

ВЛАДИВОСТОКСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ;  
МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ  
имени М.В. ЛОМОНОСОВА

*На правах рукописи*

**УХАНОВ АНТОН ДМИТРИЕВИЧ**

**ДИСКУССИЯ КАРЛА ШМИТТА И ГАНСА КЕЛЬЗЕНА:  
ИСТОРИЧЕСКИЙ ОПЫТ И СОВРЕМЕННОЕ ЗНАЧЕНИЕ**

5.5.1 История и теория политики

**ДИССЕРТАЦИЯ**  
на соискание ученой степени  
кандидата политических наук

Научный руководитель:  
доктор политических наук,  
доцент А.Ю. Мамычев

Москва – 2023

## Оглавление

<b>Введение</b>	3
<b>Глава 1. Учения К. Шмитта и Г. Кельзена:</b>	
<b>исторические и теоретико-методологические характеристики</b>	19
§ 1. Исторический и идейно-теоретический контекст формирования учений	19
§ 2. Ключевые идеи, концепты и элементы учений	33
§ 3. Теоретико-методологическая характеристика дискуссии	52
<b>Глава 2. Дискуссия К. Шмитта и Г. Кельзена</b>	
<b>о суверенитете, демократии и гаранте конституции</b>	61
§ 1. Этатистская и глобалистская концептуализации суверенитета	61
§ 2. Гомогенная и плюралистическая модели демократии	77
§ 3. Политическое и судебное гарантирование конституции	94
<b>Глава 3. Дискуссия К. Шмитта и Г. Кельзена</b>	
<b>в истории политики и мысли</b>	111
§ 1. Субъектно-политическое и нормативное обоснование иерархии законодательства Шмиттом и Кельзенем	111
§ 2. Конфликт Президента РФ и Конституционного суда РФ 1993 года в оптике веймарских дебатов Шмитта и Кельзена	129
§ 3. Дискуссия Шмитта и Кельзена как проблема множественности языков описания мира в политической науке	153
<b>Заключение</b>	164
<b>Источники и литература</b>	170

## Введение

**Актуальность темы исследования.** Обращаясь к интеллектуальной истории XX века, мы сталкиваемся с целой серией идейно-теоретических споров классиков общественной мысли. Эти дискуссии сформировали в политической науке идейно-концептуальные границы и определили теоретико-методологическую направленность в понимании и интерпретации современных явлений и процессов в политике и праве. Среди таких дискуссий особое место занимает острая полемика 1920-1930-х годов Карла Шмитта (1888–1985) и Ганса Кельзена (1881–1873).

Шмитта и Кельзена относят к тем выдающимся мыслителям XX в., чей кругозор и глубина рассматриваемых вопросов выходили за рамки дисциплинарной принадлежности, формировали традицию междисциплинарного исследования проблем государственоведения. В историческом и эпистемологическом отношении можно назвать К. Шмитта и Г. Кельзена крупнейшими государственоведами XX в. Если взять историческую практику словоупотребления конца XIX – начала XX в., то именно государственоведение являлось фундаментальным научным направлением разработки политической и правовой проблематики (оба были докторами государственного права), тогда как эпистемологический аспект указывает на то, что их исследования были ориентированы как на вопросы политики, так и права.

Сегодня наследие двух ученых, теоретико-методологические и доктринально-программные положения их учений стали классическими для различных научных дисциплин, а их взгляды обсуждаются во многих отраслях социально-гуманитарного знания<sup>1</sup>. Дискуссия, развернувшаяся между ними, касалась ключевых проблем политологии и вопросов государственно-правового устройства: понятия суверенитета, сущности и специфики институционализации демократии, способов гарантирования конституции, обеспечения стабильности конституционного строя и политического порядка. Практическая актуальность обращения к этой дискуссии заключается в том, что каждая из дебатировавшихся мыслителями проблем имеет существенное значение в условиях общественно-

---

<sup>1</sup> См., например: Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts. Wien, 2014; *Бенуа де А.* Карл Шмитт сегодня. М., 2013; *Филиппов А.Ф.* Политическая социология: проблема классики // Классики и классики в социальном и гуманитарном знании. М., 2009. С. 181–209 и др.

политической и социально-правовой динамики, как в международном, так и национальном (включая российское) измерениях. Теоретическая актуальность обусловлена отсутствием в российской политической науке комплексных работ, посвященных заявленной теме.

### **Характеристика источников и степени разработанности темы.**

Источниковую базу диссертационного исследования составляют такие работы Шмитта, как «Диктатура» (1921), «Политическая теология» (1922), «Духовно-историческое состояние современного парламентаризма» (1923), «Учение о конституции» (1928), «Гарант конституции» (1931), «Понятие политического» (1932), «Легальность и легитимность» (1932), «О трёх видах юридического мышления» (1934)<sup>2</sup>. К работам Кельзена, входящим в число основных источников, относятся «Сущность и ценность демократии» (1920/1929), «Общее учение о государстве» (1925), «Проблемы суверенитета и теория международного права» (1928), «Судебная гарантия конституции» (1928), «Кто должен быть гарантом конституции?» (1932), «Форма правления и мировоззрение» (1933), «Введение в чистое учение о праве» (1934)<sup>3</sup>.

Что касается историографии, то изучению различных аспектов взглядов Шмитта и Кельзена посвящена многочисленная *зарубежная литература*. Попытка сравнить учения мыслителей в целом предпринята коллективом авторов в сборнике

---

<sup>2</sup> Шмитт К. Диктатура. От истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой. М., 2018; Шмитт К. Политическая теология // Шмитт К. Политическая теология. Сборник. М., 2000. С. 7-98; Шмитт К. духовно-историческое состояние современного парламентаризма // Шмитт К. Политическая теология. Сборник. М., 2000. С. 155-258; Schmitt C. Verfassungslehre. Berlin, 2017; Шмитт К. Гарант конституции // Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2013. С. 27-220; Шмитт К. Понятие политического // Шмитт К. Понятие политического. СПб., 2016. С. 280-356; Шмитт К. Легальность и легитимность // Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2013. С. 221-306; Шмитт К. О трёх видах юридического мышления // Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2013. С. 307-356.

<sup>3</sup> Kelsen H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. Tübingen, 1920; Kelsen H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. Neudruck der 2. Auflage Tübingen: 1929. Stuttgart, 2018; Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925; Kelsen H. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Tübingen, 1928; Кельзен Г. Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция. Часть 1, 2) // Право и политика. 2006. № 8, 9. С. 5–14, 5–18; Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? // Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2013. С. 359–410; Kelsen H. Staatsform und Weltanschauung. Tübingen, 1933; Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015. С. 109-230.

работ под редакцией Д. Динера и М. Штолляйса<sup>4</sup>. В нём представлены разнообразные исследования, которые можно объединить тремя темами: во-первых, роль контекста (социального и интеллектуального) в формировании учений мыслителей; во-вторых, значение государствоведческих взглядов Шмитта и Кельзена для политологии и социальной теории, их влияние на течения современной политической мысли; в-третьих, актуальность их наследия для решения проблем развития всего мира и отдельных государств.

Сопоставлению учений Шмитта и Кельзена в контексте межвоенного времени, проблем гибели Веймарской республики посвящают свои работы Э. Стерлинг, Д. Дизенхаус, П. Колдуэлл. Стерлинг характеризует межвоенную ситуацию как кризис правового государства, ответом на что и явились учения государствоведов. Шмитт полагает необходимым признать несостоятельность правового государства, заменив его политической организацией, сочетающей в себе элементы демократии и диктатуры, Кельзен же стремится его сохранить<sup>5</sup>. Дискуссию мыслителей в контексте проблемы легитимности Веймарской демократии и теоретических основ её краха рассматривает Дизенхаус. Учение Шмитта интерпретируется им как близкая к фашизму критика либерализма. Кельзен же выступает последовательным защитником веймарской демократии, однако его учение, лишённое деятельного начала, является утопичным<sup>6</sup>. Колдуэлл, реконструируя интеллектуальные истоки учений Шмитта и Кельзена, констатирует, что исходной точкой для обоих мыслителей была критика господствовавшего в немецком государствоведении со второй половины XIX в. раннего юридического позитивизма, на основе которой позже они сформулировали целостные учения о суверенитете<sup>7</sup>.

Реконструкции, сравнению и актуализации теоретико-методологических и философско-мировоззренческих аспектов учений Шмитта и Кельзена посвящены труды Р. Меринга, Ч. Варги, Г. Донхауза. Меринг исследует разногласия между мыслителями через критику Шмиттом концепций Кельзена, подчеркивая наличие

---

<sup>4</sup> Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition. Gerlingen, 1999.

<sup>5</sup> *Sterling E.* Studie über Hans Kelsen und Carl Schmitt // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 1961. № 47. S. 569–586

<sup>6</sup> *Dyzenhaus D.* Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford, 1998.

<sup>7</sup> *Caldwell P.C.* Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. Durham and London, 1997.

таких разногласий уже в 1910-х гг. В 1920–1930-х гг. противоречия лишь усиливаются. В итоге учение Кельзена становится концептуализацией юридической практики и находит своё место в юриспруденции, тогда как рассуждения Шмитта теряют какое-либо значение для правовых исследований и могут быть отнесены к политической науке<sup>8</sup>. Варга настаивает на взаимодополняющем характере учений Шмитта и Кельзена<sup>9</sup>. Донхауз встраивает противостояние Шмитта и Кельзена в дебаты о вечных вопросах политической философии – о природе права и политики, об их источнике и тех следствиях, которые вытекают из различных ответов на эти вопросы<sup>10</sup>.

Сравнению взглядов Шмитта и Кельзена по отдельным теоретическим проблемам в контексте современной политической мысли посвящены работы Ф. Нойманна, С. Баум, Х. Рамоса, Х. Суганами, Л. Винкса, Л.С. Полсона, Й. Бернсторфа. Нойманн акцентирует внимание на том, что Шмитт и Кельзен по-разному относятся к аналогиям между теологическим учением о Боге и теоретическим учением о государстве. Шмитт расценивает их как неотъемлемые, Кельзен же, напротив, увязывает научность государственно-правовой теории с независимостью от этих аналогий<sup>11</sup>. В такой же логике этот вопрос рассматривает Баум, полагая, что именно проблема политической теологии, то есть религиозной обусловленности государственно-правовых понятий, является ключевой для понимания противоречий между Шмиттом и Кельзеном<sup>12</sup>. Рамос, несколько смещает акценты, считая, что проект социологии юридических понятий, разрабатываемый Шмиттом под названием «политическая теология», является эпистемологическим

---

<sup>8</sup> *Mehring R.* Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitt Auseinandersetzung mit Hans Kelsen // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 1994. Bd. 80. H. 2. S. 191–202

<sup>9</sup> *Варга Ч.* Подводные камни правового позитивизма (взаимно опровергающие и взаимодополняющие теории Кельзена и Шмитта) // Юридический позитивизм и конкуренция теорий права: история и современность (к 100-летию со дня смерти Г.Ф. Шершеневича): материалы VI Междунар. науч.-практ. конф. Ч. 1. (Иваново, 5–8 октября, 2008 г.). Иваново, 2012. С. 233–254.

<sup>10</sup> *Donhauser G.* Nomos or Law? Hans Kelsen's Criticism of Carl Schmitt's Metaphysics of Law and Politics // Hans Kelsen and the Natural Law Tradition. Brill, 2019. P. 372–398.

<sup>11</sup> *Neumann V.* Theologie als Staatsrechtswissenschaftliches Argument: Hans Kelsen und Carl Schmitt // Der Staat. 2008. Vol. 47, No. 2. S. 163–186.

<sup>12</sup> *Baume S.* On political theology: A controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt // History of European Ideas. 2009. № 35. P. 369–381.

аргументом против учения Кельзена<sup>13</sup>. Суганами считает, что с проблемой политической теологии в трудах Шмитта и Кельзена теснейшим образом связано понимание суверенитета. Учения Шмитта и Кельзена отражают разные аспекты его природы<sup>14</sup>. Винкс комментирует спор Шмитта и Кельзена о гаранте конституции<sup>15</sup>. Эту же дискуссию как высшую точку напряжения и недопонимания между Шмиттом и Кельзеном рассматривает Полсон<sup>16</sup>. Бернсторф обращает внимание на то, что кельзеновская концепция судебного усмотрения предусматривает гораздо больший простор для политизации судебной власти, чем шмиттовская трактовка, в рамках которой судья жестко скован положениями законодательства<sup>17</sup>.

Операционализации наследия мыслителей применительно к анализу исторических, актуальных и перспективных политических, правовых и социальных процессов посвящают труды П. Маггелан, Р. ван Ойен и С. Раза. Маггелан, рассматривая взгляды Шмитта и Кельзена на природу демократического правления в контексте проблемы легитимности современных демократий, отмечает доминирование либеральной трактовки демократии в мире, однако указывает на её кризис, который следует расценивать как повод для пересмотра ценности демократических институтов. В связи с этим подходы Шмитта и Кельзена (а также М. Вебера) становятся не только методологической рамкой для анализа современной демократии, но и отражают её внутреннюю противоречивость и некорректность одностороннего понимания её сущности. Последовательно обращаясь к каждому из мыслителей, Маггелан квалифицирует демократию в учении Шмитта как неоавторитарный популизм, а демократию в учении Кельзена оценивает как плюралистическую<sup>18</sup>. С точки зрения, ван Оойена конституционная и

---

<sup>13</sup> *Ramos J.C.* Carl Schmitt's political theology. A reading from his debate with Hans Kelsen // *Revista Derecho del Estado*. 2013. № 31. P. 259–296.

<sup>14</sup> *Suganami H.* Understanding sovereignty through Kelsen/Schmitt // *Review of International Studies*. 2007. № 33. P. 511–530.

<sup>15</sup> *Vinx L.* The Guardian of Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of Constitutional Law. Cambridge, 2015.

<sup>16</sup> *Paulson S.L.* Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931 // *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford, 2017. P. 510–546.

<sup>17</sup> *Bernstorff von J.* Hans Kelsen’s Judicial Decisionism versus Carl Schmitt’s Concept of the One ‘Right’ Judicial Decision: Comments on Stanley L Paulson, 'Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy // *Modern Law Review*. 2017. № 5. P. 860–894.

<sup>18</sup> *Magalhaes P.T.* The Legitimacy of Modern Democracy A Study on the Political Thought of Max Weber, Carl Schmitt and Hans Kelsen. New York, 2021.

демократическая теория Кельзена является актуальной как теория постнационального модернизма. Учение Шмитта, напротив, является примером осовремененной традиционной теории с характерными для неё этатистской проблематикой, культом государства, суверенитета и проч. Книга в целом может быть воспринята как некоторая апология демократического учения Кельзена, но вместе с тем в ней проводится обстоятельный анализ расхождений Шмитта и Кельзена в вопросах конституционализма и демократии<sup>19</sup>. Статья Разы является примером интересной операционализации дискуссии Шмитта и Кельзена, она посвящена вынесению судебным органом Пакистана в 1958 г. со ссылкой на теорию Кельзена политически ангажированного решения, легитимирующего военный переворот<sup>20</sup>.

*Отечественной литературы*, посвященной реконструкции, сравнению или операционализации взглядов мыслителей в контексте их дискуссии 1920-1930-х гг. гораздо меньше, чем зарубежной. Так, сравнению взглядов мыслителей на суверенитет посвящена работа Г.И. Мусихина<sup>21</sup>. На проблему гарантирования конституции в общетеоретическом аспекте обращает внимание В.Е. Кондуров<sup>22</sup>, тогда как М.А. Краснов<sup>23</sup>, Д.Г. Шустров<sup>24</sup> и А.И. Кравец<sup>25</sup> прибегают к ней в контексте российских конституционных реалий, а именно в связи с закреплением в Конституции РФ двух гарантов конституции. В контексте рассмотрения отдельных

---

<sup>19</sup> *Ooyen R.C. van.* Hans Kelsen und die offene Gesellschaft. Wiesbaden, 2017.

<sup>20</sup> *Raza S.S.* On the Disruption of Post-colonial Constitutional Order: Hans Kelsen or Carl Schmitt? // *Vienna Journal on International Constitutional Law.* 2012. № 3-4. P. 441–467.

<sup>21</sup> *Мусихин Г.И.* Концептуальная неоднозначность понятия «суверенитет» (Сравнительный анализ взглядов Карла Шмитта и Ганса Кельзена) // *Общественные науки и современность.* 2009. № 3. С. 64–74.

<sup>22</sup> *Кондуров В.И.* Основания действительности правопорядка и проблема юстициальности «политического»: Карл Шмитт о границах юстиции // *Труды Института государства и права РАН.* 2018. Т. 13, № 5. С. 63–91.

<sup>23</sup> *Краснов М.А.* Проблемы концепта «гарант конституции» // *Сравнительное конституционное обозрение.* 2021. № 2. С. 15–45.

<sup>24</sup> *Шустров Д.Г.* Прирученный левиафан: государство как объект конституционно-правового регулирования. СПб., 2014.

<sup>25</sup> *Кравец А.И.* Конституционное правосудие. Теория судебного конституционного права и практика судебного конституционного процесса. М., 2017.

исследовательских вопросов к дискуссии так же обращались Е.В. Гриценко, И.А. Исаев, Е.В. Тимошина, О.В. Кильдюшов, М.М. Федорова<sup>26</sup> и др.

*Отдельно* учения Шмитта или Кельзена рассматриваются в трудах таких *отечественных авторов* как Т.А. Алексеева, М.В. Антонов, С.В. Артамошин, Ю.Ю. Ветютнев, О.В. Горяинов, В.А. Гуторов, А.Б. Дидикин, А.Г. Дугина, В.Н. Корнева, П.И. Костогрызлов, Б.В. Назмутдинов, А.И. Овчинников, М. Орлова, А.Ф. Филиппов<sup>27</sup> и др. А также такими *зарубежными авторами* как Дж. Агамбен, М. Иештедт, Х. Кварич, К. Лёвит, Н. Лобковиц, Г. Люббе, Ш. Муфф, Т. Олеховски, Б. Тешке, М. Тропер, Х.Л.А. Харт<sup>28</sup> и др.

---

<sup>26</sup> *Гриценко Е.В.* Пределы конституционно-судебного нормотворчества // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5. С. 107-130; *Исаев И.А.* «Органический» правопорядок и правовой «солидаризм» // Lex Russica (Русский закон). 2008. № 4. С. 719-739; *Кильдюшов О.* Между правом и политикой: Карл Шмитт в начале 30-х // Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2013. С. 7–26; *Тимошина Е.В.* Право без суверена: проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Право и государство. 2015. № 4. С. 86-93; *Федорова М.М.* Суверенитет как политико-философская категория Современности // Философский журнал. 2009. № 1. С. 154-164;

<sup>27</sup> *Алексеева Т.А.* Современная политическая мысль (XX–XXI вв.). М., 2016; *Антонов М.В.* Об основных элементах чистого учения Г. Кельзена о праве и государстве // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 4. С. 169–195; *Артамошин С.В.* «Теология юриспруденции»: католический консерватизм К. Шмитта в поисках духовной преемственности // Диалоги со временем. 2010. № 3. С. 158-173; *Ветютнев Ю.Ю.* Г. Кельзен и проблема позитивистской аксиологии права // Нормативная теория Ганса Кельзена и развитие юриспруденции в Европе и США (к 40-летию со дня смерти Г. Кельзена): материалы VII ежегодной Междунар. науч. конф. (Иваново, 8–12 октября, 2013 г.). Иваново, 2015. С. 110–115; *Горяинов О.В.* «Чрезвычайное положение» в условиях божественного насилия: ответ Карла Шмитта Вальтеру Беньямину // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия: Право. 2013. № 1. С. 5–16; *Гуторов В.А.* О некоторых аспектах формирования политико-философского дискурса в современной России // ПОЛИТЭКС. 2016. № 1. С. 4-28; *Дугин А.* Четвертая политическая теория. Россия и политические теории XXI века. СПб., 2009; *Дидикин А.Б.* Философское и правовое наследие Ганса Кельзена: сборник статей и материалов. М., 2018; *Корнев В.Н.* В начале была норма // Российское правосудие. 2013. № 6. С. 4-11; *Костогрызлов П.И.* Децизионизм в России: дореволюционные предшественники и современные интерпретаторы Карла Шмитта // Научный журнал «Дискурс-Пи». 2021. № 1. С. 62–76; *Назмутдинов Б. В.* От «нормы» к «порядку»: эволюция правопонимания Карла Шмитта // Правоведение. 2016. № 1. С. 150–165; *Овчинников А.И.* Природа государственной власти в фокусе теологического мышления // Северо-Кавказский юридический вестник. 2022. № 1. С. 27-34; *Орлова М.* Карл Шмитт: учение о гаранте конституции как пример «конкретного мышления» о государственных формах и порядке // Логос. 2012. № 5. С. 196-204; *Филиппов А.Ф.* К истории понятия политического: прошлое одного проекта // Шмитт К. Понятие политического. СПб, 2016. С. 433–551 и др.

<sup>28</sup> *Агамбен Дж.* Homo sacer. Чрезвычайное положение. М., 2011; *Jestaedt M.* Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts / Aliprantis, Olechowski (Hrsg), Hans

Кроме того, нужно отметить, что в современной литературе имеются диссертации по философским и юридическим специальностям, предметом которых стало теоретическое наследие двух мыслителей. Диссертации Е.Н. Гаранова, Р.В. Гуляева, В.Е. Кондурова, К.Н. Лапшина, Е.А. Росси посвящены взглядам Шмитта<sup>29</sup>. Идеи и концепции Кельзена рассматриваются в диссертационных исследованиях А.А. Краевского и Б.А. Ревнова<sup>30</sup>.

Таким образом, даже краткий обзор литературы свидетельствует об отсутствии комплексной работы, в которой дискуссия Шмитта и Кельзена 1920-1930-х гг. рассматривалась бы в рамках политологии.

Данное обстоятельство обусловило то, что **объектом** исследования в настоящей диссертационной работе выступает немецкая межвоенная государственноведческая мысль, а **предметом** исследования – дискуссия Карла Шмитта и Ганса Кельзена в 1920–1930-х гг.

**Целью** работы является анализ исторического опыта и определение современного значения дискуссии Карла Шмитта и Ганса Кельзена в 1920-1930-х гг.

---

Kelsen. Internationale Tagung an der Akademie von Athen. Wien, 2014. S. 3-12; *Quaritsch H.* Souveränität im Ausnahmezustand: zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitt // *Der Staat.* 1996. № 1. S. 1-30; *Лёвиг К.* Политический децизионизм // *Логос.* № 5. 2012. С. 115–142; *Лобковиц Н.* Карл Шмитт – католический фашист? // *Форум новейшей восточноевропейской истории и культуры.* 2004. № 1; *Люббе Г.* Карл Шмитт в восприятии либералов // *Логос.* № 5. 2012. С. 143-157; *Муфф Ш.* Карл Шмитт и парадоксы либеральной демократии // *Логос.* 2004. № 6. С. 140-153; *Olechowski T.* Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen, 2020; *Теуке Б.* Решение и нерешительность. Политическое и интеллектуальное прочтение Карла Шмитта // *Логос.* 2012. № 5. С. 3–42; *Тронер М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка // *Кельзен Г.* Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015; *Харт Г.Л.А.* Посещение Кельзена // *Российский ежегодник теории права.* 2011. № 4. С. 570–591 и др.

<sup>29</sup> *Гаранов Е. Н.* Государственно-правовая теория К. Шмитта: дис. ... к. ю. н. Краснодар, 2007; *Гуляев Р. В.* Революция или диктатура: Ханна Арендт и Карл Шмитт о сущности политического: дис. ... к. ф. н. М., 2013; *Кондуров В.Я.* Политическая теология Карла Шмитта: теоретико-правовое исследование: дис. ... к. ю. н. СПб., 2022; *Лапшин К. Н.* Учение о государстве в трудах К. Шмитта: дис. ... к. ю. н. Краснодар, 2012; *Росси Е. А.* Человек и общество в социальной философии К. Шмитта: дис. ... к. ф. н. Великий Новгород, 2008.

<sup>30</sup> *Краевский А. А.* Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм: дис. ... к. ю. н. СПб., 2014; *Ревнов Б. А.* Классический позитивизм и нормативизм Ганса Кельзена: дис. ... к. ю. н. М., 2014.

Для достижения исследовательской цели в работе необходимо было решить следующие **задачи**:

- *во-первых*, реконструировать исторический и идейно-теоретический контексты формирования учений;
- *во-вторых*, проанализировать ключевые идеи, концепты и элементы учений;
- *в-третьих*, дать теоретико-методологическую характеристику дискуссии;
- *в-четвертых*, сопоставить этатистскую и глобалистскую концептуализации суверенитета;
- *в-пятых*, сравнить гомогенную и плюралистическую модели демократии;
- *в-шестых*, сопоставить политическое и судебное гарантирование конституции;
- *в-седьмых*, проанализировать субъектно-политическое и нормативное обоснование иерархии законодательства в учениях Шмитта и Кельзена;
- *в-восьмых*, рассмотреть конфликт Президента РФ и Конституционного суда РФ в ходе конституционного кризиса 1993 года через призму веймарских дебатов Шмитта и Кельзена;
- *в-девятых*, рассмотреть дискуссию Шмитта и Кельзена в рамках проблемы множественности теоретических языков описания мира в политической науке.

**Теоретические и методологические основания исследования.** Методологическая основа исследования опирается на разработки в области политологии, государствоведения, теории и методологии политической науки, истории политических учений, а также на отдельные положения кембриджской школы интеллектуальной истории, разработанные в методологических трудах К. Скиннера<sup>31</sup>. В работе использованы общие и специальные методы. Среди *общих методов* системный, исторический (историко-биографический, историко-генетический, историко-системный) и герменевтический методы. К *частнонаучным методам* относятся сравнительно-политический, политико-текстуальный методы. И поскольку тексты мыслителей, содержащие политические идеи, по своему

---

<sup>31</sup> См.: *Скиннер К.* Значение и понимание в истории идей // Кембриджская школа: теория и практика интеллектуальной истории. М., 2018. С. 53–122; *Скиннер К.* Коллингвудовский подход к истории политической мысли: становление, вызовы, перспективы // НЛЮ. 2004. № 66. URL: <http://www.zh-zal.ru/nlo/2004/66/skinner4.html>

первоначальному характеру являются государствоведческими, то дополнительно в работе использовались элементы формально-юридического метода.

**Научная новизна** исследования заключается в следующем:

1. Впервые в российский политической науке дискуссия К. Шмитта и Г. Кельзена *раскрыта* через исторический и идейно-теоретический контекст эпохи. Показано, что реакция мыслителей на конкретные события свидетельствует не только о высокой степени теоретико-методологических, но также философско-мировоззренческих и ценностно-нормативных расхождений между ними.

2. *Обосновано*, что при сравнении взглядов К. Шмитта и Г. Кельзена основное внимание следует уделять ни противопоставлению децизионизма и нормативизма как обобщенным образам учений, а выявлению более конкретных различий, которые лежат в области теоретико-методологических и ценностно-нормативных допущений.

3. *Определено*, что идейно-теоретическое противостояние (дискуссия) мыслителей оказало влияние на их собственные учения, было растянуто во времени и протекало в нескольких форматах: ожесточенная односторонняя адресная критика (о суверенитете); краткие упоминания и намеки на учения друг друга (о демократии); открытая полемика и посвящение специальных текстов идеям оппонента (о гаранте конституции).

4. *Выявлено*, что в ходе дискуссии о суверенитете мыслители стремятся определить значение суверенитета для научного дискурса своего времени, однако выходят за его пределы. Предложенные ими концептуализации (этатистская по Шмитту и глобалистская по Кельзену) помещаются в основу современных подходов и задают логику существующим научно-политическим дискуссиям о феномене суверенитета.

5. Впервые в российской политической науке проведен сравнительный анализ взглядов государствоведов на демократию, *показавший*, что противоречия между их подходами могут быть сведены к разному пониманию мировоззренческой основы, сущности, институционального оформления и политико-идеологического измерения демократии.

6. *Обоснован вывод* о том, что дискуссия о гаранте конституции представляет собой пример наиболее интенсивного идейно-теоретического

противостояния, в рамках которого мыслители, формулируя собственное понимание гарантирования конституции, демонстрируют полное несогласие друг с другом, вкладывая в самые базовые государствоведческие понятия непересекающиеся смыслы, т.е. буквально говорят на разных теоретических языках.

7. *Предложены* авторские варианты операционализации теоретических подходов, сформулированных К. Шмиттом и Г. Кельзенем, для исследования проблематики обоснования иерархии законодательства как проблемы взаимоотношения политики и права.

8. На основе дискуссии К.Шмитта и Г.Кельзена *разработана* аналитическая матрица исследования конституционных кризисов. Предложенный подход применён для рассмотрения конфликта Конституционного Суда РФ и Президента РФ в ходе конституционного кризиса 1993 г.

9. С опорой на дискуссию К.Шмитта и Г.Кельзена *обоснована* проблема множественности языков описания мира в политической науке. Её смысл сводится к одновременному сосуществованию в политической науке взаимоисключающих (но «легитимных») подходов к интерпретации основных политических феноменов. Вместе с этим *аргументируются* методологические и теоретико-практические варианты разрешения этой проблемы: анархистский, дисциплинарный и плюралистический.

На публичную защиту выносятся следующие **положения**:

1. Социально-политические события 1920-1930-х годов выступают маркером ценностно-нормативных и методологических представлений мыслителей. До 1933 г. государствоведы были сторонниками Веймарской республики, прекратившей своё существование в результате кризисных политических процессов. Каждый мыслитель полагал, что «интеллектуальные истоки» кризисных процессов следует искать в мировоззренческих и теоретических взглядах, разделяемых оппонентом. Для К.Шмитта они выражались в отстаивании нейтрального характера науки и обосновании парламентско-демократического устройства. Г.Кельзен, напротив, связывал крушение веймарской государственности с «научным» иррационализмом, ориентированность на народное единство и диктаторскую эффективность, которые должны прийти на смену парламентской системе.

2. Основные противоречия государствоведческих учений К.Шмитта и Г.Кельзена следует усматривать в области философско-мировоззренческих и теоретико-методологических допущений. Совокупность последних может быть сведена: во-первых, к разным представлениям о природе политики, власти, права; во-вторых, к пониманию дисциплинарных границ государствоведения; в-третьих, к трактовкам его статуса и ключевых задач в политическом процессе и юридической практике; в-четвертых, к авторской логике построения и изложения своих концепций.

3. Рассмотрение государствоведческих учений К.Шмитта и Г.Кельзена через призму дискуссии существенно обогащает представление о содержании и значении этих учений для политической науки. В историко-идейном аспекте дискуссия оказала влияние на содержание учений К.Шмитта и Г.Кельзена и систему авторской аргументации ключевых положений. В эпистемологическом плане дискуссия указывает на сосуществование внутри политической науки конфликтующих теоретических языков описания политических явлений и процессов.

4. Дискуссия К.Шмитта и Г.Кельзена о суверенитете является отражением теоретико-методологической тенденции государствоведческой науки начала XX в. по устранению последнего. К.Шмитт выступает против такой тенденции. Опираясь на разработанную им политическую теологию, он стремится актуализировать традиционное учение о суверенитете через вводимую им категорию «политического решения» (Dezision), которая позволяет операционализировать политическое верховенство через введение чрезвычайного положения, преодолевающего нормативную скованность существующего порядка. Г.Кельзен, напротив, трактует суверенитет как пережиток теологического мышления, считая его идеологической конструкцией, вредной для государства. С точки зрения мыслителя за суверенитетом скрывается не политическая воля, а проблема единства правовых норм, которое обретается в международном правопорядке. Данные позиции оформили в науке два типа концептуализации суверенитета – этатистский (К.Шмитт) и глобалистский (Г.Кельзен).

5. Дискуссия К.Шмитта и Г.Кельзена о демократии органически вписывается не только в теоретические дебаты начала XIX в. о природе

демократического правления, но и описывает логику социально-политической трансформации общества. Шмитт полагает, что демократия в качестве базовой предпосылки имеет представление о гомогенности (единстве) народа, а при переходе на уровень конкретного институционального оформления демократия отрицает ключевые принципы парламентаризма, что указывает на отсутствие противоречий между диктатурой и демократией. Кельзен, напротив, связывает демократию с идеей личной свободы, которая отрицает гомогенность народа в пользу совокупности плюралистической воли, а смысл демократического устройства он усматривает в обеспечении индивидуальной свободы и безопасности индивидов, достижение которых возможно посредством общих политических институтов и верховенства права. Это предполагает наличие парламента и средств обеспечения контрмжоритарных интересов в обществе. Данные положения исследователей сформировали две теоретических модели демократии – гомогенную (К.Шмитт) и плюралистическую (Г.Кельзен).

б. Дискуссия Шмитта и Кельзена о гаранте конституции обобщает противоречия философско-мировоззренческих, теоретических и ценностных допущений мыслителей, которые выражаются в разном понимании самих базовых оснований государственной теории и практики. Шмитт в качестве гаранта конституции видит главу демократического государства, который выражает единство народа и гарантирует его решение о политической форме (конституцию). В социально-политическом смысле эта модель противопоставляется парламентской системе. Кельзен отстаивает идею консолидированного судебного гарантирования конституции и механизм её защиты, реализуемый посредством конституционного правосудия. Суть последнего состоит в проверке актов парламента и правительства на конституционность с возможностью их последующей отмены. Аргументация Кельзена исходит из теоретических положений о правотворческом характере судебной власти, максиме о политической ангажированности иных органов власти (правительство и парламента), а также понимании конституции как высшего юридического, а не политического документа. Итогом данной дискуссии стало появление в современной науке концепций политического (К.Шмитт) и судебного (Г.Кельзен) гарантирования конституции.

7. Отдельные элементы государствоведческих учений К.Шмитта и Г.Кельзена имеют важное методологическое и эвристическое значение для современной науки. Речь идёт о возможности объяснения иерархии законодательства посредством субъектно-политического (К.Шмитт) и нормативного (Г.Кельзен) способов обоснования иерархии законодательства. Субъектно-политический способ связывает положение законодательного акта в иерархии актов с положением издающего акт органа в системе политических инстанций. Нормативный способ усматривает источник иерархии в содержании правовых норм, определяющих порядок создания нижестоящих норм. В свою очередь объединительная трактовка через исследование системы законодательства позволяет сблизить политику и право, личное усмотрение и норму, сменяющие друг друга исключительное и нормальное состояния политической и правовой реальности, где подход Г.Кельзена адекватен для описания рутинной практики, а наследие К.Шмитта может привлекаться при исследовании пограничных состояний политического процесса.

8. Положения дискуссии Шмитта и Кельзена о гаранте конституции могут выступать в качестве аналитической матрицы рассмотрения конституционных кризисов, сопровождающихся конфликтом разных ветвей власти. Её применение к противостоянию Президента РФ и Конституционного Суда РФ в ходе конституционного кризиса 1993 г. показывает, что внешне сугубо правовой спор имеет под собой серьезные социальные-политические и ценностно-мировоззренческие основания. Конституция в ходе реального противостояния ветвей власти превращается в символ, за смысл и содержание которого ведут борьбу ключевые политические акторы.

9. Множественность языков описания мира и политической динамики проявляется тремя основными способами: анархистским, дисциплинарным и плюралистическим. Анархистский способ указывает на полную несовместимость языков описания мира, представленных в государствоведческих учениях Шмитта и Кельзена. Это означает, что фактически мыслители предлагают не просто методологические подходы и трактовки понятий, но и создают собственные автономные проекты политического знания, присоединение к которым исключает возможность разделять положения иных теоретических языков. В этом случае

дискуссия в строгом смысле невозможна, поскольку её авторы буквально говорят на разных языках, обращаясь не столько к оппоненту, сколько к потенциальным сторонникам, способным принять этот язык.

Дисциплинарный способ сводится к разделению учений по дисциплинарному принципу, где центральное ядро наследия Кельзена занимает место в пространстве юридической науки, а основные идеи и подходы Шмитта помещаются в содержание политической науки. Кельзену в этом отношении отводится ведущая роль, поскольку его заслугой становится выведение политической проблематики за пределы предмета юридической науки.

Плюралистическое решение акцентирует внимание на методологическом плюрализме, допускающем сосуществование различных теорий и методологических подходов в рамках одной системы знания. В этом случае наибольшее значение имеет сходство в государствоведческих учениях К.Шмитта и Г.Кельзена, а также их общая включенность в научную традицию. Исследователю, обращающемуся для обогащения категориально-понятийного и теоретико-методологического инструментария к наследию Шмитта и (или) Кельзена, предоставляется возможность сконструировать междисциплинарную (политико-правовую) методологию.

**Теоретическая и практическая значимость исследования.** *Теоретическая значимость* исследования состоит в рассмотрении дискуссии К. Шмитта и Г. Кельзена как столкновения двух подходов, каждый из которых претендует на полноту охвата проблематик, при этом исключая конкурирующий способ мышления за пределы научного пространства, что, впрочем, не мешает рассматривать данные учения не только в качестве «легитимных» внутри современного политологического дискурса, но и сконструировать на их основе комплексную исследовательскую оптику. *Практическая значимость* определяется возможностью применения теоретических результатов работы для анализа реальных политических процессов, развития истории политической мысли и эпистемологической ситуации в политической теории. Отдельные элементы диссертации могут быть использованы в учебном процессе при чтении таких политологических дисциплин как «История зарубежных социально-политических учений», «Теория политики», «Методология политической науки».

**Соответствие диссертации паспорту специальности.** Диссертационное исследование соответствует паспорту научной специальности 5.5.1. «История и теория политики» в пунктах: 4. История мировой социально-политической мысли: направления, течения, доктрины, теории, концепции, учения и идеи; 6. Теория и методология историко-политологических исследований; 7. Теория политики; 9. Направления политической науки: школы и представители.

**Апробация результатов исследования.** Всего автором опубликовано 10 научных работ, из которых основные положения и выводы диссертации изложены в 2 статьях, опубликованных в изданиях перечня ВАК, индексируемых в международных базах данных и RSCI, а также в 2 статьях в рецензируемых научных изданиях Перечня ВАК, включенных в дополнительный список научных изданий по политическим наукам, утверждённый решением Ученого совета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Основные положения исследования обсуждались на международных, всероссийских и региональных конференциях: «Ломоносов – 2018» (2018), XXII международной научно-практической конференции «Интеллектуальный потенциал вузов – на развитие Дальневосточного региона России и стран АТР» (2020), Национальном научном форуме «Наука, меняющая жизнь» (2020), Международной научной конференции «AmurCon – 2021», Научных чтениях «Государствоведение в XXI в.: проблемы и перспективы развития» (2022). Материалы диссертации были апробированы в учебном процессе института права Владивостокского государственного университета.

Диссертация обсуждена и рекомендована к защите на заседании кафедры теории и истории российского и зарубежного права института права Владивостокского государственного университета и на заседании кафедры истории и теории политики факультета политологии Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

**Структура** диссертации определена целью и задачами и включает введение, основную часть из трех глав (каждая по три параграфа), заключение и список литературы.

## **Глава 1. Учения К. Шмитта и Г. Кельзена: исторические и теоретико-методологические характеристики**

### **§ 1. Исторический и идейно-теоретический контекст формирования учений**

В истории политической мысли весьма частым сюжетом является идейное противостояние различных взглядов, подходов, концепций и доктрин. При этом острые дискуссии о власти, государстве, политике, праве являются ключевыми вехами, существенно влияющими на развитие политического мировоззрения определённой эпохи, идейно-концептуальных положений государственоведения, доктринально-программных и социально-политических концепций, на содержательную конкретизацию отдельных понятий и категорий. Разумеется, идеи не сталкиваются сами по себе, а «действуют» в тесной коалиции с теоретиком, предлагающим и отстаивающим ту или иную идею. Данные противостояния, или дискуссии с точки зрения протяжённости во времени проходят в двух основных формах, что сказывается на способе вовлечённости мыслителя в этот процесс.

*Во-первых*, что бывает наиболее часто, дискуссия, будучи растянутой во времени на весьма длительный срок (вплоть до нескольких столетий), может иметь односторонний характер, при котором более современный автор критикует своих предшественников, неспособных ответить самостоятельно. Здесь возможен вариант, когда третьи лица «сталкивают» классиков, напрямую не полемизировавших друг с другом, в собственных трудах, усматривая в их взглядах противоречия. В любом случае данная форма не предполагает непосредственного обмена репликами между мыслителями, поскольку включает в этот процесс посредников (время и других теоретиков). С таким типом дискуссий можно столкнуться в тех трудах, в которых, например, Платон или Дж. Локк критикуются из XXI в. или же теоретические положения трактатов Аристотеля противопоставляются идейно-концептуальным сюжетам из сочинений Т. Гоббса.

*Во-вторых*, значительно реже имеет место непосредственное столкновение политических мыслителей, отстаиваемых ими идей, мировоззренческих и теоретико-методологических позиций, что в качестве необходимого условия требует, чтобы они были современниками. В этом случае авторы напрямую

дискутируют друг с другом. Таковой является дискуссия между Карлом Шмиттом и Хансом Кельзеном, развернувшаяся в 20-30-е годы прошлого века.

В литературе не раз подчеркивалось, что отдельные положения учений мыслителей находятся в неразрывной связи с тем социально-политическим контекстом, внутри которого они были сформулированы<sup>32</sup>. Так же ранее была отмечена необходимость знакомства с биографиями Шмитта и Кельзена<sup>33</sup>. Поэтому надлежит реконструировать социально-политический и идейно-теоретический контексты, в рамках которых действовали теоретики, а также обозначить ключевые моменты их интеллектуальных биографий, т.е. вписать индивидуальную траекторию каждого мыслителя в широкий исторический процесс.

Период, на который приходится дискуссия Шмитта и Кельзена, является весьма насыщенным событиями и выдающимися личностями, но в то же время «стоящим в тени». Чаще всего 20-30-е годы характеризуются как межвоенное время, что подчеркивает отсутствие ярко выраженных признаков, характерных для предшествующего и последующих периодов<sup>34</sup>. Однако подобная оценка, допустимая из будущего, совсем не очевидна современникам происходивших в то время событий. Напротив, эти годы могут расцениваться как совершенно новый этап политического развития и государственной организации центрально-европейских обществ. Именно тут на обломках империй возникают новые республиканские государства<sup>35</sup>. К их числу относятся Веймарская республика (1918-1933) и Первая австрийская республика (1918-1934).

---

<sup>32</sup> См. *Dyzenhaus D. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford, 1998; Sterling E. Studie uber Hans Kelsen und Carl Schmitt // Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie. 1961. № 47. S. 569-586.*

<sup>33</sup> См. *Филиппов А. Ф. Карл Шмитт. Расцвет и катастрофа / Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 306; Антонов М. В. Ханс Кельзен (1881-1973): основные вехи интеллектуального пути // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 1. С. 3-15.*

<sup>34</sup> Например, государственно-правовая наука межвоенной Германии может характеризоваться не просто как полностью «поглощенная» последующим национал-социалистическим периодом, но и как доктрина подготовившая гибель республиканского государства. Тем самым наследие веймарских государствоведов интересно лишь в «негативном» качестве, т.е. как пример нечувствительности к антиправовым и антидемократическим процессам см. *Arthur J., Schlink B. Weimar A Jurisprudence of Crisis. London, 2002. 420 P.*

<sup>35</sup> *Космач В. А. Германия в 1918-1919 гг.: рождение республики. Витебск: ВГУ им. П. М. Машерова, 2008. С. 61-68.*

Первая из них запомнилась оксюмороном «демократия без демократов» и получила противоречивые оценки в историографии. С одной стороны, её довольно часто характеризуют как слабое государство, с властью, не способной привносить стабильность в социальную жизнь и обеспечивать безопасность. В этом случае Веймарская республика рассматривается как один из акторов на политической арене Германии (как некоторого пространства), который вынужден постоянно отстаивать собственный статус верховного публично-правового образования. С другой стороны, было достигнуто определённое упорядочивание отношений между федерацией и отдельными землями в сторону централизма, неизвестного Германской Империи<sup>36</sup>.

Первая австрийская республика, несмотря на схожий историко-политический опыт, не удостоилась столь пристального внимания и не получила сравнимой яркой и запоминающейся характеристики, что, конечно, связано с будущими событиями.

В целом историю данных государств в контексте интересующей нас дискуссии следует рассматривать в единстве, поскольку несмотря на их политическую самостоятельность, в интеллектуально-академическом отношении уже со второй половины XIX века германские и австрийские земли составляют единое целое: «неотъемлемой частью истории публичного права «в Германии» в период 1914-1945 гг. является также Австрия, точнее – Немецкая Австрия. Современникам *тесная культурная, особенно университетская, и политическая связь двух стран казалась естественной*, несмотря на их самостоятельность (курсив мой – Прим. А. У.)»<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Винклер Г.А. Веймар 1918-1933: история первой немецкой демократии. М., 2013. С. 295-345.

<sup>37</sup> Штолляйс М. История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм. М., 2017. С. 212.

Уже в первой половине XIX века существовал великогерманский проект решения германского вопроса, который предполагал объединение всех германских земель под началом Австрийской империи. Альтернативный – малогерманский проект – состоит в объединении земель Германского союза под властью прусского короля. В XIX веке в политическом смысле победило именно малогерманское решение, однако в духовном и идеологическом отношении великогерманский проект играл крайне существенную роль в общественно-политической жизни двух стран. Например, Кельзен некоторое время разделял идею великогерманского объединения Веймарской и Австрийской республик на демократических началах: «я знаю, вместе со всеми немцами, которым с надеждой адресованы данные высказывания, только одно: что основной аккорд этой музыки, доносящийся до нас сегодня из неизведанных далей лишь как тихий звук, что это созвучие

Однако основной акцент мы сделаем на Веймарской республике. Это обусловлено тем, что завершающий эпизод теоретического противостояния Шмитта и Кельзена (дискуссия о гаранте конституции) протекает именно на материале кризиса и гибели Веймарской республики. Вместе с тем в ходе реконструкции контекста формирования учений мы кратко коснемся и Первой австрийской республики, и, даже более, того предшествовавшего ей политического образования, т.е. Австро-Венгрии, в политико-правовом и социальном укладе которой можно усматривать некоторые истоки учения Кельзена.

В историографии ключевая характеристика Веймарской республики сводится к констатации слабости демократических институтов, их неприятию и непониманию со стороны граждан, что может объясняться продолжительным опытом существования монархии: «существовало убеждение, что парламент скорее может выступать как форум для дискуссий и посредник между властью и обществом, нежели выполнять функции полновесного руководящего органа страны. Сказывался негативный опыт, связанный с длительным существованием парламентов, слабых в принятии решений, пребывающих в оппозиции к монархической исполнительной власти, идеологически разобщенный и неспособный к компромиссам»<sup>38</sup>.

Однако опыт Германской империи обладал и позитивным потенциалом в контексте строительства нового демократического государства, и уже современниками расценивался в качестве фактора, который обусловил не столь радикальный характер ноябрьской революции 1918 года (по сравнению с радикальностью Французской и Русской революций)<sup>39</sup>.

Постоянное колебание между «монархическим прошлым» и «республиканским настоящим» составляет важную линию как социально-

---

голосов всех германских племён однажды мощно пронесется по миру в честь и во славу содружества наций, которое предоставит и немецкому народу его право, поскольку его предоставило государство». Цит. по Штолляйс М. История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм. М., 2017. С. 213-214.

Как известно, в политическом отношении великогерманское решение иным путём и в обратной конфигурации было реализовано Гитлером в 1938 году посредством аншлюса Австрии. См. в целом по теме: *Цимбаев К.* «Великая Германия». Формирование немецкой национальной идеи накануне Первой мировой войны. М., 2015. 259 с.

<sup>38</sup> Штолляйс М. История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм. М., 2017. С. 89

<sup>39</sup> Винклер Г.А. Веймар 1918-1933: история первой немецкой демократии. М., 2013. С. 13-15.

политического<sup>40</sup>, так и интеллектуального<sup>41</sup> напряжения эпохи, выходящую за государственные границы. Естественно, что наука, существующая в подобном контексте, становится площадкой для постоянных дебатов теоретической и практической направленности, что справедливо как для Германии, так и для Австрии: «если эпоха «веймарского государственного права» *предстает ретроспективно как эпоха основополагающей методологической дискуссии*, глубоких разногласий относительно гносеологических и интерпретационных вариантов «государства», то нельзя не заметить, что *в ещё большем объеме была проведена практическая правовая работа систематизирующего толкования в рейхе, землях и коммунах* (курсив мой – Прим. А. У.)»<sup>42</sup>.

Разумеется, что наибольшее значение кризисный политико-правовой уклад Веймарской республики оказал на Шмитта<sup>43</sup>. Например, Г. Люббе отмечает, что «определяющим опытом для Шмитта был опыт политической и парламентской недееспособности Веймарской республики, что подпитывало его критику»<sup>44</sup>. Именно во времена существования Веймарской республики были написаны ключевые труды мыслителя. Два из трех наиболее важных с точки зрения самого

---

<sup>40</sup> Например, отмечается, что «демократы, зажатые между политическим прошлым, понятным основной массе населения, и демократическим настоящим (конечно, на основе западных образцов), понятным только горстке руководителей, подверглись нападкам и справа, и слева». См. *Евдокимова Т.В.* «Веймарские демократы “первого часа”» между властью и обществом // Исторический журнал: научные исследования. 2015. № 3. С. 300-307.

<sup>41</sup> Рассуждения Шмитта и Кельзена не являются в этом отношении исключением. У обоих мыслителей можно обнаружить частые ссылки на конституционную доктрину, т.е. на государствоведческое учение времен существования конституционных монархий. У Шмитта подобные указания, как правило, обусловлены стремлением показать эволюцию государственно устройства или же описывающей их доктрины, а также попытками обнаружить сущностное ядро политико-правового явления, приобретающего разные формы в контексте эпохи. Кельзен же апеллирует к конституционной доктрине с целью разоблачить идеологизированность современной ему государствоведческой теории, которая некритично наследует промонархические клише, формулировки и объяснительные модели именно из конституционно доктрины, идеологическое назначение которой состоит в теоретическом обосновании доминирования в государстве монарха и формируемого им правительства.

<sup>42</sup> *Штолляйс М.* История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм. М., 2017. С. 224.

<sup>43</sup> В целом о политико-правовом учении Шмитта как попытке ответа на кризисный опыт существования Веймарской республики см. *Kennedy E.* Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar. Duke University Press, 2004.

<sup>44</sup> *Люббе Г.* Карл Шмитт в восприятии либералов // Логос. № 5. 2012. С. 152.

Шмитта труда были написаны в 20-е годы. Речь идёт о «Диктатуре» (1921) и «Учении о конституции» (1928)<sup>45</sup>. В эти же годы были написаны и другие работы, ставшие «визитной карточкой» государствоведа («Политическая теология», «Понятие политического» и проч.).

Таким образом, следует зафиксировать три важных взаимосвязанных социально-политических характеристики эпохи, на которую приходится дискуссия государствоведов, и которые находят своё отражение в их учениях: *во-первых*, напряжение между монархическим прошлым и республиканским настоящим, *во-вторых*, необходимость проведения практической работы в сфере государственного строительства, и, *в-третьих*, неустойчивость и кризисность политической системы.

Однако прежде чем перейти к ряду конкретных социально-политических событий, которые важны для понимания дискуссии государствоведов, необходимо остановиться на идейно-теоретических истоках и биографическом контексте формирования их учений.

Идейно-теоретические истоки политико-правовых учений Шмитта и Кельзена уводят нас за границы обозначенного периода. Многие немецкие мыслители, чьё профессиональное становление пришлось на конец XIX начало XX вв., оказались под значительным влиянием неокантианства, положившего в своё основание известный лозунг «Назад к Канту» и ставшего реакцией на интервенцию естественно-научных и психологических методов и представлений в социально-гуманитарные науки<sup>46</sup>. Будучи философским направлением, преимущественно занимающимся вопросами гносеологии и аксиологии, неокантианство оказало огромное идейное влияние на государствоведческую науку, где в определённый период наблюдалось засилье философского позитивизма и материализма<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Третьей работой в этом ряду является «Номос земли» (1950). См. Филиппов А. Ф. Философия диктатуры / К. Шмитт. Диктатура. М., 2018. С. 5.

<sup>46</sup> «Завершив работу над докторской диссертацией к началу 1910 г., Г. Кельзен продолжал свои научные исследования в условиях абсолютного доминирования в научном мире идей Марбургской и Баденской школ неокантианства. Под их влиянием шла интенсивная разработка основоположений критической философии права и государства (курсив мой – А. У.)» (см. Ревнов Б. В. Нормативизм Ганса Кельзена: взгляд из XXI века. СПб., 2014. С. 42).

<sup>47</sup> Larenz K. Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart. Berlin, 1935. S. 47.

Переходя от более широкого исторического контекста к биографическому контексту формирования учений Шмитта и Кельзена констатируем, что оба родились в конце XIX века - века расцвета и могущества европейских национальных государств и теоретически обслуживающего их раннего юридического позитивизма, восходящего к трудам А. Меркеля, К.Ф. фон Гербера и в особенности к работам П. Лабанда<sup>48</sup>. Однако к концу XIX века юридический позитивизм оказывается в кризисе, который весьма четко фиксируется, например, в работах государствоведа Г. Еллинека или сторонников школы возрожденного естественного права. Именно на этот кризис теоретического познания государства и реагируют мыслители, обращаясь к тем конфигурациям, которые были выработаны в науке ранее<sup>49</sup>.

В академическом мире оба мыслителя заявили о себе до Первой мировой войны. И если Кельзен уже в 1911 году пишет докторскую диссертацию «Основные проблемы науки государственного права, разработанные с позиции учения о правовом предложении»<sup>50</sup>, демонстрирующую «реформаторский тон»<sup>51</sup> мыслителя и его ключевые идеи, которые в дальнейшем будут дорабатываться и уточняться, то Шмитт в 1910-х годах публикует ряд не очень известных работ («Вина и её виды» (1910), «Закон и приговор» (1912), «Ценность государства и значение индивида» (1914)), тогда как среди причин появления более известных трудов указывается поражение Германии в Первой мировой войне<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Михайлов А.М., Корженяк А.М. Ранний юридический позитивизм в Англии, Германии и России (вторая половина XIX – начало XX в.). М., 2021. С. 163-184.

<sup>49</sup> Параграф 2.1-2.3 мы будем начинать с обозначения той теоретической ситуации, с которой работали мыслители.

<sup>50</sup> См. *Kelsen H. Hauptprobleme der Sraatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze.* Tübingen, 1923. S. 709.

<sup>51</sup> Мы имеем в виду нацеленность на пересмотр господствовавшего государственно-правового учения. Впрочем, сам мыслитель всегда интерпретировал это движение, *во-первых*, как «онаучивание» юриспруденции, и, *во-вторых*, как доведения ряда обнаруживаемых в ней тенденций до логического конца. Например, в первом издании «Чистого учения о праве» Кельзен пишет, что наука о праве есть «провинция, отделенная от центров духовного развития», которая «слишком долго не решалась последовать за прогрессом науки и выступить в непосредственный контакт в общим развитием научного знания». см. *Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве / Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право.* СПб., С. 110.

<sup>52</sup> *Филиппов А. Ф. К истории понятия политического: прошлое одного проекта / Шмитт К. Понятие политического.* СПб., С. 433-551.

Идеи, изложенные Кельзеном в докторской работе, находят своё продолжение в «Проблемах суверенитета» (1920) и «Общем учении о государстве» (1925), имевших значение вызова традиционной юридической науке. Т.е. уже с первых работ Кельзен становится автором, чьи заслуги хоть и признаются, но становятся предметом постоянной критики внутри государствоведческого сообщества<sup>53</sup>. При этом мыслитель начинает формировать вокруг себя собственную научную школу<sup>54</sup>, отношения внутри которой, впрочем, являются весьма конфликтными и напряженными<sup>55</sup>.

В определённой мере это делало Кельзена одиночкой в академическом мире, о чем свидетельствуют, например, воспоминания его студента: «вместо полемики (другими профессорами – А. У.) использовались общие фразы, отклоняющие учение, и распространялись среди студентов, которым настоятельно советовали не заниматься философией *этого странного, хоть и проницательно, но определённо оторванного от жизни австрийца* (курсив мой – Прим. А. У.)»<sup>56</sup>.

Положение Шмитта в академическом мире было схожим: «ученым того времени, как и современным, было одинаково трудно позиционировать Карла Шмитта. *Несмотря на должность штатного профессора государственного и административного права, международного права и теории государства*, он являлся так же эссеистом и политическим теоретиком, имевшим многочисленные связи в литературной среде. Находясь первое время вблизи неокантианства и неподалёку от исходной точки Кельзена (в литературе существует позиция, что в

---

<sup>53</sup> *Иештедт М.* Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена / Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015. С. 623-625.

Критику идей Кельзена, представленных в диссертации и его более поздних работах, в русском дореволюционном и эмигрантском государствоведении см. *Палиенко Н. И.* Задачи и пределы юридического изучения государства и новейшее формально-юридическое исследование проблемы государственного права // Журнал министерства юстиции. 1912. № 2. С. 121-153; *Тарановский С. Ф.* Энциклопедия права. СПб., 2001. С. 341, 353-354, 401, 529; *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право: очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 302-304; *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. СПб., 1999. С. 140.

<sup>54</sup> *Антонов М. В.* Чистое учение о праве против естественного права? / Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015. С. 19-20.

<sup>55</sup> *Olechowski, T.* Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen, 2020. S. 316-344.

<sup>56</sup> *Корнев В. Н., Володина А. А.* В начале была норма // Российское правосудие. 2013. № 6. С. 4-11.

1910-х годах Шмитт некоторое время был последователем Кельзена – А. У.), Шмитт вскоре отделился от классического позитивизма, не уделяя, впрочем, пристального внимания правотворчеству и правоприменению (курсив мой – Прим. А. У.)»<sup>57</sup>.

Относительно социально-исторических предпосылок формирования учения Кельзена в литературе отмечается, что их следует усматривать в полиэтничном обществе Австро-Венгрии, испытывающем кризисные процессы в связи с ослаблением центральной власти и развитием национальных движений: «строгое отделение права от истории, политики и морали и соответствующее требование «чистоты» также является *облеченным в теоретико-правовую форму политическим ответом* на кризис империи Габсбургов, влиявшей на все сферы жизни общества (курсив мой – Прим. А. У.)»<sup>58</sup>.

На Шмитта же, вероятнее всего, как уже было отмечено ранее определяющее значение в формировании интересующего нас учения оказал опыт Первой мировой войны. Так, части «Диктатуры» про осадное положение в виде статьи были опубликованы уже в 1916 году. В том же году они были изложены в лекции, прочитанной в Страсбургском университете. При этом Шмитт опубликовал именно ту часть, в которой содержатся довольно близкие (не тождественные и всё же различающиеся) к формулировкам «Политической теологии» положения о суверенитете. Более того, с 1915 года Шмитт работал в условиях военного времени, а с 1 марта 1917 года отвечал за реализацию чрезвычайных мер по контролю за прессой, лекциями, собраниями и т.п.<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> *Штоляйс М.* История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм. М., 2017. С. 261. Последнее замечание довольно интересно, поскольку сам Шмитт полагает своё исследование диктатуры как «рассмотрение критического понятия *правоосуществления* (курсив мой – Прим. А. У.)». См. *Шмитт К.* Диктатура. М., 2018. С. 57.

<sup>58</sup> Там же. С. 244. Если принять эту гипотезу, то весьма любопытно, что другой подданный Австро-Венгрии О. Эрлих приходит к совершенно противоположным взглядам и отстаивает социологический подход, предполагающий плюрализм в социальном регулировании. Впрочем, данное противоречие может быть помыслено через противопоставление «столичного опыта» Кельзена и «провинциального опыта» Эрлиха. См. *Komterpell Р.* Эрлих на окраине империи: центры и периферии в правовых исследованиях // Российский ежегодник теории права. 2008. Т. 1. С. 546–564. Более подробно мы коснёмся этого сюжета в параграфе 2.2.

<sup>59</sup> *Quaritsch H.* Souveränität im Ausnahmezustand: zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitt // *Der Staat.* 1996. № 1. S. 1-30

Следующим моментом биографий, на котором следует остановиться является религиозно-этнический фактор, весьма часто привлекаемый для объяснения содержания учений. Шмитт был католиком в преимущественно протестантской Германии. Кельзен был евреем в сообществе немцев, отличавшихся бытовым (а некоторое время позднее и политическим) антисемитизмом<sup>60</sup>.

Указание на этническое происхождение Кельзен сопряжено с выводами о радикальной («оскорбляющей») оппозиционности чистого учения о праве традиционной юриспруденции<sup>61</sup>. Можно согласиться, некоторая неприязнь коллег к Кельзену как в Австрии, так и в Веймарской республике часто имела два источника: происхождение и критичность по отношению к господствующим догмам науки<sup>62</sup>. Более того, начавшееся в 1933 году бегство Кельзена из Германии через Австрию, Чехословакию, Швейцарию и заканчивающееся лишь в 1940 году в США обусловлено именно антисемитскими настроениями.

Что касается Шмитта, думается, что католицизм сыграл существенную роль в становлении его учения<sup>63</sup>. Шмитту были известны не только теология и политическая роль католицизма, но и его бытовая (приходская) сторона<sup>64</sup>. Вместе с тем его отношения к католической церкви нельзя назвать простыми, поскольку в 1926 году Шмитт вступает во второй брак без расторжения церковью первого. Однако, представляется, что католическая церковь привлекала Шмитта как

---

<sup>60</sup> Так, одна из гипотез, объясняющих то, почему Кельзен, с детства увлекавшийся философией и немереный изучать её профессионально, переориентировался на государственное управление, связывает это обстоятельство именно с его еврейским происхождением, поскольку это недопустимо для «статуса императорского и королевского профессора философии». См. *Krawietz W. Hans Kelsen – ein normativer Mastermind des Rechts // Rechtstheorie. Berlin, 2007. Bd. 38. Heft. 1. S. 43.*

<sup>61</sup> Например, М. Иештедт сравнивает биографии и происхождение Кельзен и Эйнштейна, отмечая множество сходств не только в жизненном пути, но и в той роли, которую оказали их интеллектуальные плоды в юриспруденции и физике, соответственно. см. *Jestaedt M. Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts / Aliprantis, Olechowski (Hrsg), Hans Kelsen. Internationale Tagung an der Akademie von Athen. Wien, 2014. S. 3-12.*

<sup>62</sup> *Olechowski T. Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen, 2020. S. 27-90.*

<sup>63</sup> См. напр. *Сендеров В. А. Тоталитарное мышление в России и Карл Шмитт / Вопросы философии. 2014. № 8. С. 167-175.*

<sup>64</sup> *Филиппов А. Ф. Карл Шмитт. Расцвет и катастрофа / Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 278.*

политико-правовое образование, в котором являет себя принцип личной репрезентации и решения<sup>65</sup>.

Остановимся ещё на одном моменте, указывающем на место мыслителей в социально-политических событиях 1920-1930-х годов. Кельзен с 1920 года принимает непосредственное участие в политико-правовой жизни Австрии, находясь до 1930 года в должности судьи первого в практике континентальных правопорядков Конституционного суда<sup>66</sup>, при этом поддерживая социально-демократическую партию и правительство, смена которых совпадает с его уходом с поста<sup>67</sup>. И во время своей работы судьёй и после, Кельзен всячески будет защищать идею конституционного правосудия в континентальных странах.

Шмитт не занимает столь высоких постов, но участвует «на правах консультанта» в политической жизни Веймарского государства. Будучи близок к католической Партии Центра, он пытается оказывать через прессу влияние на последних веймарских рейхсканцлеров Франца фон Папена и Курта фон Шляйхера, распространяя идеи о чрезвычайном положении и чрезвычайных мерах. Ещё Шмитт официально выступал в поддержку Рейха на судебном процессе «Пруссия против Рейха» (будет сказано подробнее ниже). Однако, его влияние не выходило за пределы экспертного влияния<sup>68</sup>.

В истории отношений Шмитта и Кельзена есть один весьма примечательный эпизод. Речь идёт об увольнении Кельзена с должности декана юридического факультета Кёльнского университета в 1933 году, в котором он работал с 1930 года. Шмитт также получает должность в Кёльне в декабре 1932 года, где его встречает декан юридического факультета Кельзен. Эта встреча была уже после дискуссии о гаранте конституции<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Лобковиц Н. Карл Шмитт – католический фашист? // Форум новейшей восточноевропейской истории и культуры. 2004. № 1.

<sup>66</sup> Конституционный Суд и его полномочия были предусмотрены ст. 137-138 Конституцией Австрийской республики от 10 ноября 1920 года.

<sup>67</sup> Антонов М. В. Чистое учение о праве против естественного права? / Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб, 2015. С. 25-26.

<sup>68</sup> Филиппов А. Ф. Карл Шмитт. Расцвет и катастрофа / Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 296-299.

<sup>69</sup> Так в своём ответе от 1932 года на работу Шмитта «Гарант конституции» Кельзен пишет, что «однако более всего поражает то, что автором этого сочинения ... является профессор Высшей торговой школы в Берлине *Карл Шмитт*». См. Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? / Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2015. С. 362.

В апреле 1933 года Кельзен был отстранён от должности, на что весь факультет отреагировал требованием отменить отставку, составив петицию министру образования. Но только Шмитт не просто отказался подписывать петицию, но и работать с аспирантами Кельзена<sup>70</sup>. Реагируя на вступление 7 апреля 1933 года в силу закона «О восстановлении профессионального чиновничества» (под который и подпал Кельзен), согласно которому все евреи должны быть уволены с государственных должностей, он пишет «Новые правила, касающиеся служащих, врачей и юристов, искореняют неарийский элемент чужих рас из публичной жизни. Наконец-то новые правила доступа к германским школам и создание студенческого корпуса германского происхождения защищают самобытность немецкой нации ... Чужаки доставляют нам беспокойство, даже с лучшими намерениями, их вмешательство вредно и опасно. Научимся дискриминировать. Научимся отличать друга от врага»<sup>71</sup>.

Оставив в стороне вопрос об антисемитизме Шмитта и его поддержки НСДАП с 1933 года<sup>72</sup>, можно заключить, что на тот момент теоретик испытывал крайне отрицательные чувства к своему коллеге, желая для последнего как минимум изгнания из государствоведческого сообщества. Остаётся гадать какую роль в этом сыграла конкретная дискуссия и общая противоположность учений, однако представляется, что весьма существенную.

Таким образом, мы приблизились к последней историко-биографической вехе - процессу гибели Веймарской республики - обнажившей во всей очевидности противоречия (именно в эту точку вписана дискуссия Шмитта и Кельзена о garante

---

<sup>70</sup> *Штолляйс М.* История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм. М., 2017. С. 423.

<sup>71</sup> Цит. по: Смирнов А. Не надо заниматься интеллектуальным мошенничеством // Русский журнал. <http://www.russ.ru/pole/Ne-nado-zanimat-sya-intellektual-nym-moshennichestvom-2>

<sup>72</sup> Практически бесспорной точкой зрения является позиция, согласно которой Шмитту был характерен отчётливый бытовой антисемитизм. см. *Gross R.* Carl Schmitt und die Juden. Frankfurt, 2000.

В целом же проблема преемственности в личной позиции и творчестве Шмитта при переходе от Веймарской республики к Третьему рейху является одной из самых дебатированных в литературе о Шмитте и его наследии. Например, О.Ю. Пленков, что Шмитт оказался в рядах нацистской партии скорее случайно, поскольку «с 1933 по 1936 г. ... поступал как оппортунист, уступая обстоятельствам, с тем чтобы обстоятельства уступили ему». См. *Пленков О.Ю.* Мифы нации против мифов демократии. М., 1997. С. 385. Иначе на проблему смотрит К. Кунц, которая полагает, что движение Шмитта к нацизму было последовательным и закономерным. См. *Кунц К.* Совесть нацистов. М., 2007.

конституции) и подводящей символический итог. В 1929 году в государстве начинается серьёзный экономический кризис, прерывающий недолгую эпоху стабильности (1924-1929). Он быстро перерастает в политико-правовой кризис и радикализирует политических акторов.

В ходе кризиса 20 июля 1932 года происходит так называемый «Удар по Пруссии», суть которого заключается в ликвидации автономии Пруссии Рейхом через объявление чрезвычайного положения и назначение рейхсканцлера рейхкомиссаром Пруссии<sup>73</sup>. Эта акция центрального правительства разделяет Кельзена и Шмитта, где Шмитт выступает на стороне Рейха, отстаивая правильность (и правомерность) действий имперского правительства, а Кельзен заступает за Пруссию, примыкая к позитивистам Аншютцу, Гизе и Навиаски<sup>74</sup>.

Наконец, крайней точкой в процессе гибели республики, на которую следует обратить внимание является приход НСДАП к власти. Пытались ли мыслители противостоять гибели Веймарской республики? Представляется, что следует ответить положительно, поскольку не один из них не испытывал явных симпатий к национал-социалистам до завладения последними государственным аппаратом, однако угроза на теоретическом уровне воспринималась мыслителями по-разному.

В своей последней крупной работе веймарского периода «Легальность и легитимность» (лето 1932 года) Шмитт отмечает, что «Кто владеет 51 %, тот может легальным образом сделать остальные 49 % нелегальными. Он имеет право легальным образом закрыть за собой дверь легальности, через которую вошел сам, и рассматривать партийно-политического противника, - который в этом случае, вероятно, будет стучать сапогами в закрытую дверь, - как обыкновенного преступника»<sup>75</sup>. Более конкретно он укажет, что «тот, кто 31 [на выборах в Рейхстаг] июля позволит национал-социалистам завоевать большинство, сам не будучи национал-социалистом и усматривая в этой партии лишь меньшее зло, тот поступит глупо. Он даст этому мировоззренчески и политически ещё далеко не зрелому

---

<sup>73</sup> *Vinx L.* The Guardian of Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of Constitutional Law. Cambridge, 2015. P. 1-21.

<sup>74</sup> *Штолляйс М.* История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм. М., 2017. 176.

<sup>75</sup> *Шмитт К.* Легальность и легитимность / Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2015. С. 247.

движению возможность изменить конституцию, ввести государственную церковь, распустить профсоюзы и т.д. Он полностью отдаст Германию на волю этой группы. Поэтому, в некоторых случаях, до сих пор было правильно поддерживать гитлеровское движение сопротивления, но 31 июля это становится опасно, потому что 51 процент голосов даст НСДАП «политическую премию» с непредсказуемыми последствиями»<sup>76</sup>.

Шмитт не однократно в своих работах с осуждением повторял фразу государствоведа Аншюца: «Государственное право здесь заканчивается»<sup>77</sup>. Суть этого упрека состоит в том, что позитивизм, абсолютизирующий легальность и парламентские (обезличенные) процедуры принятия законов, не способен реагировать на реальные кризисы и политические проблемы. Однако спасение обнаруживается в широких трактовках, сопряженных с обращением к истории и стихии политического, которые недоступны для познавательных установок позитивизма.

Кельзен же, видя ситуацию иначе, взывает: «Идеал демократии блекнет, и на темном горизонте нашего времени восходит новое светило, к которому массы обращают надежду тем доверчивее, чем более кроваво над ними сияет его лик: диктатура... *В государстве социальной теории, которая представляет собой в значительной мере лишь сферу политической идеологии, мнение о ценности демократии изменилось в последнее десятилетие на удивление быстро. Все меньше становится теоретиков, которые в состоянии найти в этой государственной форме какие-либо преимущества, да и все меньше тех, кто пытается понять её сущность в объективном познании.* В кругах преподавателей государственного права и социологов сегодня почти принято говорить о демократии лишь в пренебрежительном тоне, считается современным – прямо или косвенно – приветствовать диктатуру как зарю нового времени. И этот поворот «научной позиции» идёт рука об руку со сменой философского фронта: *прочь от осуждаемых ныне как банальность ясности эмпирико-критического рационализма, этого*

---

<sup>76</sup> Цит. по: *Филиппов А. Ф.* Карл Шмитт. Расцвет и катастрофа / Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 301.

<sup>77</sup> См. *Шмитт К.* Государство: право и политика. М., 2015. С. 63, 78; *Шмитт К.* Политическая теология. М., 2000. С. 14, 29.

духовного жизненного пространства демократии, *назад к сльвущему бездной сумраку метафизики, к культуре туманной иррациональности*, этой специфической атмосферы, в которой с давних пор лучше всего процветают разные формы автократии. Это лозунг наших дней (курсив мой – А. У.)»<sup>78</sup>.

Следовательно, каждый мыслитель указывал на «духовное» (идейное) родство своего интеллектуального противника с нацизмом, располагая себя по другую сторону идейного фронта. Для Шмитта позитивизм и отсутствие решительности и диктаторских, истинно правовых в момент опасности мер, делает возможным легальную революцию враждебных этому государству и порядку сил. Для Кельзена, напротив, само существование непозитивистских, ненаучных направлений в государственно-правовой науке, апеллирование к нерациональным и недостаточно осмысленным способам познания права и мерам спасения составляет фундамент того образа мышления, на котором покоятся антидемократические и антипарламентские настроения и требования.

Таким образом, социально-политический контекст выступает маркером ценностно-нормативных и методологических представлений мыслителей. Оба государствоведа до 1933 г. были сторонниками демократической Веймарской республики. При этом каждый усматривал обоснование (и соучастие в создании) кризисных процессов в мировоззренческих и теоретических взглядах, разделяемых оппонентом. Для К.Шмитта они выражались в отстаивании либерально-демократического устройства и отрицающей необходимость политического влияния правовой теории. Г.Кельзен связывал крушение демократической государственности с «научным» иррационализмом, а также с ориентированностью на народное единство и диктаторскую эффективность, которые должны прийти на смену парламентской системе.

## **§ 2. Ключевые идеи, концепты и элементы учений**

Дискуссия между мыслителями возможна лишь тогда, когда их позиции отличаются. Через обращение к историческому контексту мы пришли к выводу о

---

<sup>78</sup> *Kelsen H. Verteidigung der Demokratie // Blätter der Staatspartei. 1932. Jg. 2. S. 90-98. Цит. по: Штолляйс М. История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм. М., 2017. С. 267-268.*

том, что Шмитт и Кельзен оценивали социально-политические события прямо противоположным образом, усматривая во взглядах друг друга мировоззренческое обоснование (или даже оправдание) тем кризисным процессам, что охватили Веймарскую республику. Полагаем, что эта красноречиво свидетельствует о разности теоретико-методологических допущений и ценностно-нормативных представлений государствоведов. Именно они составляют ту основу, на которой мыслителями были сформулированы учения. Поэтому необходимо дать общую сравнительную характеристику учениям Шмитта и Кельзена, для чего потребуется: *во-первых*, обозначить ключевые идеи и элементы каждого учения; *во-вторых*, что представляется крайне важным, затронуть сходства между ними; *в-третьих*, проанализировать их различия. Подобная последовательность действий позволит убедиться в том, что, зачастую имея в основании общий теоретико-методологический посыл, мыслители делают из него противоположные выводы.

Первостепенной проблемой, с которой мы сталкиваемся при попытке обозначить ключевые идеи и элементы политико-правовых учений Шмитта и Кельзена, является проблема единства, которую можно сформулировать следующим образом: можно ли считать, что Шмиттом и Кельзенем были созданы единые, внутренне согласованные теоретические системы, которые можно обозначить как «учения», или же под словом «учение» понимается лишь совокупность слабосвязанных суждений, которые объединены их автором и временными рамками? Необходимость остановиться на этой проблеме обусловлена ещё и тем, что предметом нашего исследования является именно дискуссия, случившаяся в 1920–1930-х гг. между мыслителями. Иными словами, нами не взят за основу временной отрезок, фиксирующий статичное состояние учения (как например, критический период у Канта с начала 70-х гг. XVIII в. до 1804 г.).

С одной стороны, существует устойчивая традиция, согласно которой каждый мыслитель сформулировал комплексное и непротиворечивое учение, вытекающее из некоторого смыслового ядра. Этот подход указывает на то, что центральной идеей Шмитта на всём протяжении интеллектуального творчества является идея «*Dezision*», т.е. «решения», производным от которого является термин

«децизионизм»<sup>79</sup>. Несмотря на то, что сам Шмитт никогда не именовал себя децизионистом, с точки зрения многих исследований, именно децизионизм, объединяющий в себе обоснование правового характера диктатуры и чрезвычайного положения, оправдание силы государства, защиту государственно-организованного единства, критику либерального понимания демократии, и понимание решения как основание политического порядка, является центральной темой Шмитта<sup>80</sup>.

Подобным образом может оцениваться и наследие Кельзена. Его ключевой частью является особая теория, названная автором «чистым учением о праве». И поскольку центральным понятием этой теории является понятие «нормы»<sup>81</sup>, то учение в целом может называться нормативизмом, так как термины «нормативный», «нормативность», «нормативистский» и «нормативизм» равным образом отсылают нас к многостороннему понятию «норма»<sup>82</sup>.

В то же время в литературе высказывалась и обратная позиция, согласно которой Шмитт не сформулировал никакого целостного учения, а высказывался «по случаю» на разные темы, на ходу меняя свои методологические предпочтения и предлагая несвязанные между собой выводы<sup>83</sup>. Последнее указывает на

---

<sup>79</sup> Шмитт сам предложил подобную формулировку в качестве обозначения одного из типов мышления о праве (и типов юристов) в «Политической теологии» (1922): «классическим представителем децизионистского (*если мне будет позволено образовать такое слово*) типа является Гоббс (курсив мой. – Прим. А.У.). См.: Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 53.

Через девять лет в 1931 году в работе «Гарант конституции» Шмитт уточнит, что под децизионизмом он понимает не только тип мышления о праве, но и то, что «в любом решении, даже принимаемом судом в форме процесса посредством подведения обстоятельств дела, заключен элемент чистого решения, который невозможно вывести из содержания нормы». См.: Шмитт К. Гарант конституции. М., 2015. С. 83.

<sup>80</sup> См., например: Дугин А. Четвертая политическая теория. Россия и политические теории XXI века. СПб., 2009; Тешке Б. Решение и нерешительность. Политическое и интеллектуальное прочтение Карла Шмитта // Логос. 2012. № 5. С. 3–42; Бенуа де А. Карл Шмитт сегодня. М., 2013 и др.

Оговоримся, что в литературе существуют и иные взгляды на центральную тему политико-правовых рассуждений Шмитта. С точки зрения В.Е. Кондурова, Шмитта следует воспринимать не как децизиониста, а как институционалиста, т.е. сторонника понимания политики и права как единого порядка, сочетающего в себе как нормативные, так и децизионистские элементы. См.: Кондуров В.Е. Политическая теология Карла Шмитта: теоретико-правовое исследование: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2022.

<sup>81</sup> Кельзен отмечает, что «право, которое является единственным предметом правового познания, есть норма». См.: Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве. С. 118.

<sup>82</sup> Полсон С.Л. Нормативизм Ганса Кельзена // Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015. С. 661.

<sup>83</sup> Mehring R. Carl Schmitt: Aufstieg und Fall, eine Biographie. Munchen, 2009. S. 14–17.

необходимость всегда учитывать контекст при интерпретации наследия государствоведа<sup>84</sup>.

То же справедливо и в отношении рассуждений Кельзена. Исходя из того, что норма значима как таковая, вне зависимости от её содержания весь нормативизм Кельзена может сводиться к оправданию любой власти, формализму в праве и вымыванию из него любого социального содержания, к требованию подчиняться властным императивам и проч. В действительности это может свидетельствовать, напротив, о богатстве и многообразии охватываемых мыслителем тематик, что и позволяет путём подбора цитат выставить «”чучело” Кельзена-этатиста, Кельзена-тоталитариста, Кельзена-формалиста и т.д.»<sup>85</sup>. Поэтому более корректно полагать, что нормативизм Кельзена представляет собой сложную совокупность идей, не всегда связанных друг с другом, что имеет как слабые, так и сильные стороны. Например, в несогласованности различных элементов «состоит как слабая (отсутствие единой, полностью непротиворечивой теории, «целостного правопонимания»), так и сильная (конкретность, акцентированность на отдельных проблемных блоках) сторона кельзеновского учения (или учений) о праве»<sup>86</sup>.

На учении Кельзена следует остановиться поподробнее, поскольку оно представляется особенно интересным. Выше были приведены цитаты, касающиеся характеристики именно нормативизма (чистого учения о праве) Кельзена. В связи с этим возникает вопрос о том, можно ли отождествить нормативизм со всем наследием мыслителя (например, признать учение о демократии или о гарантировании конституции его частями) или хотя бы считать, что нормативизм и другие проблемные блоки наследия Кельзена имеют общую теоретико-методологическую базу? В литературе по этому поводу высказывались различные мнения.

---

<sup>84</sup> Например, А. Молер пишет, что «очень сложно классифицировать мятежный ум Карла Шмитта, он всегда старался быть таковым, что его было проблематично “разлить в какую-то конкретную бутылку” – его можно постигнуть, только интерпретируя в конкретной ситуации». См.: *Молер А.* Консервативная революция в Германии 1918-1932. М., 2017. С. 258.

<sup>85</sup> Антонов М.В. Чистое учение о праве: варианты перевода и интерпретации // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 500, 501.

<sup>86</sup> Антонов М.В. Чистое учение о праве против естественного права? // Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015. С. 11.

Например, Ф. фон Хайек, рассматривая чистое учение о праве, приходит к выводу о том, что понимание закона как произвольного (содержание может быть любым) установление власти логически превращает «правовой позитивизм ... в главную идеологическую поддержку неограниченной демократии» как господство воли большинства<sup>87</sup>. В действительности Кельзен всегда защищал плюралистическую демократию, предполагавшую активное участие отдельных индивидов и меньшинств в управлении государством, защиту их прав, а также ограничение воли большинства.

Иную точку зрения высказывает, например, М.В. Антонов. Он признаёт, что проблемой демократического устройства является защита индивидуальной свободы, но при этом полагает, что «Кельзен развивает свое учение о демократии не столько как проблематику организации высших органов государственной власти (традиционная проблематика форм государства), сколько как проблематику демократического процесса правоприменения», тогда как «вопросы о сущности и природе делегирования власти народом государству, о народном благе, разделении властей и другие темы дискуссий о формах государства для Кельзена лишены практического значения»<sup>88</sup>. Исходя из того, что сущность демократии не имеет практического значения и даже, более того, она отсутствует, демократию следует понимать как форму мышления, которая «формируется на той же самой методологической платформе, что и чистое учение о праве – на понимании образования государственной воли как многоступенчатого процесса»<sup>89</sup>.

Можно согласиться с этой позицией лишь отчасти, поскольку высказанное касается лишь институциональной стороны учения Кельзена о демократии, которое в своей основе, несмотря на декларирование Кельзеном нейтральности, имеет мировоззренческую, ценностную и политическую составляющую<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Хайек фон Ф. Право, законодательство и свобода. М., 2006. С. 220–222.

<sup>88</sup> Антонов М.В. Концепция демократии в контексте чистого учения о праве (к 40-летней годовщине смерти Ганса Кельзена (1881–1973)) // Российский юридический журнал. 2013. № 1. С. 45–55.

<sup>89</sup> Там же.

<sup>90</sup> Существует позиция, что из всего наследия Кельзена именно учение о демократии в наименьшей степени было подвержено изменению. Мыслитель оставался верен политическому идеалу плюралистической демократии, внося лишь несущественные коррективы в её трактовку. При этом его методологические пристрастия довольно часто

П. Солом акцентирует внимание на том, что при рассмотрении конституционного строительства Кельзен смешивает теоретическую аргументацию с практическим подходом к правовой политике, что следует считать оправданным и сместить фокус в понимании учения Кельзена с «научной чистоты» на политические принципы, используя чистое учение как теорию, обосновывающую верховенство права при демократическом устройстве<sup>91</sup>. Мнение о том, что судебное гарантирование конституции не может напрямую вытекать из содержания чистого учения о праве, высказывал В.Е. Кондуров, указывая на то, что в этом случае Кельзен прибегает к ценностно-политической аргументации<sup>92</sup>.

Таким образом, мы видим, что весьма проблематично охватить нормативизмом всё политико-правовое наследие Кельзена. Конечно, в конструировании целостного учения и установлении взаимосвязей между отдельными элементами большую роль играет точка зрения исследователя, собирающего и реконструирующего учение вокруг некоторой центральной идеи.

Однако, было бы ошибкой считать, что как Шмитт, так и Кельзен не сформировали политико-правовых учений. Противоречия между отдельными элементами, вероятнее всего, свидетельствуют о невозможности построения политико-правового учения как сугубо формальной, внутренне непротиворечивой системы. Поэтому мы полагаем, что всё-таки можно говорить об учениях, хоть и с учетом сказанного ранее. В свою очередь эти учения или даже стили политико-правового мышления включают в себя базовые теоретико-методологические допущения и ценностно-нормативные пристрастия, которые, в приложении к конкретному материалу приводят к противоречащим друг другу выводам.

Одним из измерений проблемы является специфика изложения и построения мыслителями своих идей, складывающихся в учения. Так, для Шмитта характерен

---

подвергались пересмотру. См.: *Olechowski T.* Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen, 2020.

<sup>91</sup> *Solyom P.* Zwischen Rechtstechnik und Rechtspolitik Bemerkungen zu der Verfassungstheorie von Kelsen // *Vorbedingungen des Rechts. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2014 in Passau und im April 2015 in Hamburg.* S. 105–117.

<sup>92</sup> *Кондуров В.Е.* Основания действительности правопорядка и проблема юстициальности «политического»: Карл Шмитт о границах юстиции // *Труды Института государства и права РАН.* 2018. Т. 13, № 5. С. 63–91.

индуктивный подход, а для Кельзена дедуктивный<sup>93</sup>. Специфика состоит в том, что Шмитт преимущественно пишет небольшие труды, посвященные отдельным проблематикам<sup>94</sup>. В его списке лишь один труд, в названии которого фигурирует слово «учение», – это «Учение о конституции» (1928); он также не является учением о конституции вообще, а рассматривает проблематику современного конституционализма.

Кельзен, напротив, весьма часто создаёт общие учения, стремясь охватить все основные проблематики государственной науки, выводя отдельные положения из некоторого общего начала (базовой аксиомы)<sup>95</sup>. В тоже время у Кельзена есть также труды, посвященные отдельным проблематикам, и именно в связи с ними, как правило, возникает проблема согласованности всего политико-правового наследия мыслителя.

В более широком рассмотрении проблема единства учений может разрешаться посредством периодизации. Например, С. Полсоном была предложена следующая периодизация творчества Кельзена: 1) ранний период (1911–1920); 2) классический период (1920–1960), включающий неокантианскую (1920–1935) и гибридную (1935–1960) фазы; 3) скептический период (с 1960 г.)<sup>96</sup>. В основании периодизации лежит используемая мыслителем методология. В раннем периоде Кельзен опирается на конструктивизм<sup>97</sup>, позже переходит к неокантианству, которое

---

<sup>93</sup> Именно это может служить основанием для некоторых приведенных выше трактовок, согласно которым у Шмитта отсутствует какой-либо общий подход, а его труды носят ситуационный характер. При этом у Кельзена, напротив, учение является внутренне непротиворечивым, согласованным и системным.

<sup>94</sup> Из этого, конечно, есть и исключения. Например, работа «Номос Земли в праве народов *jus publicum europaeum*» (1950).

<sup>95</sup> Разность в подходах к написанию ключевых трудов напрямую отражалась на их объеме. Было замечено, что докторская диссертация Кельзена в 7 раз больше, чем диссертация Шмитта. См.: *Olechowski T. Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen, 2020. S. 141, 142.*

<sup>96</sup> См.: *Paulson S.L. Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization // Oxford Journal of Legal Studies. 1998. Vol. 18. P. 153–166; Paulson S.L. Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory // Oxford Journal of Legal Studies. 1999. Vol. 19. P. 351–364.*

Наряду с этой периодизацией в науке существуют и другие. См.: *Краевский А.А. Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм // Правоведение. 2015. № 2. С. 88–125.*

<sup>97</sup> *Полсон С. Ранняя теория права Ганса Кельзена: критический конструктивизм // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 525–545.*

после 1935 года он начинает совмещать с иными подходами. И наконец, в последнем периоде творчества мыслитель фактически возвращается к философии «как если бы» Файтхингера<sup>98</sup>, известной ему ещё с 1910-х гг.<sup>99</sup>

В отношении Шмитта предложена следующая периодизация: 1) нормативистский период (1910–1919); 2) децизионистский период (1919–1934 (приблизительно)); 3) институциональный период (после 1934 г.)<sup>100</sup>. Данная периодизация исходит из предложенной Шмиттом классификации способов мышления о праве в работе «О трех видах юридического мышления» (1934)<sup>101</sup>.

Таким образом, при принятии предложенных периодизаций мы имеем дело со столкновением децизионистского учения Шмитта и классического учения Кельзена, в которых ведущую роль играют, соответственно, понятия «решения» и «нормы». Именно они являются *ключевыми элементами* учений Шмитта и Кельзена, поэтому их надлежит проанализировать.

Примечательно, что Кельзен не раз обращался к определению нормы, тогда как Шмитт, напротив, не даёт четкой трактовки решению<sup>102</sup>. В связи с этим понятие решения необходимо реконструировать на основе трудов мыслителя.

Понятийно-категориальный аппарат децизионизма помимо решения составляют «чрезвычайное положение», «суверенитет»<sup>103</sup> и «политическое»<sup>104</sup>. Именно они открывают путь к определению решения. На основе комплексного анализа можно прийти к следующему определению: *решение* есть личностный акт

---

<sup>98</sup> Антонов М.В. Чистое учение о праве: варианты перевода и интерпретации // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.

<sup>99</sup> См. работу Кельзена 1919 года о юридических фикциях, написанную с позиции философии Файтхингера: *Kelsen H. Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob* // *Annalen der Philosophie*. 1919. № 1. S. 630–658.

<sup>100</sup> Назмутдинов Б.В. От «нормы» к «порядку»: эволюция правопонимания Карла Шмитта // *Правоведение*. 2016. № 1. С. 150–165; Лёвит К. Политический децизионизм // *Логос*. 2012. № 5. С. 115–142.

<sup>101</sup> К. Лёвит отмечает по этому поводу, что Шмитт описал эволюцию собственных взглядов как переход от нормативизма через децизионизм к институционализму.

<sup>102</sup> В этом аспекте любопытно, что у склонного к формулам Шмитта нельзя найти определения нормы. В своих воспоминаниях Г. Майер отмечает, что «Шмитт блестяще находил формулировки, Кельзен же был мыслителем». См.: *Корнев В.Н., Володина А.А.* В начале была норма // *Российское правосудие*. 2013. № 6. С. 4–11.

<sup>103</sup> См.: *Шмитт К.* Политическая теология. С. 15–98.

<sup>104</sup> См.: *Шмитт К.* Понятие политического. С. 293–356.

воли, представляющий собой выбор, отсекающий альтернативный вариант. В пространстве политики решение проявляет себя в исключительной ситуации, сопоставляясь с политическим, чрезвычайным положением и суверенитетом. Решение фундирует политический порядок или его отдельные элементы, а также имеет четкую привязку к конкретной государственно-правовой ситуации.

Относительно понятия нормы у Кельзена в литературе отмечается, что под ней следует понимать «смысл акта вменения»<sup>105</sup> или же «значение акта волеизъявления»<sup>106</sup>. При этом подобные трактовки восходят ко второму изданию чистого учения 1960 г., в котором Кельзен, действительно, отмечает, что «норма не есть высказывание, описывающее функциональную связь между фактами. Она вообще не есть высказывание, но смысл акта, которым нечто предписывается и, следовательно, которым между фактами впервые устанавливается функциональная связь, описываемая правовым предложением как юридическим законом»<sup>107</sup>.

Но поскольку наше исследование очерчено иными хронологическими рамками, то надлежит реконструировать определение нормы на основе ранних трудов мыслителя. Кельзен отмечает, что «норма как таковая ... находится вне пространства и времени, поскольку она не является природным фактором»<sup>108</sup>. Отличительной особенностью нормы права является принудительность: «правовая норма есть принудительная норма в том смысле, что является нормой, велящей применить принуждение, за счёт чего отличается от иных норм»<sup>109</sup>. В свою очередь правовая норма позволяет связать некоторое событие и следующие за ним последствия, поскольку выступает «в качестве гипотетического суждения, которое выражает специфическую связку между определённым фактом и определённым последствием»<sup>110</sup>. Смысл этого связывания состоит в осуществляемом государством

---

<sup>105</sup> Антонов М.В. Об основных элементах чистого учения Г. Кельзена о праве и государстве // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 4. С. 169–195.

<sup>106</sup> Тропер М. Кельзен, теория толкования и структура правового порядка // Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015. С. 692.

<sup>107</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е издание. СПб., 2015. С. 108.

<sup>108</sup> Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве. С. 119.

<sup>109</sup> Там же. С. 133.

<sup>110</sup> Там же. С. 130.

вменении, которое отличается от закона причинности, который описывает связь между физическими явлениями<sup>111</sup>.

Поскольку норма является внеприродной реальностью, то и своё обоснование она получает не в фактах, а в других нормах. Это суждение приводит Кельзена к выводу о ступенчатом строении нормативного порядка, где каждая норма, получая своё основание в вышестоящей, в свою очередь определяет действительность нижестоящей, т.е. той, которая вытекает из неё. Но поскольку эта система должна быть замкнута в логическом смысле, то мыслитель вводит категорию «основная норма», обозначая её «гипотетическим основанием» или «трансцендентальным условием», которое «наделяет смыслом долженствования акт первого законодателя и все остальные акты правового порядка, которые основываются на этом акте»<sup>112</sup>.

Далее следует перейти к следующему шагу и обозначить *сходства* между государствоведческими учениями Шмитта и Кельзена. Они располагаются преимущественно в области теоретико-методологических установок (однако касаются и оценки конкретных политических феноменов), среди которых мы обозначим неокантианство, «мотив интеллектуального разоблачения» и политическую теологию.

То обстоятельство, что Кельзен был *неокантианцем*, не вызывает сомнений, но это же справедливо и в отношении Шмитта<sup>113</sup>. При этом основной акцент следует сделать на неокантианском представлении о том, что метод познания формирует (конструирует) объект познания.

Кельзен полагал, что конструирование предмета научного исследования зависит от применяемого методологического подхода. В совокупности с представлением о существовании нормативных наук (в значении наук о действующих нормах) и наук о причинно-следственных связях это приводит к выводу о том, что, например, право в качестве юридического феномена может быть

---

<sup>111</sup> Там же. С. 130.

<sup>112</sup> Там же. С. 167.

<sup>113</sup> То обстоятельство, что Шмитт владел неокантианской терминологией, наглядно иллюстрирует, например, его определение суверенитета как «предельного понятия». См.: *Шмитт К.* Политическая теология. М., 2000. С. 15. Более того, в своих ранних работах Шмитт также принимает неокантианское разделение сущего и должного. См.: *Гаранов Е.Н.* Государственно-правовая теория Карла Шмитта: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Краснодар, 2007. С. 108.

познано лишь при признании нормативности не свойством самого права, а методологической установкой. Оперирование другими методами приводит к конструированию иных объектов познания, что, например, характерно для социологического<sup>114</sup> или политологического<sup>115</sup> познания политики, государства, права, власти.

Эту же методологическую установку можно обнаружить и у Шмитта, делающего акцент на том, что применяемая оптика кодирует реальность. Выделяя разные способы понимания права, он указывает, что «формальная безусловность и якобы чистые категории *основаны* в юриспруденции (или государствоведении – Прим. А.У.) *лишь на безусловном самоутверждении определенного типа юридического мышления*. Достаточно выявить его как таковой, чтобы распознать и правильно определить логику методологических ходов его мысли (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>116</sup>.

Следующее сходством мы назвали *мотивом интеллектуального разоблачения*; его суть состоит в выявлении пристрастий (ангажированности) у других теоретиков.

Необходимость подобного рода разоблачений, с точки зрения Кельзена, обусловлена требованием очищения государствоведческой науки от идеологических элементов<sup>117</sup> (среди которых он выделяет понимание суверенитета как высшей власти, признание доктрины разделения властей, разделение публичного права и частного права и т.д.). Данная установка приводит к «аналитической проверке всей юридической терминологии на предмет её идеологической нагруженности»<sup>118</sup>. Результатом такой проверки является приговор о ненаучности того или иного подхода, суждения и проч.

Шмитт связывает необходимость разоблачения с двумя обстоятельствами: *во-первых*, требованием конкретно-исторического мышления; *во-вторых*, представлением о наличии неизбежной политической составляющей в

---

<sup>114</sup> Kelsen H. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Tübingen, 1928. S. 123–125.

<sup>115</sup> Кельзен Г. Наука и политика // Труды Института государства и права РАН. 2020. № 1. С. 183–209.

<sup>116</sup> Шмитт К. О трёх видах юридического мышления // Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2013. С. 310.

<sup>117</sup> Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве. С. 114.

<sup>118</sup> Антонов М.В. Чистое учение о праве против естественного права? С. 38.

теоретических рассуждениях. Конкретно-исторически мышление связывается с тем, что «традиционные формы и термины полностью зависят от прошлых ситуаций, являясь сегодня не старыми мехами для нового вина, а просто устаревшими и фальшивыми этикетками»<sup>119</sup>. Политическое измерение научных исследований состоит в объявлении их неполитическими, поскольку «решение о том, является ли нечто *неполитическим*, всегда означает *политическое* решение, независимо от того, кто его принимает (например, теоретик в ходе исследований. – Прим. А.У.) и какими обоснованиями оно оснащено (например, требованием научной чистоты. – Прим. А.У.)»<sup>120</sup>. По мнению Шмитта, научное познание не может избавиться от этих составляющих, напротив, исследователю лишь необходимо четко рефлексировать историческую и политическую обусловленность своих позиций.

И наконец, третье методологическое сходство, тесно связанное с обозначенными выше, состоит в *политической теологии* как аргументе в пользу сходств теологических и государствоведческих понятий. Например, Ф. Нойманн полагает, что авторство политической теологии может принадлежать Кельзену даже в большей степени, чем Шмитту<sup>121</sup>.

Например, Кельзен приходит к выводу о том, что традиционное понимание государства в государственно-правовой науке совпадает с понимает Бога в теологическом дискурсе. Именно в государстве право находит своего создателя, который в свою очередь является невыводимым из ничего; распространённая в тот момент идея «самообязывания» государства также восходит к теологической идее божественного самоограничения<sup>122</sup>.

Политико-теологическая формула Шмитта звучит следующим образом: «все точные понятия современного учения о государстве представляют собой секуляризированные теологические понятия»<sup>123</sup>. В ней фиксируется то

---

<sup>119</sup> Schmitt C. Verfassungslehre. Berlin, 2017. S. XIII.

<sup>120</sup> Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 12.

<sup>121</sup> Neumann V. Theologie als Staatsrechtswissenschaftliches Argument: Hans Kelsen und Carl Schmitt // Der Staat. 2008. Vol. 47, no. 2. S. 163–186.

<sup>122</sup> Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925. S. 76–80.

<sup>123</sup> Шмитт К. Политическая теология. С. 57.

Подробнее о политической теологии Шмитта см. Кондуров В.Е. Политическая теология Карла Шмитта: дискурс и метод // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2019. № 3. С. 49–78.

обстоятельство, что понятия государственно-правовой науки фактически восходят к теологическому языку. В этом аспекте Шмитт не призывает к очищению и вновь указывает лишь на необходимость рефлексии по этому поводу, что даёт возможность обнаружить неочевидные стороны того или иного государствоведческого понятия.

Таким образом, Шмитт и Кельзен делают разные выводы из факта теологической обусловленности государствоведческих понятий. Первый полагает, что необходимо обращаться к политической теологии, чтобы обнаружить сходные основания языка государственно-правовой теории; второй указывает на необходимость избавления от них.

Следующим шагом в исследовании является обозначение ключевых теоретико-методологических и ценностно-нормативных *отличий* учений мыслителей. Из трактовок нормы и решения, а также обозначенных выше методологических установок следуют определённые выводы. *Во-первых*, они касаются предметных границ науки; *во-вторых*, затрагивают её назначение (мы обозначим это как проблему нормативности теории).

Предметные границы науки в изложении Шмитта и Кельзена выстраиваются по-разному. Учитывая характер децизионизма и написанные Шмиттом труды, в предмет вовлекается очень широкий спектр проблематик (диктатура, политическое и проч.), которые, по словам мыслителя, для Кельзена имеют «столько же касательства к праву, сколько операция на головном мозге – к проблеме логики»<sup>124</sup>. Действительно, согласно Кельзену предметом государствоведческой науки является исключительно позитивное право<sup>125</sup>, тогда как вовлечение всех остальных сюжетов в её предметные границы является результатом идеологизированности исследователя и смешения методов.

На втором аспекте, т.е. проблеме нормативности, остановимся подробнее<sup>126</sup>. Под ней мы понимаем затруднение, возникающее в отношении представления о

---

<sup>124</sup> Шмитт К. Диктатура. С. 57.

<sup>125</sup> Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве. С. 114.

<sup>126</sup> При написании следующего фрагмента использовались материалы, изложенные в Уханов А.Д. Право в пространстве истины и политики: дескриптивизм и прескриптивизм в политико-правовых учениях Ганса Кельзена и Карла Шмитта // Вестник Московского университета. Серия 12. Политические науки. 2022. № 1. С. 100-114.

теоретико-методологических аспектах социогуманитарного познания в части его роли и назначения. Иначе говоря, особенности познаваемого предмета (социальный порядок в широком смысле) позволяют поставить вопрос о том, *может ли и должна ли наука соучаствовать в его оценке и изменении?*<sup>127</sup> Возможно два основных ответа на этот вопрос: прескриптивный, т.е. наука может и должна, и дескриптивный, т.е. наука не может и не должна<sup>128</sup>. Шмитт занимает первую позицию, Кельзен вторую<sup>129</sup>.

Однако, если выйти за рамки политико-правовой науки и взглянуть на проблему с более широкого ракурса, можно обнаружить, что вопрос о связи истины и политики (который и составляет сердцевину проблемы нормативности) сам по

---

<sup>127</sup> См. подробнее: *Бойцова О.Ю.* Модель «тройственной нормативности» как инструмент исследования нормативизма // Вестник Московского университета. Серия 12. Политические науки. 2006. № 4. С. 32–44.

<sup>128</sup> Несмотря на то, что наиболее популярной в политической науке является терминология «нормативизм» и «дескриптивизм» (см.: *Алексеева Т.А.* Современная политическая мысль (XX–XXI вв.): Политическая теория и международные отношения. М., 2018. С. 21), мы обозначим «нормативизм» как «прескриптивизм», поскольку, во-первых, проблема в целом обозначена как проблема нормативности и, во-вторых, нормативизмом может называться учение Кельзена, которое по своему характеру является строго дескриптивистским. Всё это создаёт услужение терминологии, что и позволяет использовать оппозицию «дескриптивизм» / «прескриптивизм».

<sup>129</sup> В свою очередь сами мыслители не пользовались подобными словами, а ключевым маркером являлся термин «политическое», которое понималось как особое качество государственно-правовой науки, состоящее в её практической ориентированности, стремлении научно обосновать содержание правовых норм, а также в предложении мер и стратегий, нацеливающих личность, общество и государство на движение к идеалу. Весьма отчетливо об этом пишет М.Н. Коркунов, который отмечает, что: *«если задача наук политических, не в пример другим отраслям знания, заключается в выставлении идеала, то несостоятельность существующих учреждений с точки зрения принятой научной теории не может возбудить сомнение... Но, если политика не приёмыш в научной семье, а кровная её отрасль, если она даёт нам не пожелания, а знания, дело ставится иначе. Если так, то только та теория может претендовать на совершенную научность, которая осмысливает все разнообразное содержание действительности существующего порядка вещей* (курсив мой. – Прим. А.У.). См.: *Коркунов М.Н.* Государственное право (теория) // Сборник государственных знаний. СПб., 1877. Т. III. С. 21, 22. Иными словами, заметно, что государствовед противопоставляет политический и научный характер науки и политики.

О гораздо менее распространённом, но, тем не менее, существующем словоупотреблении «политического» в значении «политологического» характера науки в трудах дореволюционных юристов и государствоведов, а также о возможных социально-политических причинах последнего см.: *Моцелков Е.Н.* Предмет политической науки и предмет истории политических учений: концепции в отечественной политико-правовой науке XIX – начала XX в. и современные трактовки // Вестник Московского университета. Серия 12. Политические науки. 2006. № 4. С. 8–31.

себе не является простым. В истории мысли можно выделить три подхода к его разрешению: *классический*<sup>130</sup>, *неклассический*<sup>131</sup> и *постмодернистский*<sup>132</sup>.

Согласно *классической модели* политика представляется областью воплощения истины или максимально возможной реализацией подлинного естественного порядка, а политическое действие мыслится в качестве такого действия, в основании которого находится истина. *Неклассическая модель* предполагает критическое различение истины и политики. Истина, как правило, относится к сфере науки, которая не может и не должна служить обоснованием политической деятельности. Политика же не существует без нормы (религиозной, моральной, юридической и проч.), содержание которой рационально невозможно обосновать. И наконец, *постмодернистская модель* связывает истину и политику, однако первостепенную роль отводит не истине как в первой модели, а политике. Никакой истины вне структур власти (социокультурного контекста или языка) не существует. Иными словами, политика задаёт способы восприятия или режимы функционирования истины, а всякое знание ангажировано (политически).

Разница между Шмиттом и Кельзенем по проблеме нормативности представляет собой противостояние классической и неклассической моделей соотношения истины и политики. Кельзен полагал, что наука не может заниматься обоснованием содержания преобразований (политических, юридических, социальных и проч.)<sup>133</sup>, в то же время понимая, что наука основана на ценности, которой является истина<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> Современными представителями этой линии являются, например, Л. Штраус, Х. Арндт, А. Макинтайр, Р. Скрутон и др. См.: *Штраус Л.* Введение в политическую философию. М., 2000; Он же. Естественное право и история. М., 2007; *Арндт Х.* Vita active, или О деятельной жизни. М., 2017; *Макинтайр А.* После добродетели: Исследования теории морали. М.; Екатеринбург, 2000; *Scruton R.* How to be a Conservative. London, 2014.

<sup>131</sup> Представителями этого подхода являются М. Вебер, Р. Карнап, А. Дантон и др. См.: *Вебер М.* «Объективность» социально-научного и социально-политического познания // Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 345–415; *Карнап Р.* Значение и необходимость. Исследование по семантике и модальной логике. М., 2007; *Данто С.* Аналитическая философия истории. М., 2002.

<sup>132</sup> К числу сторонников такого решения относятся М. Фуко, П. Бурдьё и др. См.: *Фуко М.* Археология знания. СПб., 2004; *Бурдьё П.* За ангажированное знание // Неприкосновенный запас. 2002. № 5.

<sup>133</sup> *Кельзен Г.* Введение в чистое учение о праве. С. 217, 218.

<sup>134</sup> *Кельзен Г.* Кто должен быть гарантом конституции? С. 410.

Шмитт же считал, что служение науки истине предполагает формулирование ей политико-правовых рекомендаций. Ранее уже было сказано, что мыслитель весьма часто с осуждением повторял фразу известного правоведа Веймарской республики Аншюца: «здесь государственное право кончается»<sup>135</sup>. Напомним, что суть этого осуждения состоит в том, что разделение познавательных установок позитивизма, отрицающего возможность участия теоретиков в политических делах, приводит к неспособности реагировать на реальные вызовы и политические проблемы, которые в итоге отрицаются<sup>136</sup>.

Подведем итог, сопоставив учения мыслителей по следующим основаниям: 1) что такое политика и право; 2) где проходят дисциплинарные границы государственноведческой науки; 3) каков статус и назначение государственноведческой науки (проблема нормативности); 4) как строится (излагается) учение.

*Что такое политика и право?* Этот вопрос можно считать наиболее фундаментальным для политической и правовой науки. От ответа на него зависит вся дальнейшая система рассуждений и аргументации.

Кельзен определяет право как нормативный принудительный порядок. В определении подчеркивается, что право редуцируется к норме, из понимания которой исключаются материальные (факты) и ценностные составляющие. О политике в связи с познанием права и созданием правовой теории Кельзен высказывается исключительно в негативном контексте, поскольку она приносит идеологию в познание и мешает ему. Тем не менее политика, как таковая, может быть определена как «деятельность, направленная на установление и поддержание социального порядка, в особенности государственного»<sup>137</sup>.

Шмитт подходит к ответу на этот вопрос несколько иным образом. Он весьма четко заявляет о том, что такое политика, вернее, политическое. В результате

---

О ценностях чистого учения о праве см. *Ветютнев Ю.Ю.* Г. Кельзен и проблема позитивистской аксиологии права // *Нормативная теория Ганса Кельзена и развитие юриспруденции в Европе и США (к 40-летию со дня смерти Г. Кельзена): материалы VII ежегодной Междунар. науч. конф.* (Иваново, 8–12 октября, 2013 г.). Иваново, 2015. С. 110–115.

<sup>135</sup> См.: *Шмитт К.* Государство: право и политика. М., 2015. С. 63, 78; Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 14, 29.

<sup>136</sup> *Шмитт К.* Гарант конституции. М., 2013. С. 32.

<sup>137</sup> *Кельзен Г.* Наука и политика. С. 189, 190.

попытка определить это явление возникает знаменитая формула политического как сферы разделения на друга и врага<sup>138</sup>. О праве же он рассуждает более осторожно, указывая лишь на методологическое различие устойчивых типов правового мышления, которых можно выделить три: мышление о норме (нормативизм), мышление о решении и мышление о конкретном порядке и форме.

*Где проходят дисциплинарные границы государственной науки?* Предмет науки четко завязан на понятии права и политики, поскольку он должен вмещать в себя лишь политико-правовые феномены, отступая перед явлениями иного рода.

Границы государственной науки в изложении Кельзена совпадают с границами позитивного права, и поскольку государство является сугубо правовым, то и оно входит в него. Другие политические явления (легитимность, авторитет и проч.) могут быть включены в предмет такой науки лишь посредством норм. Кельзен отдаёт явления, традиционно входившие в исследовательские границы государственной науки, другим отраслям знания: психологии, социологии, политологии и проч.

Взгляд Шмитта более традиционен, и хотя он нигде не проговаривается, что же именно входит в предмет, однако, учитывая обширную палитру видов юридического мышления, предмет данной науки можно трактовать очень широко. Политическое, чрезвычайное положение, экстраординарные политические институты (диктатура и проч.) и т.д. могут рассматриваться государственной правовой наукой и составить зону её ответственности и интереса.

*Каков статус и назначение государственной науки (назначение науки в обществе)?* Государственно-правовая наука может либо уклониться от решения насущных вопросов политико-правовой жизни, либо участвовать в их разрешении.

Кельзен последовательно и жестко проводит дескриптивистскую линию, настаивая, что наука не должна заниматься обоснованием содержания правовых норм и обустройством социальной жизни. *Во-первых*, теоретик подчеркивает, что его учения являются логическим продолжением тех тенденций в научном познании права, которые робко заявляли о себе ранее (юридический позитивизм). Мыслитель

---

<sup>138</sup> Шмитт К. Понятие политического. С. 124.

лишь доводит их до логического завершения, выстраивая научное правовое учение, ключевой составляющей которого является дескриптивизм. *Во-вторых*, дескриптивизм является дисквалифицирующим критерием, позволяющим отделить науку от ненауки<sup>139</sup>, поскольку он составляет сущность науки, что соответствует её ценностям – истине, объективности, точности. *В-третьих*, задача правовой науки состоит исключительно в описании правового порядка, без стремления продемонстрировать его правильность или ложность. *В-четвертых*, в основании разных политических требований, предъявляемых к праву, находятся различные субъективные ненаучные ценности (равенство, свобода, собственность и проч.), что делает невозможным рациональное обоснование содержания государственно-правового порядка.

Шмитт твёрдо занимает противоположную позицию, являясь убежденным прескриптивистом, полагающим, что государственно-правовая наука должна активно участвовать в разрешении насущных политико-правовых проблем. Однако Шмитт не предлагает глобальных проектов переустройства общества или государственно-правовой системы. Все рекомендации или предписания, генерируемые мыслителем, касаются вполне конкретных политических ситуаций. Прескриптивизм учения о решении Шмитта отличается от современного ему естественно-правового прескриптивизма, являющегося основанием для революционного или эволюционного преобразования государственного порядка. Шмитт, напротив, отстаивает стабильность и консерватизм в публично-властной организации<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> На данное обстоятельство особое внимание обращал Ф. фон Хайек, сравнивая в этом аспекте чистое учение о праве с марксизмом и фрейдизмом, каждый из которых также заявляет о собственной научности и ненаучности всех иных точек зрения на социальный порядок. См.: *Хайек фон Ф.* Право, законодательство и свобода. С. 559.

<sup>140</sup> Примечательно, что убежденный прескриптивист Шмитт привлекался к реальной политико-правовой работе, имеющей государственную важность, лишь в качестве консультанта, тогда как отстаивавший в научном познании строгий дескриптивизм Кельзен, напротив, имел возможность наполнить основополагающие правовые акты своими ценностными представлениями, иначе говоря, занимался правовой политикой. В качестве примера можно привести не только его участие в разработке Конституции Первой австрийской республики, но и Устава ООН.

В этом смысле Кельзена можно считать, если не одним из архитекторов, то как минимум оформителем современной международной системы. Более того, Кельзен настаивал на ужесточении конструкции Совета Безопасности ООН, которая предполагает большую долю ответственности постоянных членов Совета. Так, в п. 3 ст. 27 Устава ООН закреплена

*Как строится (излагается) учение?* Последовательность изложения учения отражает базовые теоретико-методологические принципы, на которые ориентируемы мышления исследователя.

Кельзен, отличающийся высокой степенью методологической рефлексивности, сразу декларирует посылки и допущения, на которых он располагает дальнейшие теоретические конструкции. В этом плане его логика сугубо дедуктивна и вся теоретическая система положений подчинена общим началам. В этом наблюдается параллелизм между ступенчатой нормативной системой, выводимой из основной нормы, и учением о ней, которое так же выводится из общих посылок. При этом Кельзен в рамках одного труда стремится охватить как можно больше вопросов, касающихся права, выстроить исчерпывающий перечень ответов на всевозможные познавательные затруднения.

Шмитт, как представляется, напротив, в большей мере воспроизводит разделяемый им принцип внимания к конкретной ситуации. Шмитт рассматривает частные проблематики, давая четкое определение феномену, но не всегда обозначая те теоретико-методологические посылки, из которых оно исходит. Тем не менее, представляется, что при переходе от одной проблематики к другой в случае со Шмиттом можно заметить большую гомогенность его аксиоматики и последовательность в её применении ко всем исследуемым сферам (определенного рода методологический фундаментализм, исходящий из универсальности оптики).

На этом следует закончить общую характеристику, призванную предоставить систему координат для восприятия конкретных дискуссий. Однако, прежде чем перейти к ним, необходимо кратко остановиться на проблематике и роли дискуссии как фактора развития интеллектуальной истории (в частности, истории политической и правовой мысли).

---

норма, согласно которой решения по непроцедурным вопросам могут быть приняты девятью членами Совета при воздержании одного или нескольких постоянных членов. Кельзен же полагал, что нельзя принимать решение, если хотя бы один из постоянных членов воздерживается от голосования. Иными словами, теоретик настаивал на том, что постоянные члены, на которых возложена миссия поддержания мира, обязаны определяться и принимать решение в каждом из рассматриваемых вопросов. См.: *Ефимов Г.К. Устав ООН: первые шаги адаптации и обновления // Вестник Московского государственного лингвистического университета. 2007. № 534. С. 35–27.*

### § 3. Теоретико-методологическая характеристика дискуссии

Прежде чем перейти к рассмотрению конкретных идейно-теоретических противостояний Шмитта и Кельзена, следует рассмотреть проблематику дискуссии в целом как феномен интеллектуальной истории, обозначив её роль, а также эвристическую значимость для знакомства с классиками мысли. На основе этого необходимо дать теоретико-методологическую характеристику дискуссии Шмитта и Кельзена, обозначив, в каких формах протекали каждый из выделенных нами эпизодов общего противостояния (полемика о суверенитете, о демократии и о гаранте конституции).

Как таковые дискуссии являются весьма популярным предметом исследования в политической науке<sup>141</sup>. Что, как представляется, связано с тем, что дискуссия является одним из ключевых факторов развития интеллектуальной истории и её движущей силой. Не только в истории политической мысли можно выделить множество великих споров, определявших магистральные линии развития способов мышления о политике. Мировая философия наполнена подобными примерами. В свою очередь философские дискуссии, как правило, имеют политологическое измерение и значимы для истории политической мысли.

Утверждение какого-либо типа мышления политике и праве невозможно без критики иных концепций и подходов. В связи с этим отмечается, что уже начиная с Античности *«совершенствование политической теории и практики осуществлялось в процессе творческого развития политических отношений, а также на основе противостояния позиций представителей различных концепций и доктрин, посвященных обоснованию и реализации той или иной политической проблемы (курсив мой. – Прим. А.У.)»*<sup>142</sup>. Это же справедливо для рассуждений о

---

<sup>141</sup> См., например: Гуторов В.А. Биовласть и политическое: актуальные аспекты современных дискуссий // Власть и элиты. 2021. № 2. С. 189–204; Никонов Л.А. Дискуссия о природе государства и общества в западноевропейской философии XIX века и позитивизм // Вестник Московского государственного областного университета. Серия: Философские науки. 2010. № 1. С. 98–102; Зазнаев О.И. Современная дискуссия о лучшей форме правления // Ученые записки Казанского университета. Гуманитарные науки. 2013. № 1. С. 199–206; Малинова О.Ю. Почему идеи имеют значение? Современные дискуссии о роли «идеальных» факторов в политических исследованиях // Политическая наука. 2009. № 4. С. 5–24 и др.

<sup>142</sup> Кабаченко А.П. История мировой политики. Систематизация политических учений и доктрин. М, 2009. С. 12.

сущности политики и природе власти, где каждая из интерпретаций, претендующих на наиболее полное постижение действительности, строится через критику недостатков других подходов<sup>143</sup>. Не является исключением и сугубо юридический дискурс, поскольку «представители тех или иных концепций чаще всего прибегают к аргументам не столько при изложении собственной версии понимания права, сколько *в ходе критики альтернативных подходов* (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>144</sup>.

При этом можно согласиться, что «дискуссия – это не «способ рождения» истины и не гарант истинности принимаемых решений, а необходимое условие саморазвития и самосовершенствования формирующейся системы знания, обеспечивающее возможность публичного обсуждения и критики любой научной идеи»<sup>145</sup>.

В истории зарубежной политической мысли можно упомянуть дискуссии легистов и конфуцианцев, Платона и Аристотеля, средневековые полемики о доктрине «двух мечей», Вольтера и Руссо, федералистов и антифедералистов, Савиньи и Тибо, Фуллера и Харта, либертарианцев и социалистов и т.д. Дискуссии составляют неотъемлемую часть истории политической и правовой мысли. В отечественной интеллектуальной истории можно выделить целый ряд дискуссий, в которых не только отражался «дух времени», но и ставились крайне важные философско-мировоззренческие, социально-политические и правовые вопросы. Это споры между иосифлянами и нестяжателями, Иваном IV и Курбским, Карамзиным и Сперанским, западниками и славянофилами, Костомаровым и Погодиным, Достоевским и Соловьевым, Катковым и Грибовским, сторонниками глобализма и евразийцами и проч.

Вместе с тем не всякая тема может стать дискуссионной, но лишь та, что вписывается в общую культурно-историческую повестку, выражая в теоретических и понятийно-категориальных формах потребности, ожидания, затруднения,

---

<sup>143</sup> К. Поппер отмечал по этому поводу, что «критика является ... главной движущей силой любого интеллектуального развития. Без противоречий, без критики не было бы рационального основания изменять теории, не было бы интеллектуального прогресса». См.: *Поппер К. Что такое диалектика? // Вопросы философии. 1995. № 1. С. 118–138.*

<sup>144</sup> *Ветютнев Ю.Ю. Аксиологические основания аргументации в дискуссиях о правопонимании // Юридическая техника. 2013. № 1. С. 88, 90.*

<sup>145</sup> *Чернякова Н.С. О роли дискуссии в общественной жизни и научном познании // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2016. № 4. С. 21–23.*

возникающие в тот или иной момент. В дополнение к этому в дискуссиях обнаруживается многообразие способов восприятия мира и обращения с ним. Если полагать, что мировоззрение в быту и теоретический язык в науке составляют оптику, позволяющую «разглядеть» некий феномен, то именно в дискуссии происходит столкновение этого инструментария и его проверка на прочность.

В качестве объяснительной модели для описания роли дискуссии, как представляется, можно прибегнуть к метафоре шахматной партии, согласно которой игроками являются теоретики (в нашем случае – это Шмитт и Кельзен), фигуры выступают идеями (концептуализации суверенитета, демократии и гарантирования конституции), положение фигур указывает на тот идейно-теоретический контекст, с которым сталкиваются (то, что было сделано предшествующими теоретиками), а правила игры представляют собой правила научной аргументации и ведения дискуссии. Устойчивые ходы и приемы, выработанные шахматной теорией, в переносе на нашу ситуацию оказываются теми теоретико-методологическими подходами, которые направляют движение фигур-идей<sup>146</sup>.

Таким образом, конкретная политологическая дискуссия становится лишь одной партией в череде огромного количества идейно-теоретических противостояний теоретиков. Её ценность для интеллектуальной истории состоит в том, что, имея конкретный характер, такая партия вносит общетеоретический вклад в общий каталог знаний о политике, содержание которого не может быть так просто проигнорировано теоретиком, который в будущем вновь попытается совершить ход определенной фигурой. Проводя собственное исследование, он должен понимать, что до него уже велись «великие партии», оказавшие фундаментальное значение на политическую науку.

---

<sup>146</sup> Метафора шахматной доски позаимствована нами у В.С. Вахштайна, который описывает её следующим образом: «В основе ... лежит представление об идеях как о шахматных фигурах, сила и ценность которых целиком зависят от их положения на доске. Они действуют: перемещаются, ограничивают возможности других фигур, нейтрализуют, защищают или выводят их из игры. Ими движут «великие теоретики», которые, несмотря на свое величие, неспособны произвольным образом менять их *modus operandi* («образ действия». – Прим. А.У.). Концепты гибнут и возрождаются. И то, и другое – весьма дорогостоящие операции». См.: *Вахштайн В.С.* «Сообщество судьбы»: к военной истории идей // Социология власти. 2019. № 4. С. 12–52. (автор внесен в список СМИ, выполняющих функции иностранного агента)

Сказанное иллюстрирует теоретико-методологическое и историографическое значение дискуссии. Другим аспектом влияния дискуссии является её политико-идеологическое измерение. Каким бы нейтральным не стремился быть исследователь политики, ему всегда следует отдавать отчёт в том, что понятия, которыми он оперирует, являются политическими понятиями<sup>147</sup>, которые используются не только в науке, но и в общественно-политической практике и идеологической борьбе<sup>148</sup>.

Более того, можно полагать, что в современном идеологическом и общественно-политическом дискурсах сложился некоторый канон условно положительных терминов (для каждой эпохи этот канон свой), за содержание которых разными политическими силами и интеллектуальными центрами ведётся постоянная борьба. К числу этого канона, бесспорно, относятся «суверенитет», «демократия» и «конституция» (производным от чего является гарантирование конституции). Думается, что это было очевидно, как для Шмитта, так и для Кельзена (однако общая направленность исследовательских проектов мыслителей при признании этого тезиса расходится). Таким образом, рассуждения мыслителей становятся теоретической базой, на которую могут опираться различные

---

<sup>147</sup> О необходимости подобного рода рефлексии при исследовании истории политической и правовой мысли верно высказался И.Л. Честнов. Он отметил, что важнейшей составляющей исследования является «самокритика (или метарефлексия), то есть критика самого автора – сегодняшнего историка, его личностных, биографических особенностей, идеологических и научных пристрастий». См.: Честнов И.Л. Диалогическая методология истории политических и правовых учений // Историография истории политических и правовых учений. Екатеринбург, 2020. С. 16–18.

Полагаем, что сказанное справедливо не только для исторического, но и любого другого политического исследования. Исследователю необходимо проводить самокритику и четко рефлексировать обусловленность того или иного суждения собственными ценностными и идеологическими предпочтениями. Сказанное не означает, что всякая ценность должна вымываться из содержания научного исследования, однако важно ощущать взаимосвязь между ней и конечным высказыванием или рекомендацией.

<sup>148</sup> Например, отмечается, что политические учения представляют собой «систему противостоящих друг другу концепций, взятых на вооружение субъектами политики, осуществляющими на основе доктрин реальную борьбу за власть». См.: Кабаченко А.П. Указ. соч. С. 12.

Данное свойство общественно-политических понятий наиболее отчетливо начало проявлять себя с приходом Нового времени понятий. см. Козеллек Р. Введение // Словарь основных исторических понятий: Избранные статьи в 2-х т. Т. 1. М., С. 23-44.

политические силы в процессе ведения политической деятельности<sup>149</sup>.

Итак, обозначив теоретико-методологические контуры восприятия дискуссии как феномена интеллектуальной истории, её общетеоретическое и политико-идеологическое значение, перейдем к характеристике дискуссии Шмитта и Кельзена. В первую очередь отметим, что в целом дискуссии играли весьма важную роль в интеллектуальном пути как Шмитта, так и Кельзена, что не раз подчеркивалось их биографами<sup>150</sup>. Однако стиль ведения дискуссии несколько отличался.

Например, Шмитт чаще всего полемизировал не столь явно в плане декларирования объекта критики, но весьма часто полемизировал в закрытой переписке, которая в свою очередь была так же туманна, как и опубликованные работы, что привело исследователей к теме аналитически реконструируемых «скрытых диалогов»<sup>151</sup> (Х. Майер), среди которых выделяются «диалоги» Шмитта и В. Беньямина<sup>152</sup>, Шмитта и Л. Штрауса<sup>153</sup>, Шмитта и Х. Арендт<sup>154</sup>, Шмитта и Х.

---

<sup>149</sup> В целом существует мнение о том, что дискуссия как форма столкновения позиций и мнений является сущностью политического действия. Феномен дискуссии является результатом сложного переплетения интеллектуальной и социальной среды древнегреческого мироощущения. См.: *Вернан Ж.П.* Происхождение древнегреческой мысли. М., 1988. С. 13–16.

<sup>150</sup> См.: *Mehring R.* Carl Schmitt: Aufstieg und Fall, eine Biographie. Munchen, 2009; *Olechowski T.* Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tubingen, 2020.

<sup>151</sup> См.: *Майер Х.* Карл Шмитт, Лео Штраус и «Понятие политического». О диалоге отсутствующих. М., 2012.

<sup>152</sup> См.: *Агамбен Дж.* Homo sacer. Чрезвычайное положение. М., 2011. С. 84–100; *Горяинов О.В.* «Чрезвычайное положение» в условиях божественного насилия: ответ Карла Шмитта Вальтеру Беньямину // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия: Право. 2013. № 1. С. 5–16.

<sup>153</sup> См.: *Майер Х.* Указ. соч.; *Дмитриев Т.А.* Спор об основах политического: Лео Штраус vs Карл Шмитт // Социологическое обозрение. 2012. Т. 11, № 3. С. 26–40; также критика этой гипотезы *Хоуз Р.* (Зло)употребление. Лео Штраус и его роль в реанимации Шмитта немецкими правыми. Случай Хайнриха Майера // Логос. 2012. № 5. С. 68–86.

<sup>154</sup> См.: *Гуляев Р.В.* Революция или диктатура: Ханна Арендт и Карл Шмитт о сущности политического: дис. ... канд. филос. наук. М., 2013.

Моргентау<sup>155</sup>, Шмитта и М. Вебера<sup>156</sup>, Шмитта и Я. Табеуса<sup>157</sup>, Шмитта и Ф. фон Хайека<sup>158</sup> и др.

Для Кельзена же, напротив, был характерен открытый способ ведения дискуссий (в том плане, что он всегда четко обозначал автора и объект своей критики, однако, следует оговориться, что дискуссия не всегда была достоянием широкой научной общественности). Не останавливаясь на каком-то отдельном периоде, упомянем его полемику с О. Эрлихом<sup>159</sup>, А. Хорн-Фернеком<sup>160</sup>, Р. Смендом<sup>161</sup>, Э. Швиндом<sup>162</sup>, критику Г. М. Бермана<sup>163</sup>, дискуссию с Г.Л. А. Хартом<sup>164</sup> и др.<sup>165</sup> При этом Кельзен дебатировал не только по вопросам теории и философии права, но и включался в обсуждение различных философско-политических проблематик. Например, он подготовил и направил Э. Фёгелину развернутую и крайне критическую рецензию на его «Новую науку политики. Введение» (1952)<sup>166</sup>.

---

<sup>155</sup> См.: Филиппов А.Ф. К истории понятия политического // Шмитт К. Понятие политического. СПб., 2016. С. 525, 526.

<sup>156</sup> См.: Артамошин С.В. «Теология юриспруденции»: католический консерватизм К. Шмитта в поисках духовной преемственности // Диалог со временем. 2010. № 32. С. 158–173.

<sup>157</sup> См.: Табеус Я. Ad Carl Schmitt. Сопряжение противоположностей. СПб. 2021. 187 с.

<sup>158</sup> См.: Cristi F.R. Hayek and Schmitt on the Rule of Law // Canadian Journal of Political Science. 1984. № 3. P. 521–535; Dyzenhaus D., Poole T. Law, Liberty and State: Oakeshott, Hayek and Schmitt on the Rule of Law. Cambridge, 2015. 349 p.; Irving S. Limiting democracy and framing the economy: Hayek, Schmitt and ordoliberalism // History of European Ideas. 2017. № 1. P. 1–14.

<sup>159</sup> См.: подробную подборку реплик и возражений: Дискуссия Ганса Кельзена и Огейна Эрлиха // Эрлих О. Основоположения социологии права. СПб. 2011. С. 595–652.

<sup>160</sup> См.: критическая работа Hold-Ferneck A. Der Staat als Übermensch zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Hans Kelsen. 1926; возражение Kelsen H. Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung. 1926.

<sup>161</sup> См.: Smend R. Verfassung und Verfassungsrecht (1928) // Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. P. 119–277; критика Кельзена см.: Kelsen H. Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung // H. Kelsen. Wien: J. Springer, 1930. 91 p.

<sup>162</sup> См.: Scwind E. Grundlagen und Grundfragen des Recht. 1928; ответ Kelsen H. Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung. Wien, 1928.

<sup>163</sup> См.: Кельзен Г. Право, государство и справедливость в чистом учении о праве // Правоведение. 2013. № 2. С. 226–240.

<sup>164</sup> См.: Харт Г.Л.А. Посещение Кельзена // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 570–591.

<sup>165</sup> О других дискуссиях, критике в адрес чистого учения о праве и их причинах см.: Иештедт М. Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015. С. 621–658.

<sup>166</sup> При жизни авторов рецензия, сравнимая по объему с рецензируемым трудом, не была опубликована, поскольку, как считается, сам Фёгелин отговорил Кельзена от подобного

Однако дискуссия мыслителей друг с другом занимает в их интеллектуальной биографии особое место, что практически всегда подчёркивается не только в литературе, посвящённой сравнению наследия теоретиков, но и в той литературе, которая посвящена учениям Шмитта и Кельзена по отдельности. Поэтому, прежде чем перейти к содержательному рассмотрению дискуссии между государствоведами, дадим несколько уточняющих методологических комментариев.

*Во-первых*, мы применяем термин «дискуссия» как к общему противостоянию между Шмиттом и Кельзеном, которое длилось в течение 1920–1930-х гг., так и обозначаем им точки конкретных идейно-теоретических столкновений, среди которых выделяются дискуссия о суверенитете, дискуссия о демократии и дискуссия о гаранте конституции. Таким образом, дискуссия (в широком смысле) распадается на ряд отдельных дискуссий (в узком смысле), которые в своей совокупности образуют столкновение двух типов политико-правового мышления. При этом каждая из дискуссий показывает противоречия между мыслителями в концептуализации базовых понятий, трактовках терминов и понимании политико-правовых явлений.

*Во-вторых*, предыдущие параграфы мы посвятили характеристике контекста формирования учений, их общему изложению и сравнению между собой, т.е. мы задали систему координат для восприятия дальнейших учений государствоведов путём обозначения важнейших биографических и социально-политических событий, реконструирования теоретических языков и проч. Это необходимо для

---

шага, поскольку он бы негативно отразился на его репутации. См.: *Kelsen H. A New Science of Politics: Hans Kelsen's Reply to Eric Voegelin's "New Science of Politics". A Contribution to the Critique of Ideology.* Berlin, 2004. 138 p.; ответ Э. Фёгелина в письмах Кельзену см.: *Selected Correspondence. 1950–1984 // The Collected Works of Eric Voegelin. Vol. 30.* Columbia; London, 2007. P. 206–209.

Позже на основе этой рецензии была подготовлена книга, изданием которой мыслитель планировал высказаться на популярную в 60–70-х годах тему «секулярных (политических) религий», которая, как считал сам Кельзена, восходит, среди прочего, к работе Шмитта «Политическая теология» (1922). Однако в результате долгих сомнений, сопровождавшихся неоднократным отзывом рукописи из издательства и уплатой соответствующего штрафа, Кельзен принял решение отложить материал «в стол». В итоге эта работа, так и не достигнув читателей, против идей которых она была направлена, была опубликована лишь в 2012 году. См.: *Kelsen H. Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science, and Politics as "New Religions".* Wien, 2012. 292 p.

правильного понимания смысла тех суждений, которые будут сделаны в ходе дискуссий на конкретные темы.

*В-третьих*, дискуссия протекает в разных форматах и иногда конструируется аналитически. Каждая конкретная дискуссия отличается уникальностью. Полемика о суверенитете имеет односторонний характер, поскольку Шмитт, весьма яростно критикуя Кельзена, не получает от него ответа. Однако, пытаясь реконструировать, каким он мог бы быть, на основе других трудов можно попытаться возразить Шмитту или рассмотреть какие-то иные вопросы, возникающие по этому случаю.

Полемика о демократии наиболее далека от формата дискуссии, поскольку авторы ограничиваются лишь краткими упоминаниями или намеками на учения друг друга в отдельных местах своих многочисленных трудов. Тем не менее каждый из них фактически сражается с тем вариантом демократии, который отстаивает другой мыслитель. Тем самым у нас появляется возможность реконструировать серию этих идей как столкновение двух способов понимания демократического устройства. Повторим, что утверждение идеи невозможно без критики её антипода, который подобно своей противоположности является неотъемлемой частью эпохи, как и эта идея. Шмитт и Кельзен являются выразителями противоположных взглядов на демократию. Зная это, а также имея общие представления об их теоретико-методологических допущениях и о наличии между ними прямых идейных столкновений, мы можем рассматривать эти расхождения в качестве дискуссии.

На этом же примере видно, что в качестве тематики подобной дискуссии мог бы быть выбран некоторый иной момент, на который Шмитт и Кельзен смотрят по-разному. Например, упомянутый в предыдущем параграфе прескриптивизм и дескриптивизм. Однако мы попытались выбрать одноуровневые проблемы (конкретные политико-правовые феномены) и проанализировать их комплексно, обозначив систему допущений, вытекающих из её требования к оформлению институтов, и теоретическую аргументацию в пользу своей позиции.

И наконец, дискуссия о гаранте конституции является дискуссией в наиболее строгом смысле этого слова. Оппоненты совершают полемические выпады друг против друга, выстраивают защиту собственных концепций, нейтрализуют аргументы противника и так далее. При этом весьма характерно, что дискуссия о

гаранте конституции содержит в себе массу тем (например, проблема судебного усмотрения), каждая из которых также может быть рассмотрена отдельно.

*В-четвертых*, дискуссия повлияла на каждое из учений. Мы имеем в виду два обстоятельства. Во-первых, что случается редко, но всё-таки под напором критики мыслитель мог как-то корректировать собственные взгляды. Однако наиболее интересно то, что, во-вторых, благодаря необходимости раскритиковать оппонента или же защитить собственную концепцию было продемонстрировано множество неочевидных следствий из общих положений учений, которые в настоящий момент составляют неотъемлемую часть каждого из них. Обращаясь к дискуссии, мы узнаем, как автор защищает свои собственные положения, тем самым усиливая и подкрепляя свой подход, обеспечивая ему большую устойчивость.

*В-пятых*, дискуссия продолжается и сейчас, она творится руками теоретиков, живущих в настоящий момент и обращающихся для обоснования собственных взглядов к наследию Шмитта и Кельзена. Это свидетельствует о некоторых важных вещах. Во-первых, позиции, занятые мыслителями, отличаются фундаментальным характером и всё ещё обозначают некоторую черту политического порядка современной эпохи. Однако, во-вторых, эти идеи, будучи воспроизводимыми современными теоретиками, в некотором смысле творят этот порядок путём предоставления готовых способов восприятия и оценки феноменов. Из этого можно заключить, что ни идеи сами по себе (подход традиции «вечных проблем»), ни находящиеся внутри социальных институтов (подход социологии знания) исследователи не обладают абсолютной «субъектностью», но нуждаются и предполагают наличие друг друга.

## Глава 2. Дискуссия К. Шмитта и Г. Кельзена о суверенитете, демократии и гаранте конституции

### § 1. Этатистская и глобалистская концептуализации суверенитета

В истории политической мысли можно выделить устойчивую традицию рассуждений о природе, назначении и субъекте власти. Её устойчивость заключается не в том, что она оставалась неизменной в содержательном смысле. Напротив, мыслители прошлого отстаивали совершенно разное понимание власти, её источников, ценности, допустимых форм её организации и осуществления. Устойчивость заключалась в том, что власть всегда обращала на себя внимание.

На исходе средневековья в западноевропейской политической мысли в силу практических причин акцент в рассмотрении власти ставится на вопросе о такой власти, которая сумеет прекратить религиозные конфликты и общую политическую напряженность<sup>167</sup>. Решением стало формулирование учения, обосновывающего практику реализации суверенной власти, возвышающейся над партикуляризмом позднесредневекового политического пространства<sup>168</sup>. Имея под собой конкретные исторические (и цивилизационные) основания, суверенитет начинает признаваться неотъемлемым признаком государства и переноситься на все предшествующие эпохи<sup>169</sup>, любые социокультурные (цивилизационные) пространства.

Вплоть до конца XIX в. такое положение кажется незыблемым, а за сам суверенитет борются разные политические силы, объясняющие свои притязания ссылками на учения о монархическом и народном суверенитете<sup>170</sup>. Однако в конце

---

<sup>167</sup> Любашиц В.Я., Мордовцев А.Ю., Мамычев А.Ю. Государственная власть: парадигма, методология и типология. М., 2013. Ч. 1. С. 200–202.

<sup>168</sup> Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 421.

<sup>169</sup> К настоящему моменту такое представление является наиболее распространенным как в юридической, так и в политической науках. Теоретические направления, в рамках которых ставится под сомнение тезис об универсальности суверенитета (а, следовательно, и государства), принято именовать критическими теориями государства. См. подробнее: Назмутдинов Б.В. Критические концепции государства и их значение для российской юриспруденции: введение в проблематику // Lex Russica. 2020. № 6. С. 122–138.

К слову, Шмитта можно отнести к представителям критической теории. См.: Шмитт К. Государство как конкретное понятие, связанное с определенной исторической эпохой // Логос. 2012. № 5. С. 205–215.

<sup>170</sup> О природе и принципах монархического и народного суверенитета см.: Палиенко Н.И. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и её правовое значение. Ярославль, 1903. С. 309–335.

XIX в. в государствоведении начинает обнаруживаться тенденция, которую следует обозначить как дискредитация суверенитета. Её суть состоит в редукции понятия государства к понятию правопорядка, тогда как понятие суверенитета государства, рассматриваемого как пережиток эпохи абсолютизма, предлагалось заменить понятием «суверенитета права, опирающегося на идею безличной власти ... правовых норм»<sup>171</sup>.

Дискуссия Шмитта и Кельзена о суверенитете приходится именно на этот момент. В учениях каждого из государствоведов даётся авторское решение проблемы дискредитации суверенитета. Более того, Шмитт предлагает называть её не просто дискредитацией, а устранением суверенитета, которое представляет собой радикальный «пересмотр *фундаментальных оснований правовой системы* – замену идеи *фундирующей порядок власти* персонифицированного суверена “безличной значимостью безличной нормы» (курсив мой. – Прим. А.У.)<sup>172</sup>. Данная формулировка весьма удачна, поскольку она указывает, что в дискуссии о суверенитете принципиальное значение имеет вопрос об основании государственно-организованного порядка, что логически ведёт нас к политической теологии, т.е. методологическому подходу, в рамках которого заявляется историко-эпистемологическая преемственность между теологическими и государствоведческими понятиями.

Чтобы понять, откуда берётся эта проблема и перейти к предметному изложению и сопоставлению учений о суверенитете Шмитта и Кельзена, необходимо кратко обозначить основной вектор развития суверенитета с момента его появления, а также те направления в государствоведении, которые оказали определяющее влияние на понимание суверенитета в конце XIX – начале XX в.

Исходную точку восприятия феномена следует искать у французского мыслителя Жана Бодена (1530–1596), которого и Шмитт<sup>173</sup> и Кельзен<sup>174</sup> считают

---

<sup>171</sup> Тимошина Е.В. «Устранить суверена»: полемика Г.Ф. Шершеневича с Л.И. Петражицким // Юридический позитивизм и конкуренция теорий права: история и современность (к 100-летию со дня смерти Г.Ф. Шершеневича): материалы VI Междунар. науч.-практ. конф. (Иваново, 5–8 октября, 2008 г.). Иваново, 2012. Ч. 1. С. 31.

<sup>172</sup> Там же. С. 31.

<sup>173</sup> Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 18.

<sup>174</sup> Kelsen H. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Tübingen, 1928. S. 2.

подлинным творцом суверенитета. Согласно Бодену под суверенитетом следует понимать способность повелевать и понуждать таким образом, что тот, кто повелевает и понуждает, не является объектом повеления и понуждения со стороны кого бы то ни было<sup>175</sup>, или же просто верховную власть, характеризующуюся постоянством, абсолютностью и неделимостью<sup>176</sup>. Как можно заметить, все эти атрибуты берутся из теологического дискурса, который наделяет ими Бога. Именно это понимание, а также тот набор признаков, через который определяется суверенитет, становится концептуальной рамкой для всех последующих рассуждениях о природе суверенности (вплоть до сегодняшнего дня).

В силу абстрактности этого определения, которое не говорит, кто же является сувереном, давая широкий теоретический простор для различных подходов, ключевым направлением концептуализации суверенитета становится вопрос о субъектах суверенитета, о соотношении источника суверенной власти и носителя суверенитета (суверена)<sup>177</sup>. Общая логика данного движения состоит в деперсонификации носителя суверенитета, переносе с конкретного физического носителя (короля) на народ, а после на обезличенное государство или систему публично-властных органов. К концу XIX – началу XX в. этот процесс подходит к своему концу, сопровождаясь осмыслением со стороны государствоведения, основанного на научно-рациональных началах как антитезе теологической и метафизической традициям<sup>178</sup>.

Конечным шагом становится перенос суверенитета с государства на право или на всю правовую систему, т.е. признание права верховной, независимости реальностью по отношению к государству. Такая логика отвечает требованиям теории, ориентированной на обоснование практики построения правового (конституционного) государства. Таким образом, социальной основой

---

<sup>175</sup> Федорова М.М. Классическая политическая философия. М., 2001. С. 91.

<sup>176</sup> Там же. С. 92.

<sup>177</sup> Любашиц В.Я., Мордовцев А.Ю., Мамычев А.Ю. Указ. соч. С. 203.

<sup>178</sup> Например, современник событий М.М. Ковалевский описывает вторую половину XIX в. как время невиданного расцвета государствоведения, которое в исследовании вопросов устройства государства и преследуемых им целей совершило полный разрыв политической мысли не только с богословием, но и метафизикой. См.: Ковалевский М.М. Общий ход развития политической мысли во второй половине XIX века // Труды по политической социологии и политологии. СПб., 2013. С. 262–294.

дискредитации суверенитета становится формирование правовой государственности, ключевой аксимой которой является представление о верховенстве и первичности права над государством. Суверенитет, традиционно имеющий абсолютистский «семантический налёт» и приписывающий верховенство государству, становится неудобной категорией в условиях стремления подчинить государство праву (что теоретически выражается в акценте на юридической природе государства<sup>179</sup>). Естественно-правовая и либеральная теории государства, исключаящие суверенитет из политико-правового дискурса по идеологическим причинам, приносят в государствоведческую теорию данное представление в качестве теоретико-методологического ориентира, под влиянием которого в этом же направлении начинают развиваться и другие государственно-правовые школы (включая позитивистскую).

Именно в этот момент Г. Еллинек формулирует то, что исследовать П. Колдуэлл называет парадоксом Еллинека<sup>180</sup>, т.е. сочетания в государстве двух природ: 1) социальной, которая выражена в независимости и фактическом господстве; 2) юридической, т.е. обусловленность действий государства правом. Признание двух природ покоится на методологическом дуализме, выраженном в использовании на равных социологического и юридического методов при познании государства. Частным выводом из этой проблемы является вопрос о соотношении международного и государственного права – как согласуется верховенство и обременение международными обязательствами? Решение самого Еллинека состоит в обосновании концепции самообязывания государства<sup>181</sup>, которое не устраивает ни Шмитта, ни Кельзена.

Таким образом, Шмитт и Кельзен сталкиваются с подобной ситуацией как с данностью. Мыслители по-разному реагируют на неё: Шмитт возражает против дискредитации суверенитета и стремится отстоять классическую трактовку понятия и его государственную локализованность; Кельзен же не просто соглашается с базовым посылом теоретического тренда, но радикализирует его, выдвигая тезисы о

---

<sup>179</sup> См., например: *Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву // Кокошкин Ф.Ф. Избранное. М., 2010. С. 238–242.*

<sup>180</sup> *Caldwell P.C. Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. Durham and London, 1997. P. 42–44.*

<sup>181</sup> *Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб, 2004. С. 459–464.*

полном отказе от суверенитета и возвышении международного права над государственным.

Кельзен первым излагает свои взгляды на проблему суверенитета. В 1920 г. он публикует «Проблему суверенитета и теорию международного права»<sup>182</sup>. Далее мыслитель развивает и дополняет свои взгляды в «Общем учении о государстве»<sup>183</sup>, «Социологическом и юридическом понятии государства»<sup>184</sup> и первом издании чистого учения<sup>185</sup>. Основными источниками для познания учения Шмитта о суверенитете можно считать в первую очередь «Политическую теологию»<sup>186</sup>, а также «Диктатуру»<sup>187</sup> и «Понятие политического»<sup>188</sup>. «Диктатура» хоть и написана ранее, однако является историческим трудом, поскольку в нем освещается история понятия суверенитета. «Политическая теология» – это, напротив, сугубо идейно-теоретический труд, который обобщает основные результаты исследования истории суверенитета.

То обстоятельство, что Шмитт излагает своё учение о суверенитете как ответ на сочинение Кельзена, не раз подчеркивалось в литературе<sup>189</sup>. В этом можно усмотреть не только оборонительность и реактивность, но и некоторую вторичность, что, например, позволило Дж. Сартори поставить следующий риторический вопрос: «Стал ли бы Шмитт децизионистом, если бы Кельзен не был нормативистом?»<sup>190</sup>. Не разделяя радикальность постановки вопроса, согласимся, что ключевые работы

---

<sup>182</sup> *Kelsen H.* Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Tübingen, 1928. 320 S. Примечательно, что в своём первом капитальном исследовании, защищенном в 1911 г. в качестве диссертации, Кельзен не касается темы суверенитета и международного права.

<sup>183</sup> *Kelsen H.* Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925.

<sup>184</sup> *Kelsen H.* Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Tübingen, 1928.

<sup>185</sup> *Кельзен Г.* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве. СПб., 2015. С. 109–240.

<sup>186</sup> *Шмитт К.* Понятие политического. М., 2000. С. 11–98.

<sup>187</sup> *Шмитт К.* Диктатура. М., 2018. 440 с.

<sup>188</sup> *Шмитт К.* Понятие политического. СПб., 2016. С. 293–356.

<sup>189</sup> *Ramos J.C.* Carl Schmitt's political theology. A reading from his debate with Hans Kelsen // *Revista Derecho del Estado.* 2013. № 31. P. 259–296; *Кондуров В.Е.* Политическая теология Карла Шмитта: теоретико-правовое исследование: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2022. С. 72.

<sup>190</sup> *Сартори Дж.* Сущность политического у Карла Шмитта // *Журнал теоретической политики.* 1989. № 1. С. 63–75. Цит. по: *Варга Ч.* Подводные камни правового позитивизма (взаимно опровергающие и дополняющие теории Кельзена и Шмитта) // *Юридический позитивизм и конкуренция теорий права: история и современность (к 100-летию со дня смерти Г.Ф. Шершеневича): материалы VI Междунар. науч.-практ. конф. (Иваново, 5–8 октября, 2008 г.).* Иваново, 2012. Ч. 1. С. 238.

Шмитта были написаны в антинормативистском ключе и именно с ними Шмитт ассоциируется в первую очередь («тот самый Шмитт» по словам А.Ф. Филиппова).

Не только теоретическая государствоведческая тенденция на устранение суверенитета, наиболее полно выраженная у Кельзена, является мишенью для Шмитта. Другим сугубо юридическим флангом является противостояние с конституционно-правовым (сугубо нормативном, т.е. полностью покрываемом охватываемом действующего законодательства) представлением о конструкции чрезвычайного / исключительного / осадного положения<sup>191</sup>. В литературе также высказывалась позиция, что основная цель «Политической теологии» состоит в критике Вальтера Беньямина, которая направлена против основных положений его работы «К критике насилия» (1921)<sup>192</sup>.

Подчеркнём, что сочинение Кельзена о суверенитете фактически открывает классический период в его творчестве. Во введении мыслитель заявляет о критическом характере своего исследования, направленного против традиционного учения о суверенитете<sup>193</sup>. Разбирая само слово «суверенитет», мыслитель констатирует его политико-прикладной характер и изменение его значения в зависимости от той политической силы, которая со ссылкой на концепцию суверенитета обосновывает собственные притязания. Творцом современной концепции суверенитета признаётся Боден, однако именно идущая от него линия трактовки суверенитета как высшей власти нуждается в пересмотре<sup>194</sup>. Разбирая государствоведческое рассмотрение суверенитета, Кельзен не забывает упомянуть Еллинека как представителя ошибочного, с его точки зрения, методологического дуализма<sup>195</sup> и сторонника самоограничения власти как проявления её юридического

---

<sup>191</sup> В качестве примера такого подхода см.: *Гессен В.М.* Исключительное положение. СПб, 1908.

<sup>192</sup> См.: *Агамбен Дж.* Homo sacer. Чрезвычайное положение. М., 2011. С. 84–100; Горяинов О.В. Чрезвычайное положение» в условиях божественного насилия: ответ Карла Шмитта Вальтеру Беньямину // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия: Право. 2013. № 1. С. 5–16.

<sup>193</sup> *Kelsen H.* Das Problem der Souveränität ... S. VIII–IX.

<sup>194</sup> *Ebenda.* S. 1–3.

<sup>195</sup> *Ebenda.* S. 10, 11.

характера<sup>196</sup>. В конечном счете Кельзен приходит к выводу о необходимости отказаться от суверенитета как от научной проблемы<sup>197</sup>.

Суверенитет с точки зрения господствующего (и, по мнению Кельзена, неверного) учения о государстве есть постулируемая силовая первопричина государственно-правового порядка, которая наделяется свойствами «верховенства», «изначальности», «невыводимости». Из её трактовок исключены какие-либо указания на «эффективность» и «правильность», поскольку в этом случае верховенство соплагалось бы не с властью как таковой, а с таким качеством, как «эффективность», что порождало бы следующий круг редукции<sup>198</sup>.

Кельзен отвергает подобный взгляд и полагает, что представление о суверенитете должно основываться на отождествлении права и государства, поскольку они представляют собой принудительный порядок (государство как правопорядок)<sup>199</sup>. Тогда как суверенитет как свойство государства, а, следовательно, и права «идентичен с позитивным правом (его системой или совокупностью. – Прим. А.У.)»<sup>200</sup>.

Однако первая задача, которая стоит перед мыслителем в обосновании такого воззрения, состоит в устранении методологического дуализма, распространенного в государствоведении. Истоки подобного взгляда Кельзен усматривает в ошибке мышления, которая характеризуется приданием некоторой иллюстрации самодостаточного значения. Он пишет, что «единство системы персонифицируется для наглядности, а персонификация гипостазируется (т.е. наделяется свойством самодостаточности, автономности – Прим. А.У.) ... то, что изначально было ошибкой мышления, будучи выражением единства предмета или системы, превращается в самостоятельную систему или предмет»<sup>201</sup>. Государство есть теоретическая персонификация системы властных велений, но, будучи исключительно объяснительно-терминологической моделью, в мышлении оно превращается из некоторой фикции в реально полагаемую сущность, обладающую

---

<sup>196</sup> Ebenda. S. 34, 37–40.

<sup>197</sup> Ebenda. S. 320.

<sup>198</sup> Kelsen H. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. S. 84.

<sup>199</sup> Ebenda. S. 86–91.

<sup>200</sup> Kelsen H. Das Problem der Souveränität. S. 86.

<sup>201</sup> Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. S. 76.

собственным разумом и волей. Гипостазирование государства приводит к его разрыву с правом, которое полагается либо как самостоятельная система, либо же становится производным от государства. Следовательно, отказ от методологического дуализма и признание гипостазирования ошибкой мышления приводят к утверждению о тождественности государства и права.

Справедливо отмечает С.В. Королёв, что суверенитет в изложении Кельзена «включает в себя (1) иерархическую структуру всех актов нормативного характера, включая доктринальные источники, одной и той же системы правопорядка и (2) когерентность (взаимосвязанность. – Прим. А.У.) этих актов, восходящих к одной и той же базовой норме (Grundnorm)»<sup>202</sup>. Суверенитет, избавленный от социологических трактовок и перенесенный в область права, является выражением «логического единства правоположений (Rechtssätze) одной и той же системы»<sup>203</sup>. Основная норма, хоть и является исходным уровнем иерархически выстроенного правопорядка, не является суверенной, поскольку полагается в качестве гипотетической, предпосылающей необходимость подчиняться реальной, наиболее вышестоящей норме (во временном измерении это выражается в предполагаемом уполномочивании на создание исторической первой конституции или обычая). Следовательно, суверенитет является свойством правовой системы (или правопорядка) и обозначает её исключительную приоритетность<sup>204</sup>.

Тот правопорядок, который в логическом смысле «сшивает» (становится точкой образования единства) между собой разрозненную сеть норм (корпоративных, семейных, муниципальных и проч.), выстраивая из них ступенчатую систему, будучи при этом легитимированным гипотетической основной нормой, может считаться суверенным. Если этим правопорядком является государственный правопорядок, над которым нет логически вышестоящего правопорядка, то «государство есть высший, суверенный правовой порядок или

---

<sup>202</sup> *Королёв С.В.* «Суверенитет»: историко-социологическая концепция Еллинека и радикальный редукционизм Кельзена // Теоретико-правовое осмысление суверенитета в России, Западной Европе и США в условиях глобализации: материалы IX Междунар. науч.-практ. конф. (Иваново, 15–19 сент., 2015 г.). Иваново, 2015. С. 146.

<sup>203</sup> Там же. С. 146.

<sup>204</sup> *Мусихин Г.И.* Концептуальная неоднозначность понятия «суверенитет» (Сравнительный анализ взглядов Карла Шмитта и Ганса Кельзена) // *Общественные науки и современность.* 2009. № 3. С. 64–74.

правовое сообщество», но если «над правовым порядком отдельного государства поднимается международный правовой порядок, то государство уже нельзя рассматривать как суверенный правовой порядок»; тогда оно становится «относительно верховенствующим»<sup>205</sup>. Следовательно, суверенитет «локализуется» на уровне того порядка, который является верховным по отношению к другому, т.е. того порядка, который своей нормативной силой обуславливает действительность другого.

Традиционно выделяются две модели взаимоотношений государственного и международного правопорядков: *первая* предполагает примат государственного права над международным; *вторая*, напротив, описывает примат международного права над государственным.

*Первая модель* означает, что «для обретения международным правом обязывающей силы по отношению к некоему конкретному государству, для обретения другими государствами значения правовых сообществ по отношению к этому «своему» для теоретика государства должно произойти признание других государств данным государством»<sup>206</sup>, т.е. некоторое государство, с позиции которого рассуждает теоретик, становится центром единства правовой системы, поскольку именно через него осуществляется не только признание других правопорядков в качестве государственного, но международного правопорядка. Иначе говоря, «чужое» государство существует постольку, поскольку существует «свое» государство.

Источником таких представлений, с точки зрения Кельзена, являются политико-идеологические установки, которые защищают догматическое учение о суверенитете как верховенстве, а также субъективистское мировоззрение, которое в конечном счёте впадает в солипсизм, утверждая, что «Я» находится в центре мира, и желает понять мир как волю и представление этого «Я»<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве. С. 210.

<sup>206</sup> Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве. С. 227, 228.

<sup>207</sup> Там же. С. 229.

Примечательно, что продолжаемая в этом направлении критика Кельзена (см.: Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве. С. 229–231) совпадает с критикой Шмиттом политического романтизма, сущность которого наряду с «вечным разговором» состоит в абсолютизации собственного «Я» и восприятии внешнего мира как повода и площадки для самореализации. См.: Шмитт К. Политический романтизм. М., 2015.

*Вторая модель* указывает на то, что «существует некий правовой порядок, который их (государства – Прим А.У.) координирует и определяет пределы их взаимодействия»<sup>208</sup>. Государственный порядок произведен от международного, поскольку последний обеспечивает согласованность государственных правопорядков и именно на уровне международного правопорядка располагаются нормы, содержащие условия и порядок признания некоторого локального порядка в качестве государственного. Развивая эту мысль, Кельзен уточняет, что кажущееся противоречие между государственным и международным правопорядками является фактическим, а не логическим противоречием, что характерно и для отдельно взятого внутригосударственного правопорядка. Тем не менее это не является основанием для постановки верховенства такого порядка под сомнение<sup>209</sup>.

Из вышесказанного вытекают два принципиальных вывода, которые позволяют нам обозначить кельзеновскую концептуализацию суверенитета как *глобалистскую*. Во-первых, поскольку суверенитет представляет собой качество правовой системы, выражающее её единство, то его обсуждение распадается на ряд проблематик, связанных с конструированием этого единства (основная норма, ступенчатый правопорядок, точка вменения и проч.). Таким образом, как таковой целостной проблемы суверенитета нет. Более того, Кельзен видел главную заслугу чистого учения именно в разоблачении догмы суверенитета: «важнейшее достижение чистого учения о праве – теоретическое разрушение догмы суверенитета, которая является основным инструментом идеологии империализма, направленным против международного права»<sup>210</sup>.

В контексте текущего состояния политико-правового дискурса, когда в суверенитете усматривается ещё и национально-культурная составляющая (наряду с социальной и юридической, что характерно для классической государственно-правовой теории)<sup>211</sup>, отрицание проблемы суверенитета означает, среди прочего, отрицание проблемы социокультурной специфики организации и осуществления государственной власти.

---

<sup>208</sup> Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве. С. 234.

<sup>209</sup> Там же. С. 231, 232.

<sup>210</sup> Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве. С. 239.

<sup>211</sup> Любашиц В.Я., Мордовцев А.Ю., Мамычев А.Ю. Государственная власть: парадигма, методология и типология. М., 2013. Ч. 2. С. 265–288.

В этом контексте вряд ли можно сомневаться в том, что Кельзена не устроила бы тройственность методологических подходов в понимании суверенитета.

*Во-вторых*, поскольку над государством существует международный правопорядок, то государственный правопорядок становится производным от него. Доминирование международного права является частным аспектом глобализации. Кельзен понимает это и высказывает идею о том, что исходя из логики правового развития можно предположить возникновение в далёком будущем единого универсального правового сообщества, т.е. некоторого мирового государства<sup>212</sup>.

Поскольку рассуждения Шмитта представляли собой ответ на представленное Кельзеном учение, то логично сначала указать на те положения, с которыми принципиально не согласен Шмитт, а после дать его собственную трактовку суверенности. *Во-первых*, Шмитт полагает, что проблема суверенитета является одной из ключевых для государственно-правовой науки. *Во-вторых*, суверенитет не может пониматься как единство системы правовых норм. *В-третьих*, суверенитет является не только юридическим явлением, но и имеет социальную составляющую.

Первый тезис направлен одновременно против теоретико-методологических оснований учения Кельзена. В этом аспекте Шмитт указывает на то, что Кельзен не до конца понимает суть неокантианского деления на науки о сущем и науки о должном, что у последнего было выражено в демаркации социологического и юридического понятия государства. Привнося его в таком виде в государствоведение, Кельзен не проясняет ситуацию, а, напротив, абсолютизирует противоречия<sup>213</sup>. В свою очередь «методологические заклинания» не позволяют разглядеть природу затруднения, выраженную в многообразии трактовок суверенитета. Она заключается в «сочетании фактической и правовой высшей власти»<sup>214</sup>.

Следующее возражение также имеет отчетливо методологический характер. Шмитт обращает внимание на то, что логическое единство правовой системы, по мнению Кельзена, конструируется не на приказе властной инстанции, а посредством

---

<sup>212</sup> Кельзен Г. Введение в чистое учение о праве. С. 223.

<sup>213</sup> Шмитт К. Политическая теология. С. 30, 31.

<sup>214</sup> Там же. С. 32.

юридического мышления, которое способно сконструировать единство из чего угодно<sup>215</sup>.

Необходимость включения в понятие суверенитета социальной составляющей направлено против гипотетической основной нормы, которая предпосылается, но не имеет конкретного содержания и не указывает на субъект, которому надлежит создать исторически первую конституцию или учредить обычай. Следовательно, ключевую роль в трактовке самого Шмитта играет именно субъект, который создаёт или реализует норму. Без него картина выглядит неполной и лишается своего объяснительного потенциала.

Таким образом, мы вплотную приближаемся к шмиттовской трактовке суверенитета: «суверенен тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении»<sup>216</sup>. Предлагая подобную трактовку, Шмитт стремится не просто опровергнуть Кельзена, но и разрешить «парадокс Еллинека» путём нейтрализации очевидных анахронизмов традиционного государствоведения. Для этого пытается актуализировать его, что достигается введением понятий «решения» и «чрезвычайное положение» в общую дефиницию суверенитета.

Фигурой, к которой Шмитт обращается для аргументирования своего взгляда, является, как и у Кельзена, Жан Боден. Шмитт фиксирует, что Боден задал «концептуальную рамку» для понимания суверенитета. Его определение суверенитета через «абсолютность», «верховенство» и «непрерывность» является исходной точкой для любых предметных рассуждений<sup>217</sup>. Однако далее Шмитт предпринимает очень интересный интеллектуальный ход. Он указывает на то, что ключевым аспектом понимания суверенитета у Бодена (при том для самого Бодена!) является не формула о «верховенстве» власти, поскольку она «может быть применена к самым разным социально-политическим комплексам», будучи «не адекватным выражением реальности, но формулой, знаком, сигналом»<sup>218</sup>, а «включением [элемента] решения (Dezision) в понятие суверенитета»<sup>219</sup>. Именно это является научным достижением политического философа раннего Нового времени.

---

<sup>215</sup> Там же. С. 47.

<sup>216</sup> Там же. С. 15.

<sup>217</sup> Шмитт К. Политическая теология. С. 18.

<sup>218</sup> Там же. С. 31.

<sup>219</sup> Там же. С. 18, 19.

Относительно общей формулы о верховенстве Шмитт отмечает, что «высказывания о «всесилии государства» – лишь поверхностная секуляризация теологических формул о всемогуществе Бога»<sup>220</sup>. Решение о чрезвычайном положении является выражением суверенитета. Такая трактовка позволяет наполнить реальным содержанием абстрактные формулы. Именно тут появляется фигура суверена, не нуждающегося в праве (позитивном!), чтобы его создавать. Его решение и учреждает порядок, создавая необходимую основу для последующей государственно-правовой системы<sup>221</sup>.

В данном аспекте отметим, что Шмитт, как и Кельзен, понимает проблематичность тех свойств, которые соплагаются с суверенитетом («верховенство», «абсолютность» и т.д.). Но это понимание, не будучи операционализированным, ничего не значит. По этому поводу весьма точно высказался современный исследователь Ю.Ю. Ветютнев, заметив, что «абстрактность идеи суверенитета с присущими ему атрибутами «независимости», «постоянства», «верховенства», «абсолютности» и т.п. неизбежно требует конкретизации»<sup>222</sup>. Шмитт пытается решить именно эту проблему, выдвинув понятный и операционализированный критерий суверенности (решение о чрезвычайном положении), позволяющий установить, есть ли суверенитет (и суверен) или его нет. В свою очередь следует признать, что и Кельзен устраняет абстрактные конструкции из понятия суверенности, очищая его, как и все иные государствоведческие понятия, от чуждых им смыслов и элементов, привносимых политикой и идеологией.

В итоге конкретизация Кельзена, как было показано выше, состоит в отрицании самостоятельности проблемы суверенитета и сведении её к совокупности различных проблем, возникающих при конструировании единства правовой системы. Шмитт же конкретизирует суверенитет указанием на факт принятия решения о чрезвычайном положении.

---

<sup>220</sup> Шмитт К. Понятие политического. С. 318.

<sup>221</sup> Там же. С. 25, 26.

<sup>222</sup> Ветютнев Ю.Ю. О юридической атрибутике суверенитета // Теоретико-правовое осмысление суверенитета в России, Западной Европе и США в условиях глобализации: материалы IX Междунар. науч.-практ. конф. (Иваново, 15–19 сент., 2015 г.). Иваново, 2015. С. 73–77.

Из подобной концептуализации суверенности следуют два принципиальных момента. *Во-первых*, суверенитет органически связан с субъектом, т.е. сувереном. *Во-вторых*, суверенитет локализуется на уровне государственного единства.

В литературе отмечается, что *первый момент* этой концептуализации порождает отдельные проблемы, поскольку данное определение не даёт ответа, кто может быть сувереном, принимающим решение: «непонятно, куда Шмитт «помещал» суверенитет, *кто был тем субъектом*, который в шмиттовской схеме осуществлял суверенитет как таковой ... отсутствие ответа на данный вопрос свидетельствует о том, что Шмитт не был особо озабочен юридической стороной вопроса о местонахождении суверенитета (курсив мой. – Прим. А. У.)»<sup>223</sup>.

В этом аспекте, как представляется, возможны нормативная и ненормативная трактовки шмиттовской концептуализации суверенности.

*Нормативная трактовка* связывает понимание суверенитета с действующей системой государственных органов и положениями законодательства. Теоретически она основана на тезисе о том, что «суверен *стоит вне* нормально действующего правопорядка *и все же принадлежит ему*, ибо он компетентен решать, может ли быть в целом приостановлено действие конституции (курсив мой – А.У.)»<sup>224</sup>. Например, утверждается, что, с точки зрения Шмитта, «состояние исключения есть сущность суверенного решения (а не только его подтверждение), которое игнорирует рутинную деятельность суверена в обыденных обстоятельствах»<sup>225</sup>. Следовательно, орган может пониматься как суверен, который обладает с точки зрения действующего законодательства полномочиями на введение чрезвычайного положения.

Например, в России согласно ст. 4 ФКЗ «О чрезвычайном положении» данный режим вводится президентским указом, который подлежит утверждению Советом Федерации<sup>226</sup>. Следовательно, с точки зрения нормативной трактовки коллективным сувереном может считаться Президент РФ и Совет Федерации РФ, поскольку

---

<sup>223</sup> Мусихин Г.И. Концептуальная неоднозначность понятия «суверенитет» (Сравнительный анализ взглядов Карла Шмитта и Ганса Кельзена) // *Общественные науки и современность*. 2009. № 3. С. 64–74.

<sup>224</sup> Шмитт К. Политическая теология. С. 17.

<sup>225</sup> Мусихин Г.И. Указ. соч.

<sup>226</sup> Федеральный конституционный закон от 30.05.2001 № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении».

совместно они объявляют чрезвычайное положение<sup>227</sup>. Впрочем, сам Шмитт указывал, что «президент республики ... не может быть сувереном»<sup>228</sup>. Более того, чрезвычайное положение, о котором говорит автор, является «общим понятием учения о государстве, а не каким-либо чрезвычайным постановлением или осадным положением»<sup>229</sup>.

Однако более корректной мы полагаем *ненормативную трактовку* шмиттовской концептуализации суверенитета, поскольку суть совершаемого Шмиттом определения суверенитета через решение состоит в отказе от определения суверенитета через норму позитивного права. Указание на принадлежность суверена действующему правопорядку корректно понимать как нахождение суверена в нормативном контексте, который *преодолевается при принятии решения о чрезвычайном положении*. Норма законодательства может предусмотреть суверена для нормального состояния, наделив некоторый орган возможностью прибегнуть к чрезвычайным полномочиям. Однако лишь тот, кто в действительности введёт чрезвычайное положение, может считаться сувереном. Поэтому реальностью является ситуация, при которой «нормативный суверен» будет медлить и тут уже на

---

<sup>227</sup> В ч. 1 ст. 3 Конституции РФ закреплено положение о том, что носителем суверенитета и единственным источником власти в РФ является её многонациональный народ. Согласно интерпретации Шмитта это можно списать на «демократический миф» (подробнее см. параграф 2.2).

<sup>228</sup> *Шмитт К.* Диктатура Рейхспрезидента согласно статье 48 Веймарской конституции / Шмитт К. Диктатура. С. 403.

В литературе высказывалась точка зрения о том, что в более поздней работе Шмитт отождествлял суверена с президентом. Так, В.Е. Кондуров пишет, что: «в «Гаранте конституции» К. Шмитт наделяет президента атрибутами суверена, а ... при проведении различий между главой государства в «Гаранте конституции» и сувереном в «Политической теологии» речь может идти о расстановке акцентов» (см.: *Кондуров В.Е.* Основания действительности правопорядка и проблема юстициальности «политического»: К. Шмитт о границах юстиции // Труды Института государства и права РАН. 2018. № 5. С. 63–91. С этой трактовкой категорически не согласен П.И. Костокрызов, который обосновывает свою позицию ссылкой на процитированный нами отрывок. См.: *Костокрызов П.И.* Децизионизм в России: дореволюционные предшественники и современные интерпретаторы Карла Шмитта // Научный журнал «Дискурс-Пи». 2021. № 1. С. 62–76.

Мы же полагаем, что определенные основания для отождествления есть, поскольку работа «Гарант конституции» написана в тот момент, когда в Веймарской республике уже фактически реализуются чрезвычайные полномочия (1931-й год). И в этом плане Президент Веймарской республики, действительно, мог претендовать на роль суверена, что, впрочем, не отрицает того обстоятельства, что он не реализовался в полной мере как суверен, уступив место другим политическим силам.

<sup>229</sup> *Шмитт К.* Политическая теология. С. 15.

политической сцене появится реальный суверен (как и случилось в начале 30-х гг. в Веймарской республике).

Относительно уровня локализации суверенитета согласно шмиттовской концептуализации следует отметить, что она является подчеркнута *этактистской*, поскольку ставит суверена на уровень государства. Это положение исключает возможность наделения суверенностью не только международное сообщество, но и различные низовые социально-политические организации (преступные группировки, партии, политические движения и т.д.), что связано с политической (или же полемической)<sup>230</sup> составляющей понятия и идеи суверенитета. Эта составляющая заключается в отделении того социально-политического комплекса, за которым предполагается исключительное решение (объявление войны, введение чрезвычайного положения и т.д.), от всех иных: «если политическое единство вообще наличествует, то оно есть основополагающее и «суверенное» единство, в том смысле, что по самому понятию именно ему всегда необходимо должно принадлежать *решение относительно самого главного случая, даже если это случай исключительный* (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>231</sup>. Таким образом, в какой степени иные организации не способны принимать и, что крайне важно, обеспечивать такое решение, в такой степени они и не располагают суверенитетом.

Итак, мы видим, что, имея в качестве исходной одну и ту же проблему, Шмитт и Кельзен формулируют довольно отличные друг от друга учения о суверенитете. Предложенная Шмиттом интерпретация может быть обозначена как *этактистская*, поскольку основной акцент в ней сделан на особых полномочиях, через которые определяется суверенитет, и на государственном размещении суверенности. Версию Кельзена можно справедливо назвать *глобалистской*, в силу того, что проблематика суверенитета хоть и исключается из теоретического политико-правового дискурса, но тем не менее само учение признаёт свою техническую ориентированность на международный правопорядок.

---

<sup>230</sup> В «Понятии политического» Шмитт пишет, что все «политические понятия ... имеют *полемический* смысл», поскольку «полагают конкретную противоположность, привязаны к конкретной ситуации». См.: *Шмитт К.* Понятие политического. С. 305, 306.

<sup>231</sup> *Шмитт К.* Понятие политического. С. 314.

## § 2. Гомогенная и плюралистическая модели демократии

Учения Шмитта и Кельзена о демократии, занимая очень важное место в интеллектуальном наследии каждого из мыслителей, вероятно, представляют наибольший интерес для современной политической науки из всех заявленных нами дискуссий. Причины подобной актуальности следует усматривать в доминировании демократических форм организации политического порядка и распространённости идеи демократического устройства в политико-идеологическом дискурсе. Идеино-теоретическая трансформация демократии протекает в двух ключевых векторах: с одной стороны, демократия приобретает универсальное значение, трактуясь как неизбежная и «цивилизирующая»<sup>232</sup> форма организации публично-властного пространства, с другой – становится весьма размытым термином, лишённым конкретного содержания<sup>233</sup>.

Учения Шмитта и Кельзена напрямую вовлечены в современные дебаты о демократии, которые, как правило, протекают в виде борьбы против угроз демократии. Считается, что различные общественные тенденции, будь то популизм, авторитаризм, социальное неравенство, экспертократия, поспешная демократизация, псевдодемократизация и т.д., искажают истинное понимание и сущность демократического устройства, которое в настоящий момент сочетает в себе не только собственно демократические, но и либеральные элементы. Термин «либеральная демократия»<sup>234</sup> становится зонтичной категорией, объединяющей в

---

<sup>232</sup> Идея о том, что наличие представительных институтов является признаком политической развитости народа, встречается уже в XIX в. (см., например: *Чичерин Б.Н.* О народном представительстве. М., 1866. С. 175), однако в XX в. к ней добавляется представление о демократии как признаке приобщённости к стандартам западноевропейской цивилизации и наличия единой системы ценностей, которая, например, исключает возможность войны между демократическими странами. См.: *Хантингтон С.* Столкновение цивилизаций. М., 2014; *Rasler K. Thompson W. R.* Puzzles of the Democratic Peace. Theory, Geopolitics, and Transformation of World Politics. NY, 2005.

<sup>233</sup> *Мамычев А.Ю.* Что такое демократия: постановка вопроса // *Философия права.* 2010. № 2. С. 67–73. К выводу о том, что отсутствие общепризнанной теории демократии и единого определения демократии является признаком демократического устройства общества на материалах американских общественно-политических и научных дискуссий, приходит Э.Я. Баталов. См.: *Баталов Э.Я.* Проблемы демократии в американской политической мысли XX века. М., 2010. С. 374.

<sup>234</sup> При этом зачастую подобное уточнение даже не делается, поскольку расхожим является представление о том, что «под демократической теорией я имею в виду либерально-демократическую теорию вообще, в том смысле, в каком эта теория утвердилась в

себе подходы, характеризующиеся усреднённым пониманием демократии как политического режима с выборами, обеспеченностью прав и свобод, наличием контрмажоритарных институтов и политической конкуренции. К их числу относятся концепции полиархии (Р. Даль), диархии (Н. Урбинати), конституционного плюрализма (Р. Арон), делебиративности (Ю. Хабермас), плюралистичности (Дж. Ролз) и др. Все эти названия становятся результатом стремления качественно уточнить и «схватить» в понятии природу современного либерально-демократического устройства.

Подобная понятийная связка «демократии» и «либерализма» становится закономерным итогом идущего с XIX в. процесса демократизации, который состоит в расширении числа избирателей, входящих в политический процесс не в качестве представителей некоторой группы, а как самостоятельные субъекты<sup>235</sup>. Таким образом, традиционный признак демократии как власти большинства начинает трансформироваться с учётом мнения меньшинства, на включение которого в «политическое тело» настаивает либерализм, исходя из идеи свободы и отрицания принуждения. Например, И.А. Алебастрова отмечает, что контрмажоритаризм есть «важное начало современной демократии, уравнивающее мажоритаризм». Его сущностью «является защита прав меньшинств, а его механизмы включают повышение значимости в государственном механизме институтов, которые противостоят институтам, сформированным большинством и призванным отражать его интересы»<sup>236</sup>.

Следующей стороной «самоутверждения» демократической теории является противостояние противоположному полюсу политической организации, который обобщенно именуется «авторитаризмом» или «автократией»<sup>237</sup>. Именно приход

---

политической культуре Европы». См.: Дзоло Д. Демократия и сложность: реалистический подход. М., 2010. С. 22.

<sup>235</sup> Автор термина Дж. Брайс отождествил демократизацию с процессом, начало которому положила Великая французская революция, т.е. понятие *демократии* приравнивалось к понятию права участия в *голосовании*. См.: Парламентский глоссарий / авт.-сост. А.Х. Саидов, Т.Я. Хабриева. М., 2008. С. 101.

<sup>236</sup> *Алебастрова И.А.* Политическая инклюзия меньшинств как фактор мажоритаризма и контрмажоритаризма (размышления конституционалиста) // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 4. С. 16-35.

<sup>237</sup> Например, А.П. Кабаченко отмечает, что авторитаризм и демократия представляют собой противостоящие политические режимы, что позволяет рассматривать их как два полюса общественного устройства, два принципиально различных властных механизма.

общества к автократии полагается конечным результатом влияния угроз и искажений, которые испытывает на себе либерально-демократическое устройство<sup>238</sup>.

При этом весьма примечательно, что интересующие нас авторы весьма часто упоминаются в трудах современных исследователей. Например, Н. Урбинати рассматривает демократическую теорию Кельзена как образец, к которому следует обращаться, чтобы раскритиковать теории, в которых предпринимаются попытки рационального обоснования и построения демократического учения, основанного на явлениях, искажающих истинную природу демократии<sup>239</sup>. Но если Кельзен преподносится как образцовый мыслитель, то Шмитт, который тоже фигурирует в рассуждениях Урбинати, выступает идейным лидером «плебисцитарного искажения» демократии<sup>240</sup>, суть которого сводится к стремлению вернуть политику народу, репрезентированному в главе исполнительной власти, минуя парламентское представительство.

В подобном направлении относительно Шмитта мыслят А. Шайо и Р. Уитц, которые указывают, что интеллектуальные корни «антипарламентских настроений и восторга перед прямой демократией ... следует искать в антипарламентаризме немецкого профессора права Карла Шмитта (парламентаризм является признаком либеральной демократии, тогда как прямая демократия, напротив, представляется

---

См.: *Кабаченко А.П.* История мировой политики: систематизация учений и доктрин. М., 2009. С. 112, 115.

О расплывчатом характере этих терминов свидетельствует следующее определение: «под автократией я имею в виду любое общество, в котором руководители не выходят на открытые выборы и где свободное движение информации подлежит политическому контролю». См.: *Рансимен Д.* Ловушка уверенности: история кризиса демократии от Первой мировой войны до наших дней. М., 2019. С. 22.

<sup>238</sup> Среди угроз либерализму современный исследователь Д. Мюллер выделяет запрет «актов свободного выражения мнения под тем предлогом, что они оскорбительны для некоторой группы людей», тогда как основными угрозами демократии являются ослабление роли самоуправления и перенесение принятия решений на уровень государства, гомогенизация народа (что означает сворачивание плюрализма), патернализм власти над населением, совершаемые под предлогом народного одобрения опеки, а также подмена политического участия экономическим процветанием. См.: *Мюллер Д.* Разум, религия и демократия. М., 2015. С. 34–40.

<sup>239</sup> *Урбинати Н.* Искаженная демократия. Мнение, истина и народ. М., 2016. С. 21, 39, 40, 44, 349 и др.

<sup>240</sup> Там же. С. 321–420.

тиранией большинства. – Прим. А.У.)»<sup>241</sup>. Менее радикальную трактовку озвучивает Ш. Муфф, отмечая, что Шмитт выступает против основных принципов либерализма, однако, понимая его суть, формулирует «парадокс либеральной демократии», который заключается в противоречиях между демократией, основывающейся на гомогенности народа, и либерализмом, отстаивающим принципы плюрализма<sup>242</sup>.

При этом Кельзен за редким исключением (как в работах Урбинати) причисляется к канону классиков современной либерально-демократической теории, среди которых упоминаются, например, Шумпетер, Липсет, Даль, Пламенац, Арон и Сартори<sup>243</sup>. Тем не менее можно полагать, что позиция Кельзена очень близка к доминирующей ныне *зонтичной концепции* либеральной демократии; именно он выступил её защитником перед Шмиттом ещё в 1920–1930-е гг.

Проблематика, вокруг которой строятся современные дебаты о демократии (понятие демократии, её соотношение с либерализмом и парламентаризмом, природа представительства, роль идеи гомогенности и т.д.) уже в 20–30-е гг. прошлого века обсуждается Шмиттом и Кельзеном. Поэтому представляется возможным перейти непосредственно к учениям мыслителей.

Повторим, что шмиттовская модель демократии именовалась в литературе как «плебисцитаризм» (Н. Урбинати; А. Шайо, Р. Уитц; Х. Хофманн<sup>244</sup> и др.) или

---

<sup>241</sup> Шайо А., Уитц Р. Конституция свободы: введение в юридический конституционализм. М., 2021. С. 66.

Разумеется, это взгляд очень сильно упрощает богатейшую традицию критики парламентских учреждений, которая является неотъемлемым спутником представительных институтов. Сам Шмитт в своей критике парламентаризма активно цитирует авторов XIX в., среди которых Д. Кортес, Ф. Гизо, Ж. де Местр и др. Поэтому тезис об идеях Шмитта как «интеллектуальном корне» следует считать сильным преувеличением. Но следует согласиться, что Шмитт является наиболее ярким выразителем этих интеллектуальных тенденций. В этом смысле наследие автора можно считать не столько источником, сколько своеобразной кристаллизацией определённой интеллектуальной традиции, что и позволяет современным авторам выставлять учение Шмитта в качестве «мишени» для критики.

<sup>242</sup> Муфф Ш. Карл Шмитт и парадокс либеральной демократии // Логос. 2004. № 6. С. 140–153.

<sup>243</sup> Дзолу Д. Демократия и сложность: реалистический подход. М., 2010. С. 23.

<sup>244</sup> Х. Хоффманн отмечает, что «единственно верной для Шмитта является “плебисцитарная легитимность”». См.: Hofmann H. *Legalitat una Legitimitat. Der Weg der politische Philosophie Carl Schmitt*. Berlin, 2020. S. 100.

«неоавторитарный популизм» (П. Маггелан<sup>245</sup>) Однако вслед за Ш. Муфф мы полагаем, что наиболее корректно именовать её *гомогенной демократией*, поскольку именно идея единства народа составляет сущность шмиттовского понимания демократии, из которой вырастает «плебисцитарная», «авторитарная», «диктаторская» и прочие надстройки, на который и обращают внимание другие авторы.

Модель демократии Кельзена, как правило, связывается с релятивизмом, который является единственно возможной мировоззренческой основой, пригодной для демократического общества<sup>246</sup>. Вместе с тем мы предлагаем обозначить кельзеновскую модель демократии как *плюралистическую*<sup>247</sup>, поскольку в ней, напротив, делается акцент на неоднородности общества не только как условия демократии, но и данности.

Однако для того чтобы изложить учения мыслителей, необходимо: *во-первых*, обозначить ту теоретическую проблему понимания демократии, с которой столкнулись Шмитт и Кельзен; *во-вторых*, коснуться личного опыта ученых в связи с обсуждением проблемы демократии. Второй аспект, как принято считать в литературе, может иметь прямое отношение к определению демократии через гомогенность и индивидуализм у мыслителей.

Теоретический контур дискуссии образован двумя ключевыми течениями осмысления демократии в политической мысли конца XIX – начала XX в. *Первое течение* указывает на опасность тирании большинства и отстаивает необходимость развития контрмажоритарных институтов. *Второе течение*, напротив, указывает на ложность современного демократического устройства. Ложь состоит в прикритии народной волей узконаправленных интересов и оправдании со ссылкой на народ тиранических решений. В любом случае выгодополучателями становятся меньшинства (олигархия, аристократия, элита и проч.).

---

<sup>245</sup> Magalhaes P.T. The Legitimacy of Modern Democracy a Study on the Political Thought of Max Weber, Carl Schmitt and Hans Kelsen. New York, 2021. P. 65–118.

<sup>246</sup> См., например: Dreier H. Wertrelativismus und Demokratietheorie / Reflexionen über Demokratie und Recht. Wien, 2009. S. 13–31.

<sup>247</sup> Мы не называем демократическую концепцию Кельзена «либеральной» не только в силу зонтичного характера этого термина, но и по той причине, что мыслитель сам возражал против подобного. См. Kelsen H. Foundation of Democracy // Ethics. 1995. № 1. P. 3-17.

Важно, что если первая линия практически всегда ведёт к политическому требованию развития демократии в сторону учета мнения меньшинства, то вторая линия, основываясь на общем диагнозе, выносимом реальному демократическому устройству, может иметь как минимум два следствия: *во-первых*, требование воссоздать демократию как народовластие без представительства; *во-вторых*, отказаться от демократического мифа и попыток его воплощения<sup>248</sup>.

Требую защиты меньшинства и учета его мнения, о перерождении правления большинства в тиранию предупреждали ещё классики демократической теории – Дж. С. Милль<sup>249</sup> и А. де Токвиль<sup>250</sup>. В начале XX в. в государственно-правовой науке этой идеи придерживались П.И. Новгородцев<sup>251</sup>, Л. Дюги<sup>252</sup> и др.

Не вдаваясь в подробности критики демократии с анархических позиций<sup>253</sup>, склонность демократического устройства, основанного на парламентаризме (именно этот вариант был и остаётся наиболее распространённой формой институционализации демократии), к фикции народной воли и олигархическому

---

<sup>248</sup> Тут так же может быть развилка либо в сторону автократических форм правления, не нуждающихся в народной санкции (монархия), либо в сторону общества, организованного на анархических началах.

<sup>249</sup> Милль пишет: «устранение меньшинства ... коренным образом противоречит основному принципу демократии, требующему, чтобы представительство было пропорционально числу избирателей. Существующую задачу демократии составляет то, чтобы всякого рода меньшинство имело соответственное представительство. Помимо этого немыслима никакая истинная демократия; вместо нее мы получим только ложный признак демократии». См.: Милль Дж. Рассуждения о представительном правлении. Челябинск, 2017. С. 138.

<sup>250</sup> Токвиль де А. Демократия в Америке. М., 2000. С. 118, 198–200, 497–499 и др.

<sup>251</sup> Новгородцев П.И. Кризис современного правосознания. М., 1996. С. 40–46.

<sup>252</sup> Дюги пишет, что принцип большинства «приводит к угнетению одной части нации другой под тем предлогом, что эта последняя насчитывает несколько голосов более, чем другая». См.: Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М., 2013. С. 232.

<sup>253</sup> О взгляде анархистов конца XIX – начала XX в. на демократическое и парламентское устройство см.: Ударцев С.Ф. Право и государство как институты и идеи: прошлое, настоящее и будущее. М., 2022. С. 429–470; Быстров А.С. Критика парламентаризма в учении А.А. Борового // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2019. № 2. С. 108–121.

перерождению активно критиковалась в промонархической мысли<sup>254</sup> и обсуждалась в социологических трудах<sup>255</sup>.

Однако, представляется, что в обобщенном виде проблема демократического устройства была представлена в работах Г. Еллинека, который, хоть и склоняется к определенным политическим взглядам, стремится проанализировать различные подходы и сформулировать то научно-теоретическое затруднение, которое возникает при обсуждении сущности и направления дальнейшей трансформации демократии. Именно от этого затруднения в конечном счете отталкивались Шмитт и Кельзен.

Основную проблему современной демократии Еллинек видит в напряжении между принципом большинства и правом меньшинства. Он отмечает, что в настоящий момент (конец XIX в.) господствует убеждение, согласно которому «большинству принадлежит решающее значение всюду, где требуется постановить решение»<sup>256</sup>. Вместе с тем история государственно-правового развития свидетельствует о том, что эта идея является совсем недавней, поскольку исторически решения принимались не путем «подсчёта мнений, а их взвешивания» либо на основе принципа единогласия, достигаемого (или предполагаемого) с помощью убеждений сторон, аккламаций, совещаний и проч.<sup>257</sup>

Философско-политические истоки принципа большинства исследователь усматривает в нововременных естественно-правовых идеях равенства людей, а

---

<sup>254</sup> Например, К.П. Победоносцев, отмечает, что парламент «есть учреждение, служащее для удовлетворения личного честолюбия и тщеславия и личных интересов представителей». См.: *Победоносцев К.П.* Великая ложь нашего времени. М., 1993. С. 34. Дополнительно отметим, что из всех русских публицистов XIX в. Победоносцева можно считать автором, наиболее приближенным к тому кругу мыслителей, которых наиболее часто цитирует Шмитт, обличая пороки парламентаризма. Причина этого состоит в том, что критика парламентских учреждений в континентальной Европе (включая Россию) является одним из ключевых направлений консервативной мысли, представители которой не только совершают открытия параллельно, но и активно заимствуют идеи друг у друга. См.: *Русский консерватизм XIX столетия: идеология и практика.* М., 2000. С. 297–306.

<sup>255</sup> Например, Р. Михельс весьма подробно на многочисленном материале демонстрирует олигархические тенденции в парламентском и партийном устройстве. См.: *Михельс Р.* Социология политической партии в условиях современной демократии: исследование олигархических тенденций в совместной жизнедеятельности. М., 2022. С. 19–31.

<sup>256</sup> *Еллинек Г.* Право меньшинства. Доклад, читанный в юридическом обществе в Вене. М., 1906. С. 5.

<sup>257</sup> Там же. С. 6, 7.

также в теории общественного договора Т. Гоббса, Дж. Локка и особенности Ж. Руссо, который формулирует знаменитое утверждение о том, что «оставшиеся при народном голосовании в меньшинстве заблуждались относительно содержания общей воли»<sup>258</sup>. Из этого вытекает, что большинство не может принимать решения, направленные на причинение вреда меньшинству, а значит, последние не нуждаются в дополнительных гарантиях и защите.

Тем не менее именно эта проблема становится ключевым пунктом рассуждений многих либеральных мыслителей, которые «исходили из того, что воле большинства должны быть поставлены границы, что полное господство большинства представляло бы лишь гнёт и тиранию»<sup>259</sup>. На институциональном уровне она решалась посредством таких форм защиты меньшинства, как независимость суда, создание административной юстиции, децентрализация управления, развитие местного самоуправления, введение представительства меньшинства, а также с помощью институтов, позволяющих меньшинству стать большинством<sup>260</sup>.

Ключевой конфликт заключается в том, что и принцип большинства, и право меньшинства имеют общую идейную основу, состоящую в «представлении о всеобщем единстве народа (т.е. его гомогенности. – Прим. А.У.), которая в свою очередь основана на «естественно-правовой идее о полной равноценности индивидов», а поскольку каждый равноценен другому, то «не существует иного способа решения, кроме как по количеству»<sup>261</sup>. Таким образом, равенство индивидов ведёт к единству народа, но это единство, выраженное в принципе большинства, исключает меньшинство.

В социально-политическом измерении это выражается в двух взаимосвязанных тенденциях. С одной стороны, признание каждого равным друг другу ведёт к коллективизму и господству принципа большинства<sup>262</sup>, с другой – демократизация создаёт дифференцированные группы избирателей (социальные, религиозные, национальные и проч.), недовольных системой, основанной на

---

<sup>258</sup> Там же. С. 20.

<sup>259</sup> Там же. С. 35.

<sup>260</sup> Там же. Право меньшинства. С. 36, 39.

<sup>261</sup> *Еллинек Г.* Право меньшинства. С. 38.

<sup>262</sup> Там же. С. 55, 56.

принципе большинства, и призывающих к прямой демократии, не привязанной к парламенту, выражающему интересы большинства<sup>263</sup>. В этом аспекте Еллинек отмечает, что согласно логике единства народа «национальные партии (а также классовые и религиозные. – Прим. А.У.) никогда не могут считаться органическим явлением народа»<sup>264</sup>. Еллинек не разрешает эту проблему, но лишь пророчески констатирует, что «вопросу о правах меньшинства в более или менее далеком будущем предстоит уделить ещё гораздо большее значение»<sup>265</sup>.

Мы полагаем, что именно от этой теоретической рамки отталкивались Шмитт и Кельзен, обосновывая свои учения о демократии. Шмитт становится на сторону *гомогенности* народа, т.е. его единства и однородности, тогда как Кельзену близка идея *плюрализма*, т.е. сосуществования в обществе многочисленных индивидов, и их коалиций которые «раскалывают» общество на многочисленные группы меньшинств. Одна из гипотез связывает истоки подобного самоопределения с биографическими обстоятельствами становления мыслителей. В особенности это касается Кельзена и его демократической концепции.

Ранее мы упоминали об этническом происхождении мыслителя. Идея состоит в том, что Кельзен родился и вырос в отчетливо многоэтничном или полирелигиозном обществе. Он никогда не принадлежал к большинству, которое исходя из своей этнической, религиозной или социальной идентичности предъявляет политические требования к государству. Напротив, Кельзену знаком опыт человека, совершенно случайно (в силу рождения) обнаружившего себя в составе сложносоставного общества (австро-венгерского), сконструированного лишь на основе общих политико-правовых институтов и раздираемого всевозможными конфликтами (прежде всего, этническими). Следовательно, лишь плюралистически понимаемая демократия, предусматривающая контрмэжоритарные институты и верховенство права, становится гарантией безопасности и самосохранения личности перед угрозой всевластия гомогенного большинства<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования. СПб., 1907. С. 85–88.

<sup>264</sup> Еллинек Г. Право меньшинства. С. 41.

<sup>265</sup> Там же. С. 55.

<sup>266</sup> Olechowski T. Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen, 2020. S. 27–90.

Между учением Шмитта о демократии и его социально-этническим положением нет четких параллелей, однако можно точно заключить, что для него этот вопрос не был столь острым и личным<sup>267</sup>.

Таким образом, приняв во внимание тот набор теоретических проблем в осмыслении демократии в государствоведении начала XX в. (с биографическими особенностями), перейдем к реконструкции учений о демократии Шмитта и Кельзена.

Аналитически<sup>268</sup> учение каждого из мыслителей включает в себя: *во-первых*, наиболее фундаментальную мировоззренческую часть, которая связывает демократию с некоторым способом восприятия мира и базовыми допущениями<sup>269</sup>; *во-вторых*, представление о сущности демократии; *в-третьих*, институциональное измерение демократического устройства (воплощение идеи); *в-четвертых*, политико-идеологическое измерение, т.е. практику идеологической борьбы за содержание слова «демократия» и политическую роль учений о демократии.

Последовательно рассмотрим взгляды мыслителей на каждый из аспектов демократии. Раскрывать каждый пункт будем с позиции Кельзена, поскольку она была озвучена раньше, а далее приведем точку зрения Шмитта, тем самым выстроив диалог между теоретиками.

---

<sup>267</sup> Отметим, что проблематичность многосоставности и неоднородности общества при установлении демократических институтов весьма остро осознаётся в современной политической науке. См.: *Лейпахарт А.* Демократия в многосоставных обществах. М., 1997.; *Мюллер Д.* Разум, религия и демократия. М., 2015; *Манн М.* Темная сторона демократии. М., 2016. Более того, ставится вопрос о том, что дальнейший процесс демократизации будет лишь усиливать сложность общества и увеличивать напряженность входящих в него групп и индивидов. См.: *Дзоло Д.* Демократия и сложность: реалистический подход. М., 2010.

<sup>268</sup> Имеется в виду, что сами мыслители, как правило, не делят свои учения на обозначенные элементы, а просто излагают их. Тем не менее мы полагаем, что подобного рода аналитическое разделение уместно для демонстрации системного характера взглядов Шмитта и Кельзена на демократию.

<sup>269</sup> О важности этой составляющей весьма точно высказался Р. Даль, который отметил, что «комплекс идей, который можно условно назвать теорией демократии ... покоится на предположениях и допущениях, которые не критичные сторонники не рассматривают или даже прямо не признают. Эти полускрытые допущения, смутные предположения и замаскированные послышки составляют приблизительно воспринимаемую теневую теорию». См.: *Даль Р.* Демократия и её критики. М., 2003. С. 10.

Отметим, что и Шмитт и Кельзен чётко осознают наличие этой «теневого теории» и уделяют проговариванию всех нюансов значительное внимание.

**Мировоззренческие основания демократии.** По мнению Кельзена, мировоззренческой основой демократического мышления является политический релятивизм как принятие любых ценностей и субъективных установок, которому противоположен политический абсолютизм как претензия на знание предельных истин о природе политического устройства, назначении социально-политической организации общества, содержании справедливости и т.д. Мыслитель отмечает, что «метафизически-абсолютистскому мировоззрению присуща автократическая, а критико-релятивистскому демократическая позиции»<sup>270</sup>.

Именно поэтому Кельзен полагает, что вопрос о выборе между демократией и авторитаризмом не вытекает из желаемого содержания социального порядка, установленного посредством доступных для этих политических форм методов, а является отражением индивидуального мировоззрения<sup>271</sup>. Иными словами, демократия принимается не столько в силу её эффективности, сколько по мировоззренческим причинам<sup>272</sup>. Таким образом, разделение демократических идеалов возможно лишь в том случае, если индивид является носителем политического релятивизма, отрицающего претензию на обладание истиной о должном (правильном) политическом устройстве<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> *Kelsen H.* Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925. S. 370.

<sup>271</sup> *Ebenda.* P. 369.

В более поздней работе мыслитель вновь воспроизведёт этот аргумент, отметив, что при автократической форме государства возможно добиться больших успехов в обеспечении всеобщего материального и экономического равенства, чем при демократическом правлении, что может выступать формальным аргументом в пользу автократии. См.: *Kelsen H.* Vom Wesen und Wert der Demokratie. Neudruck der 2. Auflage Tübingen: 1929. Stuttgart, 2018. P. 123.

<sup>272</sup> Н. Урбинати, упомянутая выше, заимствует этот аргумент у мыслителя и обращает его в пользу сторонников эпистемологического искажения демократии. См.: *Урбинати Н.* Искраженная демократия. Мнение, истина и народ. С. 21.

<sup>273</sup> Уже в 20-е годы прошлого века такое понимание демократии находит всё больше сторонников. Например, находившиеся в эмиграции Н.Н. Алексеев и П.И. Новгородцев соглашались с кельзеновским пониманием демократии как системы политического релятивизма, но оценивали её по-разному. Н.Н. Алексеев, негативно настроенный к такому преображению демократии, отмечает, что последняя основана на «терпимости» и «правовом признании» в указанном отрицательном (т.е. признание из неизбежности в протиположность нравственному признанию. – Прим. А.У.) смысле этого слова. П.И. Новгородцев, напротив, указывая на то, что релятивизм есть то мировоззрение, которое предполагается новейшей демократической идеей, поскольку последняя противоположна политическому абсолютизму, поддерживает эту трансформацию. См.: *Алексеев Н.Н.* Основы философии права. СПб., 1999. С. 201–210.

По мнению Шмитта, мировоззренческим корнем демократии является особого рода мифология. Мыслитель указывает, что «в 19 в. и вплоть до 20 в. этот род очевидности был, несомненно, на стороне демократии. Ранке называл идею народного суверенитета самой сильной идеей эпохи, а её столкновение с монархическим принципом – ведущей тенденцией столетия. Между тем, столкновение временно окончилось победой демократии»<sup>274</sup>.

Весьма важно, что демократия стала мыслиться не просто как политическая форма организации, а была органически встроена в историософскую логику исторического развития. В этом контексте демократизация была не столько процессом расширения избирательного права, сколько стала движением к прогрессу, которому мешали антипрогрессивные силы, стремящиеся затормозить ход исторического процесса: «прогресс был именно тождественным расширению демократии, антидемократическое сопротивление – просто обороной, защитой исторических пережитков и борьбой старого с новым»<sup>275</sup>.

Онтологическим элементом демократической мифологии является понятие народа, который признаётся верховной инстанцией, вытесняющей Бога, к которому восходит монархический принцип организации власти. Между народом и Богом обнаруживается функциональное сходство: «Бог или – в демократической идеологии – народ»<sup>276</sup> выступают первичной инстанцией, санкция которой делает политическое устройство легитимным. На мифологический характер народа указывает то обстоятельство, что «целое» народа есть лишь идея»<sup>277</sup>.

Шмитт также обращает внимание на один весьма любопытный момент в одной из работ Кельзена. Речь идёт о привлечении аргумента от природы человека (антропологический аргумент) в обосновании формы правления. В изложении Шмитта Кельзен указывает на неизменный характер человеческой природы, аргументируя уместность для неё демократического устройства. По мнению Шмитта, ранее антропологический аргумент всегда находился «на службе» у сторонников монархического правления. В этом контексте, поскольку человеческая

---

<sup>274</sup> Шмитт К. Духовно-историческое состояние современного парламентаризма // Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 165, 166.

<sup>275</sup> Там же. С. 165.

<sup>276</sup> Шмитт К. Католицизм и политическая форма. С. 128.

<sup>277</sup> Там же. С. 136.

природа неизменна, монархия не может быть заменена иным способом организации власти. Но Кельзен переворачивает эту логику, указывая на то, что неизменной природе человека соответствует демократия<sup>278</sup>.

Действительно, в одной из ранних работ Кельзена можно обнаружить такой сюжет, который является, скорее, побочным, хоть и весьма интересным. В нём мыслитель спорит с утопизмом социалистической мысли, полагающей, что человеческая природа в ходе длительного (и принудительного) воздействия может измениться. Кельзен ставит это под сомнение, однако не ссылается на неизменность природы человека как основание демократии<sup>279</sup>. Поэтому сложно согласиться со Шмиттом в том, что Кельзен приводит антропологический аргумент.

Таким образом, Шмитт и Кельзен, признавая у демократии наличие базового мировоззренческого уровня, смотрят на него по-разному. Шмитт акцентирует внимание на мифологическом характере демократии, увязывая последнюю с верой в существование народа, и неизбежном (прогрессивном) характере демократизации. Кельзен делает акцент на способе восприятия мира и политического устройства конкретным субъектом. Демократия вытекает из мировоззрения, которое отказывается от знания абсолютной истины и допускает существование разных точек зрения на политическое устройство. Из этих базовых представлений напрямую вырастают трактовки сущности демократии.

**Сущность демократии.** Точка зрения Кельзена – «идея демократии есть идея свободы как политического самоопределения»<sup>280</sup>. Сущность демократии связана с данной идеей и релятивистским мировоззрением, поскольку отрицание единственно правильной истины и признание многообразия убеждений требуют признания другого в качестве свободного субъекта.

Однако помимо этого свобода базируется ещё на двух естественных человеческих склонностях: во-первых, сопротивление принуждению и отрицание всякой власти над собой (анархическая составляющая); во-вторых, стремление к равенству, которое укрепляет первую склонность, поскольку одинаковость

---

<sup>278</sup> *Шмитт К.* Диктатура. С. 281.

<sup>279</sup> *Kelsen H.* Sozialismus und Staat. S. 56.

<sup>280</sup> *Kelsen H.* Staatsform und Weltanschauung. Tübingen, 1933. S. 10.

исключает возможность господства одного человека над другим<sup>281</sup>. Следовательно, соединение релятивизма и равенства как отрицание господства и стремление к равенству становятся сущностной основой демократии.

Из этого выводится ключевой признак демократического устройства, состоящий в принятии участия лиц в управлении, в форме формирования общеобязательных предписаний, определения меры наказания, установления содержания справедливости и т.д.

Таким образом, можно заметить, что Кельзен в качестве первичного условия демократии видит некоего субъекта, разделяющего релятивистское мировоззрение, стремящегося к избавлению от угнетения и требующего равенства с другими. Именно поэтому мы называет модель демократии Кельзена плюралистической, поскольку в её рамках общество мыслится не в качестве единого субъекта, а как совокупность индивидов, образующих самостоятельные группы, единство которых является не исходным постулатом, а достигаемым состоянием на основе указанных выше характеристик, которые поддерживаются определенными институциональными механизмами.

Из базовой аксиоматики Шмитта вытекает иное представление о демократии. Он не связывает демократию ни со свободой, ни с равенством. Ключевой идеей и основным признаком демократии является единство или гомогенность народа<sup>282</sup>. Чтобы прояснить эту мысль, следует обратиться к тем явлениям, от которых Шмитт ограждает демократию. Таковым в первую очередь является парламентаризм. Если первоначально можно полагать, что, с точки зрения Шмитта, демократия и парламентаризм могут пересекаться, то далее он настаивает на полной противоположности этих явлений. В ранней работе мыслитель отмечает, что сущностью парламента является «публичное обсуждение аргументов и контраргументов, публичные дебаты и публичная дискуссия»<sup>283</sup>. Таким образом, парламентаризм на мировоззренческом уровне черпает свои основания в либерализме и романтизме<sup>284</sup>, где первый настаивает на публичности всех процедур

---

<sup>281</sup> *Kelsen H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1920. S. 3–5.*

<sup>282</sup> *Schmitt C. Verfassungslehre. S. 202.*

<sup>283</sup> *Шмунт К. Духовно-историческое состояние современного парламентаризма. С. 184.*

<sup>284</sup> Там же. С. 164.

отправления власти, а второй выражает «вечный разговор» как отказ от активных действий в пользу рассуждений о чем-либо.

Гомогенность народа предполагает, что он является неким единым субъектом, который не должен быть расколот многообразием мнений и позиций. В этом плане Шмитт соглашается с Руссо, напоминая его формулу о том, что «в демократии решает большинство, а побежденное меньшинство лишь заблуждается по поводу своей истинной воли»<sup>285</sup>.

Соответственно, парламент выступает тем институтом, который плюрализирует эту волю, лишая народ гомогенности. Поэтому в дальнейшем Шмитт приходит к противопоставлению тождества как основы демократии и представительства как основы парламентаризма<sup>286</sup>. Демократия возможна лишь тогда, когда народ на базовом уровне гомогенен, тогда как отсутствие гомогенности приводит к созданию парламентских институтов, которые объединяют народ через себя.

Таким образом, можно заметить, что на сущностном уровне демократия соплагается с представлением о характере народа, где Шмитту соответствует взгляд на народ как единый субъект, а Кельзену как на собрание множества волей. Это и позволяет говорить о гомогенной и плюралистической моделях демократии по Шмитту и Кельзену.

**Институциональное измерение демократического устройства.** Из вышесказанного вытекают вполне определенные формы институционализации демократии.

Кельзен связывает демократию с такой системой органов, в формировании и деятельности которой могут принимать участие все граждане. В первую очередь таковым является парламент, поскольку он представляет собой обобщенную волю избирателей. Из состава парламента формируется правительство. В этом аспекте мыслитель критически высказывается в пользу доктрины разделения властей, поскольку усматривает в ней пережиток монархического мировоззрения, которое различные силы стремятся защитить в эпоху демократизации (посредством наделения главы государства исполнительной властью, что было характерно для

---

<sup>285</sup> *Шмитт К.* Гарант конституции. С. 59.

<sup>286</sup> *Schmitt C.* Verfassungslehre. S. 204, 205.

европейских конституционных монархий XIX – начала XX в.). Лишь последовательный парламентаризм выступает институциональным оформлением и выражением тех идей, на которых зиждется демократия<sup>287</sup>.

Таким образом, парламент становится институтом, отражающим сложносоставную структуру общества, и позволяет защитить интересы отдельных индивидов и меньшинств. Этой же цели служат и другие контрмажоритарные институты (например, суд, в частности конституционный), функционирование которых позволяет меньшинству не только быть защищенным, но и иметь возможность стать большинством.

В этом же аспекте мыслитель высказывается о демократии в контексте ступенчатого строения правопорядка. С этой точки зрения демократия выступает формальным понятием, обращение к которому позволяет проследить четкую цепочку правотворческих (правоприменительных) полномочий, делегируемых от одного органа другому. Законодательный орган путём принятия специальных законов делегирует правительству возможность создавать собственные правовые акты, а правительство уполномочивает на это последующие органы и так далее<sup>288</sup>. В этом месте демократия смыкается с чистым учением о праве Кельзена. Здесь её радикальные отличия от автократических форм организации власти стираются, поскольку последние также предполагают ступенчатый правопорядок, который, однако, не так четко можно проследить через цепочку правотворческих (правоприменительных) полномочий государственных органов и должностных лиц.

Шмитт четко не оговаривает, какое институциональное оформление предполагает демократия. Однако его упорство в отстаивании тезиса о том, что демократия и диктатура не являются сущностно противоположными явлениями, позволяет полагать, что Шмитт указывает на репрезентированность единого народа в определённом лице<sup>289</sup>.

Вместе с этим Шмитт высказывает опасения относительно парламентской демократии, средства которой позволяют демократическим путём свернуть демократическое устройства: «кто владеет 51 %, тот может легальным образом

---

<sup>287</sup> *Kelsen H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1920. S. 20–23.*

<sup>288</sup> *Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. S. 354–357.*

<sup>289</sup> *Шмитт К. Духовно-историческое состояние современного парламентаризма. С. 170.*

сделать остальные 49 % нелегальными. Он имеет право легальным образом закрыть за собой дверь легальности, через которую вошел сам, и рассматривать партийно-политического противника, который в этом случае, вероятно, будет стучать сапогами в закрытую дверь, как обыкновенного преступника»<sup>290</sup>.

Он также отмечает, что «с отказом от принципа простого большинства и введением более сильного большинства одновременно разрушается и функционалистский принцип соответствующей обусловленности. Ведь в таком случае соответствующее большинство в две трети может оказывать воздействие и создавать ограничения, действие которых выходит за пределы его самого и его соответствующей обусловленности, что бессмысленно и несправедливо с любой мыслимой точки зрения. В таком случае оно может недемократическим и даже антидемократическим образом накладывать ограничения на волю самого народа, даже если у него уже ничего не осталось от большинства»<sup>291</sup>.

Таким образом, институциональная сторона демократии, по мнению Шмитта, является потенциально конфликтогенной, поскольку санкционирует возможность сворачивания демократии демократическим путём.

**Политико-идеологическое измерение демократии.** Кельзен отмечает, что «демократия – это ... почти повсеместно господствующее слово»<sup>292</sup>. Каждая политическая сила (тираны, большевики и проч.) апеллирует к желаниям и настроениям народа, выдавая собственные действия за поручения масс. Таким образом, демократия становится средством политической борьбы между различными силами, что, с одной стороны, полностью соответствует её духу, поскольку отражает базовый плюрализм общества, но, с другой стороны, несёт угрозу подмены демократических институтов демократической риторикой, в основании которой будет находиться политический абсолютизм.

Шмитт даёт весьма схожую оценку, настаивая на том, что демократия в этом аспекте становится формальным понятием, указывая на то обстоятельство, что все политические движения могли использовать демократию<sup>293</sup>. При этом, принимая во

---

<sup>290</sup> Шмитт К. Легальность и легитимность // Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2015. С. 247.

<sup>291</sup> Там же. С. 266, 267.

<sup>292</sup> Kelsen H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1920. S. 5, 6.

<sup>293</sup> Шмитт К. Духовно-историческое состояние современного парламентаризма. С. 168.

внимание политический характер данного понятия<sup>294</sup>, следует учитывать, что навешивание ярлыков в виде «истинная» или «ложная» демократия является свидетельством политической борьбы, поскольку «с помощью дополнения «истинный» или «ложный» можно превратить в противоположное любое политическое понятие»<sup>295</sup>.

Таким образом, следует заключить, что мыслители формулируют диаметрально-противоположные учения о демократии, которые не совпадают на мировоззренческом, сущностном и институциональном уровнях. Лишь в области оценки политико-идеологического измерения демократического устройства в их рассуждениях можно обнаружить значительные сходства.

### **§ 3. Политическое и судебное гарантирование конституции<sup>296</sup>**

Дискуссия о гаранте конституции, развернувшаяся между Шмиттом и Кельзенем в преддверии и фактически по поводу гибели Веймарской республики, является, по словам С. Полсона, кульминационной точкой противостояния мыслителей<sup>297</sup>. Однако, как и две предшествующие дискуссии, эта дискуссия имела свои основания не только в социальном контексте, но и в теоретической ситуации внутри государствоведения. Последняя складывается из 1) затруднений относительно понимания сущности конституции и 2) критики традиционной модели принятия судебных решений.

Чтобы обозначить первую составляющую, «по традиции» обратимся к Г. Еллинеку. Проблема понимания конституции возникает в связи с расширением конституционного правления в XIX в. Если французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г. в пункте 16 связывает наличие конституции с обеспеченностью гарантий права и разделением властей<sup>298</sup>, то уже в начале XX в. конституция

---

<sup>294</sup> Шмитт К. Понятие политического. С. 305–307.

<sup>295</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 59.

<sup>296</sup> Частично содержание данного параграфа было изложено в Уханов А.Д. Дискуссия Карла Шмитта и Ганса Кельзена о гаранте конституции в контексте конфликта политико-правовых учений // Вестник Московского государственного университета. 2022. № 3.

<sup>297</sup> Paulson S. L. Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931 // The Oxford Handbook of Carl Schmitt / Ed. By. J. Meirehenrich, O. Simons. Oxford, 2017. P. 510–546.

<sup>298</sup> Декларация прав человека и гражданина 1789 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. 2. Современное государство и права. М., 2003. С. 85–88.

становится сугубо формальным понятием, под именем которого начинают объединяться самые разные институты и положения. Еллинек замечает, что «понятие о конституции стало теперь в государствах с особыми конституционными актами или государственными основными законами – *чисто-формальным: конституционный закон* – тот, который *прямо обозначен, как таковой* (курсив мой. – Прим. А.У.)», добавляя, что «в различных государствах в конституцию, *наряду с основными чертами* государственного устройства и государственной компетенции, *включены самые разнообразные постановления*, которые в другом государстве считались бы лишь второстепенными частностями простых законов (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>299</sup>.

Именно вопрос о сущности конституции будет теоретическим лейтмотивом дискуссии Шмитта и Кельзена, поскольку, чтобы определиться, *как* надлежит защищать конституции, необходимо установить, *что* есть конституция<sup>300</sup>.

Вторая теоретическая составляющая имеет источником критику модели принятых судебных решений со стороны школы свободного права<sup>301</sup>. Господствующее учение представляло вынесение судебного решения в качестве процесса, при котором функция судьи состоит в применении положений

---

<sup>299</sup> Еллинек Г. Право меньшинства. Доклад, читанный в юридическом обществе в Вене. М., 1906. С. 28, 29.

<sup>300</sup> Вопрос о природе конституции не просто научный, но и политический. Например, конституционалисты А. Шайо и У. Рената начинают свою книгу о современном конституционализме следующим императивом: «первый *долг* конституционалиста – быть подозрительным (курсив мой. – Прим. А.У.)». Они объясняют его тем, что если для исследователей прошлого главнейшая задача состояла в направлении политика на «истинный путь», то сейчас этого недостаточно. Необходимо иметь критический инструментарий, чтобы суметь выявить те риски, которые угрожают существующим конституционным (в данном контексте это равно «либеральным») демократиям. Правильное понимание конституции, а также конституционализма составляет часть этого инструментария. См.: Шайо А., Рената У. Конституция свободы. Введение в юридический конституционализм. М., 2021. С. 1–44.

В параграфе 3.2 мы покажем, что в условиях реального конституционного кризиса, разворачивающегося в дискурсе построения и (или) конституционно-демократической государственности, вопрос гарантирования конституции сводится не к соблюдению её текста, а к борьбе за её «смысл и содержание». Впрочем, дискурс «соблюдение» текста конституции также является частью этой борьбы.

<sup>301</sup> Понятие «школа свободного права» является собирательным и объединяет в себе ряд отдельных представителей и направлений. См., например: Kantorowicz H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1906; Эрлих О. Основоположения социологии права. СПб., 2011. С. 166–179.

законодательства к разбираемой ситуации. Согласно этому взгляду единственно верное и предсказуемое решение полностью содержится в тексте закона и фактически лишь озвучивается судьёй. Тем самым именно положениям закона отводится первостепенная роль в разрешении конкретных споров.

Сторонники школы свободного права мыслили в обратном направлении. Для них первостепенную роль играл именно судья, поскольку постулировалось, что между нормой и конкретной ситуацией существует некоторый разрыв, который надлежит заполнить судье. Реальное судебное решение в их представлении не содержится полностью в законе, а складывается из множества социальных факторов, в условиях которых протекает процесс принятия решения по делу<sup>302</sup>.

Данный аспект теоретических дебатов эпохи отразился на изложении мыслителями своего отношения к возможности судебного гарантирования конституции, поскольку от представления о роли судьи в процессе реализации права напрямую зависит вывод о признании за судом права пересматривать законодательные акты.

В социально-политическом отношении дискуссия проходит в условиях кризиса Веймарской республики, который был уже описан ранее, поэтому полагаем возможным перейти к концепциям Шмитта и Кельзена. Сразу обозначим, что трактовки, предлагаемые мыслителями, были восприняты в теории государства и конституционном праве и закрепились как *политическое* (Шмитт) и *судебное* (Кельзен) гарантирование конституции.

В первую очередь речь идёт об авторском понимании гарантий конституции в целом, т.е. о том, что представляет собой гарантирование (защита, оберегание) конституции. Далее более в предметном смысле следует остановиться на том, какой конкретно орган может, согласно представлениям правоведов, выступать гарантом конституции и каково его место в системе существующих органов государственной власти (есть ли он уже или же его только предстоит учредить, наделив специальными полномочиями, которые будут восприниматься как обеспечение

---

<sup>302</sup> Стоит отметить, что и Шмитт высказался на эту тему ещё в самом начале 1910-х годов, т.е. даже до изложения собственных взглядов на суверенитет. Именная эта сугубо юридическая проблематика стала исходной точкой его рассуждений об устройстве правопорядка. См.: *Schmitt C. Gesetz und Urteil*. Berlin, 1912.

конституции). Только после этого следует перейти к анализу обоснований представленных позиций и той критике, которая высказывается в отношении идейного противника и отстаиваемой им точки зрения.

Итак, попробуем выяснить, как понимают гарант конституции Шмитт и Кельзен.

Видится, что учение Шмитта о гаранте конституции в целом, а также о его институционально-политическом и правовом выражениях можно свести к следующим взаимосвязанным положениям:

а) гарант конституции по своей природе является чрезвычайным учреждением, что предполагает его активность только в ситуации политического кризиса;

б) единственный (т. е. данное полномочие не размывается между несколькими органами) и единый орган (т. е. единоличный орган, не предполагающий коллективного согласования воли) должен гарантировать конституцию;

в) гарантирование конституции состоит в обеспечении целостности и гомогенности (единства) народа, а это в свою очередь с необходимостью приводит к выводу о том, что Рейхспрезидент выступает гарантом конституции в силу действующей Веймарской конституции и своей демократической легитимности.

В интерпретации Кельзена делаются совершенно иные акценты на понимании гарантий конституции и конкретного органа, который мог бы консолидировать в себе функцию обеспечения конституции:

а) в государствах, имеющих конституцию, т. е. систему норм, устанавливающих порядок организации и полномочия государственной власти (включая полномочия по созданию правовых норм), может существовать развернутая система гарантий конституции;

б) гарантирование конституции состоит в установлении соответствия нижестоящих норм вышестоящим нормам, которые в совокупности образуют систему ступенчатого правопорядка, при этом консолидировать функцию гарантирования конституции в случае необходимости может особый централизованный орган – конституционный суд, который будет следить за соответствием нижестоящих норм нормам вышестоящим путём отмены нижестоящих норм в случае их несоответствия вышестоящим.

Остановимся более подробно на каждом из этих положений, начиная с базовых тезисов Шмитта.

*Во-первых*, в самом начале «Гаранта» мыслитель замечает, что «научное изучение подробного предмета невозможно без представления о конкретной конституционной ситуации»<sup>303</sup>. Конституционная ситуация, в которой возникает требование учреждения гаранта конституции, по мнению Шмитта, характеризуется следующим образом: «требования [учреждения] гаранта и хранителя конституции *чаще всего* есть признак критического конституционного состояния (курсив мой. – Прим. А. У.)»<sup>304</sup>. Далее по тексту эта же мысль в различных формулировках встречается не один раз<sup>305</sup>.

*Во-вторых*, Шмитт не выступает жёстким противником идеи о том, что действие конституции может обеспечиваться по-разному, поскольку эту функцию могут выполнять различные органы, историко-правовой обзор которых он совершает до перехода к основной части своего труда<sup>306</sup>, уделяя особое внимание судебной гарантии, так как требование защиты конституции именно в форме юстиции выдвигается различными учёными, юристами и политиками наиболее часто. Однако данные учреждения могли бы быть действительно полезны при таком конституционном положении, которое не является кризисным. Кризисным же оно является в силу того, что наличная реальность не соответствует сущности и идеям, заложенным в конституцию. Поэтому в настоящий момент «гарантом конституции являются не все органы и люди, которые посредством неприменения антиконституционных законов или невыполнения антиконституционных распоряжений от случая к случаю могут способствовать тому, что уважает конституция, и не наносить ущерб интересам, охраняемым конституционно-законодательным образом»<sup>307</sup>.

*В-третьих*, весь объём мер, которые могут быть рассмотрены как гарантирование конституции, не может вытекать из ниоткуда, кроме как из конституции, действующей в Веймарской республике. Мыслитель указывает на то

---

<sup>303</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 29.

<sup>304</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 30.

<sup>305</sup> Там же. С. 37, 113, 115, 140.

<sup>306</sup> Там же. С. 30–42.

<sup>307</sup> Там же. С. 54.

обстоятельство, что термин «конституция» имеет различные значения, которые некритически смешиваются мыслителями<sup>308</sup>. Сам же Шмитт, обращаясь к действующей конституции, указывает на то, что последняя «придерживается демократической идеи однородного, неделимого единства всего немецкого народа, который в силу своей конституционно-учредительной власти посредством позитивного политического решения, т. е. посредством одностороннего акта, дал себе эту конституцию»<sup>309</sup>.

Такое понимание конституции с необходимостью приводит к невозможности разрешения вопроса о гаранте конституции «посредством фиктивного соответствия форме юстиции»<sup>310</sup>, поскольку характер защиты конституции предполагает обеспечение целостности и единства немецкого народа (или его гомогенности).

Вследствие этого Шмитт делает вывод о том, что гарантом конституции уже является Рейхспрезидент Веймарской республики, для чего есть конституционно-правовое обоснование в виде 48-й статьи конституции, предусматривающей его диктаторские полномочия при сохранении демократической легитимности. Данное обстоятельство исключает возможность увидеть гарант конституции как в судебных органах, так и в парламенте.

Шмитт напоминает, что парламент не способен выступить органом, гарантирующим конституции, в силу того, что по своей сути он является «вечным разговором», который не ведёт к конкретному решению, необходимому для выхода из кризиса, а, напротив, уводит от него. Более того, воля парламента не едина, а плюралистична, поскольку распадается на множество волей и голосов, представленных точками зрения, мнениями и т.п. В «Гаранте конституции» эти мысли находят применение к конкретному конституционному материалу. Вероятно, наиболее значимым аргументом против парламента в шмиттовской интерпретации является указание на то, что парламент в кризисной конституционной ситуации является основным врагом конституции, поскольку его плюралистическая воля выступает против гомогенности народа, принявшего конституцию ранее путём политического решения.

---

<sup>308</sup> Там же. С. 76.

<sup>309</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 102.

<sup>310</sup> Там же. С. 112.

Обычные суды, предлагающие защиту конституции в форме юстиции, не способны обеспечить действие конституции по той причине, что их деятельность носит диффузный характер, т.е. она рассредоточена. Относительно возможности создания специального конституционного суда К. Шмитт отмечает, что последний, не являясь выразителем единой воли народа, в случае отмены актов законодательного органа и правительства стал бы узурпатором этой воли, принимающим политические решения, что не соответствует беспристрастной сущности юстиции (фактически правовед формулирует здесь известный в теории конституционного права контрмажоритарный парадокс<sup>311</sup>). Следовательно, конституционный суд, принимающий подобные решения, не является судом, а его деятельность – юстицией.

Рассмотрим концептуализацию гаранта конституции, предложенную Кельзенем.

Итак, *во-первых*, Кельзен всячески отстаивает идею, что конституция может гарантироваться различными способами. В соответствии с этим представлением даётся следующее определение гарантий конституции: «учреждения, посредством которых будет контролироваться конституционность известных конституционно-непосредственных государственных актов парламента или правительства»<sup>312</sup>. Следовательно, обеспечением конституции занимается не одно учреждение, а всякое учреждение, которое следит за конституционностью, т.е. соответствием

---

<sup>311</sup> Выражение «контрмажоритарный парадокс» или «контрмажоритарная дилемма» восходит к работе американского автора А. Бикеля. В ней исследователь формулирует затруднение, возникающее при пересмотре Верховным Судом США законов. Суть затруднения состоит в том, что фактически решение антимажоритарной судебной инстанции становится выше воли демократически избранного законодательного органа, сформированного большинством. См.: *Bickel A. The Least Dangerous Branch. New York City, 1962.*

Именно контрмажоритарная природа конституционного правосудия была препятствием для развития этого института во Франции, где господствовало восходящее к Руссо представление о законе как выражение «общей воли», которую не может отменить или пересмотреть отчетливо элитарный орган, имеющий лишь крайне косвенную демократическую легитимность. Из-за этого учрежденный в 1958 г. Конституционный совет Франции первоначально был органом, контролирующим незавершенный законодательный процесс. И лишь с 70-х гг. начинается процесс расширения полномочий органа в сторону возможности проверки уже принятых актов на конституционность. См.: Конституционный Суд России: осмысление опыта. М., 2022. С. 28–32.

<sup>312</sup> *Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? М., 2015. С. 359.*

законов и подзаконных актов положениям конституции. Это означает, что отсутствует привязка гарантирования конституции к деятельности конкретного органа.

*Во-вторых*, с точки зрения Кельзена, требование введения гаранта конституции не имеет ничего общего с кризисным конституционным положением (мыслитель в принципе отмечает, что кризисы не располагают к обсуждению правовой политики), а, напротив, является самым обычным требованием, свойственным правовому государству, поскольку оно «соответствует специфическому для правового государства принципу максимального усиления правового характера государства»<sup>313</sup>. Следовательно, требование гарантирования конституции соотносится с определённой формой организации государства и является актуальным не только в кризисной ситуации, но и в любой момент его существования.

*В-третьих*, по своей природе «гарантии конституционности означают гарантии правомерности норм, непосредственно подчинённых конституции, то есть по большей части гарантии конституционности законов»<sup>314</sup>. Гарантии конституции как технические средства означают, что их наличие и реализация дают возможность согласовать между собой уровни правопорядка, т.е. привести в соответствие друг с другом нормы в системе ступенчатого правопорядка, поскольку правотворчество не просто выступает в качестве действия, направленного на создание новых норм права, но и является правоприменительным актом, в котором реализуется вышестоящая норма, допускающая возможность создания нижестоящей нормы, – органа, в чью компетенцию входят возможность создавать эту норму, порядок её создания, а также её содержание.

*В-четвёртых*, гарантирование конституции может быть осуществлено централизованным органом, на роль которого более всего подходит орган конституционного правосудия (судебного конституционного контроля), в полномочия которого будет входить возможность отмены законов и подзаконных актов, противоречащих положениям конституции. Такая деятельность конституционного суда рассматривается Кельзенем как ключевая и наиболее

---

<sup>313</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 359.

<sup>314</sup> Там же. С. 366.

эффективная мера по обеспечению конституции, т. к. «конституция, при которой не существует гарантии отмены неконституционных актов, не может быть с технической точки зрения обязательной. Хотя часто мы этого не замечаем, т. к. в юридической теории доминирует политика, и она не позволяет осознать этого»<sup>315</sup>.

Из вышеизложенного отчётливо видно, что между мыслителями существует множество разногласий и противоречий, которые не сводятся только к различным политико-правовым требованиям по поводу субъекта, обеспечивающего действие конституции, но в своём основании имеют разные представления о природе конституции, а, следовательно, и о природе, характере и назначении гарантий конституции. В этом смысле суждение о субъекте, наиболее эффективно обеспечивающем действие конституции, является всего лишь вершиной весьма сложных и многосоставных рассуждений, которые создают смысловую рамку для данного политико-правового требования. Поэтому представляется необходимым обратиться к допущениям, лежащим в фундаменте авторских представлений, а также к аргументативным стратегиям, используемым мыслителями для обоснования собственных взглядов.

Основная часть рассматриваемых произведений посвящена именно аргументации, за которой проступают базовые допущения. Обоснование гаранта конституции у Шмитта сводится к трём основным идеям, обладающим методологическим характером. Этими идеями являются:

- 1) внимание к текущей конституционной ситуации<sup>316</sup>;
- 2) идея нейтральной власти<sup>317</sup>;
- 3) политический характер решения<sup>318</sup>.

Данные идеи в качестве ключевых допущений обуславливают то представление о гаранте конституции, которое было представлено выше, а также логически ведут к политическому требованию рассматривать Рейхспрезидента в качестве гаранта конституции.

---

<sup>315</sup> Кельзен Г. Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция. Часть 1) // Право и политика. 2006. № 8. С. 5–14; *Он же*. Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция. Часть 2) // Право и политика. 2006. № 9. С. 5–18.

<sup>316</sup> Там же. С. 29.

<sup>317</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 187.

<sup>318</sup> Там же. С. 83, 84.

Среди аргументативных ходов, направляемых как в пользу собственной позиции, так и против оппонентов, у Шмитта следует выделить:

- 1) аргумент от «врага конституции»<sup>319</sup>;
- 2) аргумент о невозможности судебной гарантии, выдвигаемый исходя из представления о характере судебной деятельности<sup>320</sup>;
- 2) «социокультурный» аргумент<sup>321</sup>;
- 3) аргумент от закона<sup>322</sup>.

Данная аргументация представлена в системном виде и действует совокупно в целом, продвигая мысль о Рейхспрезиденте как о гаранте конституции.

Кельзен оперирует иными допущениями и теоретико-методологическими положениями, помещаемыми в основании его позиции. К ним относятся:

- 1) идеологическая установка, направленная на освобождение знаний о праве от идеологических элементов, что логически требует отделения науки о праве от правовой политики<sup>323</sup>;
- 2) значимость конституционного правосудия<sup>324</sup>;
- 3) правовая максима «никто не может быть судьёй в собственном деле»<sup>325</sup>.

Кельзен также апеллирует к австрийскому опыту создания Конституционного суда (в учреждении и работе которого мыслитель участвовал самым непосредственным образом), указывая на слабую ознакомленность с ним Шмитта.

Попробуем изложить эти идеи и аргументацию как диалог между мыслителями, при котором одна сторона высказывает суждение и получает на него ответ.

*Внимание к текущему конституционному положению* составляет центральную методологическую установку, указывающую на необходимость ориентироваться на наличную ситуацию при предъявлении требований к

---

<sup>319</sup> Там же. С. 59.

<sup>320</sup> Там же. С. 46, 47, 78–80.

<sup>321</sup> Там же. С. 53, 118, 119.

<sup>322</sup> Там же. С. 194, 195, 219.

<sup>323</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 361.

<sup>324</sup> Там же. С. 368, 369.

<sup>325</sup> Там же. С. 360.

гарантированию конституции<sup>326</sup>. Мы уже отмечали, что шмиттовский анализ конституционной ситуации Веймарской республики имеет результатом констатирование кризиса, суть которого состоит в разрушении государственного единства посредством разрастания поликратии, плюрализма и федерализма<sup>327</sup>. Однако также сильна и другая тенденция, которая, напротив, утверждает абсолютную гомогенизацию в виде тотального государства как «государства тождества государства и общества»<sup>328</sup>.

*Внимание к конституционной ситуации* позволяет Шмитту раскритиковать один очень важный сюжет в практике обоснования судебного гарантирования конституции. Многие сторонники учреждения особой судебной инстанции указывают на опыт деятельности Верховного Суда США. Однако опыт функционирования этого учреждения в кризисных ситуациях показывает, что оно является непригодным для гарантирования конституции именно в тот момент, когда этого необходимо<sup>329</sup>. Роль Верховного Суда США значима лишь тогда, когда политическая ситуация является стабильной<sup>330</sup>.

Развивая эту идею, Шмитт формулирует *социокультурный аргумент*, который указывает на различия государственно-правового порядка в США и в континентальной Европе. Государственно-правовые порядки, формирующиеся в определенных территориально-исторических координатах, принимают форму государства юстиции, государства законодательства и т.д. Наличие конституционного суда возможно лишь в государстве юстиции, которым Веймарская республика в отличие от Великобритании и США не является<sup>331</sup>.

Кельзен стремится разоблачить рассуждения Шмитта как идеологические, поскольку его характеристика состояния Веймарской республики позволяет требовать желаемым идеал в качестве наличного политико-правового состояния<sup>332</sup>.

---

<sup>326</sup> В литературе высказывалась позиция, что «Гарант конституции» в целом является образцом конкретно-исторического мышления См.: Орлова М. Карл Шмитт: учение о гаранте конституции как пример «конкретного мышления» о государственных формах и порядке // Логос. 2012. № 5. С. 196–204.

<sup>327</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 112, 113.

<sup>328</sup> Там же. С. 123.

<sup>329</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 44.

<sup>330</sup> Там же. С. 45, 50, 121–122.

<sup>331</sup> Там же. С. 43.

<sup>332</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 390.

Иными словами, Шмитт характеризует состояние государственно-правового порядка (поликратию, плюрализм и федерализм) не в качестве объективного научного анализа, а как предвзятость подтверждения (подстраивание фактов под теорию).

То же самое касается *социокультурного* аргумента и классификации государств, которые «представляют собой очередное приложение уже заданного понятия права к желаемой форме, типичное для смешения *теории* права и правовой *политики*»<sup>333</sup>. Государственно-правовая форма определяется не идеальными конструкциями, а конституционными положениями, фокусирующими систему публично-властных органов, порядок их формирования и полномочия. Следовательно, государством юстиции будет являться то, которое предусматривает орган конституционного правосудия, однако никакие исторические или территориальные переменные не мешают предусмотреть его конституцией континентального государства, что и так уже было сделано в Австрии при участии Кельзена.

Требование внимания к текущему положению имеет ещё один вывод. В дополнение к сказанному Шмитт предлагает *аргумент от закона*, т.е. стремится обосновать, что ст. 25 (право главы государства распустить парламент), 43 (президент даёт присягу, обязуясь защищать конституцию), 45 (выступление президента от имени государства на международном уровне), 70 (обнародование законов главой государства), а также ст. 48 (возможность президента вводить чрезвычайное положение и ограничивать права граждан) действующей веймарской конституции делают президента гарантом конституции<sup>334</sup>.

Кельзен не возражает, что президент имеет ряд полномочий по защите конституции (использование силы для соблюдения конституции и др.)<sup>335</sup>. Однако, реализуя их, он выступает не гарантом, а исполнителем<sup>336</sup>. Поскольку реального гаранта, способного проверять акты на конституционность, веймарская конституция не предусматривает, то и аргумент от закона является полностью ошибочным и

---

<sup>333</sup> Там же. С. 376.

<sup>334</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 219.

<sup>335</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 401.

<sup>336</sup> Там же. С. 402, 403.

идеологизированным<sup>337</sup>.

Идея *нейтральной власти*, к которой апеллирует Шмитт, восходит к французскому философу XIX в. Б. Константу. Её суть характеризуется Шмиттом следующим образом: «нейтральная власть, *pouvoir neutre et intermediaire*, которая стоит не над, а рядом с другими предусмотренными конституцией властями, но обладает своеобразными полномочиями и возможностями влияния»<sup>338</sup>. То обстоятельство, что Шмитт наделяет нейтральной властью именно главу государства, т.е. президента, следует из его суждения о том, что только при обращении к конструкции нейтральной власти «можно ответить на вопрос, что же в буржуазном правовом государстве, – будь то конституционная монархия или конституционная демократия, – еще значит глава государства и в чем смысл его полномочий»<sup>339</sup>, которые при таком подходе символизируют непрерывность и постоянство государственного единства и его целостного функционирования<sup>340</sup>. Напомним, что в обеспечении непрерывности, постоянства и цельности государственного единства и состоит гарантирование конституции.

Идея нейтральной власти раскрывается через *аргумент от врага конституции*, т.е. представление о той опасности, которая угрожает конституции (то, от чего конституцию необходимо защитить). Угрозой конституции является разрушение гомогенности и плюрализация государственного единства, и есть лишь один орган, который выступает проводником. Им является парламент, которому принадлежит законодательная власть. Шмитт добавляет, что именно от него зачастую пытаются защититься, обращаясь к идее конституционного правосудия: «если в XIX в., прежде всего, думали о защите от правительства, то сегодня часто имеют в виду лишь защиту от законодательства парламентского большинства»<sup>341</sup>. Однако выбор в пользу конституционного суда ошибочен. В свою очередь апеллировать к главе государства и правительства как гаранту мешает анахронический характер мышления, поскольку исследователи и политики «всё ещё

---

<sup>337</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 404, 405.

<sup>338</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 187.

<sup>339</sup> Там же. С. 190.

<sup>340</sup> Там же. С. 192.

<sup>341</sup> Там же. С. 59.

пребывают под впечатлением от вековой конституционной борьбы с правительством»<sup>342</sup>.

Кельзен весьма энергично возражает против доводов Шмитта о нейтральной власти и аргумента от «врага конституции». Именно на этом примере наиболее наглядна *идеологокритическая установка*, согласно которой идея нейтральной власти является отчетливо идеализированной конструкцией<sup>343</sup>. Кельзен недоумевает, почему столь чуткий к историческому моменту и историческому сознанию Шмитт допускает подобный промах: «историко-критическое сознание ... никак не мешает заимствовать *идеологию* у конституционной доктрины, у которой *обусловленность эпохи и определенной историко-политической ситуации* написана на лбу отчетливее, чем у любой другой: речь идёт о *rouvoir neutre* главы государства! (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>344</sup>.

По мнению Кельзена, применение сугубо идеологической конструкции эпохи господства конституционных монархий нейтральной власти к ситуации республики с избираемым главой государства является не только анахронизмом, но и выдает в Шмитте стремление придать идеологии научный характер.

Из этого вытекает критика аргумента «от врага конституции». В изложении Кельзена «врагом» является не только парламент, но и президент республики, что, среди прочего, мешает последнему стать нейтральной властью. Президент не только не может стать нейтральной властью, но и является фигурой, от которой конституцию следует защищать, поскольку его решения могут ей противоречить<sup>345</sup>. То же самое касается парламента, поскольку он может издать антиконституционный закон<sup>346</sup>. В связи с этим согласно правовой максиме «никто не может быть судьёй в собственном деле» ни президент, ни парламент не могут выступать в качестве гарантов конституции. Следовательно, продолжает Кельзен, наиболее логичным было считать конституционный суд органом, отправляющим нейтральную власть, поскольку он «не предусмотрен ни для чего, кроме контроля конституции»<sup>347</sup>. Более

---

<sup>342</sup> Там же. С. 59.

<sup>343</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 362.

<sup>344</sup> Там же. С. 363.

<sup>345</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 360.

<sup>346</sup> Кельзен Г. Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция. Часть 2) // Право и политика. 2006. № 9. С. 6.

<sup>347</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 401.

того, степень подчиненности такого суда конституции была бы гораздо выше, чем у президента и парламента, поскольку они, в силу их роли в государстве, связаны конституцией лишь в отдельных аспектах (например, парламент ограничен в процедуре принятия закона, но лишь изредка в его содержании). Деятельность конституционного суда как негативного законодателя (т.е. органа, отменяющего антиконституционные акты), «напротив, абсолютно подчинена конституции»<sup>348</sup>.

И наконец, последняя идея Шмитта состоит в признании *политического характера решения*. Очевидно, что процесс гарантирования конституции президентом предполагает разрешение кризисной ситуации и возвращение конституционного порядка в стабильное состояние посредством принятия политических решений. Однако судебная деятельность также состоит в принятии решений, зачастую разрешающих некоторый конфликт или кризис. Именно здесь Шмитт и *формулирует аргумент о невозможности судебной гарантии*, выдвигаемый исходя из представления о характере судебной деятельности.

Шмитт в этом вопросе отталкивается от господствующего положения юридической науки о том, что решение суда «содержательно выводится из другого решения (того, которое было принято парламентом и стало законом. – Прим. А.У.), измеримо и предсказуемо уже содержащегося в законе»<sup>349</sup>. Исключение составляют ситуации, когда содержание норм, на основе которых должно быть вынесено решение, является сомнительным. В этом случае суд становится законодательным органом, поскольку занимается устранением сомнений в содержании закона. Шмитт дополняет этот тезис ссылкой на децизионизм, т.е. утверждение, что «в любом решении ... заключен элемент чистого решения, который невозможно вывести из содержания нормы»<sup>350</sup>. Следовательно, орган конституционного правосудия, имеющий право отменять неконституционные законы превратиться в законодателя, что навредит чистоте и беспристрастности юстиции.

Аргументация Кельзена в очередной раз направлена против идеологизированности взглядов Шмитта. Во-первых, он отмечает, что

---

<sup>348</sup> Кельзен Г. Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция. Часть 2) // Право и политика. 2006. № 9. С. 7.

<sup>349</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 73, 74.

<sup>350</sup> Там же. С. 83.

представления последнего сильно устарели, поскольку излагаемое им учение о полной выводимости решения из нормы уже давно осталось в прошлом и характерно для эпохи господства конституционно-монархического учения. Однако, во-вторых, «воскрешение» этого учения вновь указывает на идеологический характер произведения Шмитта, поскольку такая трактовка судебной деятельности позволяла ограничить независимость и власть судей: «он (судья. – прим. А.У.) должен верить, что является только автоматом, что он не творчески создает право, а лишь «обнаруживает» созданное право, решение, уже лежащее в готовом виде в законе»<sup>351</sup>.

В то же время Кельзен соглашается со шмиттовской трактовкой децизионизма (решение суда не есть дедукция положения закона), подмечая при этом противоречие Шмитта самому себе, поскольку конституционный суд с точки зрения последнего одновременно является и не является судом. Но акцент на его несудебной природе в рассуждениях Шмитта имеет идеологический характер, поскольку «если решение относительно конституционного закона посредством процесса в форме юстиции не является «юстицией», то уже поэтому эту функцию *можно* передать не коллегии независимых судей, а другому органу»<sup>352</sup>, которым будет являться глава государства. Таким образом, Шмитт вновь демонстрирует предвзятость подтверждения.

Можно констатировать, что между мыслителями существует целая масса разногласий. Более того, в данной дискуссии весьма проблематично обнаружить значительные сходства между позициями исследователей, напротив, возникает ощущение, что мы имеем дело с полным непониманием позиций друг друга и противостоянием двух абсолютно разных способов политического и юридического мышления, а также двух диаметрально противоположных проектов политической организации и правопорядка. Как мы отмечали ранее, это легко зафиксировать на каждом уровне – начиная от исходных допущений и заканчивая конкретными требованиями из области государственной правовой политики. Вместе с тем результатом спора, имеющего целенаправленный характер (продемонстрировать ошибочность учения оппонента и утвердить собственное понимание проблемы),

---

<sup>351</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 374.

<sup>352</sup> Там же. С. 375.

является появление двух моделей гарантирования конституции: политического (Шмитт) и судебного (Кельзен).

В свою очередь, полемика о гаранте конституции наиболее отчётливо демонстрирует полноту противоречий между учениями и, более того, вызывает логичный вопрос о самом факте дискуссии – может ли существовать дискуссия, если каждый участник использует свой собственный теоретический язык, понятийный словарь, авторское понимание базовых государственно-правовых категорий, различные теоретико-практические принципы и требования к политике государства? Всё это совершенно исключает возможность конструктивного характера дискуссии, какого-либо соприкосновения с оппонентом, однозначного понимания смысловой нагрузки и политико-правовых итогов конкретного спора.

### Глава 3. Дискуссия К. Шмитта и Г. Кельзена в истории политики и мысли

#### § 1. Субъектно-политическое и нормативное обоснование иерархии законодательства Шмиттом и Кельзеном<sup>353</sup>

Представляется, что одним из самых очевидных методологических преломлений учений Шмитта и Кельзена является формулирование двух способов обоснования иерархии законодательства. Проблематика иерархии законодательных актов может рассматриваться на стыке политико-правового знания, поскольку такие акты являются не просто формой внешнего закрепления правовых норм, предписывающих субъекту определенную модель поведения, но и выражают государственную волю, свидетельствуя о раскладе политических сил в обществе. Обращение к проблеме требует комплексного политолого-юридического подхода, который может быть сформирован на основе элементов наследия Шмитта и Кельзена.

Начиная с Ж. Ж. Руссо в нововременной политической философии закрепилось нормативное представление о законе как о провозглашенной общей воле народа<sup>354</sup>. Меньше чем через тридцать лет после своего появления идея мыслителя была формально закреплена в пункте 6 «Декларации прав человека и гражданина», где сказано, что «закон есть выражение общей воли»<sup>355</sup>.

В современной политической науке на уровне учебных изданий, что «закон и право придают всеобщее выражение политической воли той или иной группы, которая удерживает государственную власть и интерпретирует содержание общественного блага. В этом плане правовые нормы являются важнейшим инструментом укрепления политической власти, придания ей всеобщего характера»<sup>356</sup>. Вместе с тем праву отводится роль оформления политики: «политика

---

<sup>353</sup> Частично содержание данного параграфа было изложено в *Уханов А.Д.* Нет иерархии норм, есть иерархия инстанций: нормативное и субъектно-политическое обоснование иерархии нормативно-правовых актов в учениях Ганса Кельзена и Карла Шмитта // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Политология. 2023. № 1. С. 63-76.

<sup>354</sup> *Руссо Ж.Ж.* Об общественно договоре. Трактаты. М, 2000. С. 2017.

<sup>355</sup> Декларация прав человека и гражданина 1789 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. 2. Современное государство и права. М., 2003. С. 85–88.

<sup>356</sup> *Соловьев А.И.* Политология: учебник для вузов. М., 2017. С. 64.

– это своеобразный поисковый механизм социального развития, разрабатывающий его проекты, а право – механизм придания таким проектам общезначимого характера»<sup>357</sup>.

Например, показательно, что большая часть сборника «Политический процесс в России (1990–2001)» (2021) состоит законодательных актов, которые выступают документами, отражающими характер и логику политического процесса в России<sup>358</sup>. В этом смысле правовые документы (законодательство, частные и публичные акты) выступают источником не только правовой, но и политической истории, что является частным случаем раскрытия информационной функции права<sup>359</sup>. Следовательно, законодательство отражает политический процесс, а законодательные акты являются его результатом. Однако вопрос о иерархии законодательства, приоткрывающий завесу над реальным соотношением политических сил в обществе, в политической науке разработан весьма слабо.

В юридическом дискурсе законодательным актам и их иерархии уделено гораздо большее внимание, именно поэтому мы выйдем на проблематику через него. Отметим, что общим местом, с которым согласно большинство исследователей, является представление об определяющем значении юридической силы как ключевого фактора выстраивания иерархии нормативно-правовых актов и определения позиции конкретного акта в ней<sup>360</sup>.

Тема иерархии законодательных актов возникает преимущественно в связи с коллизионной проблематикой, т.е. ситуацией, когда не ясно, какой актов должен быть применен в конкретный момент<sup>361</sup>, поскольку «для разрешения коллизии норм разной юридической силы принципиально важным является местоположение актов

---

<sup>357</sup> Там же. С. 66.

<sup>358</sup> Коваленко В.И. Предисловие // Политический процесс в России (1990–2001): сборник документов. М., 2021. С. 7.

<sup>359</sup> См. подробнее: Червяковский А.В. Информационная функция права. Омск, 2017. О значении правовых актов для изучения социальной и политической истории см.: Источниковедение: учебное пособие для гуманитарных специальностей. М., 1998. С. 335–391.

<sup>360</sup> Марченко М.Н. Источники права. М., 2017. С. 106.

<sup>361</sup> См. подробнее: Гамбарян А.С., Даллакян Л.Г. Коллизионные нормы и их конкуренция: монография. М., 2019.; Петров А.А. Иерархические коллизии в праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Красноярск, 2009.

... в иерархии нормативно-правовых актов»<sup>362</sup>. И поскольку не вызывающий сомнений принцип *lex superior derogat inferiori* (высший по силе закон отменяет закон, низший по силе), восходящий к римскому праву, даёт лишь общую бланкетную формулу без чёткого указания на источник этой правовой силы, то проблема остаётся актуальной.

В литературе весьма точно отмечено, что «юридическая сила (и вытекающая из неё иерархия – прим. А.У.), которой обладают предписания легитимной власти, предполагает не только специфически организованное правовое пространство, но и особый дискурс практикуемых субъектами права суждений, который, если продолжить использование пространственных выражений, образует «сеть различных мест», поле смыслов и границы значений (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>363</sup>. Из этого следует, что апелляция к юридической силе акта вытекает из легитимирующего дискурса, используемого для убеждения некоторого круга лиц в истинности определенного способа построения системы законодательства. Иными словами, речь идёт о том, что признание той или иной иерархии требует наличия рамки для восприятия политико-правовых феноменов.

Мы полагаем, что можно выделить три уровня дискурса или три способа обоснования юридической силы и иерархии правовых актов:

*Во-первых, легальный* (законодательный, позитивно-правовой, официальный, формальный), под которым следует понимать фиксацию в законодательстве иерархии нормативно-правовых актов. Фиксация может быть частичной посредством таких оборотов, как «не могут противоречить» (например, п. 3, 5 ст. 76 Конституции РФ), «нормы ... должны соответствовать» (например, п. 2 ст. 3 ГК РФ), «принятых в соответствии» (п. 2 ст. 5 ЖК РФ) и т.д., либо полной, что означает принятие специального закона о системе нормативных правовых актов. На постсоветском пространстве примером такой фиксации является Закон Республики Беларусь «О нормативных правовых актах»<sup>364</sup>, вторая глава которого четко обозначает иерархию нормативных правовых актов.

---

<sup>362</sup> Васев И.Н. Значение иерархии нормативно-правовых актов для коллизионного правоприменения // Российско-Азиатский правовой журнал. 2022. № 1. С. 4–10.

<sup>363</sup> Пермяков Ю.Е. Юридические доктрины естественного права. М., 2022. С. 97.

<sup>364</sup> Закон Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-З «О нормативных правовых актах»

Если весьма сложное и многосоставное современное законодательство не может обойтись без конкретных точечных выражений, разнесенных по многочисленным нормативным актам и указывающих на их соотношение, то принятие специального закона расценивается по-разному. Например, Н.В. Сильченко полагает, что «лучшим вариантом решения всего комплекса вопросов в системе источников права (иерархии нормативных правовых актов. – Прим. А.У.) был бы путь разработки кодекса об источниках права», который позволил бы *«наиболее полно закрепить официальную систему действующих источников права и связи иерархии (курсив мой. – Прим. А.У.)»*<sup>365</sup>.

При этом в науке встречается и скептическое отношение к возможности исчерпывающей легальной фиксации иерархии нормативно-правовых актов: «система нормативно-правовых актов в России не имеет легального закрепления, что, в принципе, оправдано, так как возложение на законодателя труда по установлению такой системы означало бы стремление к формализации постоянно изменяющейся правовой жизни. Поэтому *иерархия нормативно-правовых актов в России в зависимости от их юридической силы устанавливается усилиями теоретической науки (курсив мой. – Прим. А.У.)»*<sup>366</sup>.

Очень точно в этой связи высказывается В.А. Толстик, подметивший, что иерархическая зависимость между нормативными правовыми актами может существовать только в том случае, когда она выражена в соответствующей правовой форме<sup>367</sup>, поскольку любое теоретическое обоснование иерархического приоритета одних нормативных правовых актов по отношению к другим есть не более чем рекомендация законодателю установить нормативный приоритет<sup>368</sup>.

Действительно, сравнение ранее упомянутого белорусского Закона с учебниками по теории государства и права, а также учебниками по юридической технике подтверждает высказанную идею. Очевидно, что положения этого Закона выступают совокупностью догматических положений, примененных к белорусской

---

<sup>365</sup> Сильченко Н.В. Проблемы иерархии источников права // Государство и права. 2018. № 4. С. 13–20.

<sup>366</sup> Васев И.Н. Значение иерархии нормативно-правовых актов для коллизионного правоприменения // Российско-Азиатский правовой журнал. 2022. № 1. С. 4–10.

<sup>367</sup> Толстик В.А. Иерархия источников российского права. Нижний Новгород, 2002. С. 118.

<sup>368</sup> Там же. С. 100.

государственно-правовой ситуации и наделенных общеобязательной силой. Это же справедливо и для России. Например, в рассуждениях активного сторонника принятия специального закона Ю.Г. Арзамасова можно обнаружить постоянные ссылки на теорию права<sup>369</sup>, т.е. на доктринальные представления о природе тех или иных актов, а также систему их взаимоотношений друг с другом.

Вне зависимости от официального закрепления теоретических положений следует признать, что *вторым уровнем* обоснования иерархии нормативных актов является *доктринально-теоретический (догматический)*, представляющий собой сформированный на базе позитивистского правопонимания способ выстраивания системы соотношения нормативных актов между собой посредством формально-юридического толкования содержащихся в них норм.

Значение доктрины при установлении иерархии правовых актов отчетливо обнаруживается уже в государственной-правовой науке конца XIX в. Например, Г.Ф. Шершеневич, будучи представителем позитивистского подхода к праву, решительно восстаёт против легально закрепленного в имперском законодательстве признания акционерных уставов специальными законами, поскольку это влечёт наделение их общеобязательной силой<sup>370</sup>. Применяя положения правовой теории в комплексе с системным толкованием законодательства, правовед приходит к выводу о том, что, даже несмотря на закрепление уставов в качестве законов, они являются лишь особыми договорами, создающими обязанности лишь для его сторон, что существенно понижает эти акты в общей иерархии.

Считается, что на теоретическом уровне доминирующее положение занимает позиция, согласно которой место нормативно-правового акта в иерархии определяется исключительно местом органа в системе органов государственной власти. Однако эта точка зрения имеет множество противников, поскольку она, к примеру, не объясняет различное иерархическое соотношение федерального и регионального законодательства – в зависимости от предметов ведения в

---

<sup>369</sup> Арзамасов Ю.Г. Ведомственный нормотворческий процесс в Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. М., 2004. С. 229.

<sup>370</sup> Шершеневич Г.Ф. О юридической силе уставов акционерных обществ // Журнал гражданского и уголовного права. 1889. № 3. С. 119–130.

федеративных государствах<sup>371</sup>. Она не позволяет выяснить, почему разные нормативные акты, принимаемые одним органом власти, имеют разную юридическую силу<sup>372</sup>. По какой причине законам придается приоритет перед подзаконными актами, ведь «Президент РФ (формально. – Прим. А.У.) не подчинён Федеральному Собранию РФ»<sup>373</sup>. К тому же, что крайне важно, само *положение государственного органа определяется нормативно-правовым актом определенного уровня* (к примеру, только Конституция и Федеральные конституционные законы могут устанавливать систему взаимоотношений высших органов государственной власти). Соответственно, иерархия самих государственных органов устанавливается иерархически выстроенной системой правовых актов.

Таким образом, мы видим, что имеет место множество частных, которые помимо названных касаются систематизированности (кодифицированные / некодифицированные) и назначения актов (общие / специальные), содержания (значимость регулируемых отношений) и степени абстрактности, зафиксированных в них норм и т.д. Учёт всех этих переменных при определении иерархии нормативных актов обусловлен стремлением сформулировать многосоставную, всеобъемлющую теорию иерархического строения права. Однако большинство факторов, обозначенных выше, носят факультативный характер и накладываются на более общий подход, выступающий фундаментом последующих рассуждений.

Полагаем, что подобного рода подходы располагаются на ***метатеоретическом уровне*** обоснования иерархии. В качестве таковых, как можно догадаться, мы рассматриваем политико-правовые учения К. Шмитта и Г. Кельзена. Подход К. Шмитта целесообразно обозначать как *субъектно-политический*, тогда как подход Г. Кельзена *нормативным*. Оговоримся, что Кельзен, хоть и является представителем юридического позитивизма, однако им предпринята попытка обосновать иерархию позитивистских норм не внутрипозитивистским способом, а посредством обращения к неокантианской философии. Что легальный, что

---

<sup>371</sup> Петров А.А., Шафиров В.М. Предметная иерархия нормативных правовых актов. М., 2021. С. 72.

<sup>372</sup> Арзамасов Ю.Г. Указ. соч. С. 229.

<sup>373</sup> Толстик В.А. Указ. раб. С. 40.

доктринально-теоретический способы не столько обосновывают иерархию правовых актов, сколько описывают её. Например, нужно *уже* полагать Конституцию РФ документом, обладающим высшею юридической силой, чтобы соглашаться с положениями ст. 15, 90, 105, 115 и т.д. и именно в них посредством формально-юридического (догматического) анализа права искать начало иерархии нормативно-правовых актов.

Прежде чем перейти к изложению элементов учений Шмитта и Кельзена, которые будут положены в основание предлагаемой нами операционализации, следует сделать ряд важных методологических комментариев, уточняющих границы нашего замысла.

*Во-первых*, за «скобками» следует оставить философско-правовую проблематизацию юридической силы, заключающуюся в постановке вопроса о действительности права и обязательности его предписаний (в преломлении к конкретному индивиду речь идёт о существовании политического или морального обязательства подчиняться праву)<sup>374</sup>. Иными словами, презюмируется, что субъект действительно обязан подчиняться требованиям права, содержащимся в нормативно-правовых актах. Но вопрос состоит в том, как этому субъекту разобраться, каким именно актом (конституцией, законом, указом и проч.) следует руководствоваться в конкретный момент?

*Во-вторых*, в данном контексте мы исходим из того, что юридической силой обладают лишь формально определённые веления законных органов, т.е. органов, встроенных в механизм государства. Поэтому, например, вопрос о юридической силе и месте в иерархии нормативно-правовых актов приказа лидера преступного сообщества, не лишенный оснований как с точки зрения политической философии, так и с позиции политической практики, в тексте подниматься не будет<sup>375</sup>.

---

<sup>374</sup> Например, с точки зрения Е.В. Булыгина, именно этот вопрос, наряду с вопросом о сущности права, является для философии права ключевым. См.: Булыгин Е.В. Основана ли философия права (её часть) на ошибке? // Булыгин Е.В. Избранные работы по теории и философии права. СПб., 2016. С. 28–41 (476 с.). Вариант ответа на проблему обязательности права с позиции юридического позитивизма см.: Раз Дж. Авторитет права. Эссе о праве и морали. М., 2021. С. 387–413 (552 с.). Обзор различных решений проблемы политического обязательства см.: Белькович Р.Ю. Существует ли обязанность подчиняться закону // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 4. С. 33–51.

<sup>375</sup> Оговоримся, что данный сюжет является одним из самых «любимых» у Кельзена. Мыслитель не раз обращался к сформулированной ещё Бл. Августином проблеме

*В-третьих*, нами будет рассмотрена исключительно иерархия нормативных правовых актов без попытки встроить в неё иные источники права (судебный прецедент, правовую доктрину, правовой обычай и проч.).

Итак, Шмитт и Кельзен предлагают определенные способы обоснования юридической силы нормативных правовых актов, которые были обозначены нами соответственно как *субъектно-политический* и *нормативный*. Представляется, что имеет смысл кратко охарактеризовать каждый из способов, рассмотреть полемические выпады мыслителей в адрес друг друга и по возможности привести их контраргументы в защиту собственной позиции.

Начнём с *нормативного способа*, который сводит проблему обоснования иерархии нормативных правовых актов к иерархии норм. Подход Кельзена к этому вопросу полностью вписывается в общую логику чистого учения о праве. Ранее мы давали общую характеристику учению Кельзена в этом аспекте, однако сейчас важно подчеркнуть наиболее принципиальные моменты: *во-первых*, представление о ступенчатом строении системы правовых норм, где действительность (т.е. её способность породить юридически значимые последствия) нижестоящей правовой нормы обуславливается вышестоящей правовой нормой; *во-вторых*, отсутствие различия между созданием права (правотворчество) и реализацией права (правоприменение), которое, с точки зрения Кельзена, является идеологическим и направленным, в частности, на ограничение судебной власти.

Оба положения базируются на неокантианской философии, тогда как второе также связано с идеологическо-критической установкой. Одной из базовых посылок неокантианства является разведение бытия (Sein) и долженствования (Sollen), из которого вытекает представление о независимом для познания существовании должного и сущего, т.е. основанием действительности нормы не может выступать бытийный социальный факт, а только другая норма, также принадлежащая миру должного. Нормы находятся в соподчинении друг друга, определяя порядок собственного создания и содержания. В результате выстраивается иерархическая лестница правопорядка, которая на верхнем уровне замыкается основной нормой, в которой весь правопорядок черпает своё предельное основание.

---

различия государства и «шайки бандитов». См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е издание. СПб., 2015. С. 61–68.

Подчеркнём, что эта норма является не реально существующей нормой, зафиксированной в некотором источнике, а трансцендентально-логической предпосылкой, которая непосредственно соотносится с некоторой реально установленной конституцией, созданной на основании обычая или посредством законодательной деятельности и в общем и целом действенной; опосредованно основная норма соотносится с созданным в соответствии с этой конституцией и в общем и целом действенным правопорядком<sup>376</sup>. Эта норма, не имея реального содержания, выраженного в конкретном императиве, является логическим следствием исходных теоретико-методологических допущений Кельзена, в соответствии с которым предпосылается вести себя в соответствии с некоторой исторически первоначальной конституцией или обычаем<sup>377</sup>.

Для описания самопроизведения<sup>378</sup> нормативно-правовой системы необходимо отказаться от различия правотворческой и правоприменительной деятельности. Более того, данное различие, встречающееся в традиционной государственно-правовой науке, основывается на идеологии и в политическом смысле позволяет ограничить власть судей (которые не творят правовые нормы, а только используют их). Принципиально важен тезис: каждый правотворческий орган является правоприменительным органом и каждый правоприменительный орган является правотворческим. Создание парламентом закона выступает не только правотворчеством, но и правоприменением, поскольку в этом процессе применяются конституционные нормы, устанавливающие порядок создания законов, а также содержание норм закона. То же самое касается указов главы

---

<sup>376</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е издание. СПб., 2015. С. 250.

<sup>377</sup> Кельзен отлично понимал проблематичность этой конструкции, что на исходе творческого пути привело мыслителя к идее о необходимости признать основную норму не просто «трансцендентально-логической предпосылкой», но фикцией, что было сделано с опорой на философию «как если бы» Г. Файхингера. Основная норма являлась фикцией поскольку, *во-первых*, никогда не существовала в действительности и, *во-вторых*, была внутренне противоречивой конструкцией. См.: Антонов М.В. Чистое учение о праве против естественного права? // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб., 2015. С. 7–106. Попытке разрешить эту проблему Кельзен посвятил так и не законченную, вышедшую уже посмертно «Общую теорию норм». См.: Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979. 362 p.

<sup>378</sup> Например, такой сторонник естественно-правового подхода к праву как Дж. Финнис в связи с этим указывает, что всю правовую концепцию Кельзена можно свести именно к одному очень ёмкому утверждению: «закон регулирует создание самого себя...». См.: Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 361.

государства и так далее. В этом и заключается самовоспроизведение нормативной системы и её иерархическое строение.

Таким образом, в основание иерархии помещаются указанные выше теоретико-методологические установки, а также допущение о существовании гипотетической основной нормы, замыкающей иерархию норм права. Соответственно, юридическая сила акта является порождением нормы, на основании которой он был создан. Значимость самой нормы определяется степенью её близости к основной норме.

*Субъектно-политический способ* связывает положение нормативно-правового акта с положением издающего его органа. Может показаться, что этот способ полностью соответствует доминирующему в теории права представлению об основании иерархии нормативных актов в иерархии государственных органов (юридическая сила акта определяется местом принимающего его органа в системе органов государственной власти). Однако этот способ не просто так обозначен нами не как субъектно-государственный, но как субъектно-политический.

Это связано с тем, что, *во-первых*, Шмитта интересует стихия политического, обретающего в государстве лишь свою наиболее совершенную форму<sup>379</sup>. К тому же одним из ключевых вопросов для Шмитта является вопрос о верховной власти<sup>380</sup>, которая не столько черпает своё основание в государственном порядке, сколько его конституирует. *Во-вторых*, мыслитель не замыкает статус и степень влияния органов на те, что описаны в законодательстве. Это хорошо видно на примере шмиттовских трактовок позитивного права, которые всегда насыщены весьма обстоятельным идейно-историческим анализом, в ходе которого устанавливается значение тех или иных терминов, оборотов и словесных конструкций<sup>381</sup>. Однако, *в-третьих*, что крайне важно, такие органы всё же принадлежат правопорядку (что отличает их от преступной группировки).

---

<sup>379</sup> Шмитт К. Понятие политического. С. 293.

<sup>380</sup> О значимости категории верховной власти для современной политической науки см.: Костогрызов П.И. Верховная власть: «забытая» категория политической науки? // Полития. 2021. № 4. С. 163–182.

<sup>381</sup> В качестве примера подобного толкования см.: Шмитт К. Диктатура рейхспрезидента согласно статье 48 Веймарской конституции / Шмитт К. Диктатура. М., 2018. С. 369–438.

С точки зрения Шмитта, основание иерархического строения правовых актов следует искать за пределами позитивно-правовой сферы в области общественной мифологии, которая уже далее находит выражение и институционализацию в праве. Мы уже писали, что современное демократическое государство в своем основании содержит демократический миф (правовым выражением которого является демократический принцип, находящий своё прямое или косвенное закрепление в конституционных актах государств<sup>382</sup>). Согласно этому представлению высшей инстанцией выступает народ, чьи решения лежат в основании политического порядка и составляют действующую конституцию. Соответственно, конституция является правовым актом, обладающим высшей юридической силой, поскольку она исходит от народа, представляя собой его решения в политической форме<sup>383</sup>.

Эта же логика касается остальных актов – мера отдалённости органа от народа (верховой инстанции) указывает на его политическое значение, что рождает юридическую силу издаваемых органом актов. В такой системе основная борьба происходит между парламентом и главой государства, каждый из которых стремится репрезентировать народ наиболее полно и выдать себя за его представителя<sup>384</sup>. В частности, поэтому в рамках субъектного способа весьма сложно согласиться с существованием особого органа конституционного правосудия, в полномочия которого входила бы проверка актов иных органов власти на их соответствие положениям конституции. Проблема состоит в антимажоритарной (антидемократической, элитарной) природе такого суда.

Исходя из такого представления Шмитт обрушивается на концепцию ступенчатого строения правопорядка Кельзена: «на самом деле существует лишь *иерархия конкретно существующих инстанций*, преобладание и подчинение конкретных инстанций. «Иерархия норм» – это некритичная и неметодическая антропоморфизация «нормы» и импровизированная аллегория (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>385</sup>. Шмитт полагает, что только политическое, выраженное в действиях

---

<sup>382</sup> Schmitt C. Verfassungslehre. S. 235.

<sup>383</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 102.

<sup>384</sup> Напомним, что Шмитт полагает ложным данную дилемму, поскольку репрезентация народа возможна лишь при реализации принципа тождественности, который противоположен парламентаристскому принципу представительства. См.: Schmitt C. Verfassungslehre. S. 202–204.

<sup>385</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 77.

конкретной властной инстанции скрепляет нормативный порядок в единую систему: «на чем покоится абстрактная необходимость и объективность различных вменений разным точкам вменения (т.е. то, к чему прилагаются требования нормы права. – Прим. А.У.), если она не основана на позитивном определении, то есть на приказе»<sup>386</sup>.

Шмитт отмечает, что Кельзен сводит систему этих норм на основе юридического познания<sup>387</sup>, однако, что мешает юристу, вооруженному таким познанием, свести нормы в совершенно иную системы, не нуждающуюся ни в основной норме, ни в государстве. Таким образом, фундаментальной ошибкой кельзеневского учения выступает суверенизация нормы и исключение из системы субъектного начала: «высшая компетенция принадлежит не какой-то личности или психологически-социологическому комплексу власти, а только самому суверенному порядку в единстве нормативной системы»<sup>388</sup>.

Кельзен отвечает на эти обвинения со стороны Шмитта, в первую очередь адресуя оппоненту упрек в непонимании концепции ступенчатого строения правопорядка как в содержательном, так и в интенциональном планах. В содержательном аспекте Шмитт искажает смысл и аргументацию Кельзена (совершает подмену тезиса), в интенциональном полагает, что Кельзен формулирует учение о ступенчатом строении с политическим намерением легитимировать определенный государственно-правовой порядок. Например, Кельзен отмечает, что теория ступеней, напротив, выстроена в острейшей борьбе против любой антропоморфизации норм, а его теория «не желает выдать ничего, кроме структурного анализа права»<sup>389</sup>.

Кельзен не отрицает значение субъекта в поддержании нормативной правовой системы, однако субъекту отводится второстепенная роль, подчиненная содержанию правовых норм. Именно поэтому существуют процедуры не только создания правовых норм и отмены, так как в строгом смысле, если противоречащую

---

<sup>386</sup> Там же. С. 36.

<sup>387</sup> Там же. Политическая теология. С. 35.

<sup>388</sup> Там же. С. 34.

<sup>389</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 376.

норму нельзя отменить, то вышестоящая норма не является обязательной<sup>390</sup>. Нижестоящая норма возникает посредством реализации зафиксированного вышестоящей нормой правотворческого полномочия органа на создание нормы. Однако содержание этой нормы также играет роль, поскольку противоречие органа вышестоящей норме указывает на нарушение процедуры создания этой нормы, т.е. орган, имея полномочие создавать норму в определенном порядке и определенного содержания, всё же частично её нарушил, сформулировав противоречащее вышестоящей норме содержание. Таким образом, заметно, что субъект не вымывается полностью, а лишь затушевывается и помещается внутрь нормативной системы.

Если несколько отвлечься от операционализации и вновь поместить полемику в исторический контекст, то в очередной раз становится очевидно, что современная Шмитту и Кельзену наука находится «на развилке». Можно заметить, что Кельзен, несмотря на его стремление выдать чистое учение о праве за общую теорию права, применимую к любой исторической и социокультурной ситуации, в действительности весьма четко схватывает момент, отражая в своём учении практику правового государства, для которого характерна нормализация (формализация) и четкая институциализация политико-правового пространства.

Однако и Шмитт схватывает этот момент, понимая, что политико-правовая наука движется в сторону описания текущей ситуации. В этом плане несогласие Шмитта направлено на тезис о тотальном характере нормализации, которая исключит чрезвычайные ситуации, раскрывающие природу верховной власти (суверенитет) и стихию политического. Например, в политической ситуации европейского средневековья определить, норма какого права (канонического, городского, торгового, королевского, обычного и проч.) обладает верховенством по отношению к другой правовой норме, не менее сложно, чем выстроить иерархию конкретно существующих инстанций (папа, король, император, герцог и проч.).

Высказанное ориентирует на рассмотрение политико-правовой реальности в динамическом измерении как чередование нормального и чрезвычайного. Можно полагать, что оба способа обоснования юридической силы нормативно-правовых

---

<sup>390</sup> Кельзен Г. Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция. Часть 1) // Право и политика. № 8. С. 5–14.

актов находят своё подтверждение и применение, т.е. могут быть объединены в синтетической операционализации, которая будет представлена ниже. Речь идёт об объяснении отдельных аспектов юридической практики и политического процесса через призму изложенных подходов.

Юристу, столкнувшемуся в ходе осуществления своей деятельности с кем-то, кто настойчиво требует применить в некоторой ситуации положение из приказа министра, противоречащее норме, зафиксированной в Постановлении Правительства РФ, целесообразнее сослаться на усвоенную с первого курса иерархию нормативно-правовых актов, восходящую к теоретической модели Г. Кельзена. Разумеется, речь не идёт о лекции на рабочем месте. Выводы из концепции Кельзена относительно строения системы правовых актов без прямой ссылки на автора известны каждому юристу. Юрист должен озвучить это как догму.

Некоторая административная практика противоречит этим постулатам. Приведем длинную цитату: «практика утверждения ведомственных нормативных актов приказами, распространённая в российском нормотворчестве, на наш взгляд, является в корне неверной. Тем не менее она продолжает иметь место в соответствии со сложившимися нормотворческими традициями при принятии не только ведомственных актов, но и законов. Конечно, это половина беды, когда один нормативный акт вводит в действие другой, обладающий такой же юридической силой, но, когда акт, обладающий меньшей юридической силой, – это нонсенс! Подобная практика и ныне существует во многих федеральных министерствах и ведомствах, когда такие кодифицированные акты, как положения и уставы, утверждаются актами, обладающими меньшей юридической силой, то есть приказами. При этом последние правовых норм не содержат, а только своим изданием придают юридическую силу другим документам нормативного характера.

По нашему мнению, раз и навсегда необходимо отказаться от порочной практики утверждения других форм нормативных актов приказами, поскольку подобная деятельность в корне противоречит правилам, вытекающим из общей теории права»<sup>391</sup>. С точки зрения субъектно-политического способа можно

---

<sup>391</sup> Арзамасов Ю.Г. Указ. соч. С. 228, 229.

представить, что ведомство в целом участвует в формулировании положений акта, тогда как юридическую силу этому акту придает приказ конкретного начальника.

Ещё более значимым этот способ является в чрезвычайных ситуациях, когда ткань государственно-правового и конституционного развития ставится под сомнение. Представляется возможным подтвердить выдвинутый тезис двумя примерами из российской политической истории: 1) разгон в 1906 г. первого созыва Государственной Думы; 2) конституционный кризис 1992–1993 гг.

В 1906 г. император Николай II своим указом досрочно распустил Государственную Думу I созыва. Между сторонниками и противниками этого действия развернулась полемика, где первые настаивали на противоречиях этого указа Основным законам Российской Империи и совершении императором противоправного деяния<sup>392</sup>, а вторые, напротив, полагали, что царь в силу своей верховной власти имеет полное право предпринимать подобные шаги.

Один из сторонников императорского верховенства В.Д. Катков отмечает, что «из слов манифестов и законов нельзя вывести самостоятельно заключения о характере государственного строя, потому что сами эти слова нуждаются в объяснении, а строй определяется *реальным соотношением сил в государстве*»<sup>393</sup>. Иными словами, фактически отечественный государствовед излагает усеченный вариант субъектно-политического способа обоснования<sup>394</sup>, согласно которому указ

---

<sup>392</sup> Подобного взгляда придерживались многие депутаты первого созыва, чьё несогласие с действиями императора нашло выражение в «Выборгском воззвании», основными подписантами которого были члены кадетской фракции. См.: подробнее *Соловьев К.А.* Выборгское воззвание: теория и практика пассивного сопротивления. М., 2021.

<sup>393</sup> *Катков В.Д.* О власти русского Императора и его недругах (По поводу нового «научного» изделия профессора Грибовского) // Катков В.Д. Христианство и государственность. М., 2013. С. 214–221.

<sup>394</sup> В целом схожесть некоторых элементов децизионизма Шмитта и идей монархически настроенных представителей дореволюционной науки (Л.А. Тихомиров, Н.А. Захаров, П.Е. Казанский) ранее уже была отмечена в литературе. См.: *Костокрызов П.И.* Децизионизм в России: дореволюционные предшественники и современные интерпретаторы Карла Шмитта. Часть I, II // Научный журнал «Дискурс-Пи». 2021. № 1, 2. С. 62–76, 36–48. В исследованиях также было обращено внимание на пересечение (и даже влияние) государствоведческих идей евразийцев (Н.Н. Алексеев, В.М. Шахматов) и положений учения Шмитта. См.: *Назмутдинов Б.В.* От «нормы» к «порядку»: эволюция правопонимания Карла Шмитта // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2016. № 1. С. 150–165. Однако политико-правовые взгляды В.Д. Каткова, весьма оригинально обосновывавшего необходимость методологической переориентации государственно-правовой науки на сравнительное языкознание (критика формальных и универсальных юридических понятий) и социологию (внимание к реальному соотношению

императора по своей юридической силе превышает положения Основных законов в силу верховенства императора в системе властных инстанций. Хотя, конечно, обосновывает такую систему не демократический принцип (или мифология), а монархический, согласно которому власть исходит от Бога, передавшего её монарху, который ответственен за распоряжение ей лишь перед ним и никем иначе.

В этом же плане весьма примечателен Указ Президента РФ от 21 сентября 1993 г. № 1400 «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации», где прямо указано, что положения всего остального законодательства (включая действовавшую на тот момент Конституцию) действуют в части, не противоречащей данному Указу<sup>395</sup>. С точки зрения нормативного подхода подобное возвышение акта исполнительной власти недопустимо, поскольку содержание и порядок издания этого акта определяются Конституцией РФ, являющейся вышестоящей нормой, которой не может противоречить норма, изданная на её основании.

Субъектный подход допускает иную интерпретацию этого казуса. В качестве основания для вынесения подобного правового акта Президент РФ апеллирует не только к Конституции, но к воле народа, выраженной на референдуме. Именно народ уполномочивает Президента на издание данного акта, направленного на реализацию народной воли. Таким образом, имеет место двойная демократическая легитимация: во-первых, акт издаёт всенародно избранный Президент; во-вторых, содержание акта соответствует воле народа, что позволяет отступить от позитивно-правовых положений.

В этом случае правовой акт, исходящий от Президента как инстанции, наиболее приближенной к народу (являющемуся конечной инстанцией), может обладать высшей юридической силой и возвышаться на всем ином корпусе законодательства, которой с момента вступления указа в силу становится в подчиненное положение к последнему, так как отражает народную волю, выраженную в более раннее время. В то же время субъектно-политический способ не объясняет возможность Конституционного Суда отменять законы, однако этот

---

политических сил), ни разу не становились предметом рассмотрения в связи с децизионизмом Шмитта.

<sup>395</sup> Указ Президента Российской Федерации от 21 сентября 1993 г. № 1400 «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации».

орган отлично функционирует в условиях конституционной стабильности (в нормальной ситуации)<sup>396</sup>.

Следовательно, мы видим, что оба способа обладают существенным практическим потенциалом и в случае примирительной трактовки, соединяющей в едином пространстве права и элементы нормативности и субъективности, действуют кумулятивно.

В заключении этого параграфа выделим три взаимосвязанных момента: идейно-исторический, теоретико-методологический и методический аспекты противостояния Шмитта и Кельзена относительно обоснования иерархии нормативно-правовых актов.

*Идейно-историческая* составляющая демонстрирует закономерности исторического развития идей. Рассматривая полемику Кельзена и Шмитта как исходную точку для сравнения двух теоретико-методологических подходов, мы исходили из предпосылки о том, что дискуссия является не только фактором появления тех или иных идей, но и причиной их четкого изложения, возникающего из необходимости опровергнуть идейного противника и аргументировать собственный взгляд на проблему. Оптика (от дискуссии) и тематика (обоснование иерархии) так же интересны тем, что показывают, как общие положения авторского подхода прилагаются к отдельным элементам политико-правовой реальности.

Например, Шмитт, рассуждая о иерархии, высказывается, казалось бы, на непривычную для него тему, однако мы видим, что его суждения вписываются в общее смысловое пространство децизионистского подхода к праву и политике. Но не менее важно, что эти высказывания являются результатом стремления опровергнуть учение Кельзена, тогда как последний, имея критику в свой адрес в качестве повода высказаться, создает «защитные» линии для собственного учения, которые среди прочего обеспечивают его устойчивость в системе теоретических языков будущего.

К идейно-исторической составляющей также относится следующее. Современная политическая и правовая теории являются прямыми приемниками той интеллектуальной ситуации, слагаемой из большого количества переменных (распространенность определённых идей и теоретических языков, социально-

---

<sup>396</sup> Подробному анализу взаимоотношений Президента и Конституционного Суда в условиях конституционного кризиса 1993 г. будет посвящен следующий параграф.

политический контекст, дискуссии и проч.), в которой творили Кельзен и Шмитт. При этом мы знаем, что та или иная идея «победила» и утвердилась в качестве центральной, отодвинув своих «оппонентов» на периферию мысли. Однако исторический момент демонстрирует контингентность, т.е. то обстоятельство, что всё могло быть иначе. Именно в этом мы и убеждаемся на примере интеллектуального противостояния мыслителей.

В *теоретико-методологическом измерении* следует подчеркнуть эвристический потенциал нормативного и субъектно-политического способов обоснования иерархии правовых актов.

*Во-первых*, выше было показано, что иерархия нормативных актов может быть обоснована как минимум тремя путями. Поэтому выделение нормативного и субъектно-политического способов демонстрирует значимость метатеоретического уровня рассуждений о политико-правовом порядке. Мы видим, что легальный способ основывается на теоретическом, а последний в свою очередь базируется на допущениях, исходящих от метатеории.

*Во-вторых*, каждый из способов по отдельности позволяет анализировать политическую и правовую системы. Нормативный способ не просто раскрывает системное строение позитивного права, но и утверждает его самовоспроизводящую природу. Иными словами, логика нормативной системы подчиняет себе действия субъектов, ограничивая возможности их действия и самовыражения. Причину принятия того или иного акта зачастую следует искать не столько в воле и желании лица, сколько в содержании вышестоящей нормы.

Субъектно-политический способ, напротив, помещает источник позитивного права в сфере отношений между властвующими субъектами, объем полномочий и влияния которых обуславливает силу правового акта. Данный способ позволяет анализировать реальный расклад политических сил через соотношение содержания правовых актов, их противоречия между собой и последствия от их введения и действия.

*В-третьих*, крайне плодотворной видится объединительная трактовка, операционализация которой и была предложена нами. Нельзя не отметить, что в ходе полемики Кельзен, принципиально не отходя от своей позиции, весьма кратко очерчивает контуры примирительной позиции, утверждая, что между его видением

нормативной системы и тем, как её описывает Шмитт, делая акцент на субъектной компоненте, нет жёстких противоречий. В этом плане разделительная граница между правом и политикой, нормой и личным усмотрением стирается, вписываясь в общую картину сложной политико-правовой тотальности, внутри которой центральный элемент каждого из подходов (властвующий субъект и норма) содержит в себе пути к друг другу.

Дальнейшее развитие как нормативизма Кельзена, так и децизионизма Шмитта, зачастую незамеченное на фоне тех концепций, что сложились в 1920–1930-х гг. и вошли в политическое и правовое интеллектуальное наследие, показывает, что идея о сложной политико-правовой реальности, не охватываемой частным типом мышления, из аксиоматики которого выводятся правила для любой проблемы и ситуации, не может быть просто так проигнорирована. У Кельзена это движение выразилось в основательном развитии динамического аспекта его правовой теории, у Шмитта ознаменовалось переходом к институционализму.

*Методическое значение* весьма очевидно в случае с нормативным подходом, поскольку именно он лёг в основу заучиваемой юристами иерархии нормативно-правовых актов, представление о которой они, будучи «агентами» определено типа юридического мышления, разносят за пределы профессиональной корпорации. Субъектно-политический способ призывает участников социально-политического процесса к постоянной бдительности и пониманию того, что формальное положение органа не всегда раскрывает полноту его власти и влияния (тут, к слову, можно выйти за пределы заявленной выше государствоцентричной парадигмы и отметить, что сказанное справедливо и для иных социально-политических комплексов власти).

## **§ 2. Конфликт Президента РФ и Конституционного суда РФ 1993 года в оптике веймарских дебатов Шмитта и Кельзена<sup>397</sup>**

Государственно-правовую историю можно аналитически представить как двуединство истории государственно-правовых институтов (социальная история) и

---

<sup>397</sup> Частично содержание данного параграфа было изложено в Уханов А.Д. Президент и Конституционный Суд: российский конституционный кризис 1993 года в оптике веймарских дебатов // Гражданин. Выборы. Власть. 2022. № 4. С. 42-60.

истории государственно-правовой мысли (интеллектуальная история)<sup>398</sup>. Между этими сферами существует весьма прочная связь. Государственная-правовая мысль возникает как попытка рефлексии по поводу существующего политико-правового устройства (отражение реальности в понятийно-категориальной форме), тогда как государственно-правовой институт в свою очередь учреждается и трансформируется под влиянием требований, рождающихся в ходе рассуждений о власти, политике и праве (сущее подтягивается под должное). Важное измерение этой связи состоит в том, что история государственно-правовой мысли представляет неисчерпаемое собрание способов и приёмов мышления о государственно-правовых феноменах, а их социальное воплощение в конкретно-исторических условиях даёт множество объектов, к которым могут были приложены познавательные схемы<sup>399</sup>.

При этом исторические примеры институтов и применяемые к ним теоретико-методологические схемы не всегда синхронизированы друг с другом. Зачастую случается так, что древнегреческое философско-политическое наследие с осуждением анализируется, исходя из опыта существования тоталитарных государств XX в.<sup>400</sup>, или же к средневековому политическому устройству предъявляются требования современных либеральных демократий. Подобное анахроничное обращение с политико-правовой практикой и мышлением о ней

---

<sup>398</sup> Данное единство весьма редко служит методологической основой для написания трудов по политической и правовой истории. Как правило, история институтов и история мысли излагаются отдельно. В качестве примеров обобщающих работ, в которых предпринимается попытка преодолеть этот разрыв см.: *Кох Г.* Очерки по истории политических идей и государственного управления. М., 1906; *Ковалевский М.М.* От прямого народоправства к представительному и от патриархальной монархии к парламентаризму: роль государства и его отражение в истории политических учений. Т. 1, 2. М., 1906.

<sup>399</sup> Например, К.Е. Коктыш дополняет эту схему третьей составляющей, которая является посредником между «институтами» (социальной составляющей) и «идеями» (интеллектуальная составляющая). Он обозначает её как рационализм: ««институты диктуют правила игры, задавая формат и критерии вертикальной мобильности, идеи наполняют их смыслом, задавая целеполагание, легитимируя или, напротив, оспаривая легитимность существующего порядка, рационализм позволяет осмысливать порядок вещей как логичный и разумный». См.: *Коктыш К.Е.* Дискурс рационализма, свободы и демократии. М., 2021. С. 12.

<sup>400</sup> Наиболее известным примером подобного рода рассуждений является труд К. Поппера «Открытое общество и его враги», где Платон становится главным «виновником» тоталитаризма XX в. См.: *Поппер К.* Открытое общество и его враги. Т. 1. Чары Платона. М., 1992.

встречает в литературе серьезную критику<sup>401</sup>. Поэтому при попытке проведения диахронного анализа надлежит находиться в пространстве одной эпохи государственно-правовой истории и установить соответствие между социально-историческим контекстом и прилагаемыми к нему интеллектуальными моделями.

Учитывая сказанное, представляется возможным проанализировать противостояние Президента РФ и Конституционного суда РФ, происшедшее осенью 1993 г. в рамках дрящегося конституционного кризиса 1992–1993 гг., через призму рассмотренных нами в параграфе 2.3 веймарских дебатов Шмитта и Кельзена о гаранте конституции<sup>402</sup>. Думается, что рассматриваемое событие не только соответствует выбранной исследовательской оптике в качестве объекта, но и обладает высокой степенью исторической однородности с тем контекстом, внутри которого эта оптика возникла.

В обеих ситуациях речь идёт о кризисе конституционного демократического государства (погибающего, как уже было подробно описано в параграфах 1.1, 2.2 и 2.3, в Германии в начале 30-х гг. и рождающегося в России в начале 90-х гг. прошлого века). В то же время, имея конкретно-историческое содержание, первоначально связанное с попыткой К. Шмитта путём формулирования политико-правовой доктрины повлиять на социально-политические процессы<sup>403</sup>, дискуссия приобрела теоретико-методологическое значение, выходящее за рамки исторического момента.

Поэтому помня о том, что содержание дискуссии о гаранте конституции уже было изложено, обратимся к ней как к методологической рамке для анализа противостояния Президента РФ и Конституционного Суда в контексте конституционного кризиса 1993 г.

Следовательно, можно сформулировать три основные задачи: во-первых, проанализировать российский конституционный кризис 1993 г., выявив его

---

<sup>401</sup> *Скиннер К.* Значение и понимание в истории идей // Кембриджская школа: теория и практика интеллектуальной истории. М., 2018. С. 53–122.

<sup>402</sup> Попытка проанализировать на основе материалов дискуссии реальные кризисные конституционные процессы ранее предпринималась С. Разой. см. *Raza S.S.* On the Disruption of Post-colonial Constitutional Order: Hans Kelsen or Carl Schmitt? // *Vienna Journal on International Constitutional Law*. 2012. № 3-4. P. 441–467.

<sup>403</sup> *Назмутдинов Б.В.* От «нормы» к «порядку»: эволюция правопонимания Карла Шмитта // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2016. № 1. С. 150–165.

неочевидные стороны и составляющие; во-вторых, продемонстрировать теоретико-методологическое значение и эвристический потенциал дискуссии государствоведов; в-третьих, что наиболее важно, выйти через рассматриваемый кейс на фундаментальные политико-правовые проблемы современных конституционных государств.

Началом конституционного кризиса следует считать декабрьские события 1992 г., последовавшие после открытия VII Съезда народных депутатов. В тот момент были обозначены ключевые участники и конфигурации кризиса. Основное противостояние шло между органами представительной власти в лице Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР и органами исполнительной власти, представленной Президентом и Правительством РСФСР. При этом, несмотря на положение Декларации от 12 июня 1990 г. «О государственном суверенитете РСФСР»<sup>404</sup>, закреплявшей в п. 13 принцип разделения властей, ст. 3 (с 11 декабря 1992 г.) действовавшей на тот момент Конституции РСФСР и ст. 104, фактически провозглашено верховенство представительного органа<sup>405</sup>. Уже это обстоятельство при наличии различных представлений о будущем развитии России становится прологом к ожесточенной конфронтации Президента республики и Парламента: каждый из органов мешает друг другу проводить желаемую политику<sup>406</sup>.

---

<sup>404</sup> Декларация РСФСР от 12 июня 1990 г. № 22-1 «О государственном суверенитете Российской Советской Федеративной Социалистической Республики».

<sup>405</sup> Конституция Российской Федерации – России 1978 г. (в редакции от 10 декабря 1992 г.).

<sup>406</sup> В нашу задачу не входит реконструирование полной картины социально-политического кризиса. Разумеется, что обозначенный конфликт выходит за рамки сугубо правового противостояния и имеет под собой существенные социально-политические, идеологические и даже личностные (предполагаемая неприязнь Б.Н. Ельцина и Р.И. Хасбулатова) основания. Однако исходя из заявленных задач и ожидаемого результата, мы заходим на проблематику именно через предусмотренную законодательством институциональную модель распределения и организации власти. С опорой на дискуссию Шмитта и Кельзена мы стремимся показать, что та модель разделения властей, которая является неотъемлемым признаком современного конституционного демократического государства, содержит в себе определённые риски, угрозы и ограничения для мирного разрешения конституционных кризисов. Для этого, как представляется, нет необходимости обращаться к «теневым» составляющим процесса урегулирования и делать слишком большой акцент на политико-идеологических разногласиях субъектов этого кризиса; ограничимся констатацией того, что они были. Думается, что такая логика соответствует «духу» дискуссии Шмитта и Кельзена, которые, дебатировав о кризисе Веймарской демократии, сосредотачивают своё внимание на фундаментальных проблемах государствоведения и конституционного права.

Конституционный Суд с самого начала конфликта стремится, не примыкая ни к одной из сторон, выполнять миротворческую функцию, что удаётся ему 12 декабря 1992 г.<sup>407</sup> Следует отметить, что после учреждения 12 июля 1991 г. Конституционного Суда он весьма активно включился в надзорную деятельность и не раз признавал акты иных органов государственной власти неконституционными<sup>408</sup>. В частности, самым первым решением Конституционного Суда от 14 января 1992 г. был признан неконституционным Указ Президента РСФСР от 19 декабря 1991 г. «Об образовании Министерства безопасности и внутренних дел РСФСР».

По мере усиления противоречий и радикализации политических акторов в течение 1993 г. Конституционный Суд всё сильнее втягивается в конфликт и занимает в нём определенную сторону, которая более близка позиции Съезда<sup>409</sup>.

Например, 23 марта 1993 г. Конституционный Суд даёт критическую оценку действиям и решениям Президента РФ, связанным с его обращением к гражданам России 20 марта 1993 г.<sup>410</sup> Рассмотрев обращение Президента РФ от 20 марта 1993 г. через три дня после его опубликования, Конституционный Суд по какой-то причине не учёл содержание вышедшего президентского Указа. Если в обращении звучали слова о введении особого порядка управления до преодоления кризиса власти, то реально изданный Указ от 20.03.1993 № 379 «О деятельности исполнительных органов до преодоления кризиса власти»<sup>411</sup> не предполагал введения особого порядка, ограничившись назначением на 25 апреля 1993 г. голосования о доверии Президенту РФ и декларацией верности Президента РФ действующей Конституции.

Благодаря дальнейшим переговорам с законодательной ветвью власти голосование о доверии Президенту РФ трансформировалось в референдум, о

---

<sup>407</sup> Конституционный суд России: осмысление опыта / под общ. ред. А.Н. Медушевского. М., 2021. С. 86.

<sup>408</sup> См. целый ряд решений Конституционного Суда: Постановление от 2 апреля 1993 г., Постановление от 17 июля 1992 г., Постановление от 30 ноября 1992 г., Постановление от 3 июня 1993 г., Постановление от 26 февраля 1993 г., Постановление от 14 января 1992 г., Постановление от 12 февраля 1993 г.

<sup>409</sup> Конституционный суд России: осмысление опыта. С. 87, 88.

<sup>410</sup> См.: Заключение Конституционного Суда Российской Федерации от 23 марта 1993 г. № 3-2.

<sup>411</sup> См.: Указ Президента Российской Федерации от 20.03.1993 г. № 379 «О деятельности исполнительных органов до преодоления кризиса власти».

назначении которого на 25 апреля 1993 г. Съездом народных депутатов 29 марта 1993 г. было принято постановление № 4648-1 «О всероссийском референдуме 25 апреля 1993 г., порядке подведения его итогов и механизме реализации результатов референдума»<sup>412</sup>. На референдум выносились следующие вопросы: 1) доверяете ли Вы Президенту РФ?; 2) одобряете ли Вы социально-экономическую политику, осуществляемую Президентом РФ ... ?; 3) считаете ли Вы необходимым проведение досрочных выборов президента РФ?; 4) считаете ли Вы необходимым проведение досрочных выборов народных депутатов РФ?

С проверкой на конституционность этого постановления связан следующий шаг к эскалации отношений между Президентом и Конституционным Судом. Так, 21.04.1993 г. Конституционный Суд выносит своё постановление о проверке на конституционность отдельных положений постановления Съезда. В нём он устанавливает, что для положительного решения по первым двум вопросам достаточно большинства от всего количества проголосовавших, тогда как 3-й и 4-й вопросы требуют для принятия решения *половины от общего количества избирателей*<sup>413</sup>. В итоге, несмотря на то, что большинство фактически поддержали Президента РФ и выступили за проведение выборов народных депутатов, решение не было принято.

Промежуточным результатом политической конфронтации становится роспуск Президентом в сентябре 1993 г. законодательных органов и приостановление в октябре 1993 г. деятельности Конституционного Суда. В более широком понимании итогом «конституционного переворота» становится принятие действующей Конституции РФ.

Во всей этой канве историко-политического процесса нас непосредственно интересует эпизод, длившийся с 21 сентября по 7 октября 1993 г. и выражающий собой высшую точку противостояния Президента и Конституционного Суда, когда каждый из органов фактически заявил (не проговаривая это прямо) о своей претензии на статус хранителя конституции и конституционного строя. Действия

---

<sup>412</sup> См.: Постановление Съезда народных депутатов от 29.03.1993 № 4648-1 «О всероссийском референдуме 25 апреля 1993 г., порядке подведения его итогов и механизме реализации результатов референдума»

<sup>413</sup> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 21 апреля 1993 г. № 8-П. С. 4, 5.

органов законодательной власти мы оставляет без внимания, поскольку ключевой интерес в рамках проблематики представляют именно взаимоотношения исполнительной и судебной ветвей власти<sup>414</sup>.

Из обозначенной оптики вытекает, что ключевое значение для анализа ситуации имеют следующие правовые акты:

- 1) Конституция Российской Федерации – России 1978 г. (в редакции от 10 декабря 1992 г.) (далее – Конституция);
- 2) Закон РСФСР от 12 июля 1991 г. № 1599-1 «О Конституционном Суде РСФСР» (в редакции от 25 февраля 1993 г.) (далее – Закон о Суде, Закон о КС);
- 3) Указ Президента Российской Федерации от 21 сентября 1993 г. № 1400 «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации» (далее – Указ, Указ Президента);
- 4) Заключение Конституционного Суда РФ от 21 сентября 1993 г. № 3-2 «О соответствии Конституции РФ действий и решений Президента РФ Б.Н. Ельцина, связанных с его Указом «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации» от 21 сентября 1993 г. № 1400 и Обращением к гражданам России 21 сентября 1993 г.» (далее – Заключение, Заключение Суда, Заключение КС);
- 5) Указ Президента Российской Федерации от 7 октября 1993 г. № 1612 «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее – Указ о Суде, Указ о КС).

Более предметно следует начать с того, что 21 сентября 1993 г. Президент РФ издаёт знаменитый Указ под номером 1400 «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации». В первую очередь данным Указом прекращается деятельность законодательных органов государственной власти, устанавливается приоритет Указа по отношению к остальному законодательству (включая

---

<sup>414</sup> Заметим лишь, что Съезд народных депутатов своим Постановлением от 24.09.1993 № 5807-1 «О политическом положении в Российской Федерации в связи с государственным переворотом» фактически объявляет гарантом конституции себя.

Конституцию), а также гарантируются установленные Конституцией права и свободы граждан Российской Федерации<sup>415</sup>.

Реагируя на это, 21 сентября 1993 г. Конституционный Суд Российской Федерации выносит Заключение о соответствии Конституции РФ действий и решений Президента РФ Б.Н. Ельцина, связанных с его Указом «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации» от 21 сентября 1993 г. № 1400 и Обращением к гражданам России 21 сентября 1993 г. Рассмотрев в судебном заседании действия и решения Президента РФ, Суд приходит к двум ключевым выводам:

– *во-первых*, с точки зрения Суда Указ и Обращение Президента не соответствуют целому ряду положений действующей Конституции РФ, что делает их неконституционными;

– *во-вторых*, неконституционность действий и решений Президента влечет отрешение последнего от должности либо немедленное прекращение им полномочий.

Интерес представляет не столько Заключение органа конституционного контроля, сколько особые мнения судей к этому заключению, представленные судьями Т.Г. Морщаковой, Э.М. Аметистовым, А.Л. Кононовым и Н.В. Витруком. На наш взгляд, именно эти особые мнения обнажают весьма значимые проблемы, которые могут быть проанализированы через призму веймарских дебатов немецких мыслителей. Итак, аргументы, содержащиеся в особых мнениях судей и изложенные в обоснование несогласия с Заключением, условно можно разделить на две группы: 1) формальные; 2) содержательные.

Под «формальными» аргументами понимается совокупность аргументов, высказанных в пользу отсутствия материально- и формально-правовых оснований для рассмотрения дела. Содержательными аргументами выступают аргументы, высказанные против признания Указа Президента РФ неконституционным, т.е. такие, которые были бы в случае, если бы конституционность Указа стала бы предметом отдельного рассмотрения, начатого и проведенного с соблюдением требований, установленных к осуществлению конституционного правосудия.

---

<sup>415</sup> Указ Президента Российской Федерации от 21 сентября 1993 г. № 1400 «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации».

Особые мнения Т.Г. Морщаковой, Э.М. Аметистова и А.Л. Кононова содержат аргументы двух видов, тогда как отзыв Н.В. Витрука полностью построен вокруг аргументов первого вида.

Представляется возможным рассмотреть по отдельности формальные и содержательные аргументы, выходя при этом на фундаментальные проблемы политико-правовой реальности, возникающие со всей очевидностью в условиях государственно-правового кризиса.

Во всех четырёх особых мнениях указано, что вместо дачи заключения о соответствии Конституции действий и решений Президента РФ Суд фактически рассмотрел Указ на конституционность, чего он не мог делать по собственной инициативе, поскольку это напрямую запрещено п. 3 ст. 74 Закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», т.к. Указ является нормативным правовым актом<sup>416</sup>. Судом не была соблюдена процедура рассмотрения подобных дел, предусматривающая среди прочего участие в судебном заседании заинтересованных лиц<sup>417</sup>. Суд сделал вывод о возможности применения к Президенту РФ положений Конституции об импичменте без обязательной постановки этого вопроса Съездом народных депутатов<sup>418</sup> и проч. В целом в особых мнениях перечисляется около восьми нарушений законодательства, допущенных Судом при вынесении решения.

Зафиксируем, что не только Президент РФ (с точки зрения Суда), но и сам Суд (с точки зрения отдельных судей и Президента РФ, как в дальнейшем будет видно из Указа о Суде) не имели полномочий для совершения предпринятых ими действий. Иными словами, требования правовой формы, предъявляемые к порядку совершения органами государственной власти юридически значимых действий, были нарушены как Президентом, так и Судом, что влечет за собой признание этих действий недействительными. Однако ключевой вопрос, составляющий суть проблемы гарантирования конституции, состоит в том, *кто* способен признать их таковыми и будет ли это решение исполнено? Оставим его пока без ответа.

---

<sup>416</sup> Заключение Конституционного Суда РФ от 21 сентября 1993 г. № 3-2. С. 3, 8, 14, 20.

<sup>417</sup> Там же. С. 5, 10, 14.

<sup>418</sup> Там же. С. 4, 9, 21, 22.

Следует остановиться на другом весьма важном аргументе, встречающемся в явном виде у Т.Г. Морщаковой и Э.М. Аметистова и лишь косвенно в форме изложения обстоятельств, помешавших всестороннему и объективному рассмотрению дела, присутствующем у Н.В. Витрука. Речь идёт об указании на политический характер вопроса, рассмотренного Судом 21 сентября 1993 г., и политическую ангажированность ряда судей (включая Председателя Суда).

Так, Т.Г. Морщакова отмечает, что, ставя вопрос об отрешении Президента от должности, Суд выражает активную политическую позицию<sup>419</sup>. На то же указывает и Э.М. Аметистов, заявляя, что Суд нарушил положения Закона о КС, запрещающие ему рассматривать политические вопросы<sup>420</sup>. Вместе с тем Э.М. Аметистов не оставляет без внимания то обстоятельство, что Председатель Суда совместно с другим судьей ещё до вынесения Заключения высказался негативно относительно содержания Указа Президента и Обращения к гражданам, что, по его мнению, прямо свидетельствует о заинтересованности некоторых членов Суда в определенном решении и требует их самоотвода<sup>421</sup>.

В октябрьском Указе о Суде будет воспроизведено это обвинение (в том числе с опорой на мнение судей, не поддержавших Заключение КС) и отмечено, что Суд принял одностороннее политическое решение, а Председатель Конституционного Суда Российской Федерации, проводя активную политическую деятельность, участвовал в политических акциях, все более вовлекая в них Конституционный Суд Российской Федерации<sup>422</sup>.

Действительно, Закон о КС в целом ряде статей отказывает Конституционному Суду в возможности рассмотрения политических вопросов, а судьям в вынесении решений на основе политических взглядов (ч. 3 ст. 1; ч. 3, 4 ст. 6; ч. 3 ст. 14). Более того, закон содержит прямое указание на то, что Конституционный Суд должен отклонить запрос о даче заключения, если он касается политического вопроса (п. 3 ч. 1 ст. 77).

---

<sup>419</sup> Там же. С. 4, 5.

<sup>420</sup> Там же. С. 8.

<sup>421</sup> Там же. С. 9.

<sup>422</sup> Указ президента РФ от 7 октября 1993 г. № 1612 «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Нам представляется, что, хотя внешне эти аргументы и говорят об одном и том же, всё-таки они обращают внимание на два разных аспекта. Во-первых, поднимается проблема юстициабельности политических вопросов. Из Закона о КС совершенно не ясно, какой вопрос является политическим. Какое-либо пояснение самого Конституционного Суда о том, какой вопрос можно считать политическим, на тот момент отсутствовало<sup>423</sup>. Во-вторых, речь идёт о независимости судебной власти, имеющего среди прочего основание в институциональной оформленности судебной власти. Считается, что подобная независимость судебной власти может являться предпосылкой для судебного гарантирования конституции. Именно эти два момента могут быть проанализированы с опорой на доктринальные труды Шмитта и Кельзена.

На возможность юстициабельности политических вопросов Шмитт и Кельзен смотрят противоположным образом. Первый мыслитель относится к рассмотрению политических вопросов судом весьма негативно, опасаясь политизации юридического<sup>424</sup>, что, с его точки зрения, противоречит природе юстиции, тогда как второй не только не является противником судебного рассмотрения политических вопросов, но и, более того, полагает само противопоставление юстиции и политического ложным<sup>425</sup>, намекая, скорее, на юридизацию политического, соответствующую специфическому для правового государства принципу максимального усиления правового характера функций государства<sup>426</sup>.

Позиция К. Шмитта близка логике Закона о КС, однако гораздо более радикальна. Политическое и юридическое в судебном аспекте должно быть строго разделено. Смысл юстиции состоит в её отстранённости от политических споров и разрешении дел в строгом соответствии с законом. Вторжение политического в сферу юстиции означает гибель последней. В некотором смысле Шмитт отстаивает

---

<sup>423</sup> Лишь осенью 1995 г. в связи с отказом в принятии к рассмотрению запроса о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» Конституционный суд РФ впервые попытался объяснить, какие вопросы являются политическими. См. подробнее: Определение Конституционного Суда РФ от 20 ноября 1995 г. № 77-О.

<sup>424</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 54–72.

<sup>425</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 368.

<sup>426</sup> Там же. С. 359.

постулат о независимости судебной власти, которая предполагает ограничение юстиции определенными рамками за пределами политики. В этом плане любой конституционный суд в силу возможности отменять нормативные правовые акты парламента и правительства, несмотря на любые заверения закона о его политической нейтральности, будет политическим органом, принимающим политические решения, что противоречит самой сущности юстиции. В целом это выступает аргументом против конституционного правосудия как такового<sup>427</sup>.

Г. Кельзен кардинально не согласен с данной интерпретацией. Ссылаясь на международно-правовые споры, он пишет, что «любой правовой спор – политический спор, и каждый конфликт, который называется конфликтом интересов, властным или политическим конфликтом, *может разрешаться как правовой спор*, если он направлен именно на вопрос: обосновано ли *международным правом* притязание, выдвигаемое одним государством в отношении другого государства, отказывающегося его выполнять – и в этом заключается любой конфликт»<sup>428</sup>. Иными словами, перенося сказанное на уровень государственного правопорядка, Кельзен не видит проблемы в рассмотрении политизированных вопросов Конституционным Судом, поскольку любой вопрос урегулирован нормами права (*отсутствие нормы относительно некоторой ситуации означает правомерность этой ситуации*).

Иначе говоря, следует выяснить, обоснованы ли действия и решения Президента РФ, связанные с изданием Указа и Обращением, действующим правом? Если ответ положителен, то действия и решения являются конституционными, если же ответ отрицателен, то они выступают неконституционными. И в том и в другом случае решение суда было бы вынесено вне зависимости от его содержания. Поэтому, учитывая, что Закон о Суде прямо не разъясняет, что может считаться политическим вопросом, а Конституционный Суд на тот момент не формулировал никаких правовых позиций по этому поводу, отнесение какого-либо вопроса к

---

<sup>427</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 72–86.

<sup>428</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 369.

Схожая идея о юридикации различных сфер человеческой жизни прослеживается и в иных трудах Кельзена. Например, его рассуждения о противоречиях права и морали содержательно весьма схожи с рассуждениями о соотношении права и политики. См.: Харп Л. А. Х. Посещение Кельзена // Ежегодник теории права. 2021. № 4. С. 570–591.

политическому становится удобным риторическим средством для ограничения конституционного правосудия.

Второй момент касается политической ангажированности судьи. Г. Кельзен говорит о институциональной оформленности конституционного суда, создающей условия для вынесения независимого решения. Речь идёт о его независимости от парламента и правительства, что позволяет суду выступать третьей стороной, напрямую не заинтересованной в исходе дела: «поскольку в важнейших случаях нарушений конституции *конфликтующими сторонами* являются парламента и правительство, целесообразно для разрешения спора призвать третью инстанцию, которая находится *вне этого противостояния* и сама никоим образом не участвует в осуществлении власти»<sup>429</sup>.

Соответственно, данная логика прямо противоположна представлению Шмитта о независимости судебной власти, которая требует предметных ограничений. Кельзен же настаивает на том, что принцип независимости судебной власти требует его расширения и переноса на новые сферы, одной из которых является область осуществления высшей государственной власти и выстраивание взаимоотношений между законодательными и исполнительными органами. Не сложно убедиться в том, что именно эта позиция победила в ходе развития конституционализма в XX в. Однако в суждении Шмитта есть рациональное зерно, так как, действительно, если орган конституционного правосудия учреждается, то в некоторых ситуациях он не может не втягиваться в сугубо политические процессы, что может как утверждать, так и разрушать его независимость. Рассматриваемая ситуация российского конституционного кризиса 1993 г. иллюстрирует этот тезис. Возвращаясь к этой ситуации, попробуем ответить на поставленный выше вопрос о субъекте принятия решений. По большому счету в случае если судебный орган при наличии законодательного запрета на рассмотрение политических вопросов всё-таки рассматривает их, то он выходит за границы своей компетенции, нарушая процессуально-правовую форму судебного разбирательства. Это нарушение формально ничем не отличается от проверки на конституционность нормативного правового акта без соблюдения требований к процедуре его рассмотрению.

---

<sup>429</sup> Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? С. 392, 393.

Заметим, что как Президент, так и Конституционный Суд, принимая в сентябре 1993 г. свои решения, выходят, с точки зрения друг друга, за рамки собственных полномочий. Иными словами, в подобные моменты право черпает своё основание не столько в нормативном (позитивно-правовом) порядке, сколько в решении, неотъемлемой составляющей которого является наличие в его содержании элемента, напрямую не выводимого из законодательства. Каждый из органов, втянутых в противостояние, в силу занимаемого им положения предпринимает попытку вернуть конституционную ситуацию в нормальное русло. Вместе с тем нормативно-правовой порядок не отвергается полностью, поскольку органы, принимающие чрезвычайные решения, ссылаются на него и обосновывают свои действия *по-своему понимаемыми* положениями законодательства.

Важно подчеркнуть, что указание на субъект, принимающий в этот момент какое-либо решение, является ключевым, поскольку не существует объективной точки зрения, которая в наиболее чистом виде и независимо от всего выражала бы напрямую положения действующего права. Лишь в деятельности органа, уже занимающего некое место в системе органов государственной власти, право находит свою реализацию. Поэтому ключевой дискурсивной стратегией, выходящей в ходе кризисных моментов на передний план, становится апелляция к «началу и смыслу» конституции, которую необходимо рассмотреть в контексте содержательных аргументов.

Мотивируя свои экстраординарные меры, вводимые Указом от 21 сентября 1993 г., Президент опирается на два юридически значимых источника: Конституцию и итоги референдума 25 апреля 1993 г., согласно которому большинство проголосовавших выразило поддержку действиям Б.Н. Ельцина. Разрыв с формальной законностью (правовой формой) объясняется тем, что «безопасность России и её народов – более высокая ценность, нежели формальное следование противоречивым нормам, созданным законодательной властью»<sup>430</sup>.

Как Суд, так и Президент ссылаются в своих решениях на положения ст. 1 и 2 Конституции. Однако предположим, что ими условно не только дано разное толкование этих статей, но и сделан разный акцент на том или ином месте

---

<sup>430</sup> Указ Президента Российской Федерации от 21 сентября 1993 г. № 1400 «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации».

соответствующей статьи. В случае с первой статьёй Суд указывает на нарушение Указом положений её второй части, где сказано о народовластии, федерализме, республиканской форме правления и разделении властей. Президент так же апеллирует к народовластию, разделению властей и федерализму, настаивая на том обстоятельстве, что именно его действия позволяют защитить эти принципы, составляющие сущность конституционного строя. Следовательно, мы сталкиваемся с разной интерпретацией.

Разные акценты ставятся органами при обращении к ст. 2, гласящей о принадлежности власти народу и её осуществлении через Съезды народных депутатов или же непосредственно. Конституционный Суд акцентирует внимание на Съездах народных депутатов, полномочий по «разгону» которых у Президента нет, тогда как для Президента важно последнее слово статьи («непосредственно»). Учитывая частые ссылки по тексту Указа на итоги референдума, следует полагать, что именно в этом Президент видел непосредственное решение народа, которое он сам и взялся реализовать, полагая своё восприятие текста Конституции не формальным, а сущностным.

Поддерживая Президента, схожую позицию выражает автор особого мнения – судья А.Л. Кононов: «уклонившись от рассмотрения правовых аргументов, изложенных в обращении и Указе Президента Российской Федерации, и ограничившись сугубо формальными ссылками на противоречивые в целом ряде случаев и вызывающие сомнения в их правовом характере положения Конституции, Конституционный Суд лишился возможности разрешить настоящий вопрос не догматическим толкованием, а исходя из *общих начал и смысла Конституции*, из общих принципов права, что предусмотрено Законом о Конституционном Суде (например, п. 6 ч. 1 ст. 62) (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>431</sup>. Он же далее дополняет, что «Указ Президента не только не затрагивает основ конституционного строя, но однозначно утверждает о сохранении и защите таких конституционных принципов, как народовластие, народное представительство, разделение властей, федерализм и

---

<sup>431</sup> Заключение Конституционного Суда РФ от 21 сентября 1993 г. № 3-2. С. 15.

права субъектов Федерации, парламентаризм и охрана права и свобод человека и гражданина»<sup>432</sup>. С мнением А.Л. Кононова согласна и Т.Г. Морщакова<sup>433</sup>.

Заметим, что этот же аргумент может быть вполне справедливо адресован в пользу возможности Судом рассмотреть подобное дело, отойдя от догматического толкования процессуальных аспектов. Иными словами, судья призывает в столь сложный момент проигнорировать правовую форму и отдать предпочтение содержанию и принципам права. Однако, как вполне убедительно показывают особые мнения, Суд и так обратился к началам и смыслу Конституции; отступив от требований формы, он принял экстренное решение в нарушении процессуальных требований. Поэтому дело обстоит так, что версия понимания «общих начал и смысла Конституции», предложенная Президентом РФ (и защищаемая Кононовым), оказалась доминирующей и была утверждена в том числе активными действиями последнего.

Относительно того, кто выступает в данный момент врагом Конституции, другой автор особого мнения Э.М. Аметистов указывает, что «действующая Конституция не даёт Президенту прав и полномочий, достаточных для выполнения его обязанностей (защита суверенитета, охрана прав и свобод человека и гражданина. – Прим. А.У.) в тех случаях, когда *угроза суверенитету, единству и целостности государства, правам и свободам человека исходит от органов законодательной власти* (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>434</sup>. С точки зрения классической доктрины конституционного правосудия именно тут и должен раскрыться весь потенциал Конституционного Суда – единственного органа, способного в соответствии с правом примирить враждующие стороны.

Таким образом, мы видим, что на практике основная проблема выстраивается вокруг понимания природы и смысла положений Конституции. Это именно та проблема, о которой мы уже не раз писали со ссылкой на Шмитта<sup>435</sup> и Кельзена<sup>436</sup>. В дискуссии немецких мыслителей данный аспект так же весьма сильно

---

<sup>432</sup> Там же. С. 17.

<sup>433</sup> Там же. С. 5. 6.

<sup>434</sup> Там же. С. 12.

<sup>435</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 102.

<sup>436</sup> Кельзен Г. Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция. Часть 1) // Право и политика. 2006. № 8. С. 5–14;

проблематизирован. Повторим, что для Г. Кельзена конституция в строгом смысле слова выступает нормой, устанавливающей содержание и порядок принятия нижестоящих норм. Соответственно, нижестоящие нормы, имеющие юридическую силу лишь в случае их соответствия положениям конституции, не могут им противоречить, иначе они лишаются своей действительности (юридической значимости). В этом плане формальное несоответствие положений актов правительства и (или) парламента, принятых с нарушением конституции, влечёт их юридическую ничтожность.

Нарушает ли Указ Президента текст Конституции? Вероятно, что да, поскольку он заявляет о мерах, напрямую не предусмотренных текстом Конституции. Следовательно, такой Указ не имеет юридической силы, поскольку нормы, содержащиеся в нём, не основываются на положениях Конституции. Данная логика весьма понятна и доступна. Однако выше мы уточнили, что и Суд принял Заключение в нарушении ряда норм. К тому же, мы убедились, что имеет место не просто следование формальному значению текста Конституции, а стремление добраться до того, что было обозначено как конституционные «начала и смыслы».

К. Шмитт предлагает расширить понимание конституции, выйдя за рамки узкой текстологической интерпретации. С его точки зрения, конституция может пониматься как политическое решение народа о государственном устройстве<sup>437</sup>. Согласно этой логике в основании современного политического устройства лежит мифологическое представление о суверенитете народа, пришедшее на место «монархического принципа» (суверенитет принадлежит монарху). Следовательно, апелляция к народу становится необходимым элементом раскрытия «начал и смыслов» Конституции. Народ выступает той верховной инстанцией, воля которой может оправдать любые политические действия и решения.

Поэтому весьма примечательно, что в самом конце Указа Президента содержится прямое воззвание к народу России: «Прошу граждан России поддержать своего Президента в это переломное для судьбы страны время»<sup>438</sup>.

---

<sup>437</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 102.

<sup>438</sup> Указ Президента Российской Федерации от 21 сентября 1993 г. № 1400 «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации».

Как представляется, тут мы подходим к наиболее важной составляющей рассматриваемой проблемы. Для этого обратимся к самому началу (второй абзац предисловия) сочинения Шмитта: «научное изучение подобного предмета невозможно без представления о конкретной конституционной ситуации (курсив мой. – Прим. А.У.)». Далее мыслитель развивает этот тезис, уточняя, что требование гаранта и хранителя конституции чаще всего есть признак *критического конституционного состояния* (курсив мой. – Прим. А.У.)<sup>439</sup>. По оценке Шмитта актуальная для него конституционная ситуация, в которой оказалась Веймарская республика, характеризуется кризисностью, содержательно выраженной в политкратии, плюрализме и федерализме. Не вдаваясь в авторские трактовки предложенных терминов, отметим, что в совокупности эти процессы расщепляют государство, разрушая его единство, напрямую зафиксированное Имперской конституцией.

Заметим, что, апеллируя к кризисной ситуации, Шмитт прямо не указывает на фактическую способность главы государства выступить гарантом конституции. В этом плане мыслитель стремится сохранить юридическую логику рассуждений и приводит теоретико- и позитивно-правовые аргументы в пользу своей позиции, не ссылаясь напрямую на располагаемую главой государства силу. Шмитт пытается показать, что для использования этой силы и принятия жестких мер существуют глубинно-правовые (политические) основания. Шмитт признаёт, что исторически могут существовать самые разные конструкции гарантирования конституции<sup>440</sup>, однако кризисная ситуация, в которой оказывается современное конституционное государство с системой разделения властей, выдвигает на передний план фигуру главы государства.

Например, отвечая сторонникам переноса англосаксонской модели в континентальный правопорядок, Шмитт указывает, что раз за разом, оказываясь в серьезном положении, Верховный суд США теряет возможность как-либо влиять на ситуацию. Чтобы в этом убедиться, не обязательно обращаться к Гражданской войне и саботажу Линкольна, проигнорировавшего решение Верховного суда США по делу. Мы можем вспомнить судебное решение, положившее начало судебному

---

<sup>439</sup> Шмитт К. Гарант конституции. С. 29, 30.

<sup>440</sup> Там же. С. 30–42, 53, 54.

конституционному контролю в США. Дело Мэрбэри против Мэдисона в 1803 г. наглядно демонстрирует содержащийся в самой конструкции и институциональной обособленности судебной власти существенный изъян (с точки зрения ситуации) – невозможность выполнить решение без поддержки исполнительной власти (или широкого общественного авторитета)<sup>441</sup>. Таким образом, Шмитт стремится донести мысль о том, что никакого иного гаранта конституции в условиях кризиса, кроме главы государства, просто нет.

Мы помним, что аргумент Кельзена в пользу независимости конституционного суда покоится на максиме «никто не может быть судьёй в собственном деле». В то же время мыслитель не обращает внимание на то, что в условиях конституционного кризиса именно эта модель ставится под вопрос, поскольку каждый из высших органов государственной власти может заявить о правильности своего видения защиты конституции и государственной целостности, приводя соответствующие позитивно-правовые аргументы. Об этом красноречиво свидетельствует российский конституционный кризис.

Интенция излагаемого К. Шмиттом аргумента содержится в Указе о Суде, где сказано, что «Конституционный Суд Российской Федерации оказался в глубоком кризисном состоянии. Дважды в течение 1993 года Конституционный Суд Российской Федерации своими поспешными действиями и решениями ставил страну на грань гражданской войны. *Но когда угроза гражданской войны становилась реальной, Конституционный Суд Российской Федерации бездействовал* (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>442</sup>. Признавая в этом положении существенную долю риторизма со стороны победителя, нельзя не отметить, что в нём весьма точно подмечена неспособность судебной инстанции умирить социально-политическую ситуацию в конкретной исторической обстановке.

Иначе на проблему смотрит В.Д. Зорькин, увязывая неспособность Суда повлиять на ситуацию с несовершенством действовавшей на тот момент

---

<sup>441</sup> Лобов М. Верховный суд США и проблема разделения властей: пределы правового подхода // Конституционный суд как гарант разделения властей: сборник докладов. М., 2004. С. 60–83.

<sup>442</sup> Указ Президента РФ от 7 октября 1993 г. № 1612 «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Конституции: «при отсутствии в Конституции строгого разделения властей и указании в ней на полномочие Съезда народных депутатов Конституционный Суд объективно не мог обеспечить баланс между законодательной и исполнительной ветвями власти, противостоять их острой конфронтации (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>443</sup>. Таким образом, за объективное выдается позитивно-правовое несовершенство текста, тогда как широкий социально-политический контекст, на учёте которого упорно настаивает К. Шмитт, остаётся за рамками причин, объясняющих неудачу судебного органа.

Впрочем, нельзя не оговориться, что история мирового конституционализма знает примеры, когда действия органов конституционного правосудия приводили к стабилизации конституционного строя, установлению баланса между другими ветвями власти и способствовали выходу из кризиса. Подробный обзор подобных случаев, произошедших в современной истории, составили Н.Дж. Натан и Д.Дж. Уоллер. Примечательно, что данные авторы акцентируют особое внимание на конституционных кризисах, обозначая их как ситуацию разрыва конституционной преемственности, которая характеризуется как «случай, когда основы конституционного порядка в политическом, а иногда даже в юридическом смысле сами по себе являются предметом разногласий и острой дискуссии», т.е. в случае, «когда неясно, что такое конституция». Именно в такие моменты «конституционные суды могут стать удивительно влиятельными политическими игроками». При этом такая политическая активность после завершения кризиса приводит к ослаблению судебного органа, поскольку суд ставит себя в крайне уязвимую позицию после решения конституционных проблем<sup>444</sup>.

К более конкретным условиям вступления органа конституционного правосудия в политическое противостояние с иными силами, каждая из которых формирует и отстаивает собственный вариант понимания конституционного будущего, авторы относят, во-первых, широкие полномочия судов, дающие

---

<sup>443</sup> Зорькин В. Реализация конституционного принципа разделения властей в практике Конституционного Суда России // Конституционный суд как гарант разделения властей: сборник докладов. М., 2004. С. 17–30.

<sup>444</sup> Натан Н.Дж., Уоллер Д.Дж. Конституционный суд и политическая неопределённость: разрыв конституционной преемственности и «правление судей». Часть 1 // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 4. С. 30–46.

возможность для институционального вмешательства; во-вторых, наличие у суда сильного лидера; в-третьих, политические разногласия между законодательной и исполнительной ветвями власти. Заметим, что все три условия в России в 1993 г. были соблюдены.

В качестве относительно успешных попыток органов конституционного правосудия разрешить проблему разрыва конституционной преемственности указываются Венгрия (1990–1998), Турция (2002–2008) и ЮАР (1994). Однако самым успешным (и загадочным) примером политической активности конституционного суда, сумевшего оказать наибольшее влияние на другие органы власти, исследователи называют деятельность Высшего конституционного суда Египта в 2011–2014 гг.<sup>445</sup>, развернувшуюся в контексте «арабской весны». Особняком в ряду рассматриваемых авторами ситуаций, как можно догадаться, стоит не оставленная без внимания осенняя история 1993 г., когда Конституционный Суд, попытавшийся обеспечить конституцию и конституционный строй (так как он это понимал и теми средствами, которые ему были доступны), потерпел поражение от исполнительной власти, был распущен и реформирован.

В свою очередь, мы полагаем, что данная иллюстрация возвращает нас к замечаниям К. Шмитта относительно пристального внимания к конкретной конституционной ситуации, интенсивность которой обуславливает возможности, пределы и характер вмешательства органов государственной власти в процессе гарантирования конституции. Российский конституционный кризис 1993 г. был весьма острым, и занятие каждым из органов определённой позиции фактически означало бескомпромиссность по отношению к противникам. Не будучи способным остаться безучастным, полагаясь на собственную правоту, в нарушении ряда процессуальных норм Конституционный Суд РФ выступил против действий Президента РФ в рамках наличествующей конституционной ситуации, важной составляющей которой была широкая поддержка гражданами действующего главы государства, и оказался неспособным реализовать свой вариант гарантирования конституции.

---

<sup>445</sup> Натан Н.Дж., Уоллер Д.Дж. Конституционный суд и политическая неопределённость: разрыв конституционной преемственности и «правление судей». Часть 2 // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 5. С. 30–47.

Итогом конституционного кризиса 1992–1993 гг. становится принятие 12 декабря 1993 г. по результатам Всенародного голосования новой Конституции Российской Федерации. В ней весьма иронично фиксируется два гаранта конституции – Президент РФ и Конституционный Суд РФ. При этом если первому присваивается статус гаранта в позитивно-правовом смысле, что прямо прописано в ч. 2 ст. 80<sup>446</sup>, то второго, чей статус и полномочия закреплены в ст. 125, можно считать гарантом в доктринальном смысле.

Конечно, если мы будем строго следовать учениям немецких правоведов, то гарантом конституции в специальном смысле будет лишь один орган. Однако одним из теоретических результатов спора Шмитта и Кельзена как раз и является появление в теории государства и науке конституционного права представления о существовании двух основных способов гарантирования конституции – политического (осуществляемого президентом республики) и судебного (осуществляемого органом с полномочиями конституционного суда), которые могут существовать как самостоятельно, так и «уживаться» вместе в рамках одного конституционного текста и строя. В итоге текущая конституционная ситуация и теоретические итоги спора позволяют сделать вывод о том, что «современный российский конституционализм ... основывается на сочетании (соотношении и взаимном влиянии) доктрины и практики политического гарантирования конституции главой государства и судебного гарантирования конституции (органом конституционного правосудия)»<sup>447</sup>.

При этом подобное сосуществование двух гарантов оценивается по-разному. Например, А.И. Кравец полагает, что «в России существование *двух гарантов Конституции* ... может усиливать гарантирующий эффект конституции, а может взаимно уравновешивать политические и судебные аспекты гарантирования»<sup>448</sup>.

---

<sup>446</sup> Примечательно, что Конституционный Суд РФ в своих решениях не раз обращался к статусу Президента РФ как гаранту Конституции РФ, давая толкования ч. 2 ст. 80 Конституции РФ или же основывая на ней свою позицию. Обзор решений Конституционного Суда РФ, в которых упоминается статус Президента РФ как гаранта Конституции РФ. Обзор этих решений см.: *Краснов М.А.* Проблемы концепта «гарант конституции» // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. № 2. С. 15–45.

<sup>447</sup> *Кравец А.И.* Конституционное правосудие. Теория судебного конституционного права и практика судебного конституционного процесса. М., 2017. С. 95.

<sup>448</sup> Там же. С. 97.

Иными словами, каждый из гарантов вкладывается в общее дело обеспечения действия конституции (усиливающий эффект), реализуя свои усилия в пределах выделенных полномочий и доступных способов и защищая её от различных угроз, среди которых потенциально может осуществиться попытка одного из гарантов превратиться в хозяина конституции (уравновешивающий эффект). Насколько реальна способность одного из гарантов стать единственным, как мы разобрались выше, зависит преимущественно от текущего конституционного положения.

Схожей позиции придерживался М.А. Краснов, отмечая, что «конституция может подвергаться угрозам разного характера и разного масштаба. Возможно также, что один из гарантов просто не выполняет (не хочет или не может выполнять) свою задачу. И тогда наступает необходимость «задействовать следующую линию обороны». При этом противодействовать правовой угрозе, скорее, призван орган конституционного контроля, однако если конституции угрожают события, явления, процессы, требующие применения силы, в дело должен вступить уже глава государства<sup>449</sup>.

Однако в последующей публикации указанный автор по собственному заверению отказывается от этой оценки и становится на сторону Шмитта, солидаризируясь с последним в том, что, не имея «самостоятельной силы для того, чтобы заставить исполнять собственные решения», орган конституционного правосудия в кризисной ситуации, т.е. именно тогда, когда конституции угрожает наибольшая опасность, становится беспомощным, а его действия бессмысленными. Поэтому «предотвратить крушение конституционного строя ... способен только президент», который с необходимостью (что наиболее сложно обеспечить) должен быть нейтральной фигурой<sup>450</sup>.

Иначе на проблему смотрит Д.Г. Шустров, который, хоть формально и становится на примирительную позицию, тем не менее отмечает, что «на страже конституции должны стоять все органы государства, каждый из которых осуществляет *общую* охрану и защиту конституции в пределах своей компетенции»,

---

<sup>449</sup> Краснов М.А. Введение в конституционное право с разъяснением сложных вопросов. М., 2020. С. 177.

<sup>450</sup> Краснов М.А. Проблемы концепта «гарант конституции» // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. № 2. С. 15–45.

но «в то же время, наряду с общей охраной и защитой, обязательно должна быть охрана и защита *специальная*, выполняемая органом, специально созданным для осуществления данной функции. На эту функцию лучше всего подходят органы типа Конституционного суда»<sup>451</sup>.

Развивая высказанную мысль в более поздней работе, Д.Г. Шустров отмечает, что «*наделение статусом гаранта Конституции РФ не только Конституционного Суда, но и Президента вписывается в логику происхождения и развития Конституции*, в которой Президент задумывался центральной фигурой в государственном механизме, *однако вряд ли институционально правильно, поскольку гарант должен быть один, его решение должно быть окончательно и не подлежит каким-либо сомнениям и коллизиям*, даже несмотря на чёткое разграничение гарантийных полномочий (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>452</sup>.

Таким образом, можно заключить, что при отказе от примирительной трактовки, согласно которой презюмируется сосуществование более одного органа, осуществляющего специальное гарантирование конституции, авторы фактически становятся на позицию одного из немецких мыслителей – Карла Шмитта или Ганса Кельзена, что делает дискуссию последних не просто делом прошлого, но весьма актуальным для современности эпизодом государственно-правовой истории как в её интеллектуальном, так и в социально-политическом аспектах.

Следующий вывод, который мы бы хотели сделать, состоит в констатировании сосуществования в общем политическом континууме двух ключевых фаз: нормальной (рутинной, текущей и проч.) и исключительной (кризисной, чрезвычайной и проч.). Подход Шмитта показывает, что чрезвычайное состояние является реальностью даже для современного конституционного демократического государства. Более того, оно протекает именно в его ключевых конфигурациях (конфликт ветвей власти, борьба за смысл и содержание конституции). Учение Кельзена, напротив, акцентирует внимание на

---

<sup>451</sup> Шустров Д.Г. Прирученный левиафан: государство как объект конституционно-правового регулирования. СПб, 2014. С. 340, 341.

<sup>452</sup> Шустров Д.Г. Пределы изменения конституции и конституционный контроль за их соблюдением: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.02. М., 2021. С. 392.

конституционной стабильности, в рамках которой орган конституционного правосудия приобретает крайне широкие полномочия.

### **§ 3. Дискуссия Шмитта и Кельзена как проблема множественности языков описания мира в политической науке**

В ходе исследования конкретных дискуссий Шмитта и Кельзена нами не раз было отмечено, что мыслители исходят из разных теоретико-методологических и ценностно-нормативных допущений, что предлагаемые ими способы понимания политико-правовых явлений носят взаимоисключающий характер, что государствоведы расходятся в трактовка ключевых государственно-правовых понятий (конституция, демократия, гарантирование конституции, политика, представительство и т.д.) и проч. При этом общий охват рассматриваемых Шмиттом и Кельзенем проблематик, присутствие в их рассуждениях системы взаимосвязанных идей, последовательность в использовании методологических приёмов и т.д. позволяют говорить не просто о случайных высказываниях и суждениях, сделанных каждым из мыслителей по некоторому случаю, но и о формулировании каждым автором собственного политико-правового учения. Более того, мы предположили, что каждый мыслитель предлагает свой собственный тип (проект) политико-правового знания.

Именно эти проекты мы предлагаем именовать теоретическими языками описания мира. Таким образом, проблема заключается в том, что в рамках политической науки на равных сосуществуют как минимум два теоретических языка, которые взаимоисключают друг друга. Представляется, что данная проблема является одной из ключевых эпистемологических проблем не только политической, но и любой социогуманитарной науки. В политологии она имеет глубокие корни, восходящие к многочисленным трактовкам природы политического, которые были представлены за длительную историю развития политической философии, так и в государственно-правовой науке конца XIX – начала XX в.

Напомним, что дискуссия о суверенитете начиналась с «парадокса Елленика», суть которого состоит в констатации социальной и юридической природы государства. Подобное многообразие оценок феноменов, опирающееся на разный

теоретико-методологический инструментарий, было крайне распространено в государственоведении.

Вот как описывает сложившуюся ситуацию в 1916 г. дореволюционный государствовед Б.А. Кистяковский: «ни в какой другой науке нет столько *противоречащих друг другу теорий*, как в науке о праве. *При первом знакомстве с нею* получается даже такое впечатление, как будто она только и состоит из теорий, взаимно исключаящих друг друга. Самые *основные вопросы* о существе и неотъемлемых свойствах права *решаются различными представителями науки о праве совершенно различно* (курсив мой. – Прим. А.У.)»<sup>453</sup>. Разумеется, что речь идёт не только о понимании права, но и о понимании государства, природы власти, устройства правления, характера политического представительства, социокультурных особенностей политических институтов и проч.

Другой русский дореволюционный мыслитель Н.А. Захаров подтверждает поставленный Кистяковским диагноз: «даже само наименование дисциплины, признаваемой существующей и необходимой, иногда не вполне установлено и изменяется согласно той точке зрения, на которую *писатель становится при изложении методов этой науки*». Далее он продолжает: «войдите в ту же самую науку о государстве, и вы остановитесь перед спорностью самого понятия государства, перед понятием его суверенитета»<sup>454</sup>.

Очевидно, что государственоведение в некотором смысле было перегружено обилием сосуществующих в нём концепций, подходов, моделей, теорий и трактовок. Дискуссия Шмитта и Кельзена в этом контексте является отражением этой ситуации.

Мы предлагаем три решения данной проблемы: анархистское, дисциплинарное и плюралистическое. *Первое решение* является решением лишь условно, поскольку оно указывает на принципиальную невозможность разрешения данной проблемы. Более того, в рамках него полагается, что сосуществование взаимопротиворечащих подходов, не объединенных никаким общим началом, является нормальным состоянием науки. *Второе решение* акцентирует внимание на множестве дисциплин, в каждой из которых складывается свой собственный

---

<sup>453</sup> Кистяковский Б.А. Социальные науки и права: очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 374.

<sup>454</sup> Захаров Н.А. Система русской государственной власти. М., 2002. С. 31.

теоретико-дисциплинарный язык, внутри которого получают свою легитимность отдельные методологические подходы и направления. И наконец, *третье решение* предполагает примирительную логику, согласно которой границы между дисциплинами весьма подвижны, а в ходе исследования социального явления или процесса возможно совмещение ряда методологических подходов, из которых конструируется («собирается») теоретико-методологический инструментарий познания.

Остановимся более подробно на каждом из решений, обозначив те выводы, которые они влекут за собой в контексте исследования дискуссии Шмитта и Кельзена.

**Анархистское решение.** Наиболее радикальным является решение, согласно которому каждый из языков описания мира является абсолютно самозаконным и не подлежит объединению в рамках некоторого общего начала. Подобное решение основывается на идее эпистемологического анархизма П. Фейерабенда (именно отсюда само название «анархистское»)<sup>455</sup>.

При разделении анархистского решения проблемы множественности языков исчезает не только возможность дискуссии, но и сама проблема. Ведь можно полагать сосуществование множества теоретико-методологических подходов, концептуализаций, трактовок понятий и т.д. внутри некоторой системы знания проблемой лишь в том случае, если хотя бы на некотором гипотетическом уровне допускается идея единства этого знания и наличие критерия, позволяющего отнести некоторое суждение или подход к этому знанию. Шмитт и Кельзен в этом контексте творят самозаконные теоретические языки, присоединение к которым исключает возможность разделять положения иных теоретических языков. В этом случае дискуссия в строгом смысле невозможна, поскольку её авторы буквально говорят на разных языках, обращаясь не столько к оппоненту, сколько к потенциальным сторонникам, способным принять этот язык.

Разумеется, что подобный взгляд на дискуссию и в целом на политическое знание обладает крайне низким эвристическим потенциалом и не просто не объясняет проблему, но нормализует её. Развитие данного взгляда приводит в целом

---

<sup>455</sup> См.: Фейерабэнд П. Против метода. Очерки анархистской теории познания. М., 2007. 413 с.

к отрицанию особенности научного языка как такового. В этом плане учения Шмитта и Кельзена ставятся на один уровень с мифами, детскими фантазиями, правилами игры и проч., т.е. любой системой смыслов, предлагающей некоторое объяснение мира.

**Дисциплинарное решение.** Следующим вариантом решения проблемы множественности языков описания мира является дисциплинарное решение. Его суть состоит в разделении учений Шмитта и Кельзена по дисциплинарному признаку. Одним из тех, кто обозначил подобный вариант, был Р. Меринг, который отметил, что наследие Кельзена органично вписывается в признаваемую конституционную теорию и общую теорию права, тогда как учение Шмитта может быть отнесено к политической науке<sup>456</sup>. Нам бы хотелось очень подробно остановиться на этом решении, поскольку, представляется, что оно, среди прочего, раскрывает некоторые аспекты взаимоотношений политологии и юриспруденции.

На то, что учение Шмитта не является частью канона юридической классики, указывает его весьма слабое присутствие в учебной литературе по истории политических и правовых учений. Обращение к наиболее фундаментальным и известным трудам по этой дисциплине показывает, что, например, в учебнике под редакцией О.Э. Лейста<sup>457</sup> учение Шмитта вообще не рассматривается. Точно такая же ситуация наблюдается в учебниках В.Г. Графского<sup>458</sup>, Е.А. Фроловой<sup>459</sup> и учебнике за авторством И.Ю. Козлихина, А.В. Полякова и Е.В. Тимошиной<sup>460</sup>. В учебнике под редакцией В.В. Лазарева Шмитт дважды упоминается через запятую: первый раз просто как немецкий мыслитель и второй раз как критик либерализма<sup>461</sup>. Некоторое внимание наследию Шмитта уделено в учебнике под редакцией В.С.

---

<sup>456</sup> *Mehring R. Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitt Auseinandersetzung mit Hans Kelsen // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 1994. Bd. 80. N. 2. P. 191, 202.*

<sup>457</sup> См.: История политических и правовых учений / отв. ред. О.Э. Лейст. М., 2004.

<sup>458</sup> См.: *Графский В.Г. История политических и правовых учений: учебник. М., 2009.*

<sup>459</sup> См.: *Фролова Е.А. История политических и правовых учений: учебник. М., 2017.*

<sup>460</sup> См.: *Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В. История политических и правовых учений. СПб, 2015.*

<sup>461</sup> История политических и правовых учений: учебник / отв. ред. В.В. Лазарев. М., 2008. С. 418, 531.

Нерсесянца<sup>462</sup>, где излагаются основные положения «Гаранта конституции» и «Легальности и легитимности».

Конечно, в научной литературе дело обстоит иначе. На Шмитта изредка ссылаются философы и теоретики права, а также конституционалисты, чьи работы мы активно использовали при написании диссертации. Но учебная литература тем и показательна, что она одновременно не только выражает, но и конструирует внутри соответствующей научной корпорации представление о некотором «каноне» классиков дисциплины, которые оказали определяющее влияние на её становление (сделали её такой, какая она есть)<sup>463</sup>. Изложенную на примере учебной литературы картину органично дополняет тот факт, что в каждом из названных учебников учение Кельзена изложено весьма обстоятельно.

При этом учебные издания по политологии, политической теории и политической философии в обязательном порядке содержат ссылки на Шмитта и анализ его учения<sup>464</sup>.

Весьма наглядно политологическое представление о принадлежности Шмитта к политической науке демонстрирует следующий пример. Так, обосновывая возможность сопоставления политико-правовых учений Шмитта и русского дореволюционного философа и государствоведа И.А. Ильина, исследователь пишет: «авторы принадлежат к разным мыслительным традициям ... для Ивана Ильина вообще довольно чужда терминология, свойственная теории политики. В силу того, что российская философия политики начиналась с философии права, ему гораздо ближе философско-правовой язык, и даже одну из центральных, наполненных глубоким политическим смыслом категорий своей политической философии он обозначает вполне юридическим термином правосознание (курсив мой. – Прим.

---

<sup>462</sup> История политических и правовых учений: учебник / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2004. С. 789–792.

<sup>463</sup> О значении классики и классиков для конструирования дисциплинарного поля см.: Полетаев А.В. Классика в общественных науках // Неклассическое наследие. Андрей Полетаев. М., 2009. С. 60–92.

<sup>464</sup> См., например: Гаджиев К.С. Политическая философия. М., 1999. 616 с.; Алексеева Т.А. Современная политическая мысль (XX–XXI вв.). М., 2016. 625 с.; Сморгун Л.В. Философия и политика. Очерки современной политической философии и российской политика. М., 2007. 176 с.; Соловьев А.И. Политология: учебник для вузов. М., 2017. 422 с. и др.

А.У.)»<sup>465</sup>. Эти факты излагаются как противостоящие траектории Шмитта, хотя его философия политики точно так же начиналась с философии права.

Весьма характерно, что юридическим аспектам учения Шмитта посвящена книга Ф. Нойманна «Карл Шмитт как юрист» (2015). Само название указывает на необходимость выделения некоторых юридических сюжетов из общего интеллектуального наследия Шмитта. Автор связывает такое название именно с широтой этого наследия, отмечая в качестве факта принадлежность Шмитта к юридической корпорации (профессор публичного права, автор работ по конституционному праву) и то, что его интересы касались философии, политологии, социологии, теологии и филологии<sup>466</sup>.

Для контраста можно представить себе книгу с названием «Ганс Кельзен как юрист». Как и Шмитта Кельзена интересовали вопросы философии, политологии, социологии, теологии и, возможно, даже филологии, однако подобное название сочинения будет выглядеть абсурдным, поскольку очевидно, что Кельзен юрист. Поэтому стремление показать, что Кельзен является многоплановым мыслителем, выстраивается в обратном направлении: сначала подробно раскрывается его юридическое учение и лишь после этого развивается идея о том, что его наследие выходит за рамки юриспруденции и значимо для философии, политологии и социологии<sup>467</sup>.

Всё это объясняется тем, что Кельзен является одной из ключевых фигур как в теории и философии права, так и в истории правовых учений. К его наследию обращались все ведущие юристы XX в., с ним спорили и не соглашались как сторонники естественно-правового подхода, так и представители других школ внутри юридического позитивизма. Ни одно серьёзное рассуждение о праве и правовой системе не обходится без ссылок на работы Кельзена. В учебном процессе закрепилось восходящее к учению Кельзена представление об иерархии нормативных правовых актов; его теория гарантирования конституции весьма часто воспринимается юристами как выражающая сущность юридического подхода к

---

<sup>465</sup> Сытин А.Г. Смысл политики по Карлу Шмитту и по Ивану Ильину: опыт сравнительного анализа // Философия прав и политики. М., 2014. С. 96–106.

<sup>466</sup> Neumann V. Carl Schmitt als Jurist. Tübingen, 2015. P. 3, 4.

<sup>467</sup> См. подобную линию в Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts. Wien, 2014. 189 p.

разрешению конфликтов и проблем. Таким образом, сложно сомневаться в том, что Кельзен является классиком юридической науки.

Однако само по себе дисциплинарное решение не объясняет самого главного: каковы критерии конструирования дисциплины? Почему Шмитт был внесён в канон классиков политической, а Кельзен юридической наук? Можно выделить как минимум два ответа на этот вопрос.

Первый ответ на вопрос является социологическим. В нём акцентируется внимание на принадлежности некоторого мыслителя к определенной профессиональной корпорации и (или) академической институции. Следовательно, всякий, кто принадлежит к некоторой части университетско-академической жизни, занимая в ней место (важно не то, какое это место, а сам факт его наличия), является частью того сообщества, представители которого могут генерировать различные идеи, которые будут квалифицированы как политологические, юридические, философские и проч.

Соответственно, дискуссия Шмитта и Кельзена, несмотря на всю противоположность их взглядов, была возможна в силу того, что они работали на государствоведческих кафедрах, имели юридическое образование и степени докторов государственного права. Несмотря на то, что каждый из них был «одиночкой» в академическом мире, в силу перечисленных признаков это не мешало им быть его частью.

Поэтому в контексте времени прохождения дискуссии, для которой характерна институционально-академическая неразделённость юридического и политологического знания и его единство в дисциплинарном пространстве государствоведения, для Шмитта и Кельзена она не является противостоянием между правом и политикой, однако выражает то напряжение, которое возникает в пространстве государствоведения, объединяющего под общим названием самых разных специалистов. Лишь дальнейшее обособление юриспруденции и политологии приводит к заключению о противостоянии между Шмиттом и Кельзеном, как о противостоянии политики и права. Это вытекает из того факта, что в настоящий момент Шмитт интересен преимущественно политологам, а Кельзен юристам.

Второй ответ на вопрос о границах дисциплины и теоретического языка является собственно эпистемологическим. Он предполагает, что оперирование некоторым теоретическим языком конструирует дисциплину. Иначе говоря, что всякий, кто желает провести исследование власти как политолог, должен разделять определенный набор допущений, пользоваться определенными методами и оперировать определенным пониманием ключевых понятий. Из этого следует, что такие объекты, как власть, право, государство, авторитет, норма и т.д. становятся «видимыми» для дисциплины только тогда, когда исследователь прибегает к помощи теоретического языка, через призму которого он начинает рассматривать внешний мир. Таким образом, то, *что* выдаётся в качестве власти, права и государства политологами и юристами, не является тождественным: у политологов своё государство, у юристов своё.

Примечательно, что труды самого Кельзена близки к данному решению. Его идея о юридическом и социологическом понятии государства, которая исходит из методологического дуализма социальных наук о должном и сущем, указывает именно на это решение. В 1920–1930-е гг. Кельзен не отрицал, что социология может изучать право и государство; он лишь утверждал, что то представление о праве и государстве, которое будет сформировано при использовании социологического подхода, не будет иметь ничего общего с юридическим пониманием права и государства. Дуализм методов приводит к дуализму объектов познания.

Возвращаясь к ситуации начала XX в., мы видим, что проект Кельзена не является доминирующим, напротив, его положение довольно автономно относительно преобладающих в государственно-правовой науке направлений. При этом теоретический язык государственно-правовой науки синтезирует в себе теоретические языки современной политологии и юриспруденции. Однако по прошествии ста лет мы оказываемся в ситуации, когда политология и юриспруденция как институционально, так и эпистемологически разделены.

Представляется, что дискуссия Шмитта и Кельзена способна объяснить отдельные моменты истории этого разделения. Наш тезис состоит в том, что Кельзену принадлежит огромная заслуга в обособлении политической науки. Она заключается не в обосновании её предмета или метода, не в создании политологической школы или проведении фундаментальных политологических

исследований. *Результатом замыкания юриспруденции на анализе позитивного права становится выведение из её предмета политического* (юристы перестают исследовать политику). В этом отношении Кельзен выходит из противостояния со Шмиттом абсолютным победителем. Хотя и не в полной мере в юриспруденции удалось реализовать проект чистого учения о праве, т.е. юриспруденции как науки о позитивном праве, тот факт, что Шмитт, всегда настаивающий на своём статусе юриста и юридическом характере рассматриваемых проблематик, является в современной юриспруденции периферийным автором наглядно свидетельствует об этом<sup>468</sup>.

Чтобы обосновать этот тезис, нам нужно выйти за рамки 1920–1930-х гг. и обратиться к трудам, написанным мыслителями позже.

Так, в 1950 г. Шмитт пишет в своем *opus magnum* следующее: «позитивистское правоведение, основывающееся на континентальном конституционном праве, демонстрирует перед проблемой чрезвычайного положения свою полную беспомощность ... в таких случаях он, как правило, просто уходит от существа проблемы и объявляет её не юридической, а политической»<sup>469</sup>. Иначе говоря, юриспруденция без политического есть юриспруденция позитивистская. Ключевым позитивистом и автором, в трудах которого, по мнению Шмитта, юридический позитивизм достигает своего наиболее полного выражения, конечно же, является Кельзен.

Сам Кельзен в начале XX в. отказывается признавать политическую науку, поскольку наследует из современной ему государственноведческой традиции отождествление политического и идеологического. Однако уже в середине века Кельзен соглашается с существованием политической науки. Мыслитель применяет к ней все требования, позволяющие отличать научное познание от ненаучного. Среди них ценностный релятивизм, дескриптивизм, антиидеологическая направленность, объективность и т.д. Особенность политической науки состоит в её объекте, которым является политика, т.е. «деятельность, направленная на

---

<sup>468</sup> О «периферийных» теоретиках права см.: *Коттеррелл Р. Эрлих на окраине империи: центры и периферии в правовых исследованиях // Российский ежегодник теории права. 2008. Т. 1. С. 546–564.*

<sup>469</sup> *Шмитт К. Номос земли в праве народов jus publicum europaeum. СПб., 2008. С. 277, 278.*

установление и поддержание социального порядка в особенности государственного», тогда как «право по своему определению есть противоположность политики»<sup>470</sup>. Признавая политологию, Кельзен четко отделяет её от юриспруденции.

Соответственно, в настоящий момент дискуссия Шмитта и Кельзена, действительно, может трактоваться как противостояние двух теоретических языков: политологического и юридического. Их полемика 1920–1930-х гг. является признаком кризиса единой государствоведческой науки как науки, объединяющей в своём предмете право и политику.

Несмотря на определённые достоинства и эвристический потенциал в объяснении взаимоотношений политологии и юриспруденции, дисциплинарное решение проблемы множественности теоретических языков является достаточно жестким и существенно упрощает как социальную реальность, так и практику её познания.

**Плюралистическое решение.** Итак, принимая во внимание историческое единство политологического и юридического знания, а также тесную переплетенность права и политики, можно сформулировать плюралистическое решение проблемы множественности теоретических языков.

Исходной предпосылкой этого решения является представление о нормальности сосуществования в рамках науки разных способов познания её предмета. От анархического решения плюралистическое отличается признанием объединяющего языка начала (например, система политологического знания) и автономности относительно ненаучных языков описания мира (учение Кельзена не может ставиться на один уровень с правилами настольной игры). Вместе с тем совокупность языков связана с дисциплиной, что сближает это решение с дисциплинарным. Отличие состоит в отказе от жестких границ, разделяющих, например, политологию и юриспруденцию.

Таким образом, проводя конкретное исследование, автор конструирует собственную методологию на основе конвенционально признаваемых теоретико-методологических подходов, применяемых в рамках некоторой дисциплины. При

---

<sup>470</sup> Кельзен Г. Наука и политика // Труды Института государства и права РАН. 2020. № 1. С. 183–209.

формировании авторской методологии для проведения конкретного исследования акцент делается на сходствах тех первоначальных подходов, из которых сконструирована методология. Мы продемонстрировали это на примере обращения к проблеме иерархии правовых актов. В то же время каждый подход признаётся ограниченным, т.е. применимым лишь к определенной ситуации или исследовательской задаче, что было выполнено нами при исследовании российского конституционного кризиса.

Наконец, сам жанр дискуссии становится весьма значимым в рамках плюралистического решения. Дискуссия, в которой принимает участие сам автор того или иного учения, демонстрирует сильные и слабые стороны его подхода, раскрывает его неочевидные преломления и показывает возможности для объединения конкурирующих подходов. Всё это мы могли наблюдать при обращении к политико-правовой дискуссии Карла Шмитта и Ганса Кельзена в 1920–1930-х гг.

## Заключение

Приступая к исследованию политико-правовой дискуссии Карла Шмитта и Ганса Кельзена, развернувшейся в 1920–1930-х гг. в непростых социально-политических и интеллектуальных условиях межвоенного времени, мы исходили из двух базовых теоретико-методологических допущений.

*Во-первых*, нам представляется, что одним из движущих факторов развития истории политической мысли является идейно-теоретическое противоборство различных концепций, доктрин и учений, которые находят своё выражение в дискуссиях политических мыслителей. Из этого следует, что именно в борьбе происходит развитие идей и обеспечивается их долговечность и устойчивость. Тот теоретик, который не защищает выдвинутые концепции, считая, что они не могут быть оспорены, с легкостью может потерять весь свой интеллектуальный авторитет. Тогда как тот, кто постоянно отвечает на критику и формулирует новые аргументы в свою пользу, напротив, зарабатывает статус мыслителя, приобретает учеников и последователей, которые продолжают его дело. Иными словами, противостояние учений с конкурирующими подходами является фактором их укрепления и оформления.

Сказанное, на наш взгляд, в полной мере относится к взаимоотношениям Шмитта и Кельзена, которые в идейном противостоянии дорабатывали собственные теоретические взгляды. Это мы и попытались проиллюстрировать на основе анализа их текстов. В их дискуссии прослеживаются различные ходы, которые могут быть основаны на одном методологическом инструментарии, но способы применения последнего будут кардинальным образом отличаться. Более того, зачастую теоретики делали выпады в сторону друг друга, прямо не ссылаясь на труды оппонента.

Нам представляется, что через дискуссию удалось провести обстоятельное исследование политико-правовых взглядов Шмитта и Кельзена как противостояние двух типов (проектов) политико-правового мышления. В качестве исходной точки были рассмотрены историко-биографический и идейно-теоретический контексты формирования учений, а также вытекающие из них возможные причины разногласий государствоведов. Критически важно, что каждый мыслитель усматривал мировоззренческое обоснование кризисных процессов Веймарской

республики во взглядах, разделяемых оппонентом: Шмитт связывал гибель республики с господствующим в государствоведении позитивизмом, Кельзен же, наоборот, полагал, что мировоззренческие истоки политического кризиса лежат в области иррационально-политических трактовок демократии и государственного устройства.

Общая характеристика политико-правовых учений фиксирует внимание не только на их отличиях, но и на сходствах. Среди последних мы выделили неокантианскую методологию, «мотив интеллектуального разоблачения» и использования политико-теологического аргумента (политической теологии). При этом существенно, что, несмотря на ряд исходных теоретико-методологических посылов, мыслители делают из них разные выводы.

Ключевые различия между политико-правовыми учениями Шмитта и Кельзена могут быть классифицированы по следующим основаниям: 1) что такое право и политика; 2) где проходят дисциплинарные границы государственно-правовой науки; 3) каков статус и назначение государственно-правовой науки (проблема нормативности); 4) как строится (излагается) учение. Мы пришли к выводу о том, что по каждому из пунктов государствоведы придерживаются взаимоисключающих трактовок.

Идейно-теоретическое противостояние Шмитта и Кельзена распадается на ряд эпизодов, среди которых нами были выделены дискуссии о суверенитете, о демократии и о гаранте конституции. Если сравнение взглядов мыслителей на суверенитет и гарантирование конституции в том или ином виде проводилось в отечественной науке ранее, то сравнительное исследование взглядов на демократию было проведено впервые. Каждая из дискуссии была реконструирована в диалогической форме через обращение к аргументативным стратегиям, которые привлекаются авторами для обоснования собственных позиций и критики противостоящего подхода.

Основные противоречия были представлены через три оппозиции: этатистская и глобалистская концептуализации суверенитета; гомогенная и плюралистическая модели демократии; политическое и судебное гарантирование конституции, где первая позиция, характеризует учения Шмитта, а вторая учение Кельзена. Общий тон противостояния указывал на то, что авторы зачастую

придерживаются взаимоисключающих взглядов на природу и институциональное оформление рассматриваемых явлений. Более того, между ними имеют место расхождения в трактовках самых базовых понятий и категорий (конституция, демократия, суверенитет и проч.).

*Во-вторых*, мы полагаем, что исследование политико-правовых дискуссий обладает значительным эвристическим потенциалом, поскольку показывает слабые места и недостатки сталкивающихся в них подходов, учёт которых позволяет конструировать примирительную комплексную методологию познания политических явлений и процессов. Исходя из этого, мы предложили варианты операционализации теоретических подходов, сформулированных Шмиттом и Кельзенем. Ключевой идеей, объединяющей данные операционализации, выступает попытка рассмотрения социально-политического порядка через чередование чрезвычайного (экстраординарного, исключительного, ненормативного) и обыденного (ординарного, рутинного, нормативного) состояний.

В этом контексте с опорой на труды мыслителей мы предложили два способа обоснования иерархии правовых актов: субъектно-политический (Шмитт) и нормативный (Кельзен). Их совокупное использование позволяет сочетать анализ юридической практики и политического процесса. Посредством использования материалов дискуссии мыслителей о гаранте конституции нами был рассмотрен российский конституционный кризис 1993 г., а именно противостояния Конституционного Суда РФ и Президента РФ, что позволило сделать выводы о фундаментальных проблемах современного конституционного государства, заложенных в самой природе и институциональной оформленной модели разделения властей.

Вместе с тем последовательное рассмотрение конкретной дискуссии позволяет поставить как минимум две серьезные эпистемологические проблемы политической науки. В рамках *первой проблемы* акцентируется внимание на единстве политической теории, представленной каждым из мыслителей. Можно заметить, что не всегда понятия, используемые для обозначения позиции мыслителя по тому или иному вопросу, находятся в чётком соответствии друг с другом. Конечно, это может быть проблема нашей интерпретации, однако, на наш взгляд, истинная причина лежит в невозможности создания всеобъемлющей политико-

правовой теории, предлагающей полностью непротиворечивые ответы на любые вопросы о праве и политике.

С проблемой единства теснейшим образом связана *вторая проблема* – проблема множественности языков описания мира в политической науке. Суть этой проблемы состоит в сосуществовании в политологии взаимоисключающих теорий и подходов, которые не признаются ложными, но помещаются в общий каталог теоретико-методологического инструментария политической науки.

Примирительная позиция, о которой было сказано ранее (конструирование комплексной методологии познания политико-правовых явлений и процесс на основе учений, сформулированных Шмиттом и Кельзеном), является одной из попыток разрешения этой проблемы. Мы обозначили такое решение как плюралистическое, смысл которого заключается в том, что нормальным состоянием политической науки признаётся сосуществование в ней различных концепций, которые методологически применяются современными исследователями либо в комплексе, что предполагает нивелирование их наиболее радикальных расхождений, либо по отдельности при рассмотрении определенных явлений, для которых та или иная концепция видится наиболее пригодной.

Два других решения этой проблемы были обозначены нами как анархистское и дисциплинарное.

*Первое* решение указывает на абсолютное равенство всех объяснительных систем и языков описания мира, и поэтому вряд ли может быть приемлемо, поскольку в строгом смысле слова отрицает саму проблему.

*Второе* решение разводит интеллектуальное наследие Шмитта и Кельзена между политической и юридической науками соответственно. Данное решение представляется довольно интересным, поскольку в конце XIX – начале XX в. ныне существующие самостоятельно науки были представлены государствоведением как единством юридического и политического знания. Именно поэтому и Шмитт и Кельзен в контексте своей эпохи именуются как государствоведы. Однако в дальнейшем учения каждого из мыслителей начинают «присваиваться» отдельными науками. Мы полагаем, что в этом плане через сопоставление учений можно понять причину столь жесткого размежевания права и политики.

Полагаем, что Кельзену принадлежит «заслуга» выведения из предмета юриспруденции политических элементов. Это привело к тому, что юристы перестали (по общему правилу) исследовать политику, а это в свою очередь дало существенный импульс для эпистемологической и академической институционализации политологии. Шмитт же, осознавая происходящие тенденции, зачастую стремится оправдать юридический характер собственных исследований, однако в дальнейшем четко фиксирует, что вопросы, признаваемые политическими, усилиями юридических позитивистов выходят за предметные границы правовой науки, оказываясь в пространстве крепнущей политологии.

Относительно дальнейших направлений исследования проблематики можно выделить три основные линии. *Во-первых*, следует признать, что попытка сравнения политико-правовых учений Шмитта и Кельзена далека от завершения. Нам удалось охватить лишь малую часть всего многообразия противоречий между ними. Частично это было обусловлено спецификой предмета исследования, т.е. концентрацией на дискуссии 1920–1930-х гг., которая в перспективе всего интеллектуального наследия каждого из мыслителей, несмотря на свою важность, не может претендовать на полноту выражения всех политико-правовых взглядов.

Таким образом, первой линией расширения исследования является концентрация на истории политической и правовой мысли, результатом чего может стать подготовка труда, посвященного общему сравнению политико-правовых взглядов Шмитта и Кельзена без привязки к какому-либо периоду их творчества и проблематике. Бесспорно, что такое исследование, по-прежнему не проведенное в полной мере ни в зарубежной, ни в отечественной науке, требует введения массы источников (дневниковые записи, личная переписка и проч.), выверенную проработку литературы (включая правки, вносимые при переиздании старых трудов), заполнение лакун в сопоставлении учений (например, учения могут быть сравнены в части международно-правовой теории или взгляда на историю европейской юриспруденции и т.д.) и проч. Отдельное место в данном исследовании может занять кратко затронутая нами тема взаимовлияния политико-правовых учений мыслителей друг на друга. Выход за пределы межвоенного периода позволит рассматривать дискуссию в оптике «скрытых диалогов»

*Во-вторых*, крайне перспективной выглядит линия актуализации политико-правовых учений в современных идейно-теоретических и политико-идеологических дебатах. Речь идёт о исследовании влияния наследия Шмитта и Кельзена на современную политическую мысль и практическую политику. Тут же находит своё развитие тематика операционализации отдельных положений политико-правовых учений мыслителей, которые могут применяться для постижения политических и правовых процессов, протекающих в современном мире.

*В-третьих*, дискуссия Шмитта и Кельзена может выступать исходной точкой для продвижения в сторону исследования роли дискуссий в интеллектуальной истории и более подробного рассмотрения проблемы сосуществования конкурирующих языков описания мира в рамках политической науки.

## Источники и литература

1. Агамбен, Дж. Homo sacer. Чрезвычайное положение / Дж. Агамбен. – Москва: Издательство «Европа», 2011. – 148 с.
2. Алебастрова, И.А. Политическая инклюзия меньшинств как фактор мажоритаризма и контрмажоритаризма (размышления конституционалиста) / И.А. Алебастрова // Сравнительное конституционное обозрение. – 2018. – № 4. – С. 16–35.
3. Антонов, М.В. Ганс Кельзен (1881–1973): основные вехи интеллектуального пути / М.В. Антонов // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2013. – № 1. – С. 3–15.
4. Антонов, М.В. Об основных элементах чистого учения Г. Кельзена о праве и государстве / М.В. Антонов // Труды Института государства и права Российской академии наук. – 2013. – № 4. – С. 169–195.
5. Антонов, М.В. Проблема имплементации различных доктрин суверенитета в российской правовой системе / М.В. Антонов // Теоретико-правовое осмысление суверенитета в России, Западной Европе и США в условиях глобализации: материалы IX Междунар. науч.-практ. конф. (Иваново, 15–19 сент., 2015 г.). – Иваново, 2015. – С. 35–45.
6. Антонов, М.В. Чистое учение о праве: варианты перевода и интерпретации / М.В. Антонов // Российский ежегодник теории права. – 2011. – № 4. – С. 499–510.
7. Антонов, М.В. Чистое учение о праве против естественного права? / М.В. Антонов // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. – Санкт-Петербург, 2015. – С. 7–106.
8. Арендт, Х. Vita active, или О деятельной жизни / Х. Арендт. – Москва, 2017.
9. Арзамасов, Ю.Г. Ведомственный нормотворческий процесс в Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Арзамасов Ю.Г. – Москва, 2004. – 364 с.
10. Артамошин, С.В. «Теология юриспруденции»: католический консерватизм К. Шмитта в поисках духовной преемственности / С.В. Артамошин // Диалог со временем. – 2010. – № 32. – С. 158–173.
11. Баталов, Э.Я. Проблемы демократии в американской политической мысли XX века / Э.Я. Баталов. – Москва, 2010.
12. Белькович, Р.Ю. Существует ли обязанность подчиняться закону / Р.Ю. Белькович // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2011. – № 4. – С. 33–51.
13. Бенуа, де А. Карл Шмитт сегодня / А. де Бенуа. – Москва: ИОИ, 2013. – 189 с.
14. Бойцова, О.Ю. Модель «тройственной нормативности» как инструмент исследования нормативизма / О.Ю. Бойцова // Вестник Московского университета. Серия 12. Политические науки. – 2006. – № 4. – С. 32–44.
15. Булыгин, Е.В. Избранные работы по теории и философии права / Е.В. Булыгин. – Санкт-Петербург: Алеф-Пресс, 2016. – 476 с.
16. Бурдьё, П. За ангажированное знание / П. Бурдьё // Неприкосновенный запас. – 2002. – № 5.

17. Быстров, А.С. Критика парламентаризма в учении А.А. Борового / А.С. Быстров // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. – 2019. – № 2. – С. 108–121.
18. Варга, Ч. Подводные камни правового позитивизма (взаимно опровергающие и дополняющие теории Кельзена и Шмитта) / Ч. Варга // Юридический позитивизм и конкуренция теорий права: история и современность (к 100-летию со дня смерти Г.Ф. Шершеневича): материалы VI Междунар. науч.-практ. конф. (Иваново, 5–8 октября 2008 г.). – Иваново, 2012. – Ч. 1. – С. 233–254.
19. Васев, И.Н. Значение иерархии нормативно-правовых актов для коллизионного правоприменения / И.Н. Васев // Российско-Азиатский правовой журнал. – 2022. – № 1. – С. 4–10.
20. Вахштайн, В.С.<sup>471</sup>. «Сообщество судьбы»: к военной истории идей / В.С. Вахштайн // Социология власти. – 2019. – № 4. – С. 12–52.
21. Вебер, М. «Объективность» социально-научного и социально-политического познания / М. Вебер // Вебер М. Избранные произведения. – Москва, 1990. – С. 345–415.
22. Веймарская конституция 1919 г. // 100(0) ключевых документов по германской истории в 20 веке. – URL: [https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument\\_de&dokument=0002\\_wrv&object=translation&l=ru](https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0002_wrv&object=translation&l=ru)
23. Вернан, Ж.П. Происхождение древнегреческой мысли / Ж.П. Вернан. – Москва, 1988.
24. Ветютнев, Ю.Ю. Аксиологические основания аргументации в дискуссиях о правопонимании / Ю.Ю. Ветютнев // Юридическая техника. – 2013. – № 1. – С. 88–90.
25. Ветютнев, Ю.Ю. Г. Кельзен и проблема позитивистской аксиологии права / Ю.Ю. Ветютнев // Нормативная теория Ганса Кельзена и развитие юриспруденции в Европе и США (к 40-летию со дня смерти Г. Кельзена): материалы VII ежегодной Междунар. науч. конф. (Иваново, 8–12 октября, 2013 г.). – Иваново, 2015. – С. 110–115.
26. Ветютнев, Ю.Ю. О юридической атрибутике суверенитета / Ю.Ю. Ветютнев // Теоретико-правовое осмысление суверенитета в России, Западной Европе и США в условиях глобализации: материалы IX Междунар. науч.-практ. конф. (Иваново, 11–19 сент., 2015 г.). – Иваново, 2015. – С. 73–77.
27. Винклер, Г.А. Веймар 1918–1933: история первой немецкой демократии / Г.А. Винклер; пер. с нем. Е. Земсковой, А.И. Савина. – Москва: РОССПЭН, 2013. – 890 с.
28. Гамбарян, А.С. Коллизионные нормы и их конкуренция: монография / А.С. Гамбарян, Л.Г. Даллакян. – Москва, 2019. – 160 с.
29. Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / Пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступ. ст. М.В. Антонова. – Санкт-Петербург: Алеф-Пресс, 2015. – 704 с.
30. Гаранов, Е.Н. Государственно-правовая теория Карла Шмитта: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Гаранов Е.Н. – Краснодар, 2007. – 197 с.
31. Гессен, В.М. Исключительное положение / В.М. Гессен. – Санкт-Петербург, 1908. – 410 с.

---

<sup>471</sup> Автор внесён в список СМИ, выполняющих функции иностранного агента.

32. Горяинов, О.В. «Чрезвычайное положение» в условиях божественного насилия: ответ Карла Шмитта Вальтеру Беньямину / О.В. Горяинов // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия: Право. – 2013. – № 1. – С. 5–16.
33. Гуляев, Р.В. Революция или диктатура: Ханна Арендт и Карл Шмитт о сущности политического: дис. ... канд. филос. Наук Гуляев Р.В. – Москва, 2013.
34. Даль, Р. Демократия и её критики / Р. Даль. – Москва, 2003.
35. Декларация прав и свобод человека 1789 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. 2. Современное государство и право. – Москва, 2003. – С. 85–88.
36. Декларация РСФСР от 12 июня 1990 года № 22-1 «О государственном суверенитете Российской Советской Федеративной Социалистической Республики» // 100 раритетов российской государственности. – URL: <https://raritety.rusarchives.ru/dokumenty/deklaraciya-o-gosudarstvennom-suverenitete-rossiyskoy-sovetskoy-federativnoy-socialisticheskoy>
37. Дидикин, А.Б. Философское и правовое наследие Ганса Кельзена: сборник статей и материалов / А.Б. Дидикин. – Москва, 2018. – 86 с.
38. Дзоло, Д. Демократия и сложность: реалистический подход Д. Дзоло. – Москва, 2010.
39. Дугин, А. Четвёртая политическая теория. Россия и политические идеи XXI века / А. Дугин. – Санкт-Петербург: Амфора, 2009. – 351 с.
40. Еллинек, Г. Конституции, их изменения и преобразования / Г. Еллинек. – Санкт-Петербург, 1907.
41. Еллинек, Г. Общее учение о государстве / Г. Еллинек. – Санкт-Петербург: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 752 с.
42. Еллинек, Г. Право меньшинства. Доклад, читанный в юридическом обществе в Вене / Г. Еллинек. – Москва, 1906. – 59 с.
43. Заключение Конституционного Суда РФ от 21 сентября 1993 г. № 3-2 «О соответствии Конституции РФ действий и решений Президента РФ Б.Н. Ельцина, связанных с его Указом «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации» от 21 сентября 1993 года № 1400 и Обращением к гражданам России 21 сентября 1993 г.» // КонсультантПлюс. – URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=4407#fQEZIKTns8LRzapA>
44. Закон Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-З «О нормативных правовых актах» // Национальный правовой Интернет-портал республики Беларусь. – URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=H11800130>
45. Закон РСФСР от 12 июля 1991 года № 1599-1 «О Конституционном Суде РСФСР» (в редакции от 25 февраля 1993 года) // КонсультантПлюс. – URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=EXP&n=375062#eeWZIKTkZiKKhBNz>
46. Захаров, Н.А. Система русской государственной власти / Н.А. Захаров. – Москва, 2002.
47. Зорькин, В. Реализация конституционного принципа разделения властей в практике Конституционного Суда России / В. Зорькин // Конституционный суд как гарант разделения властей: сборник докладов. – Москва: Институт права и публичной политики, 2004. – С. 17–30.

48. Иештедт, М. Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена / М. Иештедт // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. – Санкт-Петербург, 2015. – С. 621–658.
49. Кабаченко, А.П. История мировой политики. Систематизация политических учений и доктрин / А.П. Кабаченко. – Москва, 2009.
50. Катков, В.Д. Христианство и государственность / В.Д. Катков. – Москва, 2013. – 296 с.
51. Кельзен, Г. Кто должен быть гарантом конституции? / Г. Кельзен // Шмитт К. Государство: право и политика. – Москва: Территория будущего, 2013. – С. 359–410.
52. Кельзен, Г. Наука и политика / Г. Кельзен // Труды Института государства и права РАН. – 2020. – № 1.
53. Кельзен, Г. Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция. Часть 1, 2) / Г. Кельзен // Право и политика. – 2006. – № 8, 9. – С. 5–14, 5–18.
54. Кельзен, Г. Чистое учение о праве / Г. Кельзен. – 2-е издание. – Санкт-Петербург: Алеф-Пресс, 2015. – 540 с.
55. Кильдюшов, О. Между правом и политикой: Карл Шмитт в начале 30-х / О. Кильдюшов // Шмитт К. Государство: право и политика. – Москва, 2013. – С. 7–26.
56. Кистяковский, Б.А. Социальные науки и право: очерки по методологии социальных наук и общей теории права / Б.А. Кистяковский. – Москва, 1916. – 704 с.
57. Ковалевский, М.М. Общий ход развития политической мысли во второй половине XIX века / М.М. Ковалевский // Ковалевский М.М. Труды по политической социологии и политологии. – Санкт-Петербург, 2013. – С. 262–294.
58. Ковалевский, М.М. От прямого народовластия к представительному и от патриархальной монархии к парламентаризму: роль государства и его отражение в истории политических учений / М.М. Ковалевский. – Москва, 1906. – Т. 1. – 293 с.
59. Ковалевский, М.М. От прямого народовластия к представительному и от патриархальной монархии к парламентаризму: роль государства и его отражение в истории политических учений / М.М. Ковалевский. – Москва, 1906. – Т. 2. – 493 с.
60. Кокошкин, Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву / Ф.Ф. Кокошкин // Кокошкин Ф.Ф. Избранное. – Москва, 2010.
61. Коктыш, К.Е. Дискурс рационализма, свободы и демократии / К.Е. Коктыш. – Москва, 2021.
62. Кондуров, В.Е. Основания действительности правопорядка и проблема юстициальности «политического»: Карл Шмитт о границах юстиции / В.Е. Кондуров // Труды Института государства и права РАН. – 2018. – Т. 13, № 5. – С. 63–91.
63. Кондуров, В.Я. Политическая теология Карла Шмитта: теоретико-правовое исследование: дис. ... канд. юрид. наук / Кондуров В.Я. – Санкт-Петербург, 2022. – 226 с.
64. Кондуров, В.Е. «Решение» в государственной философии Карла Шмитта / В.Е. Кондуров // История государства и права. – № 20. – 2016. – С. 53–58.
65. Конституционный суд России: осмысление опыта / под общ. ред. А.Н. Медушевского. – Москва: Центр конституционных исследований, 2021. – 652 с.

66. Конституция Австрийской республики. Федеральный конституционный закон от 10 ноября 1920 года // Конституции государств (стран) мира. – URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=160>
67. Конституция Российской Федерации – России 1978 года (в редакции от 10 декабря 1992 года) // КонсультантПлюс. – URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=3136#V9oZIKT48Oily6Ex>
68. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // КонсультантПлюс. – URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_28399/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/)
69. Корнев, В.Н. В начале была норма / В.Н. Корнев, А.А. Володина // Российское правосудие. – 2013. – № 6. – С. 4–11.
70. Королев, С.В. «Суверенитет»: историко-социологическая концепция Еллинека и радикальный редукционизм Кельзена / С.В. Королев // Теоретико-правовое осмысление суверенитета в России, Западной Европе и США в условиях глобализации: материалы IX Междунар. науч.-практ. конф. (Иваново, 15–19 сент., 2015 г.). – Иваново, 2015. – С. 141–152.
71. Коттеррелл, Р. Эрлих на окраине империи: центры и периферии в правовых исследованиях / Р. Коттеррелл // Российский ежегодник теории права. – 2008. – Т. 1. – С. 546–564.
72. Космач, В.А. Германия в 1918–1919 гг.: рождение республики / В.А. Космач. – Витебск: ВГУ им. П. М. Машерова, 2008. – 169 с.
73. Костокрызов, П.И. Децизионизм в России: дореволюционные предшественники и современные интерпретаторы Карла Шмитта. Часть I / П.И. Костокрызов // Научный журнал «Дискурс-Пи». – 2021. – № 1. – С. 62–76.
74. Костокрызов, П.И. Децизионизм в России: дореволюционные предшественники и современные интерпретаторы Карла Шмитта. Часть II / П.И. Костокрызов // Научный журнал «Дискурс-Пи». – 2021. – № 2. – С. 36–48.
75. Костокрызов, П.И. Верховная власть: «забытая» категория политической науки? / П.И. Костокрызов // Полития. – 2021. – № 4. – С. 163–182.
76. Кох, Г. Очерки по истории политических идей и государственного управления / Г. Кох. – Москва, 1906. – 403 с.
77. Кравец, А.И. Конституционное правосудие. Теория судебного конституционного права и практика судебного конституционного процесса / А.И. Кравец. – Москва: Юстицинформ, 2017. – 400 с.
78. Краевский, А.А. Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм / А.А. Краевский // Правоведение. – 2015. – № 2. – С. 88–125.
79. Краснов, М.А. Введение в конституционно право с разъяснением сложных вопросов / М.А. Краснов. – Москва: НИУ ВШЭ, 2020. – 456 с.
80. Краснов, М.А. Проблемы концепта «гарант конституции» / М.А. Краснов // Сравнительное конституционное обозрение. – 2021. – № 2. – С. 15–45.
81. Кревельд, ван М. Расцвет и упадок государства / М. ван Кревельд – Москва: ИРИСЭН, 2016. – 542 с.
82. Кунц К. Совесть нацистов / К. Кунц. – Москва, 2007. – 400 с.
83. Лейпахарт А. Демократия в многосоставных обществах / А. Лейпахарт. – Москва, 1997. – 286 с.

84. Левин, И.Д. Суверенитет / И.Д. Левин. – Санкт-Петербург: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. – 373 с.
85. Леонов, А.С. Государственный суверенитет этимологии и предыстория развития концепта / А.С. Леонов // Государство и право. Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. – 2014. – № 3 (2). – С. 131–135.
86. Лёвит, К. Политический децизионизм / К. Лёвит // Логос. – 2012. – № 5. – С. 115–142.
87. Лобов, М. Верховный суд США и проблема разделения властей: пределы правового подхода / М. Лобов // Конституционный суд как гарант разделения властей: сборник докладов. – Москва, 2004. – С. 60–83.
88. Лобковиц, Н. Карл Шмитт – католический фашист? / Н. Лобковиц // Вопросы философии. – 2001. – № 5.
89. Любашиц, В.Я. Государственная власть: парадигма, методология и типология / В.Я. Любашиц, А.Ю. Мордовцев, А.Ю. Мамычев. – Москва: Юрлитинформ, 2013. – Ч. 1. – 397 с.
90. Люббе, Г. Карл Шмитт в восприятии либералов / Г. Люббе // Логос. – 2012. – № 5. – С. 143–157.
91. Майер, Х. Карл Шмитт, Лео Штраус и «Понятие политического». О диалоге отсутствующих / Х. Майер. – Москва, 2012.
92. Макинтайр, А. После добродетели: Исследования теории морали / А. Макинтайр. – Москва, Екатеринбург, 2000.
93. Мамычев, А.Ю. Что такое демократия: постановка вопроса / А.Ю. Мамычев // Философия права. – 2010. – № 2. – С. 67–73.
94. Манн, М. Темная сторона демократии / М. Манн. – Москва, 2016. – 923 с.
95. Марченко, М.Н. Источники права / М.Н. Марченко. – Москва, 2017. – 759 с.
96. Меринг, Р. Работа Карла Шмитта «Состояние европейской юриспруденции» / Р. Меринг // Социологическое обозрение. – Т. 17, № 1. – С. 30–58.
97. Милль, Дж. Рассуждения о представительном правлении / Дж. Милль. – Челябинск, 2017.
98. Михельс, Р. Социология политической партии в условиях современной демократии: исследование олигархических тенденций в совместной жизнедеятельности / Р. Михельс. – Москва, 2022.
99. Мощелков, Е.Н. Предмет политической науки и предмет истории политических учений: концепции в отечественной политико-правовой науке XIX – начала XX в. и современные трактовки / Е.Н. Мощелков // Вестник Московского университета. Серия 12. Политические науки. – 2006. – № 4. – С. 8–31.
100. Мусихин, Г.И. Концептуальная неоднозначность понятия «суверенитет» (Сравнительный анализ взглядов Карла Шмитта и Ганса Кельзена) / Г.И. Мусихин // Общественные науки и современность. – 2009. – № 3. – С. 64–74.
101. Муфф, Ш. Карл Шмитт и парадокс либеральной демократии / Ш. Муфф // Логос. – 2004. – № 6. – С. 140–153.
102. Мюллер, Д. Разум, религия и демократия / Д. Мюллер. – Москва, 2015. – 559 с.

103. Назмутдинов, Б.В. Критические концепции государства и их значение для российской юриспруденции: введение в проблематику / Б.В. Назмутдинов // *Lex Russica*. – 2020. – № 6. – С. 122–138.
104. Назмутдинов, Б.В. От «нормы» к «порядку»: эволюция правопонимания Карла Шмитта / Б.В. Назмутдинов // *Правоведение*. – 2016. – № 1. – С. 150–165.
105. Натан, Н.Дж. Конституционный суд и политическая неопределённость: разрыв конституционной преемственности и «правление судей». Часть 1 / Н.Дж. Натан, Д.Дж. Уоллер // *Сравнительное конституционное обозрение*. – 2017. – № 4. – С. 30–46.
106. Натан, Н.Дж. Конституционный суд и политическая неопределённость: разрыв конституционной преемственности и «правление судей». Часть 2 / Н.Дж. Натан, Д.Дж. Уоллер // *Сравнительное конституционное обозрение*. – 2017. – № 5. – С. 30–47.
107. Неклассическая философия права: вопросы и ответы / под общ. ред. А.В. Стовба. – Харьков, 2013. – 272 с.
108. Нерсесянц, В.С. Философия права / В.С. Нерсесянц. – Москва: Норма: ИНФРА-М, 2013. – 848 с.
109. Новгородцев, П.И. Кризис современного правосознания / П.И. Новгородцев. – Москва, 1996.
110. Определение Конституционного Суда РФ от 20 ноября 1995 г. № 77-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса группы депутатов Государственной Думы Федерального Собрания и запроса Верховного Суда Российской Федерации о проверке конституционности ряда положений Федерального закона от 21 июня 1995 года “О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации”» // Гарант. – URL: <https://base.garant.ru/1518479/>
111. Орлова, М. Карл Шмитт: учение о гаранте конституции как пример «конкретного мышления» о государственных формах и порядке / М. Орлова // *Логос*. – 2012. – № 5. – С. 196–204.
112. Палиенко, Н.И. Суверенитет: историческое развитие идеи суверенитета и её историческое значение / Н.И. Палиенко. – Ярославль, 1903. – 567 с.
113. Парламентский глоссарий / авт.-сост. А.Х. Саидов, Т.Я. Хабриева. – Москва, 2008.
114. Петров, А.А. Иерархические коллизии в праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Петров А.А. – Красноярск, 2009. – 204 с.
115. Петров А.А. Предметная иерархия нормативных правовых актов / А.А. Петров. В.М. Шафиров. – Москва, 2021. – 208 с.
116. Пермяков, Ю.Е. Юридические доктрины естественного права / Ю.Е. Пермяков. – Москва: Юрлитинформ, 2022. – 256 с.
117. Победоносцев, К.П. Великая ложь нашего времени / К.П. Победоносцев. – Москва, 1993.
118. Полетаев, А.В. Классика в общественных науках / А.В. Полетаев // *Некласическое наследие. Андрей Полетаев*. – Москва, 2009. – С. 60–92.
119. Политический процесс в России (1990–2001). Сборник документов. – Москва, 2021.

120. Полсон, С.Л. Нормативизм Ганса Кельзена / С.Л. Полсон // Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. – Санкт-Петербург, 2015. – С. 659–686.
121. Полсон, С. Ранняя теория права Ганса Кельзена: критический конструктивизм / С. Полсон // Российский ежегодник теории права. – 2011. – № 4. – С. 525–545.
122. Полсон, С.Л. Сущность идеи правового позитивизма / С. Полсон, // Правоведение. – 2011. – № 4. – С. 32–49.
123. Поппер, К. Открытое общество и его враги. Т. 1. Чары Платона / К. Поппер. – Москва, 1992. – 446 с.
124. Поппер, К. Что такое диалектика? / к. Поппер // Вопросы философии. – 1995. – № 1. – С. 118–138.
125. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 21 апреля 1993 года № 8-П «По делу о проверке конституционности части второй пункта 2 и постановления Съезда народных депутатов Российской Федерации от 29 марта 1993 года “О всероссийском референдуме 25 апреля 1993 года, порядке подведения его итогов и механизме реализации результатов референдума”» // Гарант. – URL: <https://base.garant.ru/12111596/>.
126. Постановление Съезда народных депутатов РФ от 24.09.1993 № 5807-1 «О политическом положении в Российской Федерации в связи с государственным переворотом» // КонсультантПлюс. – URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=EXP&n=610113#j52clKTRCiMf0xF4>
127. Постановление Съезда народных депутатов от 29.03.1993 г. № 4648-1 «О всероссийском референдуме 25 апреля 1993 года, порядке подведения его итогов и механизме реализации результатов референдума» // Гарант. – URL: <https://base.garant.ru/6313710/>
128. Раз Дж. Авторитет права. Эссе о праве и морали / Дж. Раз. – Москва: Издательство Института Гайдара, 2021. – 552 с.
129. Рансимен, Д. Ловушка уверенности: история кризиса демократии от Первой мировой войны до наших дней / Д. Рансимен. – Москва, 2019.
130. Ревнов, Б.В. Нормативизм Ганса Кельзена: взгляд из XXI века / Б.В. Ревнов, М.А. Крушельницкий. – Санкт-Петербург: Изд-во Юридического института (Санкт-Петербург), 2014. – 268 с.
131. Ревнов, Б.А. Классический позитивизм и нормативизм Ганса Кельзена: дис. ... канд. юрид. наук / Ревнов Б.А. – Москва, 2014. – 193 с.
132. Руссо Ж.Ж. Об общественно договоре. Трактаты. – Москва, 2000. – 467 с.
133. Сендеров, В.А. Тоталитарное мышление в России и Карл Шмитт / В.А. Сендеров // Вопросы философии. – 2014. – № 8. – С. 167–175.
134. Сильченко, Н.В. Проблемы иерархии источников права / Н.В. Сильченко // Государство и права. – 2018. – № 4. – С. 13–20.
135. Соловьев, А.И. Политология: учебник для вузов / А.И. Соловьев. – Москва: Издательство «Аспект Пресс», 2017. – 424 с.
136. Соловьев, К.А. Выборгское воззвание: теория и практика пассивного сопротивления / К.А. Соловьев. – Москва, 2021. – 320 с.

137. Скиннер, К. Значение и понимание в истории идей / К. Скиннер // Кембриджская школа: теория и практика интеллектуальной истории. – Москва: Новое литературное обозрение, 2018. – С. 53–122.
138. Смирнов, А. Не надо заниматься интеллектуальным мошенничеством / А. Смирнов// Русский журнал. – URL: <http://www.russ.ru/pole/Ne-nado-zanimat-sya-intellektual-nym-moshennichestvom-2>.
139. Сытин, А.Г. Смысл политики по Карлу Шмитту и по Ивану Ильину: опыт сравнительного анализа / А.Г. Сытин // Философия прав и политики. – 2014. – С. 96–106.
140. Тешке, Б. Решения и нерешительность: политические и интеллектуальные прочтения Карла Шмитта / Б. Тешке // Логос. – 2012. – № 5. – С. 3–43.
141. Тимошина, Е.В. «Устранить суверена»: полемика Г.Ф. Шершеневича с Л.И. Петражицким / Е.В. Тимошина // Юридический позитивизм и конкуренция теорий права: история и современность (к 100-летию со дня смерти Г.Ф. Шершеневича): материалы VI Междунар. науч.-практ. конф. Ч. 1 (Иваново, 5–8 октября, 2008 г.). – Иваново, 2012. – С. 31–46.
142. Толстик, В.А Иерархия источников российского права / В.А. Толстик. – Нижний Новгород, 2002. – 216 с.
143. Токвиль, де А. Демократия в Америке / А. де Токвиль. – Москва, 2000.
144. Тропер, М. Кельзен, теория толкования и структура правового порядка / М. Тропер// Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. – Санкт-Петербург, 2015. – С. 687–702.
145. Ударцев, С.Ф. Право и государство как институты и идеи: прошлое, настоящее и будущее / С.Ф. Ударцев. – Москва, 2022.
146. Указ Президента Российской Федерации от 7 октября 1993 г. № 1612 «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Гарант. – URL: <https://base.garant.ru/6303679/>
147. Указ Президента Российской Федерации от 20 марта 1993 г. № 379 «О деятельности исполнительных органов до преодоления кризиса власти» // Гарант. – URL: <https://base.garant.ru/6308133/>
148. Указ Президента Российской Федерации от 21 сентября 1993 г. № 1400 «О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации» // Викитека. – URL: [https://ru.wikisource.org/wiki/Указ\\_Президента\\_РФ\\_от\\_21.09.1993\\_№\\_1400](https://ru.wikisource.org/wiki/Указ_Президента_РФ_от_21.09.1993_№_1400)
149. Устав Организации Объединенных Наций // Организация Объединённых Наций. – URL: <https://www.un.org/ru/about-us/un-charter/full-text>
150. Урбинати, Н. Искаженная демократия. Мнение, истина и народ / Н. Урбинати. – Москва, 2016.
151. Уханов А.Д. Дискуссия Карла Шмитта и Ганса Кельзена в garante конституции в контексте конфликта политико-правовых учений // Вестник Московского государственного областного университета. 2022. № 3.
152. Уханов А.Д. Нет иерархии норм, есть иерархия инстанций: нормативное и субъектно-политическое обоснование иерархии нормативно-правовых актов в учениях Ганса Кельзена и Карла Шмитта // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Политология. 2023. № 1. С. 63-76.
153. Уханов А.Д. Право в пространстве истины и политики: дескриптивизм и прескриптивизм в политико-правовых учениях Ганса Кельзена и Карла Шмитта //

Вестник Московского университета. Серия 12. Политические науки. 2022. № 1. С. 100-114.

154. Уханов А.Д. Президент и Конституционный Суд: российский конституционный кризис 1993 года в оптике веймарских дебатов // Гражданин. Выборы. Власть. 2022. № 4. С. 42-60.

155. Федеральный конституционный закон от 30.05.2001 № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении» // КонсультантПлюс. – URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_31866/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_31866/)

156. Фейерабенд, П. Против метода. Очерки анархистской теории познания / П. Фейербенд. – Москва, 2007. – 413 с.

157. Фёдорова, М.М. Классическая политическая философия / М.М. Фёдорова. – Москва: Издательство «Весь Мир», 2001. – 224 с.

158. Филиппов, А.Ф. Карл Шмитт. Расцвет и катастрофа / А.Ф. Филиппов // Шмитт К. Политическая теология. – Москва, 2000. – С. 259–314.

159. Филиппов, А.Ф. К истории понятия политического: прошлое одного проекта / А.Ф. Филиппов // Шмитт К. Понятие политического. – Санкт-Петербург, 2016. – С. 433–551.

160. Филиппов, А.Ф. Философия диктатуры / А.Ф. Филиппов // К. Шмитт. Диктатура. – Москва, 2018. С. 5–36.

161. Финнис, Дж. Естественное право и естественные права / Дж. Финнис. – Москва, 2012.

162. Фуко, М. Археология знания / М. Фуко. – Санкт-Петербург, 2004.

163. Хайек, фон Ф. Право, законодательство и свобода / Ф. фон Хайек. – Москва, 2006.

164. Хантингтон, С. Столкновение цивилизаций / С. Хантингтон. – Москва, 2014.

165. Харт, Г.Л.А. Посещение Кельзена / Г.Л.А. Харт // Российский ежегодник теории права. – 2011. – № 4. – С. 570–591.

166. Хоуз, Р. (Зло)употребление. Лео Штраус и его роль в реанимации Шмитта немецкими правыми. Случай Хайнриха Майера / Р. Хоуз // Логос. – 2012. – № 5. – С. 68–86.

167. Червяковский, А.В. Информационная функция права / А.В. Червяковский. – Омск, 2017. – 126 с.

168. Чернякова, Н.С. О роли дискуссии в общественной жизни и научном познании / Н.С. Чернякова // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. – 2016. – № 4. – С. 21–23.

169. Честнов, И.Л. Диалогическая методология истории политических и правовых учений / И.Л. Честнов // Историография истории политических и правовых учений. – Екатеринбург, 2020. – С. 16–18.

170. Чичерин, Б.Н. О народном представительстве / Б.Н. Чичерин. – Москва, 1866.

171. Шайо, А. Конституция свободы: введение в юридический конституционализм / А. Шайо, Р. Уитц. – Москва, 2021.

172. Шершеневич, Г.Ф. О юридической силе уставов акционерных обществ / Г.Ф. Шершеневич // Журнал гражданского и уголовного права. – 1889. – № 3. – С. 119–130.

173. Шмитт, К. Государство и политическая форма / К. Шмитт. – Москва: Изд. дом гос. ун-та Высшая школа экономики, 2010. – 270 с.
174. Шмитт, К. Государство как конкретное понятие, связанное с определенной исторической эпохой / К. Шмитт // Логос. – 2012. – № 5. – С. 205–215.
175. Шмитт, К. Государство: право и политика / К. Шмитт. – Москва: Территория будущего, 2013. – 446 с.
176. Шмитт, К. Диктатура. От истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой / К. Шмитт. – Москва: РИПОЛ классик, 2018. – 440 с.
177. Шмитт, К. Номос земли в праве народов *jus publicum europaeum* / К. Шмитт. – Санкт-Петербург, 2008.
178. Шмитт, К. Политическая теология / К. Шмитт. – Москва: Канон-пресс-Ц: Кучково поле, 2000. – 336 с.
179. Шмитт, К. Понятие политического / К. Шмитт. – Санкт-Петербург: Наука, 2016. – 567 с.
180. Штолляйс, М. История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм / М. Штолляйс. – Москва: РОССПЭН, 2017. – 661 с.
181. Штраус, Л. Введение в политическую философию / Л. Штраус. – Москва, 2000.
182. Штраус, Л. Естественное право и история / Л. Штраус. – Москва: Водолей Publisher, 2007. – 312 с.
183. Шустров, Д. Г. Прирученный левиафан: государство как объект конституционно-правового регулирования / Д.Г. Шустров. – Санкт-Петербург: Алеф Пресс, 2014. – 434 с.
184. Шустров, Д.Г. Пределы изменения конституции и конституционный контроль за их соблюдением: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.02 / Шустров Д.Г. – Москва, 2021. – 570 с.
185. Эрлих, О. Основоположения социологии права / О. Эрлих. – Санкт-Петербург: Изд. дом Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2011. – 703 с.
186. Aliprantis, N. Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts / N. Aliprantis, T. Olechowski. – Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014. 1– 19 S.
187. Baume, S. On political theology: A controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt / S. Baume // History of European Ideas. – 2009. – № 35. – S. 369–381.
188. Bernstorff, von J. Hans Kelsen's Judicial Decisionism versus Carl Schmitt's Concept of the One 'Right' Judicial Decision: Comments on Stanley L Paulson, 'Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy / J. Von Bernstorff // Modern Law Review. – 2017. – № 5. – P. 860–894.
189. Bickel, A. The Least Dangerous Branch / A. Bickel. – New York City, 1962.
190. Caldwell, P.C. Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law / P.C. Caldwell. – Durham and London, 1997.
191. Donhauser, G. Nomos or Law? Hans Kelsen's Criticism of Carl Schmitt's Metaphysics of Law and Politics / G. Donhauser // Hans Kelsen and the Natural Law Tradition. – Brill, 2019. – P. 372–398.
192. Dyzenhaus, D. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar / D. Dyzenhaus. – Oxford, 1998.
193. Dreier, H. Wertrelativismus und Demokratietheorie / H. Dreier //

Reflexionen über Demokratie und Recht. – Wien, 2009. – S. 13–31.

194. Green, M.S. Hans Kelsen's Non-Reductive Positivism / The Cambridge Companion to Legal Positivism. Edited by Torben Spaak, Stockholms Universitet, Patricia Mindus, Uppsala Universitet, Sweden / M.S. Green. – Cambridge University Press, 2021. – P. 272–300.

195. Hans, Kelsen. A Juxtaposition / Hans Kelsen and Carl Schmitt. – Gerlingen, 1999. – 192 p.

196. Hold-Ferneck, A. Der Staat als Übermensch zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Hans Kelsen / A. Hold-Ferneck. – 1926.

197. Jestaedt, M. Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts / M. Jestaedt // Aliprantis, Olechowski (Hrsg), Hans Kelsen. Internationale Tagung an der Akademie von Athen. – Wien, 2014. – S. 3–12.

198. Kantorowicz, H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft / H. Kantorowicz. – Heidelberg, 1906.

199. Kelsen, H. Allgemeine Staatslehre / H. Kelsen. – Berlin, 1925. – 433 S.

200. Kelsen, H. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts / H. Kelsen. – Tübingen, 1928. – 332 S.

201. Kelsen, H. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff / H. Kelsen. – Tübingen, 1928. – 253 S.

202. Kelsen, H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze / H. Kelsen. – Tübingen, 1923. – 709 S.

203. Kelsen, H. Sozialismus und Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus / H. Kelsen. – Leipzig, 1920. – 129 S.

204. Kelsen, H. Staatsform und Weltanschauung / H. Kelsen. – Tübingen, 1933. – 30 S.

205. Kelsen, H. Vom Wesen und Wert der Demokratie / H. Kelsen. – Tübingen, 1920. – 48 S.

206. Kelsen, H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. Neudruck der 2. Auflage Tübingen: 1929 / H. Kelsen. – Stuttgart, 2018. – 163 S.

207. Larenz, K. Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart / K. Larenz. – Berlin, 1935. – 175 S.

208. Magalhaes, P.T. The Legitimacy of Modern Democracy a Study on the Political Thought of Max Weber, Carl Schmitt and Hans Kelsen / P.T. Magalhaes. – New York, 2021.

209. Mehring, R. Carl Schmitt: Aufstieg und Fall, eine Biographie / R. Mehring. – München, 2009.

210. Mehring, R. Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitt Auseinandersetzung mit Hans Kelsen / R. Mehring // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. – 1994. Bd. 80, H. 2. – S. 191–202.

211. Neumann, V. Carl Schmitt als Jurist / V. Neumann. – Tübingen, 2015.

212. Neumann, V. Theologie als Staatsrechtswissenschaftliches Argument: Hans Kelsen und Carl Schmitt / V. Neumann // Der Staat. – 2008. – Vol. 47, no. 2. – S. 163–186.

213. Olechowski, T. Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers / T. Olechowski. – Tübingen, 2020.

214. Ooyen, R.C. Hans Kelsen und die offene Gesellschaft / R.C. Ooyen. – Wiesbaden, 2017. – 317 S.

215. Paulson, S.L. Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory / S.L. Paulson // *Oxford Journal of Legal Studies*. – 1999. – Vol. 19. – P. 351–364.
216. Paulson, S.L. Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization / S.L. Paulson // *Oxford Journal of Legal Studies*. – 1998. – Vol. 18. – P. 153–166.
217. Paulson, S.L. Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931 / S.L. Paulson // *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* / Ed. By. J. Meirehenrich, O. Simons. – Oxford, 2017. – P. 510–546.
218. Quaritsch, H. Souveränität im Ausnahmezustand: zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitt / H. Quaritsch // *Der Staat*. – 1996. – Vol. 35, no. 1. – S. 1–30.
219. Ramos, J.C. Carl Schmitt's political theology. A reading from his debate with Hans Kelsen / J.C. Ramos // *Revista Derecho del Estado*. – 2013. – № 31. – P. 259–296.
220. Rasler, K. Puzzles of the Democratic Peace. Theory, Geopolitics, and Transformation of World Politics / K. Rasler, W.R. Thompson. – NY, 2005.
221. Raza, S.S. On the Disruption of Post-colonial Constitutional Order: Hans Kelsen or Carl Schmitt? / S.S. Raza // *Vienna Journal on International Constitutional Law*. – 2012. – № 3-4. – P. 441–467.
222. Schmitt, C. Gesetz und Urteil / C. Schmitt. – Berlin, 1912. – 129 S.
223. Schmitt, C. Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939 / C. Schmitt. – Hamburg, 1940. – 322 S.
224. Schmitt, C. Verfassungslehre / C. Schmitt. – Berlin, 2017. – 404 S.
225. Solyom, P. Zwischen Rechtstechnik und Rechtspolitik Bemerkungen zu der Verfassungstheorie von Kelsen / P. Solyom // *Vorbedingungen des Rechts. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2014 in Passau und im April 2015 in Hamburg*. – S. 105–117.
226. Sterling, E. Studie über Hans Kelsen und Carl Schmitt / E. Sterling // *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. – 1961. – № 47. – S. 569–586.
227. Scruton, R. How to be a Conservative / R. Scruton. – L., 2014.
228. Suganami, H. Understanding sovereignty through Kelsen/Schmitt / H. Suganami // *Review of International Studies*. – 2007. – № 33. – P. 511–530.
229. Vinx, L. The Guardian of Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of Constitutional Law / L. Vinx. – Cambridge, 2015. – 292 p.