

## Правовая система Германии 1933–1945 гг.: мышление в категориях конкретного порядка

Борис А. Антонов

*Российский государственный гуманитарный университет,  
Москва, Россия, heidel@rambler.ru*

*Аннотация.* Сущность любой правовой системы конкретного государства зависит от того, что именно признается в нем главным источником права.

Источниками национал-социалистического права выступали типы *стандартизированного правового мышления*. Самый известный вариант подобной стандартизации – *мышление [в категориях] конкретного порядка (konkretes Ordnungsdenken)*, цель которого – не только оправдание любого преступного деяния против человечества, но и публичная «героизация» преступника, в результате которой последний казался себе и другим *сверхчеловеком*. Именно такой тип мышления подлежал формированию, которое, в свою очередь, обеспечивалось за счет трех источников-предшественников, а именно: теории пробабелизма, теории юридического институционализма Мориса Ориу (1859–1929 гг.) и теории юридического неогегельянства (фелькиш). В рамках данных теорий автор статьи предпринимает попытку анализа концепции недочеловека (Untermensch) в сочетании с такими способами правоприменения, как генеральные оговорки судебной системы Третьего рейха, созданной на основе Средневекового Священного Фема (Фемического суда).

На основании проведенного анализа автор приходит к выводу о том, что целью правовой системы и политической идеологии Третьего рейха выступало формирование *стандартизированного национального менталитета*, который определял *поведение* людей в желаемом для германского нацизма направлении.

*Ключевые слова:* нацистское право, источники права, типы правового мышления (нормативизм, децизионизм, мышление [в категориях] конкретного порядка, мышление в конкретно-общих понятиях), учение пробабелизма, Гильотина Юма, институционализм, неогегельянство, правоспособность, недочеловек (Untermensch), право судей (Richterrecht), доктрина коренного изменения обстоятельств (clausula rebus sic stantibus), Священный Фем (Femgericht)

Для цитирования: Антонов Б.А. Правовая система Германии 1933–1945 гг.: мышление в категориях конкретного порядка // Вестник РГГУ. Серия «Экономика. Управление. Право». 2019. № 2. С. 128–146. DOI: 10.28995/2073-6304-2019-2-128-146

## The legal system of Germany in 1933–1945: mentality in the categories of a concrete order

Boris A. Antonov

*Russian State University for the Humanities, Moscow,  
Russia, heidel@rambler.ru*

*Abstract.* The essence of any legal system in the concrete state depends on what is actually recognized in it as the main source of law.

The sources of the national-socialist law traditionally were the *types of standard legal thinking*. The best-known model of such standardization is *mentality [in the categories] of a concrete order (konkretes Ordnungsdenken ,with its aim as not so far to excuse a crime but rather to publicly “glorify” a criminal as a result of which the latter seemed a superman (Übermensch) to himself and the others. It was such type of thinking that was subject to formation, which, in turn, stemmed from three proceeding sources, that is: theory of probability, Maurice Hauriou’s theory of judicial institutionalism and theory of judicial Neo-Hegelianism. Within the above mentioned theories, the author attempts to analyze the conception of subhuman combining it with such methods of enforcement as the general clauses relating to the legal system of the Third Reich that derives from the Holy Vehmich courts (Femgericht) (also spelt Feme), the tribunal system in Germany during the late Middle Ages.*

After the analysis having been done the author came to the conclusion that the legal system and political ideology of the Third Reich was aimed at the formation of the standard national mentality that defined people’s behavior in the direction desired for German Nazism.

*Keywords:* Nazi law, legal sources, types of legal mentality (normativism, detsizionism, mentality [in the categories] of a concrete order, mentality in the concrete-general terms), probability theory, Hume’s Guillotine, institutionalism, Neo-Hegelianism, legal capacity, subhuman, law of judges, doctrine of the fundamental change of circumstances, Holy Feme

*For citation:* Antonov BA. The legal system of Germany in 1933-1945: mentality in the categories of a concrete order. *RSUH/RGGU Bulletin. “Economics. Management. Law” Series*. 2019; 2:128-46. DOI: 10.28995/2073-6304-2019-2-128-146

## Введение

В 1933 г. с приходом к власти Национал-социалистической немецкой рабочей партии (НСДАП) радикальным изменениям подверглись политические институты Германии и ее конституционный строй в целом. Само существование Веймарской республики ассоциировалось с поражением в Первой мировой войне, и эта предпосылка помогла НСДАП разработать такой юридический инструментарий, с помощью которого она, не отменяя Веймарскую конституцию, создала собственное национал-социалистическое право.

Сущность любой правовой системы конкретного государства зависит от того, *что именно* признается в нем *главным источником права*<sup>1</sup>. В теории права к правовым источникам относятся: правовой обычай, нормативно-правовой акт (закон, постановление, указ), судебный прецедент, международный договор, принцип и доктрина права (т. е. совокупность конкретных, нередко противоречивых, правовых учений). Однако для создания *нового мышления Нового человека* (т. е. сверхчеловека<sup>2</sup>) большинство из вышеперечисленных источников права оказались неактуальны. В этой связи нацистскими юристами была предложена иерархия новых источников права, в роли которых выступали *типы стандартизированного правового мышления* (так называемая классификация по типам менталитета). В качестве дополнительных оценочных измерений выступали классификации с позиции критерия лояльности, типажа и расы (высшей и низших).

## Источники Нового мышления

С целью внешнего контроля человеческого поведения нацистские юристы попытались самостоятельно *смоделировать и стандартизировать* менталитет Нового человека (сверхчеловека), создав единую иерархию типов мышления (*стандартизированный менталитет* как юридический институт). Общеизвестно, что

---

<sup>1</sup> Источник (форма) права – способ, с помощью которого закрепляются (находят внешнее выражение) нормы права.

<sup>2</sup> В нацистской идеологии «сверхчеловек» – достаточно спорное понятие. Министр нацистской идеологии А. Розенберг приравнивает арийцев/ариев, которые исторически жили в Индии и Персии, к представителям нордической расы. Однако нордическая раса (Nord – север), по словам того же Розенберга, обитала в Северной Германии, Англии и Скандинавии.

человеческий мозг сочетает в себе несколько типов мышления: рациональное, эмоциональное, репродуктивное, логическое и т. д. Однако у каждого человека своя иерархия этих типов. Если характер правовой системы конкретного государства может меняться в зависимости от приоритета того или иного источника права, человеческий менталитет также подвержен трансформациям (по причине изменяющихся обстоятельств и воли власть предержащих) в связи с изменением приоритета тех или иных типов мышления.

В своей работе «О трех видах юридического мышления» известный нацистский юрист и философ права Карл Шмитт выделял следующие его виды:

- 1) нормативное мышление, или нормативизм (мышление о правилах и законах);
- 2) децизионистское мышление, или децизионизм<sup>3</sup> (мышление, отвечающее за принятие решений);
- 3) «мышление [в категориях] конкретного порядка» (концептуальное мышление)<sup>4</sup>.

Считая нормативный, децизионистский и позитивистский типы мышления отжившими, Шмитт настаивал на том, что только через их преодоление возможно постижение Нового мышления Нового

---

<sup>3</sup> Dezesion – решение.

<sup>4</sup> Перевод немецкого понятия “Konkretes Ordnungsdenken” (kOD) на русский язык как «мышление [в категориях] конкретного порядка» взят из статьи Отто Герхарда Эксле «История понятий» – еще не понятая история». М. Юрлова в статье «Карл Шмитт: учение о гаранте конституции как пример “конкретного мышления” о государственных формах и порядке» переводит “Konkretes Ordnungsdenken” на русский язык как «мышление о конкретном порядке и форме». Возможен также перевод «концептуальное правовое мышление».

*Концептуальное мышление* – методология анализа и проектирования сложных систем. Особенность подхода состоит в том, чтобы для описания любого объекта очень дисциплинированно использовать крайне ограниченный круг понятий, глубоко осмысливая каждое из них, другими словами, отражая смысл и содержание понятия в некоторой системе других взаимосвязанных понятий. Основной элемент концептуального мышления называется *концепцией*. Концепция – это согласованный набор понятий, которые позволяют влиять на окружающий мир. Или, иначе, концепция – это некоторая модель мира, которая рассматривает ситуацию с определенного ракурса. Каждая концепция состоит из трех частей: текущее состояние; целевые возможности; приемы влияния [Электронный ресурс]. URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/205313> (дата обращения 23 фев. 2019).

человека – *мышление [в категориях] конкретного порядка*. Данный тип мышления, по мнению Шмитта, предназначен для суверена, принимающего на себя роль Верховного судьбы (фюрера), который принимает решение о введении чрезвычайного или военного положения, отменяя при этом все права человека и гражданина в государстве<sup>5</sup> (например, право на жизнь, свободу слова, создание политических партий и т. д.).

Источниками «мышления [в категориях] конкретного порядка» традиционно считаются

- 1) теория пробабелизма;
- 2) теория юридического институционализма Мориса Ориу;
- 3) юридическое неогегельянство (фелькиш).

*Теория пробабелизма* (или мышление «в общем и конкретном») была разработана иезуитами, и в данном историческом контексте связь нацизма с религиозным учением иезуитов неслучайна<sup>6</sup>. Нацизм со своими местами культа, символикой, реликвиями, святыми и мучениками обладал очевидными признаками религии. В связи с этим К. Шмитт писал:

Все точные понятия современного учения о государстве представляют собой секуляризированные теологические понятия (Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe) [1 с. 34].

Другими словами, политическая идеология выступала как квазирелигия, с той лишь разницей, что религия предполагает борьбу со злом («политическими язычниками»<sup>7</sup>) посредством религиозных войн, инквизиции, анафем и т. д.

<sup>5</sup> «Суверен тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении» (“Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet”) [1 с. 8].

<sup>6</sup> Нацизм появился в Баварии – самой консервативной и самой католической земле Германии. Баварский герцог Альбрехт V в целях подавления протестантской реформации пригласил орден иезуитов в 1556 г. в Ингольштадт, Вюрцбург и Мюнхен. Именно в Мюнхене 05 января 1919 г. возникла «Немецкая рабочая партия», впоследствии переименованная в Национал-социалистическую немецкую рабочую партию (штаб-квартира – «Коричневый дом»). Мюнхен и Нюрнберг были превращены в идеологические столицы Третьего рейха.

<sup>7</sup> Цит. по: *Бенуа А., де*. Карл Шмитт сегодня / Пер. с фр. М.: Ин-т общегуманит. исследований, 2014. 134 с.

Выработанное иезуитами этическое учение (сформулированное в сочинениях Г. Бузенбаума, А. Эскобар-и-Мендоса, А.-М. Лигуори) послужило первым и основным источником для формирования мышления [в категориях] конкретного порядка. Известное как учение пробабиллизма – «вероятности», «возможности», оно предполагало, что «конкретное» поглощает «общее», и при решении любого морального казуса надо исходить не из каких-либо абсолютных и категорических моральных законов, а из того, что *в данных условиях и применительно к конкретному случаю может быть признано «возможным» (probabile)*. Общепринятый канон гласил, что ««вообще» надо действовать, как учит христианство, но в данном случае можно поступать и противоположным порядком» [2 с. 13]. Например, в общем необходимо следовать Десяти заповедям Божиим, в том числе заповеди «не убий», но в конкретном случае еретиков, идолопоклонников, тиранов (и других «недочеловеков») нужно убивать, отринув мораль.

Следует отметить, что современные немецкие юридические практикумы строятся по аналогичной схеме. При решении конкретного задания учащемуся для ответа на главный вопрос необходимо поставить два субсидиарных вопроса: *допустимо* (от нем. *Zulässigkeit* – допустимость) ли будет решение и *обоснованно* (от нем. *Begründetheit* – обоснованность) ли будет это решение в данном конкретном случае?

Теория пробабиллизма перекликается (в некоторых своих положениях) с учением шотландского философа Дэвида Юма<sup>8</sup>,

---

<sup>8</sup> Принцип берет начало со слов Юма, написанных им в 1740 г. в «Трактате о человеческой природе»: «Я заметил, что в каждой этической теории, с которой мне до сих пор приходилось встречаться, автор в течение некоторого времени рассуждает обычным образом, устанавливает существование Бога или излагает свои наблюдения относительно дел человеческих; и вдруг я, к своему удивлению, нахожу, что вместо обычной связки, употребляемой в предложениях, а именно “есть” или “не есть”, не встречаю ни одного предложения, в котором не было бы в качестве связки “должно” или “не должно”. Подмена эта происходит незаметно, но тем не менее она в высшей степени важна. Раз это “должно” или “не должно” выражает некоторое новое отношение или утверждение, последнее необходимо следует принять во внимание и объяснить, и в то же время должно быть указано основание того, что кажется совсем непонятным, а именно того, каким образом это новое отношение может быть дедукцией из других, совершенно отличных от него» (*Юм Д.* Трактат о человеческой природе / Пер. с англ. С.И. Церетели; примеч. И.С. Нарского // Юм Д. Соч.: В 2 т. Т. 2. М., 1995. С. 229–230).

которое получило название «Гильотина». Согласно «Гильотине Юма» мир подразделяется на бытие (Sein) и долженствование (Sollen) – мир ценностей и мир фактов<sup>9</sup>. Оба мира параллельны, а потому вывести единые моральные законы из мира бытия не представляется возможным. Попытавшись изначально воспользоваться учением Юма, нацистские юристы впоследствии преодолели его основное положение, заявив, что, если долженствование (Sollen) – это нормативизм (совокупность неких, в том числе законодательных, предписаний), т. е. «общее», а бытие (Sein) – конкретный порядок, то конкретный порядок должен «поглотить» порядок общий... Некорректно пользуясь принципом аналогии (для того чтобы применить теорию пробабиллизма и «Гильотину Юма» в практике национал-социалистического права), нацистские юристы намеренно выхолащивают из самого понятия *права* то *общее*, что, собственно, и делает его правом, «разрешая» конкретному порядку творить беззаконие.

*Теория юридического институционализма* была разработана профессором и деканом факультета права Тулузского университета Мориусом Ориу (1859–1929).

Институционализм (от лат. Institutio<sup>10</sup> – образ действия, наставление, устройство) основан на понятии «институция» (нем. “Einrichtungen”<sup>11</sup>), обозначающем любое устойчивое объединение людей для достижения определенной цели, а также порядок или способ социального общения, который включает в себя обязательные нормы и *стандартизованные* виды поведения.

Морис Ориу рассматривал общество как совокупность огромного числа институтов. Если первоначально тот или иной круг лиц, объединившись для совместных действий, образует организацию, то с момента, когда входящие в нее индивиды проникаются сознанием своего *единства*, она предстает уже *институтом*. Отличительным признаком института Ориу считал именно на-

---

<sup>9</sup> В некоторой степени «Гильотина Юма» напоминает две системы прецедентного права Англии и США – общее право и право справедливости.

<sup>10</sup> В Древнем Риме понятие «институция» определялось как «наставление». Известный труд римского юриста Гая носил название «Институции» (систематическое изложение гражданского и преторского римского права).

<sup>11</sup> Немецкий профессор права Б. Рютерс выделяет три типа институций (Institution/Einrichtung): фактические, идеологические и нормативные [3 с. 195].

правляющую идею<sup>12</sup>. Для достижения поставленной цели поведение людей *стандартизируется* и приобретает характер правовой нормы (бытие и порядок как «нормативная действительность») по аналогии с *opinio juris*<sup>13</sup> в международном праве. Соответственно, институционализм наполняет право содержанием и придает ему нормативный характер. Таким образом, правоприменяющие инстанции получают законодательные полномочия по принципу «вся нормативная власть интерпретатору». Иными словами, право устанавливает тот, кто обладает полномочием интерпретировать институции (*das Recht setzt der, der die Befugnis hat, Institutionen zu interpretieren*) [3 S. 197].

*Юридическое неогегельянство*<sup>14</sup> появилось как одна из интерпретаций философии Г.В. Гегеля. Представители неогегельян-

---

<sup>12</sup> По определению Ориу, *институт* – это идея дела или предприятия, осуществляемая правовыми средствами. Теория институции, т. е. теоретическое истолкование природы и функционирования учреждений, установлений или каких-либо коллективов, построена без использования договорной теории происхождения некоторых политических и правовых институтов (т. е. без концептуального ядра либеральной теории государства) и без использования командно-административной концепции законности, присущей бюрократизированному государству и обществу социализма. <...> ...прием, с помощью которого правовой порядок вводит справедливость в существующее положение вещей, – прием превращения фактических состояний в правовые состояния (уподобление права точной науке). Поскольку в публичном праве факт часто является результатом силы, это создает проблему превращения результатов силы в правовые состояния [4 с. 755–756].

<sup>13</sup> *Opinio juris* (букв. «мнение права») – выражение, которое применяется в международном праве для констатации признания субъектами правотворчества правил поведения как нормы права или убеждение субъектов международного права в юридической полноценности (действительности) нормы права. Положение об *opinio juris* закреплено в Уставе Международного суда ООН и гласит: «Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет международный обычай как доказательство общей практики, признанной как правовая норма» (ст. 38 § 1 «б»).

<sup>14</sup> Основные аспекты неогегельянской интерпретации политико-правовой теории Гегеля в первой половине XX в. дали неогегельянцы К. Ларенц, О. Шпанн, Э. Гирш, Г. Гизе, Г. Геллер, Ю. Биндер, Т. Гаеринг, В. Шмидт, Д. Джентиле, Б. Телдерс, В. Дильтей, Р. Кронер.

ского правового мышления, называемого «*фелькиш*» (*völkisch*)<sup>15</sup>, приветствовали гитлеровский рейх и стремились приспособить к его внутри- и внешнеполитическим целям свою интерпретацию ряда консервативных идей гегелевской философии права [4 с. 739–742].

Влияние Гегеля на юриспруденцию было огромным. Его труд «Философия права» (1821 г.) стал базовым для построения (в сфере государственного права) такого основополагающего государственного принципа, как «правовое государство», и таких ключевых понятий, как «гражданское общество» и «свобода». В уголовном праве Германии также получила развитие теория (диалектического) возмездия Гегеля (“Grundlinien der Philosophie des Rechts”, 1854), согласно которой схемой любого развития является тезис, антитезис и синтез. Если под тезисом подразумевается правопорядок, а под антитезисом – преступление (как отрицание правопорядка), то синтезом будет наказание в качестве «отрицания преступления». Другими словами, в рамках теории возмездия преступление трактуется как логическая антитеза права, отрицание его. А поскольку ни одно понятие не допускает самопротиворечия, то право должно, во-первых, предполагать отрицание преступления как «отрицание отрицания» (*Negation der Negation*) и, во-вторых, восстановить себя путем возмездия за нарушение его [6 S. 383]. На основании этих положений «Философии права» Гегеля главным принципом уголовного права Германии в области вынесения приговоров стал принцип «нет преступления без наказания»<sup>16</sup>.

В связи с юридическим неогегельянством стоит упомянуть ведущего юриста Кильской школы<sup>17</sup> Карла Ларенца и его *доктрину многоступенчатой правоспособности*. На вершине иерархии стоит «гражданин рейха», далее следуют «гражданин рейха на стадии

---

<sup>15</sup> Понятие “Völkische” дословно обозначает «народники» или «почвенники»; “völkisch” Б. Рютерс определяет как «неогегельянский» [5 с. 361–377].

<sup>16</sup> ...Неогегельянцы истолковали ряд положений философии Гегеля на свой манер. Например, Гегель считал, что понятия (*Begriffe*) первичны (аналогия: «В начале было Слово»), поскольку посредством понятий происходит структурирование (оформление) действительности, а неогегельянцы отдавали приоритет не понятиям, а действительности (*Wirklichkeit*), которая в силу нормативности и создает «понятия» (а все не люди!).

<sup>17</sup> Кильская школа – группа национал-социалистских правоведов Университета имени Кристиана Альбрехта в Киле.

становления», «государственно чуждый» иностранец и, наконец, в самом внизу – бесправный «расовый враг». Переосмысление К. Ларенцом самого понятия правоспособности привело к внесению содержательных изменений в первый параграф Германского Гражданского уложения (1896 г.) о правоспособности. Новая версия данного параграфа гласила: «Участник правоотношения (товарищ) – это только тот, кто является соотечественником: соотечественник – тот, кто обладает немецкой кровью» (“Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist: Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist”). Таким образом, правоспособность была, в общем и частном, классифицирована и дифференцирована с точки зрения народа и расы. Брачная правоспособность также была зависима от принадлежности к «немецкому сообществу (арийского) вида» (deutsche Artgemeinschaft).

Исторической аналогией подобной многоступенчатой правоспособности выступала правосубъектность (caput) в Древнем Риме, согласно которой правовое положение любого лица могло быть оценено с позиции трех статусов (состояний): 1) статуса свободы (status libertatis): свободный или раб; 2) статуса гражданства (status civitatis): римский гражданин или peregrin (иностранец) и 3) семейного статуса (status familiae): отец семейства (paterfamilias) или подвластный (persona alieni iuris).

По аналогии с оценкой правосубъектности в Древнем Риме К. Ларенц оценивал правоспособность любого немца по трем позициям: лояльность фюреру, типаж и раса. Парадоксально, но факт: концепция *недочеловека* (дословно с нем. *Untermensch* – «под человеком») вообще не рассматривалась ведущими нацистскими юристами – К. Шмиттом и К. Ларенцом. Имея не одну, а сразу несколько исторических аналогий, данная концепция выражает однозначно единую точку зрения: когда речь заходит о врагах, предполагается, что они ничем не могут владеть, а сами выступают в качестве объекта господства. Например, рабы в Древнем Риме, будучи «говорящими орудиями труда» (instrumenta vocalia)<sup>18</sup>, не могли совершать сделки как субъекты права в силу отсутствия правосубъектности (persona).

В период Средневековья после применения Папского интердикта вероотступник (еретик) не мог ничем владеть, у него не могло быть вассалов. Интердикт считался главным политическим оружием папы, посредством которого он мог аннулировать вассальную

---

<sup>18</sup> Цит. по: *Сергеенко М.Е.* Варрон и его «Сельское хозяйство» [Электронный ресурс]. URL: <http://simposium.ru/ru/node/9483> (дата обращения 23 янв. 2017).

клятву верности между непокорным феодалом-вероотступником и его вассалами<sup>19</sup>.

В XIX в. Председатель Верховного суда США Д. Маршалл (1755–1835) на основании прецедента «Джонсон против Макинтоша» (1823) заявил, что индейские племена – просто жители, а не владельцы собственной территории. Из этого следовало, что никаких сделок (купли, продажи, дарения, наследования, завещания и т. д.) с землей они совершать не могут. Следовательно, сделка (купля – продажа земли), в которой в качестве стороны выступит индейское племя, недействительна. Индейцы обладают лишь «временным правом проживания», единственным правом, которое отделяет их от положения рабов в римском праве<sup>20</sup>.

«Недочеловечность» врагов доказывалась нацистскими юристами К. Шмиттом и К. Ларенцом не через призму расы, а через призму мышления. Если у евреев был Закон, но не было государственной территории и государства (государство Израиль было образовано

---

<sup>19</sup> Страх перед Папским интердиктом сохранился на страницах Билля о правах 1689 г. – важнейшего акта английской неписаной конституции. Согласно п. III Билля о правах 1689 г. присяга подданничества и подчинения звучала следующим образом: «Я, клянусь, что от всего сердца своего отвергаю, ненавижу и проклинаю, как нечестивое и еретическое, то предосудительное учение и положение, что государи, отлученные или осужденные папой или какой-либо властью римского престола, могут быть низлагаемы или убиваемы своими подданными или подвергаемы чему-либо подобному. И объявляю, что никакой иностранный государь, владетель, прелат, никакое иностранное лицо или государство, не имеет и не может иметь юрисдикции, полномочий, верховенства, первенства или власти церковной или духовной, в пределах этого королевства. Так да поможет мне Бог» (URL: [http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Engl/XVII/1680-1700/Akty\\_parlament/bill\\_o\\_pravach\\_1689.phtml](http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Engl/XVII/1680-1700/Akty_parlament/bill_o_pravach_1689.phtml) (дата обращения 04 янв. 2019)).

Неслучайно в США банковские счета осужденных преступных авторитетов подлежали «заморозке» (блокировке), чтобы лишить последних возможности вести преступную деятельность даже из мест лишения свободы. Заморозка (блокировка) банковских счетов – это «Папский интердикт нашего времени», поскольку используется не только против преступников, но и против непокорных политиков, их окружения, а также целых государств.

<sup>20</sup> См.: Антонов Б.А. О влиянии Доктрины открытия (Discovery Doctrine) на современное право в Соединенных Штатах Америки // Вестник РГГУ. Серия «Экономика. Управление. Право». 2017. № 1. С. 99–107.

только в 1948 г.), то и мышление у них в свете антисемитизма считалось «вредным» – нормативным<sup>21</sup>. Только государственная территория (в широком смысле – Номос земли) – «почва» и «кровь» (но не законодатель) могут диктовать человеку свои «понятия» (но не законы). Без них природа человека «бессущестна». Поскольку большинство известных евреев были коммунистами, занимавшими видные посты в советском государстве, подобное отношение распространилось и на них. Возможно, что через призму нацистского права СССР считался «бессущестным государством», в котором «конкретное» не только противоречит «общему», но и противопоставляется ему.

Тандем «общее–конкретное» нашел отражение в совместных разработках Шмитта и Ларенца, посвященных *мышлению в конкретно-общих понятиях*. Если в первой строке Евангелия от Иоанна (Новый Завет) сказано: «В начале было Слово...», то главным слоганом мышления в конкретно-общих понятиях могло бы стать следующее изречение: «В начале было... не Слово, а Понятие... конкретно-общее Понятие» (Am Anfang war... der Begriff... "konkret-allgemeiner Begriff"). По мнению К. Ларенца, «единство конкретно-общего понятия (каВ) – это не формальное сходство (одинаковость), а конкретное единство структурированного целого, сохраняющего в себе различие» (Die Einheit des konkret-allgemeinen Begriffs ist so nicht die formale Dieselbigkeit, sondern die konkrete Einheit des den Unterschied in sich bewahrenden, gegliederten Ganzen)<sup>22</sup>. Другими словами, «конкретно-общие понятия» как [попытки] отображения жизненной действительности должны заменить законы. Только такие конкретно-общие понятия (а не устаревшие нормы права), как «семья», «собственность», «правоспособность», «договор» могут составить суть конкретного порядка (konkrete Ordnung) или части порядков (Teilordnungen).

Следовательно, с позиции Ларенца, *сущность (Wesen)* – это целостность конкретно-общего понятия. В случае если идея права будет противоречить ее реализации, целостность конкретно-общего понятия будет нарушена, и сущность исчезнет. Например,

---

<sup>21</sup> Нормативный тип мышления, возникший в Германии, получил дальнейшее развитие в XIX в. из-за притока еврейского пришлого народа (Gastvolk), который на протяжении тысячелетий не имел ни государства, ни земли, но обладал законом и нормой права. Он [пришлый народ] не принадлежит к действительности народа, в котором он живет [3 S. 67].

<sup>22</sup> Цит. по: *Rüthers B. Die unbegrenzte Auslegung*. Mohr Siebeck, Tübingen 1968; 8, um ein Nachwort erweiterte Auflage 2017. S. 303–322.

если право собственности предстает как общее понятие (идея), а частная собственность – как конкретное (реализация идеи), то при противоречии реализации идеи самой идее субстанция понятия погибает<sup>23</sup>. Именно таким извращенным способом подвергалось ревизии само понятие права, а вместе с ним и понятие правового государства. Первое (право) толковалось только в национал-социалистическом духе. Второе (правовое государство), в силу огромного уважения, которым оно пользовалось у немецкой общественности того времени, широко пропагандировалось, но узко трактовалось как «германское правовое государство Адольфа Гитлера».

### *О сущностной природе мышления в категориях конкретного порядка*

На основании изучения некоторых источников – предшественников мышления [в категориях] конкретного порядка возможно сформулировать положения, определяющие данный ментальный тип. Немецкий профессор права Бернд Рютерс в своей работе «Теория права: понятие, действие и применение права» определил мышление [в категориях] конкретного порядка как юридически-методическую «магическую формулу», с помощью которой «национальное юридическое обновление» могло проводиться без законодателей, без особых усилий и с кажущимся рациональным изяществом применения норм права (Das „konkrete Ordnungsdenken“ war eine rechtmethologische „Zauberformel“, mit welcher die „völkische Rechtserneuerung“ ohne Gesetzgeber und in müheloser Elastizität und scheinrationaler Eleganz der Rechtsanwendung bewirkt werden konnte) [5 с. 358].

---

<sup>23</sup> Так, в России идея права собственности часто переходит в свою противоположность на практике. До прихода к власти коммунисты обещали «землю – крестьянам, фабрики – рабочим», но, получив эту власть, устроили коллективизацию на селе, а все предприятия перешли в собственность государства. «Мы ничего частного не признаем, – писал Ленин, – для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. Мы допускаем капитализм только государственный, а государство – это мы, как сказано выше. Отсюда – расширить применение государственного вмешательства в “частно-правовые” отношения; расширить право государства отменять “частные” договоры; применять не *corpus juris romanum* к “гражданским правоотношениям”, а наше революционное правосознание...» (Ленин В.И. ПСС. Т. 44. С. 398).

Мышление [в категориях] конкретного порядка<sup>24</sup> предшествует «Гильотине Юма» (дуалистическому разделению *бытия* и *долженствования*), имеет в своей основе стремление приравнять юриспруденцию к точным наукам (право как «нормативная действительность») [7 с. 65] и оперирует такими категориями, как раса (высшая и низшая), народ (народная общность, основанная на равенстве арийского вида), партия, мораль (как сексуальная нравственность) и расовый враг (в лице евреев).

Исходя из определения Б. Рютерса, *цель* мышления [в категориях] конкретного порядка состояла в *борьбе с законами как источниками права, с законодателем, их устанавливающим, и с долженствованием-нормативизмом* в целом. Рейхстаг – орган законодательной власти Германии – был сожжен 27 февраля 1933 г., менее чем через месяц после прихода к власти Гитлера (30 января 1933 г.). Даже в современной Германии Парламент (Бундестаг), по емкому выражению немецкого политолога Курта Зотхаймера, считается «*нотариальной конторой правительства* и народным представительством, в котором народ по-настоящему не узнает самого себя»<sup>25</sup>. Причина подобного пренебрежительного отношения заключается в том, что бо́льшая часть законопроектов, поступающих в Парламент, имеет правительственное происхождение: законодатель разделяет свои полномочия с исполнительной властью.

В нацистском праве «конкретный порядок» стоит выше абстрактной правовой нормы по аналогии соотношения публичного и частного права: публичное право всегда выше частного, поскольку государство в отличие от частного лица обладает суверенитетом, оно может ввести военное или чрезвычайное положение, отменив права и свободы человека и гражданина. Наконец, государственные интересы выше интересов частных лиц. С позиции нацистских юристов публичное право Третьего

---

<sup>24</sup> Мышление [в категориях] конкретного порядка является понятием правовой доктрины К. Шмитта, под которым [понятием] подразумевается выражение институциональной правовой теории Мориса Ориу (*Konkretes Ordnungsdenken* [bzw. *Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken*] ist ein Terminus aus der Rechtslehre von Carl Schmitt und wird von diesem als Ausprägung einer institutionalistischen Rechtstheorie im Sinne Hauriou verstanden) ([https://de.wikipedia.org/wiki/Konkretes\\_Ordnungsdenken](https://de.wikipedia.org/wiki/Konkretes_Ordnungsdenken)).

<sup>25</sup> *Зотхаймер К.* Федеративная Республика Германия сегодня. Основные черты политической системы / Пер. с нем. Г.Я. Рудого; Под общ. ред. и с предисл. Я.С. Дробкина. М.: Памятники исторической мысли, 1996. С. 235–236. (Серия «Россия–Германия–Европа». Вып. 1)

рейха, «поглотившее» право частное, должно предстать в виде совокупности «конкретных порядков», из сущности которых можно выделить *нормативно-обязательные образцы (типажи)*, в которых воплощаются «субстанции (Wesen) отдельных лиц»: достойный уважения крестьянин, смелый солдат, сознательный государственный служащий [3 с. 72].

На основании вышеизложенного *нацистское право (NS-Recht)* толковалось как *действующий порядок (уклад) жизни народа (wirkliche Lebensordnung des Volkes)*, который основан на равенстве арийского вида (Artgleichheit), имеет приоритет перед любой абстрактной правовой нормой, вытекающей из долженствования (Sollen), и предполагает «нормативную действительность» (normative Wirklichkeit). В реальности происходила подмена правовых понятий, а в конечном итоге – разрушение права и ликвидация главного принципа правового государства – ограничение законом публичной (в том числе и судебной) власти.

### *О применении на практике*

Для применения на практике мышления [в категориях] конкретного порядка использовалось так называемое *право судей (Richterrecht)*. Юридическим инструментарием права судей для перестройки человеческого сознания посредством «неограниченного толкования» (в рамках нацистского правопорядка) выступают так называемые *генеральные оговорки*, с помощью которых судьи могли корректировать как обычные договора, так и законы, изменяя мотивы прежних законодателей и придавая им (договорам, законам) новый смысл. Немецкие компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кетц в книге «Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права» приводят целый ряд подобных оговорок («злоупотребление правом», «потеря права» [особенно на предъявление иска], «утрата основы для заключения сделки» и т. д.) [8 с. 230–231].

Одной из известных генеральных оговорок является *доктрина коренного изменения обстоятельств (clausula rebus sic stantibus)*, которая была сформулирована Паулем Ортманном после Первой мировой войны в форме правового института “Wegfall der Geschäftsgrundlage” (утрата основы для заключения сделки). Данная судебная оговорка при помощи «неограниченного толкования» позволяла легально разрывать или менять (в одностороннем порядке) любой договор (в том числе международный) на основе «коренного изменения обстоятельств». Небезызвестно, что доктрина коренного изменения обстоятельств прописана в ст. 62 Венской

конвенции о праве международных договоров 1969 г. и квалифицируется как угроза стабильности системы международных договоров в частности и принципу международного права “*pacta sunt servanda*” (обещания следует соблюдать) в целом.

Анализируя судебную систему Третьего рейха, Д.А. Кошелев в своей работе «Краткий очерк германского национал-социалистического права (1933–1939)» соотносит систему специальных судов национал-социалистической Германии со средневековым *Священным Фемом* (нем.: Feme, Femgericht), который представлял собой трибунал, подчинявшийся только германскому императору (а не феодальной или церковной власти). Именно поэтому германский император исторически воспринимался не как Верховный правитель (согласно Золотой булле 1356 г. германских императоров выбирала коллегия из семи курфюрстов – представителей высшей аристократии, называвших себя “Volk”), а как Верховный судья. В Третьем рейхе роль Верховного судьи в идеологической концепции «Государство фюрера» (Führerstaat) перешла к Адольфу Гитлеру, чья воля считалась высшим источником нацистского права<sup>26</sup>.

### *Заключение*

Нацистские юристы не смогли преодолеть ни нормативизм, ни децизионизм. Первый не был преодолен, поскольку самой НСДАП пришлось взять на себя роль «законодателя» (примером служат принятые самой НСДАП *Нюрнбергские расовые законы*, хотя нацистские юристы отказывались считать законы источниками права<sup>27</sup>), от которой она столько раз отмежевывалась, представляя нацистский режим естественным и истинно немецким.

---

<sup>26</sup> «Суверенен тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении» (“*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*”) [1 с. 8].

<sup>27</sup> Даже в современной Германии *закон* (Gesetz) определяется через понятие «*государственное вмешательство*» (Eingriffe). Государственное вмешательство – это любая регулятивная деятельность (regulatory action), которая делает невозможной или существенно затрудняет деятельность отдельного человека, защищенную Основным законом ФРГ (Eingriff ist jede staatliche Maßnahme, durch die dem Einzelnen ein grundrechtlich geschütztes Verhalten unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird). А где государственное вмешательство, там законы и нормативизм (см. Hemmer/Wuest/Kresse, die 32 wichtigsten Faelle zum Staatsrecht, 3 Auflage, September 2005).

Примером непреодоления децизионизма служит «неформальная конституция Третьего рейха» – Политическая программа НСДАП 1920 г., на основе которой выносились судебные решения. Нацистское право считалось судебным (*Richterrecht*), поэтому лидеры Третьего рейха допускали применение судебных оговорок. Само определение суверена носит «децизионистский» характер, поскольку формулируется К. Шмиттом через понятие «*решение* о введении чрезвычайного положения». Таким образом, мышление [в категориях] конкретного порядка и мышление в конкретно-общих понятиях («понятия вместо законов») так и остались в истории всего лишь несколькими штрихами Нового мышления Нового человека.

В заключении отметим, что *любая политическая идеология* является руководством по созданию конкретного типажа мышления и поведения. *Любая власть*, вне зависимости от того, носит ли она тоталитарный или демократический характер, пытается *стандартизировать менталитет граждан*, создавая средствами политической идеологии некий ментальный единообразный (унифицированный) шаблон. Очевидно, что стандартизация менталитета означает изменение *поведения* людей в желаемом для власти направлении<sup>28</sup>. В нацистском варианте тоталитарное государство – это государство, которое стандартизирует менталитет на основе мышления [в категориях] конкретного порядка и мышления в конкретно-общих понятиях *на фоне постоянного чрезвычайного положения*. Такого рода стандартизация преследует в качестве цели оправдание преступлений и «героизацию» преступника, возведенного в ранг сверхчеловека.

Стандартизация менталитетов целых народов – это установление доминирующей мыслительной традиции эпохи, того, что Гегель в своих лекциях по истории философии называл *духом времени* (*Zeitgeist*)<sup>29</sup>. Дух времени, по мнению великого немецкого философа, это и дух человека, который живет в этом времени и не может обогнать его, ибо нельзя обогнать то, чем ты сам являешься. На этом основании судьбы в своих решениях также связаны духом времени и находятся под его влиянием, из чего следует, что не

---

<sup>28</sup> Небезызвестно, что современное руководство Европейского союза также занимается стандартизацией культуры на основе таких принципов мультикультурализма, как толерантность и кросскультурная чувствительность. Однако данные принципы расходятся с демократическими ценностями, и прежде всего со свободой слова.

<sup>29</sup> *Дух времени* (или Дух эпохи, также нем. *Zeitgeist*) – интеллектуальная мода или доминирующая мыслительная традиция, определяющая и *стандартизирующая* стиль мышления определенной эпохи.

существует внеполитической, нейтральной с точки зрения мировоззрения, пустой с точки зрения этических ценностей юриспруденции [З с. 225]. Именно по этой причине современные немецкие юристы определяют национал-социалистическое право как «право, лишенное права», т. е. лишенное своего существенного содержания – свободы, равенства, справедливости, правовой безопасности, морали, нравственности и гуманизма.

### *Литература*

---

1. *Шмитт К.* Понятие политического / Пер. с нем.; под ред. А.Ф. Филиппова СПб.: Наука, 2016. 568 с.
2. *Крывелев И.А.* История религий. Очерки в двух томах. Т. 2. М.: Мысль, 1976. 420 с.
3. *Rüthers B.* Entartetes Recht: Rechtslehren u. Kronjuristen im Dritten Reich. München: Beck, 1989. 227 S.
4. История политических и правовых учений: Учеб. для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2004. 944 с.
5. *Rüthers B.* Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. Beck, München 1999; 9. Auflage (mit Christian Fischer, Axel Birk): Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre. Beck, München 2016. 621 S.
6. *Eisenhardt U.* Deutsche Rechtsgeschichte. 4.Aufl. München, 2004. 638 S.
7. *Штолляйс М.* История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм [пер. с нем. О.Г. Субботина]. М.: Полит. энциклопедия, 2017. 663 с.
8. *Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 1: Основы: Пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 1998. 512 с.

### *References*

---

1. Schmitt C. Der Begriff des Politischen. A concept of the political / Transl. from German. Ed. by AF. Filippov. Saint Peterburg: Nauka Publ; 2016. 568 p. (In Russ.)
2. Kryvelev IA. History of Religions. Essays in two volumes. Vol. 2. Moscow: Mysl' Publ; 1976. 420 p. (In Russ.)
3. Rüthers B. Entartetes Recht: Rechtslehren u. Kronjuristen im Dritten Reich. München: Beck, 1989. 227 S.
4. History of Political and Legal Theories. Ed. by VS. Nersesyants. Moscow: Norma Publ; 2004. 944 p. (In Russ.)
5. Rüthers B. Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. Beck, München 1999; 9. Auflage (mit Christian Fischer, Axel Birk): Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre. Beck, München 2016. 621 S.

6. Eisenhardt U. Deutsche Rechtsgeschichte. 4.Aufl. München, 2004. 638 S.
7. Stolleis M. A History of Public Law in Germany. Weimar Republic and National Socialism. Moscow: Politicheskaya entsiklopediya Publ.; 2017. 663 p. (In Russ.)
8. Zweigert K., Kotz H. An Introduction to Comparative Law in Private Law. In two vols. Vol. 1. Foundations. Moscow: Mezhdunarodniye otnosheniya Publ; 1998. 512 p. (In Russ.)

### *Информация об авторе*

*Борис А. Антонов*, кандидат юридических наук, доцент, Российский государственный гуманитарный университет, Москва, Россия; 125993, Россия, Москва, Миусская пл., д. 6; heidel@rambler.ru

### *Information about the author*

*Boris A. Antonov*, Cand. of Sci. (Law), associate professor, Russian State University for the Humanities, Moscow, Russia; bld. 6, Miusskaya Sq., Moscow, Russia, 125993; heidel@rambler.ru