.

свою компетенцию в более легитимном и эффективном ключе, и соответственно, транспарентно и доступно реализовывать общий интерес с привлечением непосредственно заинтересованных лиц.<sup>90</sup> Именно это - исходный код либерально-демократического публичного права.

Понятием «публичное» можно охватить, кроме того, важную тенденцию, направленную против *имиттовского* «Понятия политического» и в пользу кооперативного международного права, основанного на сотрудничестве. Именно общественно-правовое мышление рекомендует искать публичность, которая является носителем такого права. В настоящее время существует транснациональная и даже глобальная публичность, которые хотя и не заменяют столь близкие сердцу *Шмитта* национальные общности, но, во всяком случае, дополняют и даже трансформируют их.<sup>91</sup> Несмотря на то, что выраженное в «Понятии политического» мировоззрение вновь находит широкий отклик и популярность, даже самый последовательный сторонник партикуляризма едва ли поставит сегодня под сомнение универсалистский постулат *Канта*, что нарушение права в одном месте Земли может повлечь за собой серьезные последствия и самомобилизацию повсюду.

И, все же, «Понятие политического», как и прежде, поднимает непростые вопросы относительно любой публичности, любой публичной власти, любого публичного права. Неприятие *имиттовского* партикуляризма не должно вести к полному отрицанию его заслуг и достижений как исследователя. Среди его исследовательских результатов глубокая неоднородность мировоззрений, интересов и идентичностей, опасность проникновения партикуляристских тенденций в якобы универсальные институты,<sup>92</sup> отчуждающая бюрократическая деполитизация процесса преследования «общего блага», неотвратимость конфликтов, порождающих победителей и побеждённых. Всё это

<sup>90</sup> К вопросу о комплексном понятии интернационального «общего блага» см. *J. Steffek*, The Output Legitimacy of International Organizations and the Global Public Interest, *International Theory* 7 (2015), 263; *J. Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2017, 117 и далее.

<sup>91</sup> *M. Zürn/M. Ecker-Ehrhardt*, Politisierung als Konzept der Internationalen Beziehungen, в: *M. Zürn/M. Ecker-Ehrhardt* (Hrsg.), *Die Politisierung der Weltpolitik*, 2013, 7; *P. A. Furia*, Global Citizenship, Anyone? Cosmopolitanism, Privilege and Public Opinion, *Global Society* 19 (2005), 331 и далее. Многочисленные примеры и доказательства этому можно найти в подробных исследованиях, опубликованных в: <[www.WorldPublicOpinion.org](http://www.WorldPublicOpinion.org)>; для США см. Council on Foreign Relations, US Opinion on International Institutions, доступно в: <<http://www.cfr.org>>.

<sup>92</sup> По вопросу о значении и ценности многообразия см. *J. Habermas*, Im Sog der Technokratie: Ein Plädoyer für europäische Solidarität, в: *J. Habermas*, Im Sog der Technokratie, 2013, 104 и сл.

показывает, что развитие мирового сообщества должно конструироваться, в том числе, вместе с людьми, которые разделяют *шмиттовский* взгляд на мир.

Тем не менее, слабости рассматриваемого подхода *Шмитта* в «Понятии политического», в конечном счёте, вдохновляют к тому, чтобы и дальше последовательно преследовать развитие проекта международного публичного права на принципах транснационального общего блага и демократического участия против сфокусированной на национальном государстве - можно сказать националистической - встречной реакции. Уже после Второй мировой войны свободно-демократический конституционализм одержал верх над *шмиттовскими* представлениями о правилах и порядке. Естественно, такая победа никогда не окончательна, как тому учит современность. Но из понятия политического сложно вывести аргумент в пользу того, чтобы сегодня на государственном, наднациональном или интернациональном уровне полностью забыть эту модель порядка. Скорее, пожалуй, следовало бы и дальше заниматься ей в свете зёрнышек правды, которые в ней сверкают.