

Легальность и легитимность (послесловие к изданию 1958 г.)*

Карл Шмитт

Перевод послесловия к работе «Легальность и легитимность» (1932), написанного Карлом Шмиттом в 1958 г. для издания в составе сборника «Конституционно-правовые сочинения 1924–1954 гг.». В послесловии Шмитт еще раз обращается к ситуации в Германии в начале 30-х гг. и к полемике против влиятельных немецких юристов, которые отвергли его трактовку Веймарской конституции. Он отвергает распространенное мнение о том, что именно он желал введения чрезвычайного положения, и настаивает на том, что эта книга — последняя попытка спасти президентскую республику Веймарской Германии. Шмитт доказывает слабость тогдашнего юридического позитивизма и специально останавливается на нескольких ключевых пунктах своей аргументации. Во-первых, по Шмитту, позитивисты не знали, что легальность первоначально была существенной частью западного рационализма и формой проявления, но отнюдь не абсолютной противоположностью легитимности. Во-вторых, необходимо различать закон и меры, потому что они имеют разный правовой статус. Это важно, поскольку государство законодательства постепенно становится государством администрации, в котором действия управленческих институтов фактически более весомы, чем парламентские законы, а решения парламента о наделении исполнительных органов соответствующими полномочиями могут быть затруднены, когда в парламенте нет дееспособного большинства. В-третьих, Шмитт исследует вопрос о так называемых «премиях за легальное обладание властью». Послесловие завершается кратким обзором ситуации в конце января 1933 г. Публикацию предваряет предисловие переводчика, в котором дается обзор основных положений книги Шмитта «Легальность и легитимность».

Ключевые слова: легальность, легитимность, Веймарская Германия, конституция, юридический позитивизм, нацизм

Предисловие переводчика

Брошюра «Легальность и легитимность», вышедшая в свет в 1932 г., — одно из ключевых политически значимых теоретических сочинений Карла Шмитта, написанных в Веймарской Германии. В скором времени Шмитт перестал защищать ее конституционный строй и после прихода к власти нацистов перешел на сторону победителей. Собрание небольших работ Шмитта, выпущенное в 1940 г., называется «Позиции и понятия в борьбе с Веймаром — Женевой — Версалем» (Schmitt,

* Пер. с нем. А. Ф. Филиппова. Источник: *Schmitt C. (1958). Legalität und Legitimität // Schmitt C. Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Berlin: Duncker & Humblot. S. 345–350.*

© Verlag von Duncker und Humblot © Филиппов А. Ф., 2013 © Социологическое обозрение, 2013

1940). Имена городов обозначают то, что во многом определяло политический облик Западной Европы после Первой мировой войны: Веймарская конституция Германии, Женевская Лига Наций и Версальский мирный договор. «Веймар» здесь стоит на первом месте, и это в высшей степени примечательно для крупнейшего конституционалиста Германии. Широко распространено мнение, будто Шмитт не просто перешел к нацистам, но и способствовал их победе, по меньшей мере, сочинениями начала 1930-х гг.¹ В самом деле, между брошюрой «Легальность и легитимность», а также вышедшей годом ранее книгой «Хранитель конституции» (Schmitt, 1931) и первыми сочинениями нацистского периода (Schmitt, 1933, 1934) нет теоретической пропасти, и вопрос, конечно, заключается лишь в том, есть ли между ними пропасть политическая². Этот вопрос остается предметом оживленных дискуссий.

В конце 1950-х гг. Шмитт переиздал «Легальность и легитимность» в составе большой книги «Сочинения по конституционному праву 1924–1954 гг.». Подборка того, что было сделано за тридцать лет, должна была демонстрировать преемственность и непрерывность в развитии его идей. Включение в нее брошюры 1932 г. означало, что Шмитт не считает свою позицию, выраженную в ней, неправильной или уязвимой. Напротив, он стремился показать, что был прав еще тогда, когда критиковал положение дел в Веймарской Германии. Дополнительные разъяснения по этому поводу и содержит послесловие, которое мы публикуем³.

Политическая обстановка в Германии была в это время крайне сложной. «Работа „Легальность и легитимность“ вышла в свет летом 1932 г. с пометкой „Завершено 10 июля 1932 г.“», — пишет Шмитт. Дата указана не случайно (это было сделано по совету издательского редактора Людвиг Фейхтвангера, брата знаменитого писателя), поскольку фактически книга появилась у книготорговцев на исходе лета, уже после драматических событий в Пруссии 20 июля того же года. По-немецки это событие именуют труднопереводимым словом «Preußenschlag», что буквально означает «удар по Пруссии». Иногда его называют «государственным переворо-

1. В сущности, этого не оспаривают даже те, кто, как, например, Клаус Рот, детально опровергает тезис о постоянной враждебности Шмитта Веймарской конституции ссылками на его сочинения середины 1920-х гг., времени относительной стабильности в Германии. См.: Roth, 2005. В свою очередь, Рейнхард Меринг указывает на то, что Шмитт, по мнению ряда авторов, своей конструктивной критикой Веймарской конституции заложил основы для будущей конституции ФРГ. Впрочем, сам Меринг более осторожен в оценке результатов, полученных Шмиттом. См.: Mehring, 2009: 286f.

2. Меринг приводит свидетельства в пользу того, что летом 1932 г., незадолго до выхода «Легальности и легитимности», Шмитт уже смирился с грядущей победой нацистов. См.: Mehring, 2009: 288. Это, впрочем, не помешало ему и далее работать на установление консервативной диктатуры, при которой нацистская партия была бы запрещена. См. в этой связи ниже о судебном процессе «Пруссия против Рейха».

3. После этого «Легальность и легитимность» переиздавалась несколько раз отдельной книжкой. В немецкие переиздания это послесловие не включают. Особый интерес представляет 8-е издание 2012 г., в котором учтены недавно обнаруженные пометки и дополнения, сделанные Шмиттом в принадлежавших ему экземплярах. На основе этого издания и данного послесловия готовится новое издание «Легальности и легитимности», которое выходит в свет в следующем году в издательстве «Наука» в Санкт-Петербурге.

том», но, вероятно, нам нелегко сегодня понять, что это такое, потому что произошло «всего лишь» смещение правительства Пруссии, которое уже не опиралось на парламентское большинство. Вместо него было установлено прямое, центральное правление назначенного рейхскомиссара. Отдаленно представить себе характер произошедшего можно на примере так называемого путча ГКЧП в Москве в 1991 г. Здесь также была сделана попытка перейти к прямому имперскому правлению, в том числе и в первую очередь — в самой большой из республик СССР, к тому же имевшей столицей тот же самый главный город империи со всеми его полицейскими частями и прочей управленческой инфраструктурой. Однако сходство на этом заканчивается. В РСФСР не было парламентского кризиса и правительство в тот момент не враждовало с парламентом. Президент РСФСР имел все преимущества легальности (Шмитт называет их «премией»), которых был лишен ГКЧП. Этим отчасти может быть объяснено поражение путча. В Германии все происходило по-другому. Прямое управление Пруссией было введено на основании статьи 48 Веймарской конституции, которая предполагала использование особых полномочий рейхспрезидента в кризисных ситуациях, требующих чрезвычайного положения. Возникла коллизия: юридически в Пруссии — самой крупной земле Германии — оставалось подотчетное земельному парламенту коалиционное правительство, возглавляемое социал-демократом О. Брауном, однако фактически действовало правительство рейхскомиссара. Прусское правительство, располагавшее крупными полицейскими силами, не стало развязывать гражданскую войну, но и не признало действий центральной власти и направило жалобу в Конституционный суд. В октябре 1932 г. происходил судебный процесс «Пруссия против Рейха», на котором Шмитт (вместе с еще двумя юристами) представлял рейхскомиссара фон Папена и отстаивал правомочность действий рейхспрезидента. Решение суда было половинчатым: мероприятия фон Папена для сохранения законности и порядка были признаны оправданными, но и правительство Брауна сохранило свой правовой статус, не имея, правда, реальной власти. Развитие кризиса продолжалось и привело, в конце концов, к трагическим последствиям в 1933 г.

Самым кратким образом аргументы Шмитта в «Легальности и легитимности» могут быть представлены следующим образом. В Германии, говорит он, наступил кризис «государства законодательства» («*Gesetzgebungsstaat*»). Это понятие нуждается в пояснении. Шмитт выделяет несколько основных типов государств, в соответствии с характерными для них «системами легальности»: государство юрисдикции, государство правления, государство администрации. Термины, несколько неловкие и непривычные также и для немецкой речи, означают следующее: в разных политических сообществах «высшее и решающее выражение общей воли» или «решающая политическая воля» (Schmitt, 2012: 7, 8) выступают в разных формах. Иначе говоря, высшей инстанцией последнего, ключевого решения, от которого зависят все остальные и в котором дает о себе знать политическое единство как таковое, может быть суд, правитель, государственная администрация. В этом же ряду оказывается и парламентское государство законодательства. «Государство

законодательства — это государственное образование [Staatswesen], подчиненное безличным (и потому всеобщим) и предопределенным (и потому рассчитанным на длительный срок) нормативным установлениям, содержание которых изначально поддается измерению и определению, т. е. это такое государственное образование, в котором закон и его исполнение, законодатель и применяющие закон учреждения отделены друг от друга. В таком государстве «господствуют законы», а не люди, не какие-либо авторитеты и власти» (Schmitt, 2012: 8). Почему же наступает кризис такого государства? В общих чертах Шмитт писал об этом уже в 1920-е гг.:

«Трудности парламентского предприятия и парламентских учреждений протекают на самом деле из состояния современной массовой демократии. Прежде всего оно приводит к кризису самой демократии, потому что посредством всеобщего равенства людей нельзя решить неизбежную для демократии проблему субстанциального равенства и гомогенности. Оно приводит, далее, к кризису парламентаризма, который, видимо, следует отличать от кризиса демократии. В наши дни оба кризиса проявились одновременно и взаимно усиливаются, но понятийно и фактически между ними следует проводить различие. Современная массовая демократия, как демократия, стремится осуществить на деле тождество правящих и управляемых и сталкивается на этом пути с парламентом как более непонятным, устаревшим институтом» (Шмитт, 2009: 15).

Что это значит, если свести довольно сложное рассуждение к нескольким простым положениям? Прежде всего Шмитт считает, что демократия и парламентаризм — не одно и то же. Равенство людей, которое зафиксировано во всеобщем избирательном праве, превращает в фикцию единство, на котором базируется парламент как репрезентативный институт, выражающий общую волю. В тех случаях, когда масса оказывается способной к единству всеобщей воли, парламент, в котором происходят якобы рациональные дискуссии, позволяющие выработать наилучшее решение, ей только мешает. Но если это происходит в государстве законодательства, получается, что безлично действующие законы стоят на пути непосредственного волеизъявления. Значит ли это, что парламент *должен* быть сокрушен в пользу более новых форм демократии? Такой вывод, в принципе, не совсем исключают сочинения Шмитта о парламентаризме, что и позволяет считать его одним из тех, кто привел к гибели Веймарскую республику. Однако в 1920-е гг., как уже сказано выше, Шмитт скорее дружелюбен к конституции, а в ретроспективе, как мы увидим, он утверждает, что даже и в начале 1930-х спасал президентскую систему — сердцевину тогдашнего политического строя. В чем здесь существо проблемы?

В «Легальности и легитимности» Шмитт выступает, несомненно, как оппонент не только именитых и влиятельных юристов своего времени, но и скончавшегося на заре существования Веймарской республики, одного из идеологов нового конституционного строя Германии Макса Вебера, чьи социологически-юридиче-

ские формулы выражали совсем иное видение парламентаризма и политических перспектив современности. Легальность для Вебера, напомним, это одна из возможных форм легитимного господства, наряду с господством традиционным и харизматическим. Речь идет о «значимом порядке», т. е. порядке, следование которому предполагает не просто регулярность или подчинение чему-то внешнему, но и определенное «чувство долга», приверженности со стороны тех, кто ему следует. Порядок легитимен, если в нем видят нечто большее, чем сложившуюся расстановку сил. Одна из форм легитимности — «вера в легальность сформулированных порядков и права отдавать приказы, которым наделены те, кто этими порядками призван осуществлять господство» (Weber, 1985: 124). Рациональные формулы права, рациональные процедуры, сквозная, не знающая исключений легальность (законсообразность) — все это связывалось как раз с современной парламентской демократией, ряд проблем которой Вебер, впрочем, хорошо понимал. Шмитт, однако, видит ситуацию совершенно по-другому. На передний план он выводит не легитимность как субъективный смысл (представление о значимости порядка), но легальность, которая может принимать самые разные формы. Легитимность этой легальности может быть более или менее устойчивой, и как раз внутреннюю проблематичность всей системы легальности, а не просто поколебленной субъективной веры в нее, он стремится продемонстрировать.

Шмитт устанавливает в Веймарской конституции противоречие между двумя ее частями, он говорит о том, что вторая часть представляет собой, по сути, вторую конституцию. Самым тщательным образом он исследует вопрос, носящий на первый взгляд совершенно технический характер и, казалось бы, представляющий интерес только для историков права. В первой основной части Веймарской конституции речь идет о государственном устройстве Германии, во второй — о правах и обязанностях немцев, причем многие из этих прав и гарантий расписаны весьма детально. Именно конституционный характер этих статей и не устраивает Шмитта.

«Здесь речь идет не о том, являются ли сами по себе разумными и оправданными материально-правовые гарантии или же конституции наподобие второй основной части Веймарской конституции. Они, безусловно, таковы, но тем не менее они находятся в композиционном противоречии с той установкой на ценностную нейтральность, которая заявлена в ее первой части, и тем самым не только ограничивают возможности парламентского государства законодательства, но и вообще разрушают его. Прежде всего это происходит потому, что всякая гарантия и установление такого рода является гарантией, направленной против простого, регулярного и нормального законодателя, т. е. против парламентского большинства, и в результате этого подрывается до сих пор прочно удерживаемая основа парламентского государства законодательства (т. е. безусловное доверие к правомочному законодателю), причем подрывается, так сказать, самими конституционными процедурами» (Schmitt, 2012: 44).

Парламентское государство законодательства, разъясняет Шмитт, устроено таким образом, что в каждый момент, когда необходимо принять решение, простое парламентское большинство, по идее, может принять его, обладая на то полным правом именно по самому принципу этого устройства. Но если в конституцию вводятся положения материально-правового характера, т.е. конкретные установления, касающиеся, например, семьи и прав внебрачных детей, пожизненного обеспечения чиновничества, прав религиозных объединений и т.п., возникает коллизия: по своему характеру это те самые законы, которые парламент может и принять, и отменить, а по правовому статусу они стоят выше обычных законов и для их изменения требуется квалифицированное или конституционное большинство. При этом получается, что принцип простого большинства в отношении таких законов или статей конституции больше не действует. Иначе говоря, то главное, на чем стоит парламентское государство законодательства, а именно текущая деятельность парламента, правомочного, при соблюдении процедуры, изменить, принять, отменить любой закон, ставится под угрозу с совершенно неожиданной стороны. Например, действующее правительство, имеющее значительную поддержку в парламенте, имеет также ресурсы и для того, чтобы добиваться удобных для себя судебных решений и — в самый благоприятный момент — добивается принятия выгодных для себя законов. Если расстановка сил меняется и конституционное большинство утрачивается, но противная сторона приобретает простое большинство, не приобретая конституционного, новые решения не могут быть приняты. Таким образом, парламентское большинство оказывается бессильным по отношению к парламентскому меньшинству, которое в прошлом обладало конституционным большинством. Сиюминутность, как называет ее Шмитт, парламентского решения (принимаемого в данной ситуации и данным простым большинством), его важнейший принцип ставится под вопрос. Между тем в тяжелых ситуациях, когда нет фактического единства общей воли, когда партии ставят под угрозу нормальное функционирование государства, простое большинство оставалось бы, по крайней мере, тем принципом, на который могли бы согласиться все, принципом отчетливой процедуры, при которой достаточно перевеса в один процент голосов, чтобы решение считалось принятым. Если такой процедуры нет, парламентаризм подрывает свои основы.

Однако и первая часть конституции была не свободна, как считал Шмитт, от радикального противоречия. Это противоречие между ординарной, регулярной законодательной деятельностью парламента и плебисцитом, который объявлялся источником высшей законодательной силы. Шмитт неизменно повторяет, что речь идет не столько о том, что надо, скажем, заменить или отменить парламентскую демократию, сколько о том, что неправильно, нелогично вмещать разнородные принципы в одну конституцию. Должна быть внутренняя связность и последовательность. Но смысл его претензий к устройству конституции состоит не в том, чтобы показать логические неувязки. Критика этого рода правильно читается лишь в сочетании с постоянно повторяющимися рассуждениями Шмитта

о кризисе парламентаризма и о том, что формальное равенство граждан как избирателей отнюдь не означает реального политического единства народа. Поэтому получается, что затруднения, которые возникают как раз в вопросах выражения общей воли в рутинной законодательной деятельности, можно преодолеть лишь чрезвычайным законодательством.

«Парламентское государство законодательства в принципе не знает материально-правовых гарантий, потому что оно безусловно доверяет парламенту как регулярному законодателю. Но если регулярному законодателю не доверяют, к нему можно приравнять и диктатора, которому не доверяют точно так же. Тогда может лишь показаться очевидным (на деле же это противно смыслу и разрушает систему), что доверие, которого лишен обычный законодатель, автоматически передает законодателю, меняющему конституцию. <...> Мыслимо, конечно, и логически отнюдь не противоречиво было бы объявить все организационные определения доступными для изменений, а все материально-правовые гарантии второй части — священными и неприкосновенными. Однако тогда это было бы совсем другое государственное устройство, чем парламентское государство законодательства, которое все еще мерещится в Веймарской конституции» (Schmitt, 2012: 76).

Наиболее сильным выходом из создавшегося положения Шмитт считает обращение к плебисцитарной демократии, но референдумы предоставляют возможность дать ответ на радикальные, важнейшие вопросы, однако ни сами вопросы не формулируются на референдумах, ни текущее управление невозможно через постоянно происходящие общенародные решения. Это заставляет серьезно задуматься над тем, как переустроить немецкую конституцию. Ни один из способов обеспечения легитимности не годится в качестве сугубо технического. Нынешнее положение дел недопустимо. Дело в том, что при ослаблении парламентски-законодательной системы легальности на передний план фактически выходят другие инстанции, прежде всего административные. Предполагается, что вершиной конституционного строя является парламентское представительство, а на деле все решают чиновники, формально исполняющие волю народа, выраженную в парламентских постановлениях, но фактически стоящие и над парламентом, и над народом.

«Прежде всего необходимо как следует уяснить первый и самый важный вопрос, перед которым сегодня стоит любой серьезный план преобразований немецкого конституционного строя. Речь идет об основополагающей альтернативе: или признать наличие какого-то субстанционального содержания и сил в немецком народе, *или* сохранять и развивать функционалистскую установку на ценностную нейтральность — сохраняя при этом фикцию равных шансов для все равно каких целей, направлений и содержаний» (Schmitt, 2012: 90–91).

Итак, Шмитт желает реального единства народа, а также реального, не формального единства руководящей воли.

Известно, как он представлял себе дальнейшее. Легальная власть, полагал Шмитт, может использовать то время, покуда приостановлен законодательный парламентский процесс, чтобы восстановить текущее управление, издать необходимые постановления, создать все условия для оформления всеобщей народной воли. Что парламентское государство себя изжило и потому возвращаться к нему в чистом виде нет никакой необходимости, понималось само собой. Однако в послевоенном послесловии он делает упор на другое. Шмитт не раз и не два повторял, что партия, пришедшая к власти, может использовать легальные процедуры, чтобы отменить именно те гарантии политических прав и свобод, благодаря которым она пришла к власти. Именно это, утверждает он после войны, и случилось с нацистами. Они пришли к власти легально (хотя и отнюдь не безусловно легально, вопреки распространенному у нас заблуждению), а уже потом был принят закон против образования новых партий в Германии, не говоря о знаменитом «Ermächtigungsgesetz» (закону о придании полномочий), по которому нацистское правительство получало законодательные полномочия. Шмитт в послесловии пытается утверждать, что знаменитые слова, которыми кончается «Легальность и легитимность»: «И тогда истина отомстит» — относятся именно к этой части истории.

ЛЕГАЛЬНОСТЬ И ЛЕГИТИМНОСТЬ.
(ПОСЛЕСЛОВИЕ К ИЗДАНИЮ 1958 Г.)

Работа «Легальность и легитимность» вышла в свет летом 1932 г. в издательстве «Duncker & Humblot» в Мюнхене и Лейпциге с пометкой: «Завершено 10 июля 1932 г.»⁴.

1. Тогдашний кризис затронул уже и самое понятие конституции. Моя работа была отчаянной попыткой спасти президентскую систему — последний шанс на сохранение Веймарской конституции — от юриспруденции, которая отказывалась ставить вопрос о друге или враге конституции. Вот что сообщило ему в истории конституции такую интенсивность. Ожесточенное сопротивление вызвал именно центральный тезис: отрицать легальность какой-либо партии можно лишь тогда, когда полномочия по изменению конституции ограничены. Именно этот тезис как неюридический был отвергнут ведущими специалистами по конституционному праву, разоблачавшими его как политико-правовую фикцию (politisches Wunschrecht).

Я раз и навсегда показал здесь, как это происходит: партия входит через дверь легальности, чтобы тут же закрыть эту дверь за собой, — такова, иначе говоря, модель легальной революции. В работе приводится длинная, почти на страницу цитата из моей книги «Гарант конституции» (Schmitt, 1931), где спор идет с веду-

4. См. разъяснения относительно даты завершения в предисловии переводчика. — *Прим. ред.*

щими правоведами-демократами Веймарской эпохи. Вообще цитирование самого себя, особенно столь обширное — это не мой стиль. Но я же выражал протест, я заклинал! В конце работы я предостерегаю: «Тогда истина за себя отомстит» — это же крик о помощи! В те годы он прозвучал и смолк без ответа. Но было бы несправедливо и по существу неправильно писать историю президентской системы Веймарской конституции, не зная об этой работе и не отдавая ей должного.

Почему крик о помощи должен был остаться без ответа? «Учение о том, что полномочия предпринимать изменения в конституции не включают в себя полномочия фундаментально преобразовывать структуру конституции, в настоящее время нашло недвусмысленное признание в статье 79 Боннского Основного закона⁵ и в многочисленных конституциях земель. К сожалению, это ученое мнение, столь очевидное для нас ныне, в Веймарскую эпоху мало кто одобрил. Герхард Аншюц⁶, знаменитый комментатор конституции, не вдаваясь в подробности, отверг точку зрения, согласно которой изменения в конституции ни в коем случае не могут разрушать ее политическую субстанцию, заметив, что данное политическое требование имеет значение лишь *de lege ferenda*⁷, но в действующем конституционном праве Веймарской Германии оно не находит себе никакой опоры» (Schneider, 1953: 216)⁸.

Господствовавший в то время юридический позитивизм⁹ покоился на вере во всеислие законодателя и на том очевидном выводе, что раз уж законодатель всеислен, то всеислие законодателя, меняющего конституцию, должно быть куда более всеисильным. Это повсеместно господствовавшее учение уже не отдавало себе отчета в своих исторических и теоретических предпосылках. Ему было неведомо, что легальность первоначально была существенной частью западного рационализма и формой проявления, но отнюдь не абсолютной противоположностью легитимности. Всеобщая нейтрализация ценностей была частью всеобщей функционализации и превращала демократию в принципиально релятивистское мировоззрение. В философии права это нашло свое выражение у Густава Радбруха¹⁰, во влиятельнейшем учебнике по философии права как раз в том же самом 1932 г., в третьем его издании провозгласившего: «Кто способен [*вопреки всему*] привести в действие право, доказывает тем самым, что призван полагать право. <...> Мы пре-

5. Конституция ФРГ. — *Прим. перев.*

6. Герхард Аншюц (Gerhard Anschütz) (1867–1948) — немецкий юрист, сторонник юридического позитивизма, ведущий комментатор Веймарской конституции, в соавторстве с Рихардом Тома написал двухтомное «Руководство по немецкому государственному праву». — *Прим. перев.*

7. С точки зрения законодательного предположения (*лат.*). Ср. выше выражение «*politisches Wunschrecht*». Речь идет о желательном праве, в противоположность действующему. — *Прим. перев.*

8. Эта статья была напечатана также отдельной брошюрой. Другие примеры см. выше в тексте.

9. Юридический позитивизм исходит из того, что право — это всегда лишь позитивное, действующее в настоящий момент право. — *Прим. ред.*

10. Густав Радбрух (Gustav Radbruch) (1878–1949) — немецкий юрист и философ права, в начале 1920-х гг. в течение нескольких лет депутат парламента от социал-демократов и министр юстиции в нескольких правительствах. Шмитт после войны неоднократно и очень едко критикует Радбруха. — *Прим. перев.*

зираем священника, проповедующего вопреки своим убеждениям, но чтим судью, не смущаемого в своей верности закону противящимся ему правовым чувством».

2. Таково было главенствующее учение о праве, которое всем своим авторитетом представлял ведущий юрист, побывавший во времена Веймарской конституции министром юстиции Германии. В большой критической рецензии на мою работу, напечатанной в «*Vossische Zeitung*» 11 сентября 1932 г., интеллигентный и образованный демократический юрист Георг Кваббе даже использовал слово «хулиганство». Однако было бы несправедливо считать эту слепоту лишь следствием юридической позитивистской узости взгляда и профессиональной изоляции, возникающей в результате специализации научного предприятия, основанного на разделении труда. Законодательному оптимизму предшествующей эпохи гораздо больше отвечало понимание закона не как в первую очередь средства стабилизации, но как средства и способа осуществлять мирные реформы и прогрессивное развитие. Для социал-демократии, самого сильного партнера Веймарской коалиции¹¹, сюда еще добавлялось то, что Отто Кирххеймер в статье «Об изменениях в политической оппозиции» называет «химерой большинства в 51%», «которая играла столь важную роль в ранней социалистической литературе и служила тому, чтобы преобразовать общественный порядок *in o actu*, словно бы взмахом волшебной палочки» (Kirchheimer, 1957: 67).

Но эту, как называет ее Кирххеймер, *химеру* следовало бы распознать как таковую уже в 1932 г. «Дававшиеся до сих пор ответы Ленина, Троцкого и Радека на работу Каутского «Терроризм и коммунизм» (Kautsky, 1919) не оставляют никаких сомнений в том, что не только нет принципиальных возражений против использования демократических форм, но и что вопрос этот, как и всякий другой (то есть также и вопрос о легальности и нелегальности), должен рассматриваться по-разному, в зависимости от отношений в данной конкретной стране, и являться лишь одним из моментов в стратегических и тактических мероприятиях коммунистического плана» (Schmitt, 1921: VI). Однако химера оказалась очень живучей. Ее следы можно все еще найти в конституции земли Гессен от 1 декабря 1946 г. (статья 46). В конституциях других земель Федеративной республики, принятых позже, ее следы пропадают.

Легальность, как одна из трех типичных форм проявления легитимности в смысле Макса Вебера (харизматическая, традиционная и рациональная), предполагает рациональное установление норм. «Если содержательно понятие закона уже никак не соотносится с разумом и справедливостью, причем одновременно сохраняется государство законодательства с его специфическим понятием легальности, концентрирующим в законе все величие и достоинство государства, тогда всякое распоряжение, приказ или мера могут стать легальными» (выше в этом сочинении). Господствовавший в 1932 г. юридический позитивизм должен был признать эту логику, он даже считал ее само собой разумеющейся.

11. Правительства в Веймарской Германии были коалиционными. — Прим. перев.

3. По мере того как государство законодательства становится государством администрации, на передний план выходит *принятие мер*¹², и потому требуется разъяснение отношения между законом и мерами. И если при этом еще ссылаются на чистую «ценность» в противоположность «простой целесообразности», то тем самым лишь пытаются уклониться от подлинной проблемы. Различение закона и мер впервые было подробно рассмотрено в 1924 г. на первой конференции немецких преподавателей государственного права в ряде докладов о диктатуре рейхспрезидента в соответствии со статьей 48 Веймарской конституции¹³. Как опыт военного и осадного положения во время Первой мировой войны, так и практика применения статьи 48 в период действия Веймарской конституции привели к тому, что меры стали правительственными постановлениями [Rechtsverordnungen], а постановления — мерами. Для правового государства было нормальным идти путем законодательного предоставления полномочий. Когда из-за негативно настроенного большинства в парламенте это стало невозможным, статья 48 оказалась единственным средством спасти конституцию от парламента, который был уже неспособен принять необходимые решения о наделении полномочиями и потому вынужден был терпеть практику применения статьи 48 при издании постановлений.

Боннский Основной закон 1949 г. нацелен на восстановление классического понятия закона; он допускает законное ограничение основных прав лишь как общую норму (статья 19, абзац 1). Кроме того, он пытается сузить (статья 80) те возможности перехода к мерам, которые заключает в себе законодательное уполномочивание. Герхард Вакке даже объявляет противоречащим конституции уполномочивание на принятие мер (Wacke, 1957). В действительности законы о превентивной мере неизбежны также и при Боннском Основном законе, и речь может идти лишь о том, чтобы правильно понять и определить место этой тенденции. Ведь и сам Основной Закон дает санкцию на «экспроприацию по закону» (статья 14), то есть санкционирует важнейший случай издания закона о превентивной мере и самое серьезное и открытое вторжение меры в закон. Эрнст Форстхофф в основополагающей статье «Относительно законов о превентивной мере» (Forsthoff, 1955) рассматривает специфику таких законов именно в том аспекте, что законы о превентивных мерах предоставляют для судебного-административного контроля другие средства, нежели обычные законы. Курт Баллерштедт приходит к выводу, что хозяйственное право, как замкнутая в себе дисциплина, не может избежать различения правового закона (Rechtsgesetz) и закона о превентивных мерах (Ballerstedt,

12. Все рассуждения Шмитта в этом пункте основаны на выяснении юридического характера *меры* (Maßnahme) в смысле *мероприятия* (а не мерила или эталона). Точный перевод термина осложнен, поскольку единственный имеющийся вариант русского перевода термина «Maßnahme-Gesetz», о котором речь идет ниже, — «закон о превентивных мерах». Оставляя в стороне вопрос, считать ли всякую меру в данном случае исключительно превентивной, мы предпочли повсюду переводить «Maß» просто как «мера», а «Maßnahme-Gesetz» как «закон о превентивных мерах». — *Прим. перев.*

13. Шмитт выступал на этой конференции с докладом, в котором впервые поставил вопрос о правовом характере мер. См.: Huber, 1963: 114ff. — *Прим. перев.*

1957). Однако, продолжает он, при помощи этого различия можно лучше разобраться в юридической проблеме, которая возникает в связи с государственными интервенциями в экономику; необходимо это различие и для гарантий свобод в статьях 2, абзац 1, а также 9, 12 и 14 Основного Закона.

Итак, различие закона и меры проникло в сам закон и привело к различению правовых законов и законов о превентивных мерах¹⁴. В этом дает о себе знать не что иное, как неодолимая тенденция, ведущая к государству администрации жизнеобеспечения. Легальность есть модус функционирования бюрократии, а бюрократия тех политических образований, которые должны заниматься социальным обеспечением индустриальных масс, уже не обходится понятием о законе, что вышасяется над классическим разделением государства и общества; она приспосабливает юридические понятия к развитию социального государства.

4. В связи с рассуждением о легальности и равных шансах выше развивается учение о трех видах *премий* за легальное обладание властью: предполагаемая правосообразность, предварительная исполнимость и повиновение (*obéissance préalable*), а также исполнение общих оговорок. Теоретическое и практическое значение этих премий столь велико, что пройти мимо них не может ни одно учение о конституции, ни одна философия права. Из них даже должно исходить юридически состоятельное учение о праве на сопротивление. И несмотря на это, именно данное учение о нормальных премиях осталось без внимания.

Премии другого рода, напротив, привлекли к себе внимание, по меньшей мере, за рубежом: при плюралистическом расщеплении электората, в соответствии с законами о выборах, искусственное большинство появляется благодаря тому, что к определенной части голосов или мандатов добавляются дополнительные мандаты. Вот основные примеры: французский закон о выборах от 9 мая 1951 г., а также итальянский закон о выборах от 31 марта 1953 г. Это — методы так называемого *apparentement*¹⁵ (см. об этом Burdeau, 1951: 251ff.). Запретительные оговорки и сходные с ними меры (*Vorkehrungen*) суть негативные премии для меньшинств, *субпремии*, да будет мне позволено такое словоупотребление по аналогии с термином «субпривилегии». Такого рода премии, предусмотренные законами о выборах, в высшей степени симптоматичны. Но в них есть что-то искусственное, ибо они ориентированы на то, чтобы привести к появлению легального большинства, тогда как упомянутые выше нормальные премии за легальное обладание властью как раз и предполагают таковое обладание властью и для каждого политического образования они столь же нормальны, сколь и фундаментальны. Таким образом, они нуждаются во внимании со стороны теоретиков конституции, а общие рассуждения о правовых гарантиях здесь далеко еще недостаточны.

14. Правовой закон — это закон, выражающий правовой принцип, самую идею права. В этом смысле он противоположен всякого рода мерам, цели которых определяются меняющимися ситуациями. — *Прим. перев.*

15. Присоединение, образование блоков (*фр.*). — *Прим. перев.*

Однако наряду с тремя ординарными и нормальными премиями за легальное обладание властью, а также наряду с вышеупомянутыми более искусственными премиями есть еще и другие, совершенно экстраординарные. О них здесь следует говорить особо, поскольку они связаны с актуальным, но, к сожалению, еще не осознанным в теории конституции вопросом о различии внутри самой конституции, которая, с одной стороны, является системой организационных и конституционно-правовых регуляций, а с другой — может содержать сумму правил материального права, которым, в силу включенности в конституцию, сообщается более высокий ранг и достоинство более высокой нормы, чем массе других регуляций, относящихся к области обычного материального права. Я считаю, что пришло время осознать это различие, пока не сместилась вся прежде существовавшая система традиционного государства законодательства. В случае такой экстраординарной премии партия или партийная коалиция использует момент подготовки конституции (для чего достаточно простого большинства) или конституционного законодательства, чтобы простое большинство впоследствии было связано с конкретными определениями материального права (см. об этом выше). Вероятно, эта тенденция соответствует развитию плюрализма. Во всяком случае, ее разъяснение способствовало бы более глубокому пониманию, в контексте теории конституции, современного положения правового государства и разделения властей. Отец либерального правового государства Джон Локк правильно заметил (это его высказывание, направленное против законов об уполномочивании и делегирования законодательной власти, часто цитируют), что законодатель должен создавать не законодателей, а законы. Аналогичным образом можно будет сказать, что те, кто готовят и принимают конституцию, должны создавать хороших законодателей и процесс законодательства, но отнюдь не законы. Иначе пришлось бы логичным образом выпускать конституцию как некоторого рода *Corpus Juris*¹⁶ с приложением в виде многолетних планов. Однако тенденция, как уже сказано, именно такова, и конституции становятся все длиннее. В новой индийской конституции уже 315 статей и 8 приложений. Кто находит это хорошим и правильным, тот должен был бы знать, по меньшей мере, что здесь речь уже не идет о конституции такого же рода, на которой до сих пор строились европейское конституционное право, учение о разделении властей и учение о правовом государстве и разделении властей.

5. Как размышлял о легальности и нелегальности влиятельный немецкий партийный и фракционный лидер в решающую неделю перед 30 января 1933 г., показывает открытое письмо, направленное 26 января 1933 г. рейхсканцлеру Шляйхеру лидером партии центра господином прелатом профессором Каасом¹⁷. Каас говорит о юридических конструкциях, которые касаются так называемого чрезвычайного положения в стране и переноса сроков выборов, он настойчиво предупреждает правительство о «релятивирующих все государственное право фундаментальных тенденциях Карла Шмитта и его сторонников». Кого он, собственно говоря, имел

16. Свод законов (лат.). — Прим. перев.

17. Оно перепечатано в: Archiv für öffentliches Recht, 1933/34, Bd. 21, 141–142.

в виду под этими сторонниками — тех ли, кто разделял некоторые мои научные позиции или моих тогдашних друзей Попитца, Отта и Маркса, либо же кого-то еще, я так и не сумел выяснить. Каким образом он получил информацию о моих конституционно-правовых конструкциях, я не знаю. Видимо, у него не было времени читать мои работы или расспросить меня лично. Я никогда не принимал участия в разговорах о введении чрезвычайного положения, потому что знал, что тем самым легальность конституции отдается на растерзание ее врагам; я также держался того мнения, что легальные возможности, связанные с премиями за легальное обладание властью, еще отнюдь не исчерпаны. О моей позиции по вопросам государственного права следует судить по моим работам, а не по слухам или комбинациям, или же, *ex post* переносясь в прошлое, судить о ней по совершенно иначе структурированным позднейшим ситуациям, возникшим в результате крушения Веймарской легальности.

Тогда — в решающую неделю с 23 по 30 января 1933 г. — было очевидно, что Рейхстаг снова должен быть распущен. Он оставался всего лишь ареной для акций и демонстраций тех, кто составлял негативное большинство. Новый роспуск не был нелегальным. Вопрос заключался лишь в том, *какое* правительство в предстоящей электоральной борьбе будет удерживать в своих руках государственную власть и использовать в своих интересах премию за легальное обладание властью: правительство фон Шляйхера или, как того требовал Каас, новый рейхсканцлер правительства, сформированного на основе «надежных комбинаций», то есть Гитлер. Власть германского правительства в связке с рейхскомиссариатом Пруссия¹⁸ была велика, что наводило на размышления о властных позициях современного государства. Но в решающие дни перед 30 января германское правительство капитулировало перед лицом ложного понятия легальности¹⁹, а угрозы новых процессов в государственной судебной палате²⁰ стали действенным легальным оружием. После открытого письма прелата Кааса 26 января 1933 г. назначение Гитлера рейхсканцлером должно было казаться настоящим выходом из кризиса.

Это новое средство борьбы — угроза политическими процессами в государственной судебной палате — затрагивало самый нерв ситуации и наносило удар по самосознанию президента Гинденбурга. Находясь, в силу почтенного возраста, в изоляции, этот носитель нейтральной власти был неуместным и несвоевременным в своем противостоянии напряженности, которую несли с собой методы массовой демократии, а также ввиду возможных внезапных изменений. Он был верен своей клятве на конституции, но по существу своему не мог уже знать, что такое эта конституция. Честный и рассудительный, он готов был выслушивать поуче-

18. Рейхскомиссариатом в Германии называлось правительство земли, назначаемое центральным («имперским») правительством. С 3 декабря 1932 г. до 28 января 1933 г., т. е. и в «решающую неделю», рейхскомиссаром Пруссии был рейхсканцлер К. ф. Шляйхер. — *Прим. перев.*

19. Роспуск парламента, к которому стремился Шляйхер, воспринимался как государственный переворот. Эту идею отверг президент Гинденбург. Шляйхер был отправлен в отставку, а место канцлера получил Гитлер. — *Прим. перев.*

20. Staatsgerichtshof — Конституционный суд Веймарской Германии. — *Прим. перев.*

ния, а поучения свелись в конце концов к тому, что предмет его верности, его клятвы оказался всего лишь переходным процессом, вратами, открытыми для любого врага, стоило ему лишь предстать «надежной правительственной комбинацией» и тем самым выступить в качестве легального.

Литература

- Шмитт К.* (2009). [Духовно-историческое состояние современного парламентаризма. Предварительные замечания \(О противоположности парламентаризма и демократии\)](#) / Пер. с нем. А. Ф. Филиппова // Социологическое обозрение. Т. 8. № 2. С. 6–16.
- Ballerstedt K.* (1957). Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze // Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler unter Mitwirkung von Freunden und Kollegen. Karlsruhe: Müller C.F. S. 369–402.
- Burdeau G.* (1951). Traité de science politique. Vol. 2. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Forsthoff E.* (1955). Über Maßnahme-Gesetze // Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. München: Isar-Verlag. S. 221–236.
- Huber K.* (1963). Maßnahme-Gesetz und Rechtsgesetz. Berlin: Duncker und Humblot.
- Kautsky K.* (1919). Terrorismus und Kommunismus: ein Beitrag zur Naturgeschichte der Revolution. Berlin: Neues Vaterland, E. Berger & Co.
- Kirchheimer O.* (1957). Vom Wandel der politischen Opposition // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Bd. 43. S. 59–80.
- Mehring R.* (2009). Carl Schmitt: Aufstieg und Fall. München: C. H. Beck.
- Roth K.* (2005). Carl Schmitt — ein Verfassungsfreund? Seine Stellung zur Weimarer Republik in der Phase der relativen Stabilisierung (1924–29) // Zeitschrift für Politik. Jg. 52. № 2. S. 141–156.
- Schmitt C.* (1921). Die Diktatur: von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf. München: Duncker und Humblot.
- Schmitt C.* (1931). Der Hüter der Verfassung. Berlin: Duncker und Humblot.
- Schmitt C.* (1933). Staat, Bewegung, Volk: die Dreigliederung der politischen Einheit. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Schmitt C.* (1934). Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Schmitt C.* (1940). Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar — Genf — Versailles. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Schmitt C.* (2012). Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker und Humblot.
- Schneider H.* (1953). Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933: Bericht über das Zustandekommen und die Anwendung des Gesetzes // Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte. Bd. 1. Hft. 3. S. 197–221.
- Wacke G.* (1957). Staatsrechtliche Prüfung der Zusatzsteuer: Kritische Untersuchungen zu § 8 des Umsatzsteuergesetzes. Köln: O. Schmidt.
- Weber M.* (1985). Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen: Mohr (Siebeck).

Legality and Legitimacy (1958 Edition Afterword)

Carl Schmitt

Alexander Filippov
(translator)

Professor of Sociology, National Research University Higher School of Economics
20 Myasnikskaya Str., Moscow, Russian Federation 101000

E-mail: filippovaf@gmail.com

This is a translation of the afterword of *Legality and Legitimacy* (1932), rewritten by Carl Schmitt in 1958 for his collection *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*. In the afterword, Schmitt once again describes the situation in Germany in the early 1930's, and argues against the influential German lawyers who rejected his interpretation of the Weimar Constitution. He rejects the wide-spread opinion that he wanted a state of emergency in Germany to be introduced, and insists that this book was his final attempt to rescue the presidential republic of Weimar Germany. Schmitt then demonstrates the weakness of legal positivism and specifically stops at the several key points in his argument. First, according to Schmitt, the positivists did not know that legality, an unopposed form of the manifestation of legitimacy, had originally been an essential part of Western rationalism. Second, it is necessary to distinguish between the law and the sanctions because of their different legal statuses. This distinguishing is important because the legislative state was gradually becoming the administrative state. As a result, the governing institutions are more powerful than the parliamentary laws. Any parliamentary decision providing executive bodies relevant authority cannot be executed without an effective parliamentary majority. Thirdly, Schmitt explores the question of the so-called “premiums” for the legal possession of power. The afterword concludes with a brief overview of the situation at the end of the January 1933. The Publication includes the translator's preface providing an overview of the main provisions of Schmitt's book, *Legality and Legitimacy*.

Keywords: legality, legitimacy, Weimar Germany, constitution, legal positivism, Nazism

References

- Ballerstedt K. (1957) Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze. *Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler unter Mitwirkung von Freunden und Kollegen*, Karlsruhe: Muller C.F, pp. 369–402.
- Burdeau G. (1951) *Traite de science politique*, vol. 2, Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence.
- Forsthoff E. (1955) Über Massnahme-Gesetze. *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedachtnisschrift für Walter Jellinek*, München: Isar-Verlag, pp. 221–236.
- Huber K. (1963) *Massnahme-Gesetz und Rechtsgesetz*, Berlin: Duncker und Humblot.

- Kautsky K. (1919) *Terrorismus und Kommunismus: Ein Beitrag zur Naturgeschichte der Revolution*, Berlin: Neues Vaterland, E. Berger & Co.
- Kirchheimer O. (1957) Vom Wandel der politischen Opposition. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 43. pp. 59–80.
- Mehring R. (2009) *Carl Schmitt: Aufstieg und Fall*, München: C. H. Beck.
- Roth K. (2005). Carl Schmitt — ein Verfassungsfreund? Seine Stellung zur Weimarer Republik in der Phase der relativen Stabilisierung (1924–29). *Zeitschrift für Politik*, vol. 52, no 2, pp. 141–156.
- Schmitt C. (1921) *Die Diktatur: von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München: Duncker und Humblot.
- Schmitt C. (1931) *Der Hüter der Verfassung*, Berlin: Duncker und Humblot.
- Schmitt C. (1933) *Staat, Bewegung, Volk: Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Schmitt C. (1934) *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Schmitt C. (1940) *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar — Genf — Versailles*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Schmitt C. (2009) Duhovno-istoričeskoe sostojanie sovremennogo parlamentarizma. Predvaritel'nye zamechanija (O protivopoložnosti parlamentarizma i demokratii) [The Intellectual-Historical Situation of Today's Parliamentarism. Preliminary Notes (On the Contradiction between Parliamentarism and Democracy)]. *Sociologičeskoe obozrenie*, vol. 8, no 2, pp. 6–16.
- Schmitt C. (2012) *Legalität und Legitimität*, Berlin: Duncker und Humblot.
- Schneider H. (1953) Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933: Bericht über das Zustandekommen und die Anwendung des Gesetzes. *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, vol. 1, no 3, pp. 197–221.
- Wacke G. (1957) *Staatsrechtliche Prüfung der Zusatzsteuer: Kritische Untersuchungen zu § 8 des Umsatzsteuergesetzes*, Köln: O. Schmidt.
- Weber M. (1985) *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr (Siebeck).