

Произведение Карла Шмитта «Состояние европейской правовой науки»

Райнхард Меринг*

* Райнхард Меринг – доктор права, профессор Педагогического Университета, г. Гейдельберг.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству *Бек* и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **R. Mehring: Carl Schmitts Schrift "Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft"** в: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, (ZaöRV)* 2016, 451 и далее.

Переработанный текст научного доклада, прочитанного по предложению и приглашению *Армина фон Богданди* 20 июня 2017 года в Гейдельбергском Институте Макса Планка международного и сравнительного публичного права. Работа «Состояние европейской правовой науки» цитируется здесь по изданию, перепечатанному в *шмиттовском* сборнике «*Verfassungsrechtliche Aufsätze: Materialien zu einer Verfassungslehre*» (Berlin, 1958) - сокращённо VRA. Более подробно о представленной здесь общей позиции см. *R. Mehring, Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*, 2009; *R. Mehring, Carl Schmitt zur Einführung*, 1992, 5. Aufl. 2017; *R. Mehring, Carl Schmitt: Denker im Widerstreit. Werk-Wirkung-Aktualität*, 2017.

Содержание:

Резюме	73
I. Различные редакции текста	75
II. Шмиттовская история правовой науки	80
III. Анализ структуры работы	85
IV. Первые реакции	93

Резюме

Работа «Состояние европейской правовой науки» хорошо подходит для начального знакомства с юридическим творчеством *Шмитта*. Юрист найдет здесь то, что ожидает и что он действительно может также использовать как противоядие от чрезмерно специализированной правовой догматики: европейское образование, историческую дистанцию и актуальность. Для юриста *шмиттовская* краткая история инструментализации «легальности» и его сомнения по поводу значительного «ускорения» (законодательных) процедур предстают хорошо известными, а тезис о «моторизованном законодателе» (VRA: 404) — вполне оправданным. А когда у него ещё и заходит речь о «вытеснении законов распоряжениями» (VRA: 404) и произносится слово «указ», это легко ассоциируется с «кризисным режимом в ЕС» или с «Трампом». Также с политической точки зрения может показаться, что эта работа *Шмитта* вовсе не является проблематичной и затрагивает вполне актуальную проблематику. Она воздерживается от спекулятивных ответов и герметичных правовых понятий, затрудняющих восприятие, и остаётся неослабевающе свежей и увлекательной.

Однако подобный относительно беспроblemный и неотягощённый, прямо-таки незамысловатый подход к такому автору, как *Шмитт*, призывает к осторожности и требует активизации встречных герменевтических усилий. При освоении данной работы сегодня можно под углом объективной герменевтики абстрагироваться равным образом от личности её автора и истории возникновения, и воспринимать и актуализировать эту работы в её центральных тезисах независимо от контекста, словно она была написана вчера или сегодня. Не следует стремиться понять произведение точно так же как автор или даже лучше него самого. Мы должны переводить «классиков» на наш язык и в нашу академическую обстановку. Понятия «разум», «дух» или также «право» должны концептуализироваться по-новому и по-другому. Различные «измы» отрываются от специфических контекстов их возникновения. Например, «идеализм» ныне предстаёт и понимается иначе, чем во времена Платона. И в этом смысле, сегодня можно, выражаясь несколько

утрированно, строить аргументацию в духе Платона или даже быть сторонником его учения, не цитируя самого Платона.

Подобное абстрагирование особенно необходимо в отношении такого автора, как *Шмитт*, в чьих сочинениях встречаются неоднозначные и проблематичные резоны и мотивы. Здесь следует действовать весьма взвешенно и избирательно. Для актуализации некоторых выдвинутых *Шмиттом* тезисов можно было бы с прагматической точки зрения просто отказаться от прямых ссылок на него. После 1945 года *Шмитт* сам неустанно советовал это своим последователям: он рекомендует им избегать недоразумений и не усложнять их собственную карьеру упоминанием его имени. Тот, кто цитирует *Шмитта*, неизбежно встаёт перед необходимостью давать дополнительные объяснения и обоснования, выходящие за рамки стандартной систематической аргументации. Он как бы открывает второй фронт на минированной территории, по которой следует двигаться лишь с большой осторожностью. Поэтому нередко целесообразно элементарно избегать ссылок на *Шмитта* или чётко обозначать избирательное обращение к определённым тезисам как таковым. Кто не расположен отказываться от этого и так сказать в наступательном ключе прямо ссылается на *Шмитта*, тому следует контролировать свои ссылки в историческом контексте и более пристально осмысливать то, что данный автор – мастер политической полемики и изощрённый стратег ведения дискурса – в своё время в действительности связывал со своими тезисами. В противном случае любая «объективная» герменевтика, отказывающаяся от исторической подстраховки, легко попадает в ловушку дискурсивного стратега. Более того, прямо-таки сама собой напрашивается максима, проявлять тем большую осторожность в обращении со *шмиттовскими* текстами, чем более академичными и непроблематичными они кажутся.

Шмиттовское «Состояние европейской правовой науки» настоятельно призывает к историческому «дистанцированию» и строгой историзации. Чтобы, так сказать, подготовить путь для приемлемой и разумной актуализации, в дальнейшем изложении предпринята попытка такой историзации. С этой целью после вводных замечаний к истории написания и публикации данной работы будут кратко изложены более ранние версии истории правовой науки, предложенные *Шмиттом*. Особое своеобразие описанной в данной работе модели по сравнению с более ранними вариантами будет выявлено в ходе детального анализа её структуры и построения аргументации, прежде всего в соотнесении с позицией *Савиньи* как парадигмой исторического дистанцирования. *Шмиттовская* идентификация с *Савиньи* читается при этом как автобиографическая легенда с целью реинтерпретации политического прошлого, которая

сбивала с толку уже первых читателей работы, как например, Эрнста Рудольфа Хубера (*Ernst Rudolf Huber*).

I. Различные редакции текста

С расширением театра военных действий, последовавшим вслед за началом кампании против России и вступлением в войну США, национал-социалистская публицистика Шмитта затихла. Он уже тогда понимал, что его концепция национал-социалистского «порядка больших пространств» (*Großraumordnung*) в Центральной Европе потерпела неудачу и что исход мировой войны, вероятно, решится в зависимости от того, кто будет владеть воздушным пространством. Поэтому уже работа «Земля и море» (*Land und Meer*) в конце 1942 года отметила его разрыв с «международно-правовой» апологией национал-социализма и переориентацию на «апокалиптическое» видение современности как чрезвычайной ситуации. После 1945 года Шмитт как автор, серьезно дискредитировавший себя сотрудничеством с национал-социализмом, сначала попал под запрет публиковать свои работы. С основанием Федеративной Республики Германии он планировал на 1950 год свой публицистический «камбэк» выпуском сразу четырех монографий. Для начала он выступил как юрист с брошюрой «Состояние европейской правовой науки» (*Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*), затем выпустил небольшие работы «Доносо Кортес в общеевропейской традиции» (*Donoso Cortés in gesamt-europäischer Tradition*) и «Ex Captivitate Salus», написанные в идейно-историческом и автобиографическом ключе. Наконец, он хотел увенчать свой камбэк в конце 1950 года большой итоговой монографией по истории международного права «Номос земли в международном праве европейского публичного права» (*Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*).

В то время Шмитт ещё надеялся, что с помощью такого публицистического наступления он сможет восстановить свою репутацию ведущего теоретика «правого интеллектуализма» и свою роль в «европейском» политическом дискурсе. 8 февраля 1950 года, за несколько недель до публикации работы он записал в своём «Глоссарии»:

«Экзамен на камбэк Хайдеггер (*Heidegger*) сдал на оценку «удовлетворительно с плюсом» (для обеих сторон); Готфрид Бенн (*Gottfried Benn*; известный немецкий эссеист и поэт-экспрессионист - прим. Дайджеста) - на «отлично»; Эрнст Юнгер

(*Ernst Jünger*; герой Первой мировой войны, военный писатель и эссеист - прим. Дайджеста) позорно провалился. Подождём, какой результат покажу я».¹

Бенн с осени 1948 года опубликовал целый ряд работ и сборников стихов. Кроме этого, Шмитт имеет здесь ввиду, прежде всего, «Лесные тропы» Хайдеггера (*Heidegger «Holzwege»*) и «Излучения» Юнгера (*Jünger «Strahlungen»*). Тогда у Шмитта ещё не было каких-либо определённых ожиданий относительно публичной реакции на его «камбэк». Но уже несколько недель спустя, 21 мая 1950 года, после выхода первых рецензий он отметил, в известной степени с разочарованием, недовольством и удивлением:

«Европейская наука о праве? - Где есть она, что есть она? И если у неё ещё осталась честь, то это мной она хранима» (*Эмпедокл*). Только бы не написать этому д-ру Левальду², этому изысканно-благородному душителю. *Non decet scribere ei qui vult proscribere*.³

Фраза на латыни переводится так: «Не приличествует писать тому, кто хочет объявить кого-то вне закона». Шмитт обращается здесь к отрицательной рецензии в журнале «*Neue Juristische Wochenschrift*», озаглавленной «*Карл Шмитт redivivus*», и цитирует фрагмент из драмы Гёльдерлина «*Эмпедокл*». Идентификация с *Эмпедоклом* наполнена конгениально-трагическим глубокомыслием, ведь legislator и царь философов досократовской эры, изгнанный народом, бросился в кратер Этны. Гёльдерлин поэтически запечатлел это так:

«И ты, взыскующий, в желаньи / Низвергаешься в пламя Этны
... / И всё же свят ты мне, как власть земли, / Тебя забравшей
прочь, бесстрашный убиенный! / Последовать герою ... хотел бы
я» (перевод – Дайджеста).⁴

¹ C. Schmitt, Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958, hrsgg. von G. Giesler/M. Tielke, 2015, 226: «Heidegger besteht die Probe des Comeback mit dem Prädikat: vollbefriedigend nach beiden Seiten; Gottfried Benn ganz großartig; Ernst Jünger fällt elend durch. Warten wir ab, wie ich abschneide.»

² W. Lewald, Carl Schmitt redivivus, в: NJW 3 (1950), 377.

³ C. Schmitt (сноска 1), 230: «Die europäische Rechtswissenschaft? Wo ist sie und wer ist sie? Und hat sie Ehre noch so ist's von mir. Schreib nur nicht diesem Dr. Lewald, dem edelfeinen Abwürger. Non decet scribere ei qui vult proscribere.»

⁴ Hölderlin, Sämtliche Werke, hrsgg. von N. v. Hellingrath, 3. Aufl. 1943, Bd. III, 19: «Und du in schauerndem Verlangen / Wirfst dich hinab in des Aetna Flammen / [...] Doch heilig bist du mir, wie der Erde Macht, / Die dich hinwegnahm, kühner Getöteter! / Und folgen möchte' ich [...] dem Helden.»

Уже скоро *Шмитт* начнёт сравнивать реакцию на своё сочинение с «охотой на ведьм» и для поддержки духа «не без пользы перечитывать изданное в 1631 году «*Cautio criminalis*: Предостережение обвинителей или О процессах против ведьм» графа *Шнее (Spee)*.⁵

Его работа «Состояние европейской правовой науки» впервые была издана в марте 1950 года в виде отдельной брошюры в международном университетском издательстве Тюбингена. В 1958 году она была повторно опубликована в сборнике «*Статьи по конституционному праву*» (*Verfassungsrechtliche Aufsätze*) с кратким комментарием об истории написания и пояснениями об отношении *Савиньи* и *Гегеля*. Руководителем небольшого тюбингенско-швабского издательства был *Серж Майвальд (Serge Maiwald)*, единственный близкий ученик *Шмитта*, защитивший у него диссертацию в Берлине, и намеревавшийся там же написать хабилитационную работу. *Майвальд* издавал в это время также и журнал *Universitas*, в котором появились несколько первых послевоенных публикаций *Шмитта*. *Майвальд* был для *Шмитта*, таким образом, важным организатором его литературного камбэка, однако он умер в молодом возрасте в 1952 году; в своей жизни *Шмитт* написал некролог только ему.⁶

Относительно истории создания работы *Шмитт* подчеркивает (VRA, 426), что текст неоднократно был прочитан в качестве «доклада» в Бухаресте, Будапеште, Мадриде и Коимбре в 1943–1944 годах на немецком, испанском и французском языках, и что первоначально она должна была быть издана к 60-летию *Йоханнеса Попица (Johannes Popitz)* в декабре 1944 года. В период национал-социализма *Попиц* был министром финансов Пруссии. После покушения 20 июля 1944 года (имеется в виду покушение на Адольфа Гитлера – прим. Дайджеста) он был арестован как один из заговорщиков и повешен 2 февраля 1945 года в *Плётцензее (Plötzensee)*. То, что юбилейный сборник действительно планировался, подтверждается перепиской этого периода с издателем *Вернером Вебером (Werner Weber)*, сохранившейся в архиве *Шмитта*.⁷ Характер взаимоотношений *Шмитта* и *Попица*, судя по известным источникам, не совсем ясен. Однако, несомненно, верно то, что и в последние годы войны *Шмитт* все ещё сохранял довольно тесные отношения с *Попицем*. Так, в конце 1943 года, после того, как семья

⁵ *C. Schmitt* (сноска 1), 232.

⁶ *C. Schmitt*, Zum Gedächtnis an Serge Maiwald, в: *Zeitschrift für Geopolitik* 7 (1952), 447 и сл.; переиздано в *C. Schmitt, Frieden oder Pazifismus*, 2005, 872 и далее.

⁷ По данному вопросу см. мои заметки в: *C. Schmitt. Aufstieg und Fall*, 2009, 414 и далее, 434 и далее; о *Попице* см. в одной из последних работ *A. Nagel, Johannes Popitz. Görings Finanzminister und Verschwörer gegen Hitler*, 2015.

Шмитта и его дом подверглись бомбардировке, тот пригласил его на несколько дней жить к нему. Насколько известно, *Попица* тогда не предпринял попытку посвятить *Шмитта* в круг заговорщиков. И насколько мы знаем, также *Шмитт* никогда не утверждал этого, даже в тот момент, когда после смерти *Попица*, посвятил ему свои «*Статьи по конституционному праву*» и тем самым до некоторой степени инструментализировал его имя для легенды об эзотерической оппозиционности своих сочинений после 1936 года.

Касаясь соотношения текстов докладов и опубликованного текста брошюры, можно констатировать следующее. В своих комментариях к истории создания текста (VRA, 426) *Шмитт* указывает на публикацию или частичную публикацию доклада 1944 года на венгерском языке. Возможно, некоторые версии доклада сохранились в архиве *Шмитта*. О своих поездках с выступлениями *Шмитт* был обязан отчитываться университетскому руководству. Эти отчёты выхолащивают его национал-социалистическую миссию, поэтому их следует читать с осторожностью. Вот что он пишет в отчёте о докладе в Бухаресте:

«Темой доклада на юридическом факультете в Бухаресте было «Влияние юристов на формирование европейского духа». (...) В моём выступлении я показал, что европейская правовая наука возникла как наука в борьбе с теологией и что сегодня она вынуждена защищаться от нигилистической технизации. В этом положении между теологией и техникой я увидел параллель с нынешним состоянием самого европейского духа. В частности, я указал на *Савиньи* как на великого европейского и одновременно немецкого юриста. Та часть аудитории, которая следила за моими рассуждениями, хорошо их поняла, насколько я мог узнать из сообщений бухарестских газет и последующих бесед. Масса же слушателей, напротив, вообще не понимала немецкий язык и, как казалось, собственно даже не идентифицировали имена, вроде *Савиньи*. В результате этого я мог лишь с большим напряжением дочитать доклад до конца. Но я понимал, что нахожусь в месте, которое до сих пор, на протяжении двух поколений, было важнейшим каналом для культурного проникновения Франции в Румынию, и осознавал возможность впервые преодолеть силу этой французской традиции. Только осознание этого помогло мне продержаться в очень сложной для оратора ситуации.»⁸

⁸ Universitätsarchiv HU-Berlin, Personalakte PA Carl Schmitt 159a, Bl. 46 и сл.; см. С. *Tilitzki*, Vortragsreisen Carl Schmitts während des Zweiten Weltkriegs, в: *Schmittiana* 6 (1998), 191 и далее.

Вариант Бухарестского доклада *Шмитта* построен аналогично докладу «Формирование французского духа легистами» (*Die Formung des französischen Geistes durch die Legisten*), с которым он, выполняя схожую культурно-политическую миссию, выступил в Париже. В нём *Шмитт* защищал националистический гегемонизм и подчеркивал превосходство «германской правовой теории», ссылаясь на *Гегеля* и *Савиньи*. То, что он говорит в докладе о промежуточной «позиции» или положении правовой науки «между теологией и техникой» и о *Савиньи*, закладывает основу последующей публикации. Сохранился машинописный текст осени 1944 года, который *Шмитт* отправил для публикации в юбилейном сборнике *Поптитца*. Он был обнаружен в архиве *Рудольфа Сменда* (*Rudolf Smend*), и его существенные различия от печатной версии 1950 года были аннотированы в издании переписки *Шмитта* и *Сменда*.⁹ Например, замечания *Шмитта* о «дистанцировании», «убежище» и «крипте» правовой науки являются более поздней вставкой. Но в первую очередь, машинопись 1944 года имела другое окончание. Так, *Шмитт* среди прочего писал:

«Закончить я хотел бы признанием. Подлинная тайна великого прорыва к науке о праве, произошедшего в 1814 году, заключается в союзе научного духа с пробужденным войной сознанием новой и молодой силы. Также и в страданиях нынешней мировой войны будут возникать новые ростки научного духа. Даже в грохоте баталий механизмов и атак с воздуха они сумеют найти таинственную тишину, необходимую для их роста, и однажды распустят свои лепестки и принесут свои плоды. Именно эту веру, а не программу раскопок, я и черпаю из призыва *Савиньи* к правовой науке. Дух европейской науки о праве обратится к самому себе, и гений, который не оставил нас в ужасах прошлых столетий, спасёт нас и в этой мировой войне.»

Этот вывод по своему смыслу соответствует общим заключениям в других публикациях *Шмитта* времён войны, в которых референтный автор сменяется с *Вергилия* на *Гельдерлина*.¹⁰ *Шмитт* всегда вёл точный учёт того, кому и какие машинописные и рукописные тексты он давал.¹¹ Так, известно, что в период до окончания войны он давал машинописный вариант *Эрвину фон Бускерату* (*Erwin v. Beckerath*) и *Рудольфу Сменду*,

⁹ R. Mehring (Hrsg.), “Auf der gefährlichen Straße des öffentlichen Rechts ...” Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921-1961, 2. Aufl. 2012, 113 и далее.

¹⁰ См. по данному вопросу R. Mehring, Carl Schmitt: Denker im Widerstreit, 2017, 320 и сл.

¹¹ Landesarchiv NRW, Abteilung Rheinland, Standort Duisburg, Nachlass Carl Schmitt, RW 265-19600.

Густаву Вальцу (Gustav Adolf Walz) и Вольфгангу Зиберту (Wolfgang Siebert), а в послевоенный период, в 1948 году, - Сержу Майвальду, Эрнсту Форстхоффу (Ernst Forsthoff) и другим. Около ста экземпляров печатной версии 1950 года он подарил коллегам и друзьям, в том числе и за границей. Таким образом, историю создания текста и ближайший круг адресатов публикации можно до некоторой степени прояснить. Естественно, Шмитт не везде читал этот свой объёмный трактат целиком. Строгой тождественности между его докладами 1943–1944 годов и публикацией 1950 года нет. Однако нельзя говорить и о значимой преднамеренной фальсификации текста. Шмитт ослабил гегемонистскую миссию своего текста, придал обращению к Савиньи более умеренный и консервативный оттенок. Тем не менее, с точки зрения авторского права, сегодня, видимо, можно говорить об относительной идентичности текста 1950 года с теми редакциями, которые легли в основу сделанных Шмиттом докладов.

II. Шмиттовская история правовой науки

Шмитт постоянно разрабатывал комплексные исторические генеалогии. При этом он придерживался своего собственного канона, противоположного канону мейнстрима. Реферируемые им авторы, выступали для него аргументами, посредством которых он маркировал «идейно-исторические» констелляции, этапы и линии агональных конфликтов.¹² Схематично можно выделить три основные линии: линию теории государства Нового Времени, начиная от *Бодена (Bodin)* и *Гоббса (Hobbes)* до *Гегеля*; линию «органической» теории государства, от *Гегеля* через *Лоренца фон Штейна (Lorenz von Stein)*, *Гнейста (Gneist)* и *Гирке (Gierke)* до *Сменда*; линию механистически-нормативистской правовой теории от *Лабанда (Laband)* до *Аншютца (Anschütz)* и *Кельзена (Kelsen)*.

В своей истории различных понятий «диктатура» он впервые проработал эти линии на материале первоисточников. Строгая «канонизация» линейных построений начинается в этом случае в 1922/1923 годах с «*Политической теологии*» (*Politischen Theologie*) и «*Идейно-исторического состояния современного парламентаризма*» (*Geistesgeschichtlichen Lage des heutigen Parlamentarismus*). Альтернативистское различие между «органической»

¹² По вопросу о политике Шмитта в отношении канонов см. *R. Mehring* (сноска 10), 37 и далее, 337 и далее.

и «механистически-нормативистской» линией предлагает в 1930 году брошюра о Гуго Пройсе (*Hugo Preuß*) и его месте в германском учении о государстве.¹³ «*Политическая теология*» вводит противопоставление децизионизма и нормативизма, Гоббса и Кельзена — в качестве начала и конца государственно-правовой теории Нового Времени. Впоследствии «*Легальность и легитимность*» усиливает критику легализма и позитивизма. В национал-социалистский период Шмитт в 1934 году в своей работе «*О трёх видах научно-правового мышления*» к этому добавляет «мышление конкретного порядка и регулирования», авторство которого он приписывает Гегелю и политико-правовые основания и идейно-исторические контуры которого мы здесь подробно не рассматриваем.

Работа «*О трёх видах...*» вышла весной 1934 года. Впоследствии летом 1934 года с выходом статьи «*Фюрер защищает право*» (*Der Führer schützt das Recht*) шмиттовская национал-социалистская догматика меняется. Уже длительное время нами отстаивается тезис, что эта статья означала поворотный момент в тогдашней публицистике Шмитта и ознаменовала изменение стратегии в его апологии национал-социализма.¹⁴ В этот период Шмитт похоронил свою первоначальную надежду на способность национал-социализма существовать в рамках конституции, перешёл от оптики «нормального состояния» на апокалиптическую оптику «исключительного положения» и переориентировался с юридико-институционального оправдания национал-социализма на антисемитские интерпретации. Ключевым понятием становится для него здесь «непосредственная» справедливость («*unmittelbare*» *Gerechtigkeit*). Она характеризует «право чрезвычайных государственных полномочий» (*Staatsnotrecht*) в условиях «исключительных ситуаций», противопоставляемого управлению на началах правового государства в нормальных ситуациях. Шмитт пишет:

«Фюрер защищает право от наиболее скверного злоупотребления, когда он в силу своего положения и роли вождя

¹³ Вновь перепечатано в виде приложения к: *C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung*, 5. Aufl. 2016; см. также *C. Schmitt, Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes*, в: ARSP 30 (1937), 622 и далее.

¹⁴ По данному вопросу см. *R. Mehring, Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, 2009, 351 и далее; к предшествующим «институциональным» попыткам осмысления см. *R. Mehring, Vom Staatsrat zum Führerrat? Carl Schmitts Staatsrat-Projekt 1933*, в: *R. Mehring (сноска 10)*, 80 и далее.

в момент опасности непосредственно создаёт право как высший судья».¹⁵

В этот период Шмитт похоронил имманентную логику особого правового кода и разделения морали, политики и права и признал национал-социализм как персоналистское «государство вождя». Оперативно он дополнительно разработал историю понятия «правовое государство» и провёл различие между легалистским правовым государством и персоналистским «государством справедливости» (*Gerechtigkeitsstaat*). Возможно и скорее даже наиболее вероятно, что он, как и его берлинский коллега и соратник по национал-социализму *Карл Август Эмге* (*Carl August Emge*), видел это «государство вождя» в качестве диктаторского и террористического Левиафана и соответственно не питал особых иллюзий по поводу обеспечения правовых гарантий безопасности и порядка в рамках этой системы. По этой причине он радикализировал также свои изобличения внутри- и внешнеполитических врагов, и в 1935–1936 годах он написал свои самые чудовищные тексты. С крайним цинизмом он погрузился отныне в апологию террористического государства и при этом проводил границы различения между другом и врагом не в последнюю очередь антисемитски.

Так например, принятие так называемых Нюрнбергских расовых законов он приветствовал статьёй в «*Deutsche Juristen-Zeitung*» с чудовищным названием «*Конституция свободы*» (*Die Verfassung der Freiheit*) - причём непонятно, почему эта статья не вызвала столько же порицаний, как и работа «*Фюрер защищает право*»¹⁶ - и организовал собственную конференцию на тему «О еврействе в науке о праве». Свою крайне националистически ориентированную историю правовой науки - как она находит отражение в его «*О трёх видах научно-правового мышления*» - Шмитт теперь дополняет сильным антисемитским

¹⁵ *C. Schmitt*, Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934, в: *Deutsche Juristen-Zeitung* 39 (1934), Sp. 945 и далее; здесь цитируется по переизданию в: *C. Schmitt*, Positionen und Begriffe, 1940, 199 и далее, 200. В качестве аргументов Шмитт ссылается на революционную оборону, чрезвычайные полномочия, эпохальное изменение легитимности и конституции, обосновывая также ограничение осуществления противозаконного «непосредственного правосудия» (*unmittelbare Gerichtsbarkeit*) по сроку и объёму «периодом трёх дней» (РВ 202). В буквальном смысле в статье Шмитт требует возвращения к легальности *status quo ante*. Но политически он понимал иллюзорность этого и рассматривал «государство вождя» (*Führerstaat*) с его «непосредственной» (юридически не обеспеченной позитивным правом) справедливостью как исключительное положение.

¹⁶ *C. Schmitt*, Die Verfassung der Freiheit, в: *Deutsche Juristen-Zeitung* 40 (1935), Sp. 1133 и далее.

кодированием теоретической мысли о законе и законах, начиная со *Спинозы* и кончая *Лабандом* и *Кельзенем*.

Он постоянно «национализирует» собственную историю правовой науки. При этом её развитие в Германии он противопоставляет аналогичному развитию, прежде всего, во Франции и Англии. Его рецензионный сборник «*Поворот к дискриминационному понятию войны*» (*Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*) также национально кодирован.¹⁷ Эта национализация правового сознания обнаруживается также и в «*Номосе земли*» (*Nomos der Erde*). «Децизионизм» и этатизм *Шмитта* ассоциирует с «земным» и континентальным «французским духом», а универсалистский «нормативизм» — с «морским» мышлением англосаксонской традиции. В начале 1940-х годов он выводит превосходство «германской» правовой доктрины, со ссылкой на *Гегеля*, в частности в своих крупных работах «*Германское общее государственное право как пример формирования системы науки о праве*» (*Das "allgemeine deutsche Staatsrecht" als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung*) или «*Формирование французского духа легистами*» (*Die Formung des französischen Geistes durch den Legisten*).¹⁸ Эти сочинения, несомненно, интересны проведёнными в них линиями истории науки. Результаты этих исследований нашли вхождение также в обобщающий труд «*Состояние европейской правовой науки*». Причём следовало бы более подробно рассмотреть, почему *Гегель* как центральный референтный автор внезапно заменяется здесь у *Шмитта* ссылками на *Савиньи*, а затем в 1958 году так же неожиданно отсылка к *Савиньи* уступает место его комментарию о взаимоотношениях между *Савиньи* и *Гегелем*. Для более подробного исследования, какие предварительные работы над материалами-первоисточниками вошли в брошюру 1950 года, следует ещё внимательнее рассмотреть *шмиттовскую* историю правовой науки с 1934 года.

После своей работы «*О трёх видах научно-правового мышления*» *Шмитт* опубликовал целый ряд небольших статей, в основном в «*Deutschen Juristen-Zeitung*» или «*Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*», в которых профилирование истинного «национал-социалистского правового мышления»¹⁹ связывалось с историческими рефлексиями

¹⁷ *C. Schmitt*, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, 1938.

¹⁸ *C. Schmitt*, *Das "allgemeine deutsche Staatsrecht" als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung*, в: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 100 (1940), 5 и далее; *C. Schmitt*, *Die Formung des französischen Geistes durch den Legisten*, в: *Deutschland-Frankreich. Vierteljahresschrift des Deutschen Instituts Paris* 1 (1942), 1 и далее.

¹⁹ См. по данному вопросу *C. Schmitt*, *Nationalsozialistisches Rechtsdenken*, в: *Deutsches Recht* 4 (1934), 225 и далее; *Faschistisches und nationalsozialistisches Rechtsdenken*, в: *Deutsche Juristen-Zeitung* 41 (1936), Sp. 619 и сл.

на «путь германского юриста».²⁰ Шмитт написал также несколько интересных статей, которые можно рассматривать в качестве теоретико-правовых исследований продолжающейся утраты формы и паралича кода легальности. Здесь следует назвать, например, хотя бы статью «Кодификация или новелла?»²¹ или его значимую работу «Сравнительный обзор новейшего развития проблемы делегирования законодательных полномочий» 1936 года, включённую также и в сборник «Позиции и понятия» 1940 года. Разрушение и паралич кода легальности Шмитт подверг, таким образом, весьма комплексному анализу, в том числе в сравнительной европейской перспективе. Выявленное изменение и утрату значения «легальности» он связал с поворотом к новому «типу» юриста и «правоохранителя» (*Rechtswahrer*). Подобный поворот от формы легальности права к характерному образу и типу судьи и юриста был выведен, сделанным уже в более ранней работе «Закон и приговор»²² на основе исследования школы «свободного права».

Я не хотел бы тем самым утверждать, что шмиттовскую историю науки о праве следует понимать в первую очередь как постановку диагноза проблемы и что в ней очень рано юридические презумпции были перенесены из области законодателя и модуса легальности на «чувство справедливости» профессиональных юристов.²³ Однако Шмитт постоянно объяснял предложенную им деструкцию модуса легальности как результат аналитического исследования. При этом он всегда придерживался аргументации в стиле «активного нигилизма»: «Что падает, то нужно ещё толкнуть!» (цитата из Ницше – прим. Дайджеста). Эмпатическая речь Шмитта о «сдерживателе» и «катехоне» (удерживающей силе - прим. Дайджеста) приобретает свой пафос, а также и неубедительность из отрицания радикализирующего обострения, усиления и ускорения разрушительных тенденций, которые он формулирует с его отточенной логикой и риторическим мастерством. При этом его интеллектуальной ловкости никак нельзя отказать в определённой трагичности: рационализирующий, принципиальный и систематизирующий взгляд Шмитта был способен разглядеть лишь разрушительные тенденции. Тем самым, он почти неизбежно становился

²⁰ По данному вопросу, например, C. Schmitt, Der Weg des deutschen Juristen, в: Deutsche Juristen-Zeitung 39 (1934), Sp. 691 и далее; Die geschichtliche Lage der deutschen Rechtswissenschaft, в: Deutsche Juristen-Zeitung 41 (1936), Sp. 15 и далее; Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes, в: Deutsches Recht 6 (1936), 181 и далее.

²¹ C. Schmitt, Kodifikation oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung, в: Deutsche Juristen-Zeitung 40 (1935), Sp. 919 и далее.

²² C. Schmitt, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, 1912.

²³ По данному вопросу см. E.-W. Böckenförde, Vom Ethos der Juristen, 2010.

«ускорителем поневоле».²⁴ Именно этот трагизм и нелогичность он обсуждает у *Савиньи* и *Гегеля*, с которыми он себя идентифицирует. Со всей вероятностью, самопровозглашённый «сдерживатель», спрашивал сам себя также часто, а не является ли он собственно «ускорителем».

III. Анализ структуры работы

1. Ключевой смысловой момент идентификации с *Савиньи*

Сочинение «*Состояние европейской правовой науки*» предваряет разработку «*Номоса земли*». К тому времени *Шмитт* давно считал войну проигранной. Параллельно он работал над своим докладом «*Доносо Кортес в общеевропейской интерпретации*» (*Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation*).²⁵ В этот период он довольно гибко переориентируется с «Германии» на «Европу». Однако, поскольку его «теория большого пространства»²⁶ — во всяком случае с 1939 по 1942 год — взывала и обосновывала «германскую Центральную Европу», семантический сдвиг не был слишком большим: нацистская Германия оккупировала для себя Европу, немецкая наука стремилась быть европейской. При этом если *Доносо Кортес* был тем автором, с которым он себя идентифицировал уже в 1920-х годах, то теперь место *Гегеля* внезапно занимает *Савиньи*. В этот период *Шмитт* расширяет свой «кабинет зеркал»: сюда добавляются *Витория (Vitoria)*²⁷ и *Токвиль (Tocqueville)*.²⁸ Гораздо важнее, чем отдельные случайные идентификационные маски, является для *Шмитта* при этом историческая параллельность ситуации. В качестве исторических параллелей ему служат, прежде всего, три эпохи: позднеантичный период раннего христианства, который *Шмитт* называет «большой параллелью»; раннее Новое время как переход от конфессиональных гражданских войн к светской государственности; и период в районе 1848 года — эпохи поражения буржуазной революции

²⁴ C. Schmitt, Beschleuniger wider Willen oder: Problematik der westlichen Hemisphäre, в: *Das Reich*, vom 19. April 1942, 3 и далее.

²⁵ C. Schmitt, Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation, в: *Die neue Ordnung 3* (1949), 1 и далее; перепечатано в: C. Schmitt, Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation, 1950, 80 и далее.

²⁶ C. Schmitt, Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht, 1939, 4 mehrfach erw. Aufl. bis 1942.

²⁷ C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, 1950, 69 и далее.

²⁸ C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus*, 1950, 25 и далее.

в Германии, упадка немецкого идеализма и поворота к позитивизму, материализму и натурализму.

Поражение революции 1848 года *Шмитт* рассматривал как историческую катастрофу и негативный поворотный момент национальной истории. Тем не менее, в отличие от *Рудольфа Сменда* он не следовал позитивной утопии гражданского общества. Такая категоричная оценка неудачи 1848 года собственно едва ли может быть понята в рамках его понимания истории. В любом случае, текущее «духовно-историческое» состояние постоянно находило отражение у *Шмитта* в призрачных перспективах целой когорты авторов эпохи 1848 года: *Доносо Кортеса*, *Лоренца фон Штейна*, *Карла Маркса*, *Бруно Бауэра*, *Юлиуса Сталя*, *Алексиса де Токвиля*, а в «*Состоянии европейской правовой науки*» ещё и *Савиньи*. Обращение к *Савиньи* в 1950 году — это первая и единственная идентификация с профессиональным юристом, которую можно обнаружить в трудах *Шмитта*. Здесь важно, что он идентифицирует себя с *Савиньи* не только как с автором «*Манифеста 1814 года*», но также (и именно) как с «трагической фигурой» (VRA, 418) в её «злополучной роли» Министра по вопросам законодательства и Президента Государственного совета Пруссии в период до 1848 года.

При этом он не преминул указать, что *Савиньи* очень скоро вновь вернулся «к самому себе и к своему европейскому величию» (VRA, 419). Не исключено, что прусский государственный советник *Шмитт*,²⁹ ставший членом Государственного Совета милостью *Геринга*, именно через свои исследования истории Государственного Совета пришёл к более поздней идентификации с *Савиньи*. Уже сразу после своего назначения в Государственный Совет летом 1933 года он начинает своё историческое исследование этого института. Вскоре он привлекает к исследованию данной темы своих учеников - *Гюйдана де Русселя* (*Guydan de Roussel*) и *Ханса Шнайдера* (*Hans Schneider*). *Шнайдер* впоследствии защитил хабилитационную работу по истории прусского Государственного Совета,³⁰ и возможно, не в последнюю очередь, благодаря этой работе *Шмитт* пришёл к своей мысли об идентификации с *Савиньи*. Эта идентификация является уникальной особенностью и ядром работы «*Состояние европейской правовой науки*» среди различных вариантов *имиттовской* истории юриспруденции. Этой идентификацией с *Савиньи* объясняется обращение к истории римского права и призыв к дистанцированию от легальности «государства закон(одательств)а»

²⁹ См. по данному вопросу *D. Blasius*, Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich, 2001.

³⁰ *H. Schneider*, Der preußische Staatsrat 1817-1918, 1952.

(*gesetzesstaatliche Legaliät*; в дальнейшем термин «*Gesetzesstaat*» будет переводиться как «государство закона» - прим. Дайджеста).

2. К теоретико-правовому анализу кризиса

Поясним ход мыслей автора в этой работе. «*Состояние европейской правовой науки*» подразделяется на шесть глав, которые Шмитт описывает как «стадии» истории права. Он исходит из исторической данности общеевропейской науки права, и в качестве «конкретных порядков», предшествующих индивидуально оформлению в различных государствах, называет, прежде всего, рецепцию римского права и «рецепцию конституционализма» в общем учении о государстве (VRA, 397). Здесь нас не интересует всё то, что было сказано и написано после 1933 года в национал-социалистской правовой науке, включая Шмитта, против рецепции римского права.³¹ Это относится также и к состоянию дискуссии, отражённому у Виаккера (*Wieacker*) и Кошакера (*Koschaker*), которое было хорошо известно Шмитту. Только мимоходом следует отметить, что в своих размышлениях об общеевропейской рецепции римского права он полностью умалчивает о христианстве как одной из «духовно-исторических» предпосылок. В этой его работе специфика правовой науки последовательно отграничивается от теологии, и поэтому в ней, в отличие от «*Номоса земли*», христианство не затрагивается.

После двух глав о римском праве следуют две главы о «кризисе легальности государства закона» в XIX и XX веках. Шмитт предлагает здесь вначале оригинальный и интересный тезис, что этот кризис, ёмкую формулировку которого впервые дал уже Юлиус Кирхман (*Julius Kirchmann*),³² в XIX веке сначала ещё смягчался и тормозился благодаря той роли, которую в крупных кодификациях играли правовая наука и праведы. В результате кодификации закон представал в систематизированном порядке как единство и цельность по отношению к вмешательствам законодателя и в дополнение к этому также ещё и как относительно самостоятельная и объективная сила и величина. Относительно второй стадии кризиса Шмитт тут диагностирует, однако, разрушение законной формы в результате действий, как он говорит, «моторизованного законодателя», который выхолащивает претензию «законного права» на всеобщее и долгосрочное действие в результате перехода к предписаниям и распоряжениям. Тем самым, с помощью

³¹ Краткий обзор см. *M. Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. III: 1914-1945, 1999, 339 и сл.

³² *J. Kirchmann*, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848.

нестандартных формулировок он повторяет соответственно выводы своего теоретико-правового анализа касательно разрушения законной формы, который с начала 1920-х годов уже являлся для него общим теоретико-правовым мотивом для того, чтобы похоронить «гражданское правовое государство»:

Шмитт выступил за диктатуру как форму государства XX века, поскольку считал необратимым процесс перехода в системе управления от законов к исполнительным распоряжениям. Этой теоретико-правовой перспективы анализа разрушительных тенденций во всей её глубине и дифференцированности он продолжает придерживаться и после 1933 года. Его значение как юриста в рамках системы национал-социализма не в последнюю очередь заключается в сохранении приверженности этой теоретико-правовой аналитической перспективе. Однако не только *Шмитт* наблюдал в то время национал-социалистское разрушение законной формы. Здесь можно было бы назвать также и другие имена и тексты. Как например, опубликованный лишь недавно доклад *Эрнста Рудольфа Хубера* (*Ernst Rudolf Huber*), сделанный во время зимнего семестра 1944–1945 годов.³³ В своих статьях о национал-социалистской теории права *Хорст Драйер* (*Horst Dreier*) уже указывал на подобные теоретико-правовые работы учёных периода национал-социализма.³⁴ Когда *Шмитт* в условиях национал-социализма писал критические теоретико-правовые статьи, то бесспорно, что он, выступая как аналитик паралича формы права, одновременно являлся апологетом ускорения подобного разрушения. Как уже говорилось выше, его пронзительные понятийные конструкции почти неизбежно носили двойственный характер и ускоряли те тенденции, которые они описывали.

3. «Расщепление права»: ответ как вопрос

Последние две главы работы дают ответ на диагноз кризиса. Более точно следовало бы говорить о поведенческих максимах при профессиональном обращении с «проблемой легальности». В этом, помимо новых формулировок, подлинное значение данной работы превосходит более ранние версии. Пятая глава называется «*Савиньи* — как парадигма первого

³³ По данному вопросу *E. Grothe/R. Mehring* (Hrsg.), Das “Problem des geheimen Gesetzes” und die Grenze des “Führernotrechts”. Первая публикация доклада *Ernst Rudolf Hubers* “Gesetz und Maßnahme” в зимнем семестре 1944/45, в: *Der Staat* 55 (2016), 69 и далее.

³⁴ *H. Dreier*, Staatsrecht in Demokratie und Diktatur. Studien zur Weimarer Republik und zum Nationalsozialismus, hrsgg. von M. Jestaedt/S. L. Paulson, 2016; по данному вопросу см. мою рецензию в: *Philosophischer Literaturanzeiger* 70 (2017), 53 и далее.

дистанцирования от легальности государства закона». Формулировка названия наводит на мысль о том, чтобы вписать *Шмитта* как своего рода парадигму второго дистанцирования для второго этапа XX-го века. Выше уже говорилось, что он указывал не только на Манифест 1814 года, написанный *Савиньи*, но и на его более позднюю «неудачную роль» и «конфликт-противоречие», состоявшее в том, что критик законодательной кодификации стал «министром по делам ревизии законодательства». Как было показано, здесь *Шмитт* стремится не в последнюю очередь провести историческую параллель со своим собственным казусом участия в раблте Государственного Совета в период национал-социализма. Эта идентификация с *Савиньи* принадлежит, таким образом, к широкому полю оправдательного мифотворчества государственного советника *Шмитта* после 1945 года.

Шмиттовская легенда о его деятельности в качестве члена Государственного Совета изображает, что *Шмитт* был своего рода «этактистским сдерживателем» в духе прусской традиции,³⁵ который сначала верил в конституционную (дее)способность национал-социализма и в смысле концепта сдерживания стратегически сделал ставку на *Геринга*, но после 30 июня 1934 года отказался от попытки институционально-этактистского толкования. Таким образом, *шмиттовское* предание о его роли в Государственном Совете связано с легендой об этактизме, для поддержания которой *Шмитт* после 1945 года от случая к случаю охотно ссылался на свою частную аудиенцию у *Муссолини* в 1936 году.³⁶ Эта легенда о деятельности в Государственном Совете не в последнюю очередь служила после 1945 года своего рода алиби, прикрывая его длительное тесное и активное сотрудничество в кругах национал-социалистов, в частности с его ментором из числа ведущих политиков *Гансом Франком*, к «соратникам» которого он причислял себя до конца 1936 года.

Когда здесь особо выделяется автобиографическая легенда и смысловое значение идентификации с *Савиньи*, то тем самым не ставится под сомнение позиции и мнения, сформулированные в специальных работах, посвящённых *Савиньи*. Однако, как бы красноречиво *Шмитт* ни описывал *Савиньи*, его систематическую позицию по отношению к нему понять непросто. Он выделяет, прежде всего, учение *Савиньи* «об источниках права» (VRA, 411), однако не разделяет его учения о «народном духе», которое *Шмитта* никогда не интересовало. Учение *Савиньи* об источниках права он переводит в выделенный им курсивом тезис, который он, в свою

³⁵ По данному вопросу более подробно см. *R. Mehring*, Vom Staatsrat (сноска 14), 80 и далее.

³⁶ По данному вопросу см. *C. Schmitt*, Faschistische und nationalsozialistische Rechtswissenschaft, в: *Deutsche Juristen-Zeitung* 41 (1936), Sp. 619 и сл.

очередь, чётко и не объясняет. Учение *Савиньи* приводит его к мысли: «*Правовая наука сама как раз и есть истинный источник права*» (VRA, 412). Объяснение даётся при этом такое:

«Закон для нее лишь материал, который она, насколько это возможно, отделяет и облагораживает; научная форма, которую способна придать лишь она, стремится раскрыть и довершить имманентную правовому материалу цельность, производя тем самым 'органическую жизнь, оказывающую обратное формирующее воздействие на сам материал'» (VRA, 412: *wissenschaftliche Form, die sie allein zu geben vermag, sucht eine dem Gesetzesstoff innewohnende Einheit zu enthüllen und zu vollenden und erzeugt dadurch 'ein organisches Leben, das bildend auf den Stoff selbst zurückwirkt'*).³⁷

Границы идентификации с *Савиньи* здесь выявить невозможно. Естественно, в системном плане верно, что институционализирующая правовая наука оказывает определяющее воздействие на правовую культуру и развитие правовой системы общества. Законы формулируются в результате юридико-технического оформления соответствующих правовых актов, конституционные органы обеспечивают процесс нормотворчества и контроля норм, и не только судьи являются профессиональными юристами. Даже судьи Федерального Конституционного Суда являются профессорами права. Если правовая наука как «источник права» и придаёт правовым материям также систематическую форму, то политико-правовые задачи государственного советника *Савиньи* существенно отличались от задач национал-социалистской правовой науки. Об этом *Шмитт* молчит. Само собой разумеется, своим «учением о большом пространстве» и докладами за границей в начале 1940-х годов он декларировал притязания германской правовой науки на лидерство и имперский концепт утверждения национал-социалистской правовой науки в «Центральной Европе». После 1945 года имперские притязания его требования научно-правового «формирования системы» были им относительно неприметно дезавуированы посредством семантического смещения к «европейской» правовой науке и к «европейскому публичному праву» (*jus publicum europaicum*).

В своей брошюре «*Состояние европейской правовой науки*» 1950 года он уже не объясняет подробно свой тезис о правовой науке как «источнике права» и о разностороннем участии правовой науки в законодательстве государства, а лишь в идеально-типической модели различает сначала три

³⁷ *Шмитт* цитирует здесь *F. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, 1840, 46.

национальные культуры правовой науки. Это «практики» английского *case law*, легисты французского типа и «призыв» *Савиньи* к историческому дистанцированию. Затем он добавляет несколько насыщенных тезисов о развитии германистики после *Савиньи. Бахофена (Bachofen;* швейцарский историк права – прим. *Дайджеста*) он называет «истинным наследником *Савиньи*» (VRA, 416), и в «*Номосе земли*» позиционирует самого себя сторонником линии *Савиньи—Бахофен*. Академический смысл этого поворота к «мифологическому исследованию» здесь выяснить невозможно. Также и любую систематическую рецепцию *Шмитт* дезавуирует в полемической интерпретации; он актуализирует *Савиньи* не как видного специалиста по теории источников права и, соответственно, по правовой философии, но как полемика автора противоречий своего времени. Так он пишет:

«Я вижу тайну его большого внешнего и внутреннего воздействия в чём-то совершенно ином. Его манифест был первым сознательным дистанцированием от мира установлений. Его значение заключается не в аргументации, а в духовной ситуации, которая только и придаёт историческое величие его главному аргументу, его учению о непреднамеренном возникновении права, поскольку оно превращает правовую науку в полную противоположность лишь фактически установленного права, не забрасывая право естественно-правовыми лозунгами гражданской войны.» (VRA, 418)

Значение «классиков» *Шмитт* видел в меньшей степени в трансисторических истинах, сколько в репрезентации определённого «кризиса» или определённой «ситуации». Его восприятие авторов всегда было весьма селективным — как представителей профильной перспективы в рамках его общего конституционно-исторического анализа. То есть он не следовал буквально за автором в его претензии на значимость, а читал работы как отражение конституционно-политических констелляций, которые он рассматривал с дистанции своего политико-телеологического видения современности. *Шмитт* видел авторов в переспективистском каноне и в их соответствующем положении. Ни за кем он не следовал слепо. Поэтому просто «*гоббсманцем*» или «*гегельянцем*» его назвать нельзя. В главе о *Савиньи* об этом сформулирован также тезис, который он позже неоднократно повторит: «Историческая истина является истинной лишь один раз» (VRA, 415). Видимо, *Шмитт* подразумевает здесь ответ на конкретный исторический вызов или «вопрос». Диалектический ответ даёт «органической жизни» (*Савиньи*) новое направление и историческую возможность. *Савиньи* открыл методическую альтернативу исторического

понимания права через понимание «опасности механизации и технизации права» (VRA, 420).

В последней главе *Шмитт* формулирует своё видение ситуации уже принципиально через противоположные ключевые понятия «теология-техника», «легальность-легитимность». В «*Номосе земли*» он с завораживающей ясностью подчёркивает, что европейская правовая наука возникла «между теологией и техникой»³⁸ и остаётся зажатой между ними. Эта же формулировка проблемы обнаруживается, по существу, и в «*Состоянии европейской правовой науки*». Но там более сильный эффект производит повторение его высказываний о «расщеплении права на легальность и легитимность» (VRA, 422, 424, 425). При этом *Шмитт* связывает легитимность с теологией, а легальность — с правовой техникой. «Моторизованному законодателю» коррелирует «подначальная инструментализация» (VRA, 422), осуществляемая «специалистом правовой техники», не способным соблюдать необходимую дистанцию. *Шмитт* критически заканчивает выводами о «смертельной легальности» и «смертоносном озаконивании права» (VRA, 425: *Vergesetzlichung des Rechts*).

В отличие от *Савиньи*, он не формулирует никакой серьёзной альтернативы. Его брошюра — это лишь постановка диагноза кризису без какого-либо ответа. В частности, ней отсутствует ясная позиция относительно собственной правовой политики и разрушения модуса легальности в условиях национал-социализма. Собственно говоря, *Шмитт* сам же и форсировал «расщепление права на легальность и легитимность» в период национал-социализма, отделяя «легитимность» персоналистски интегрированного «государства вождя» от модуса легальности и «противопоставляя легитимность легальности», если цитировать фундаментальную диссертационную работу *Хассо Хофманна* (*Hasso Hofmann*).³⁹ *Шмитт* предпочёл выбрать легитимность *Гитлера* в противовес правовой определённости и порядка «гражданского правового государства». Самокритичный подход обнаруживается у него лишь в том смысле, что он, помимо критики модуса легальности, отказывается от особых притязаний «легитимности» и располагает «легитимность» рядом с «теологией» и «естественно-правовыми лозунгами гражданской войны». Таким образом, если сначала *Шмитт* возвеличивал теоретико-правовое «учение об источниках права» *Савиньи*, то завершается его сочинение собственно отказом от легитимности.

³⁸ Устойчивая формула *Шмитта* (сноска 27), 6 и др.

³⁹ *H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 1964.*

При этом *Шмитт* избегает упоминания основного понятия и ключевого слова, с помощью которого он сам ответил на «расщепление права на легальность и легитимность»: а именно понятия «номос». Обе юридические публикации 1950 года должны были взаимодополнять друг друга. «*Состояние европейской правовой науки*», диагностируя кризис, формулирует вопрос относительно расщепления легальности и легитимности, на который в «*Номосе земли*» даётся положительный ответ. При этом *Шмитт* указывал, что его концепт «номоса», выходя за пределы истории международного права, в своего рода «мифологических исследованиях» формулирует также позитивный источник права. Однако невозможно на этой основе конструировать то, что не было намерением работы 1950 года: критике легализма или соответственно позитивизма здесь нельзя противопоставить основополагающий концепт легитимности и систематически убедительное определение соотношения легальности и легитимности. Следует лишь указать, что также и «*Номос земли*» описывает историю упадка — это мастерский нарратив об «исторической легитимности», или о происхождении и гибели классического «недискриминационного» международного права периода Нового времени. В первом приближении «ареальный» подход *Шмитта* к «пространству», его историю взаимосвязи «пространства и права, порядка и локализации»⁴⁰ можно при этом толковать как вариант юридико-социологического рассмотрения действия права. *Шмитт* вновь указывает на власть как основу права: право легитимно лишь тогда, когда оно действует эффективно и реализуется в обязательном порядке. В противоположность этому, бессильная Европа не может далее формировать международное право.

IV. Первые реакции

Более детальное обсуждение соотношения брошюры «*Состояние европейской правовой науки*» с другими *шмиттовскими* публикациями 1950 года: «*Номос земли*», «*Ex Captivitate Salus*», «*Доносо Кортес в общеевропейской интерпретации*» не является здесь предметом рассмотрения. То же самое относится также и к статье «*Проблема легальности*», в которой внутренняя установка государственного чиновничества на легальность изображается как властный ресурс *Гитлера* и в которой соответственно отстаивается — сегодня часто критикуемый —

⁴⁰ C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 1950, 17.

«миф о позитивизме» с его утверждением о пособничестве правового позитивизма «легальной революции» национал-социализма. В свою очередь, также важны и комментарии к публикации текста работы в *Шмиттовском* сборнике «*Статьи по конституционному праву*» 1958 года. Так, в комментарии к «*Состоянию европейской правовой науки*» Шмитт выступает против *Савиньи* уже на стороне *Гегеля*, поскольку, по его мнению, Гегель лучше понял актуальную форму легальности и легитимности. В комментарии к статье «*Проблема легальности*» он с исторической точки зрения более точно позиционирует «расщепление легальности и легитимности». Он датирует его начало «периодом реставрации после 1815 года» (VRA, 449) и прочерчивает линию стратегической инструментализации легальности, начиная с *Маркса* и кончая *Брехтом* и *Гитлером*. На этом также следовало бы остановиться подробнее.

Хотелось бы, однако, лишь вновь повторить, что брошюра «*Состояние европейской правовой науки*» в марте 1950 года была выпущена как первая крупная публикация в ФРГ— за девять месяцев до «*Номоса земли*». На Пасху 1950 года Шмитт послал её с посвящением *Эрнсту Юнгеру*, оставив самому адресату решать, что собственно имеется в виду. Его посвящение звучало так:

- «Dilexi justitiam et odi iniquitatem propterea
 a) unxit me Dominus meus oleo laetitiae; sic Psalm 44(45) 8;
 b) morior in exilio; sic ultima verba S. Gregorii VII Papae».⁴¹

Эрнст Юнгер должен был выбрать один из двух вариантов, приведённых в посвящении. Как первый вариант Шмитт цитирует место из Библии: «*Я любил справедливость и ненавидел беззаконие: и за это Господь помазал меня елеем радости*». Как второй вариант он цитирует последние слова папы Григория VII: «*Я любил справедливость и ненавидел беззаконие, поэтому умираю в изгнании*». Хотя в этот период времени, в 1950 году, Шмитт и искал нового сближения с Католической Церковью, его давний соратник *Эрнст Юнгер*, однако, довольно точно знал, что Шмитт собственно не считал необходимым, чтобы религиозное обещание спасения было опосредовано институционально, и что он отстаивал библейскую непосредственность отношения к Богу. Принципиальное принятие религии Шмиттом было позитивным и, в конечном счёте, он видел себя «помазанным елеем радости». Однако в это время его публицистический камбэк натолкнулся тогда на определённое

⁴¹ Экземпляр с посвящением находится в Учебной Библиотеке Эрнста Юнгера в штауффенбергском Главном лесничестве Вильфингена (WJB16.03/08).

сопротивление. Многочисленные рецензенты указывали на апологетические исторические компиляции. В качестве примера можно указать уже лишь на различную реакцию его двух боннских учеников.

Форстхофф в своём письме от 16 марта 1950 года с преданным одобрением отреагировал на сочинение и представил детальные соображения по «регуляции» рецепции.⁴² Напротив, более независимый в своих конституционно-теоретических взглядах *Эрнст Рудольф Хубер*⁴³ в своём многостраничном письме от 16 июня 1950 года оспаривал практически всё, о чём писал *Шмитт*. *Хубер* иначе истолковывал роль *Савиньи* и по-другому оценивал противостояние между легальностью и легитимностью. Он защищал модус легальности от критики *Шмитта* и критиковал притязания, выдвигаемые в духе легитимности. Так, он писал:

«При всей полемике против легалистской инструментализации нельзя забывать также и о том, что на этом заключительном этапе декомпозиции не только «закон», но и «естественное право» становятся инструментом произвола, дискриминации и террора. Ссылки на «конкретный порядок», «здоровое восприятие права и народа», на иррациональные энергии, на природу или разум, справедливость и человечность, на христианское естественное право и на божественное предписание права превращаются, в не меньшей степени, чем закон, в орудие планомерной дискриминации, бесправия и уничтожения. Так, декомпозиция становится полной только тогда, когда к открытой беспощадности псевдо-легалистских установлений добавляется яд псевдо-легитимистских заверений, всегда при поддержке усердной юриспруденции. Возникает вопрос, где в таком состоянии ещё можно найти прибежище для нефальсифицированного правового сознания.»⁴⁴

Хотя *Шмитт* по сути разделял этот критический взгляд на притязания (выводимые из) легитимности как естественно-правовые «лозунги гражданской войны», *Хубер* справедливо указал своему боннскому учителю на то, что полемический разворот против «легальности»

⁴² Forsthoff am 16.3.1950 an Schmitt, в: Briefwechsel Ernst Forsthoff/Carl Schmitt (1926-1974), hrsgg. von D. Mußgnug/R. Mußgnug/A. Reinthal, 2007, 68 и сл.

⁴³ По данному вопросу см. *R. Mehring*, “Steine als Geschenk”. Ernst Rudolf Hubers verfassungstheoretische Revision von Schmitts “Dezisionismus”, в: *R. Mehring*, Carl Schmitt: Denker im Widerspruch, 2017, 151 и далее.

⁴⁴ Huber am 16.6.1950 an Schmitt, в: C. Schmitt/E. R. Huber. Briefwechsel, hrsgg. von E. Grothe, 2014, 365 и сл.

отвлекает от апологии национал-социалистской легитимности и тем самым уводит в сторону от честного разбора его собственной роли. Несомненно, также и *шмиттовскую* идентификацию с *Савиньи Хубер* рассматривал как такой же стратегический обходной манёвр и апологетический миф. В соответствии с этим *Хубер* подчёркивал, что критика «расщепления легальности и легитимности» не должна пренебрегать и проблемой легитимности.

V. Актуализирующее заключение

Выше уже проводилось различие между историзирующим прочтением, с одной стороны, и актуализирующей рецепцией, не связанной с конкретным контекстом, с другой. Были названы некоторые аспекты строгой историзации. При этом апелляция *Шмитта* к концепту *Савиньи* как парадигме «дистанцирования» была расценена как автобиографическая легенда, не адекватная его собственному казусу «члена Государственного Совета» в период национал-социализма.

Но если сочинение *Шмитта* переносится в другие временные рамки и актуализируется с точки зрения современности, то некоторые его ударные тезисы представляются вполне свежими и уместными. Указание *Шмитта* на предшествующие и неспецифицированные общеевропейские конституционные стандарты представляется правильным. Теоретико-правовой анализ декомпозиции модуса легальности, а также общие положения о «моторизованном законодателе» и об опасности утраты дистанции во фрагментированной правовой системе также оказываются привлекательными и верными. Что касается паралича формы закона, то как раз на примере «твиттер-режима» *Дональда Трампа* мы наблюдаем его новые глубины. Сегодня внимательные юристы могут с ходу назвать ряд теоретико-правовых и культурно-правовых спорных моментов, в частности, режим кризиса в ЕС, наблюдаемый в последние годы. *Шмиттовский* кризисный диагноз стадий декомпозиции правового кода при трезвом и дифференцированном теоретико-правовом анализе может быть во многих отношениях актуализирован (применён к современному периоду – **прим. Дайджеста**). При этом, пожалуй, бесспорны рационализирующий потенциал и функция правовой науки; в конце концов, правовая политика реализуется преимущественно юристами. Монополия юристов в политике и управлении имеет, однако, определённые

границы и сопряжена с определёнными рисками. И опираясь на сочинение *Шмитта* все это можно обсуждать с самых разных точек зрения.

Наряду с апологетической версией идентификации с *Савиньи*, здесь была, прежде всего, выделена «кризисная перспектива» отказа от ответа на бегло обозначенную дилемму «расщепления права на легальность и легитимность». Разумеется, философско-правовые определения соотношения легальности и легитимности совершенно необходимы. О различных концептах и претензиях легитимности, кроме их паушального осуждения как «лозунгов гражданской войны», можно также сказать несколько слов в позитивном смысле. Это ясно и самому *Шмитту*. Однако его трактат «*Состояние европейской правовой науки*» отказывается от философско-правового ответа и ограничивается диагностированием кризиса, поскольку *Шмитт* хотел дать свой ответ в «*Номосе земли*», опубликованном несколько месяцев спустя. Насколько он убедителен с точки зрения систематики, это другой вопрос.

В любом случае его юридические сочинения 1950 года соотносятся между собой как вопрос и ответ: если «*Состояние европейской правовой науки*» при этом все ещё оперирует в рамках привычных юридических терминологий и постановок проблем, то в «*Номосе земли*» *Шмитт* сформулирует свой ответ весьма своеобразно и герметично. В том числе и по этой причине «*Состояние европейской правовой науки*» — сравнительно популярная работа, в то время как «*Номос земли*» скорее избегают из-за труднодоступности текста. И это, несмотря на искусное — с точки зрения политики терминологии — введение в оборот понятия «*европейское публичное право*» (*jus publicum europaeum*).⁴⁵ В принципе, можно было бы согласиться со *Шмиттом* в том, что значение «классика» заключается в меньшей степени в правильных ответах, сколько в чёткой артикуляции определённых проблем и констелляций. Если *Шмитт* описывает XX век как «вторую стадию» кризиса легальности государства закона, то сегодня, вероятно, следует говорить о «третьей стадии», на которой либерально-демократический конституционный стандарт в ходе размежевания от национальной государственности вступил в новую стадию, и проект современного конституционного государства в целом достиг пределов своей структурной идентичности.

В 1965 году один из наиболее видных учеников *Шмитта* по Бонну *Эрнст Рудольф Хубер* опубликовал сборник статей «*Национальное*

⁴⁵ По данному вопросу см. A. v. 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, в: ZaöRV 73 (2013), 209 и далее.

государство и конституционное государство»,⁴⁶ уже само название которого отражало новые задачи и вопросы. Был ли стандарт современного конституционного государства привязан к институту национального государства? Было ли политическое единство «нации» субстанциальным ядром легитимности конституционного государства? Зависит ли система легальности конституционного государства с его структурой, основанной на принципах правового государства, от этого мощного источника легитимности?

Сегодня историческая взаимосвязь процессов формирования наций и демократизации снова находится в центре внимания. Ресурс солидарности нации был для демократизации конституционной системы относительно самостоятельным источником энергии. *Генрих Август Винклер (Heinrich August Winkler)*, видный историк и легенда социал-демократического движения, лапидарно высказался об этом следующим образом:

«Ориентированный на универсальные принципы 'конституционный патриотизм', несомненно, был большим достижением для старой Бундесреспублики. Но его недостаточно для обоснования солидарности, необходимой в объединённой Германии, а именно - солидарности национальной».⁴⁷

Уже в своём «Учении о конституции» (*Verfassungslehre*)⁴⁸ Шмидт в целом отстаивал позицию, что принципы «гражданского правового государства», организационный принцип разделения властей и принцип распространения основных прав основываются на «понятии закона, имманентном правовому государству». Однако одновременно он подчёркивал, что с поворотом к «исполнительному государству» и переходом от закона к «исполнительным мерам» это понятие в его основополагающей функции подвергается эрозии и параличу. Сегодня эрозию основных прав можно наблюдать не только в том, что касается регулирования права на убежище, права на «информационное самоопределение» (*informationelle Selbstbestimmung*) или права на свободу вероисповедания. Антисловно-неологизм «*Бундестроянец*» (*Staatstrojaner* или *Bundestrojaner*; т.н. «государственный троян» - программа, которая, предположительно, используется компетентными органами ФРГ для слежки за пользователями Интернета – прим. Дайджеста) указывает на важные сдвиги. Тщательное наблюдение за этими процессами является

⁴⁶ E. R. Huber, Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der modernen Staatsidee, 1965.

⁴⁷ H. A. Winkler, Wider die postnationale Nostalgie, в: H. A. Winkler, Zerreißproben. Deutschland, Europa und der Westen 1990-2015, 2015, 34 и сл.

⁴⁸ C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, 125 ff. (§§ 12/13).

ответственной задачей правовой науки. Описания кризисов по вполне понятным причинам нередко воспринимаются не безоговорочно и скептически.

Сочинения *Шмитта* — это коварные «троянские кони», которые приносят и заносят с собой для вас нечто такое, чего вы в действительности не хотите. Также и «*Состояние европейской правовой науки*» не столь безобидно и бесппроблемно, как оно может показаться. Однако, несмотря на это, или именно благодаря этому, оно при трезвом прочтении, тем не менее, может служить хорошей основой для получения юридического доступа в семантический космос *Карла Шмитта*.