

«Децизионизм там, где отсутствует легальность»:
об одном из типов юридического мышления
в политико-правовом учении Карла Шмитта

Борис А. Антонов

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

Аннотация. Автор статьи предпринимает попытку анализа учения о децизионизме, представленного в работе Карла Шмитта «О трех видах юридического мышления» (1934). В ней немецкий политический философ и правовед (1888–1985) подводит некоторые научные итоги, связанные с самим понятием децизионизма и соответствующим ему децизионистским мышлением, посвятив этой теме сначала свой самый первый трактат «Диктатура. От истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы» (1910), а впоследствии – работу «Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете» (1922).

Среди рассмотренных Шмиттом трех видов юридического мышления (нормативизм, децизионизм, мышление в категориях конкретного порядка) наибольшая актуальность принадлежит децизионизму, поскольку именно в нем Шмитт видит главное средство борьбы с абстрактным, безликим, анонимным и внепространственным юридическим нормативизмом, упрочению которого в Германии способствовала как рецепция римского права, так и политико-правовые учения целого ряда правоведов-нормативистов, центральное место среди которых занимал австрийский юрист Г. Кельзен (1881–1973) с его теорией о «чистом» (абстрактном) праве. Основной фактор, который поддерживает исследовательский интерес Шмитта к децизионизму, – его многоликость (выраженная в как минимум трех его подвидах: политическом, судебном и вождистском). Это свойство децизионизма предполагает его связь с двумя другими типами мышления, рассмотренными в «Трех видах» (с нормативным и мышлением в категориях конкретного порядка).

В *первом разделе* статьи («О трех видах юридического мышления. Решение о введении чрезвычайного положения как главный признак суверена») автор предлагает свой комментарий к обзорному шмиттовскому исследованию всех трех видов юридического мышления, акцентируя свое и читательское внимание на основном тезисе децизионизма («Суверенен

тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении»), на различении нормативизма и децизионизма и на зависимом характере последнего от мышления в категориях конкретного порядка.

Особое внимание в статье уделено вопросу децизионизма в американском и английском праве (*второй раздел «К вопросу о соотношении нормативизма и децизионизма в рамках прецедентного права»*), поскольку американское право частично построено на судебных прецедентах, а значит, *решениях* судей, а в английском праве Шмитт усматривает отдельные свойства децизионизма как основы для проявления мышления в категориях конкретного порядка.

Третий раздел статьи («Критические замечания в адрес политико-правового учения Шмитта о децизионизме») посвящен рассмотрению как минимум двух целей, которые преследует Шмитт, подвергая критическому анализу учение о децизионизме: первая (ближежащая) – обосновать целесообразность замены нормативизма децизионизмом; вторая (перспективная) – доказать необходимость принятия экзистенциальных решений в случае чрезвычайных ситуаций. При этом в процессе анализа Шмитт игнорирует тот очевидный факт, что не подкрепленные нормами права такого рода решения способствуют беззаконию власти, выступающей в роли суверена.

Ключевые слова: типы юридического мышления, нормативизм, децизионизм, мышление в категориях конкретного порядка, позитивизм, (правовая) норма, суверен, суверенитет, решение (Dezision) о чрезвычайном положении

Для цитирования: Антонов Б.А. «Децизионизм там, где отсутствует легальность»: об одном из типов юридического мышления в политико-правовом учении Карла Шмитта // Вестник РГГУ. Серия «Экономика. Управление. Право». 2023. № 4. С. 126–142. DOI: 10.28995/2073-6304-2023-4-126-142

“Decisionism is where there is no legality”.
On a type of legal thinking
in Carl Schmitt’s political-legal teaching

Boris A. Antonov

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

Abstract. The author of the article attempts to analyze the doctrine of decisionism, presented in Carl Schmitt’s work “On the three types of juridical thinking” (1934). In it, the German political philosopher and lawyer (1888–1985) sums up some scientific results related to the very concept of decision-

ism and the corresponding decisionist thinking, having focused his very first treatise “Dictatorship” to that topic. “From the origins of the modern idea of sovereignty to the proletarian class struggle” (1910), and subsequently – the work “Political Theology. Four chapters on the doctrine of sovereignty” (1922).

Among the three types of legal thinking considered by Schmitt (normativism, decisionism, thinking in categories of a concrete order), the greatest relevance belongs to decisionism, since it is in it that Schmitt sees the main means of combating abstract, faceless, anonymous and extra-spatial legal normativism, the consolidation of which in Germany contributed to both the reception Roman law, as well as the political and legal teachings of a number of normative legal scholars, the central place among whom was occupied by the Austrian lawyer G. Kelsen (1881–1973) with his theory of “pure” (abstract) law.

The main factor that supports Schmitt’s research interest in decisionalism is its multiplicity (expressed in at least three of its subtypes: political, judicial, and autocratic).

That feature of decisionalism suggests its relationship to the other two types of thinking considered in the “Three Types” (normative thinking and thinking in the categories of a specific order).

In the first section of the article (“On three types of juridical thinking” by K. Schmitt. The decision to declare a state of emergency as the main feature of the sovereign), its author offers his commentary on Schmitt’s review of all three types of legal thinking, focusing his and the reader’s attention on the main thesis of decisionism (“He who makes an emergency decision is a sovereign”), on the distinction between normativism and decisionism and on the dependent nature of the latter on thinking in categories of a specific order.

Particular attention in the article is paid to the issue of decisionism in American and English law (the second section “On the issue of the relationship between normativism and decisionism within the framework of case law”), since American law is partially built on judicial precedents, and therefore decisions of judges, and in English law Schmitt sees certain features of decisionism as the basis for the manifestation of thinking in categories of a specific order.

The third section of the article (“Critical remarks regarding Schmitt’s political and legal doctrine of decisionism”) is focused on the consideration of at least two goals that Schmitt pursues by critically analyzing the doctrine of decisionism: the first (close) is to justify the feasibility of replacing normativism with decisionism; the second (prospective) is to prove the need to make existential decisions in case of emergency situations. In the process of analysis, Schmitt ignores the obvious fact that decisions of such a kind, not supported by the norms of law, contribute to the lawlessness of authorities acting as the sovereign.

Keywords: types of juridical thinking, normativism, decisionism, thinking in terms of the specific order, positivism, (legal) norm, sovereign, sovereignty, emergency decision

For citation: Antonov, B.A. (2023), “‘Decisionism is where there is no legality’. On a type of legal thinking in Carl Schmitt’s political-legal teaching”, *RSUH/RGGU Bulletin. “Economics. Management. Law” Series*, no. 4, pp. 126–142, DOI: 10.28995/2073-6304-2023-4-126-142

Введение

Децизионизм (и соответствующее ему децизионистское мышление) так или иначе находит свое отражение в целом ряде работ Карла Шмитта (1888–1985). «О трех видах юридического мышления», «Диктатура», «Политическая теология», «Понятие политического», «Левиафан в учении о государстве Томаса Гоббса» – вот лишь малая часть тех трактатов, которые в явной или менее явной форме посвящены теории децизионизма и децизионистскому мышлению.

Причины, в связи с которыми Шмитт проявляет повышенный исследовательский интерес к теме децизионизма, не сложно объяснить. Анализируя ту или иную правовую либо политическую теорию, Шмитт не может не заметить того, что и в основе юридического позитивизма (не выделенного Шмиттом в отдельный тип мышления по причине подчинения позитивиста законодателю), и в основе институционализма (соотносимого с мышлением в категориях конкретного порядка) лежит децизионизм, основной тезис которого гласит: «Суверенен тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении» [Шмитт 2016, с. 8].

Еще одна причина повышенного интереса Шмитта к децизионизму¹ связана с многоликостью и многофункциональностью последнего. По Шмитту, существует как минимум *три типа деци-*

¹ В качестве исторического примера децизионизма Шмитт приводит каноническое право Святого Престола («Римско-католическая догма о непогрешимости папского решения точно так же содержит сильные юридико-децизионистские элементы... папа непогрешим лишь как глава церкви в силу своей должности...» [Шмитт 2013, с. 324]), а также протестантское учение Ж. Кальвина («В кальвинистском учении, согласно которому Бог уже до грехопадения принял *окончательное решение* относительно спасения и проклятия, милости и немилости в отношении каждого отдельного человека...» [Шмитт 2013, с. 324]).

зионизма: политический, судебный и вождистский. *Политический децизионизм*, как и *децизионизм судебный*, отвечает за принятие решений, но при этом политический децизионизм предполагает принятие политических решений о введении чрезвычайного или военного положения, а судебный – принятие решений судьями на основе и во исполнении законов. С этой точки зрения зависимость судебного децизионизма от нормативизма более очевидна и прозрачна, чем в случае гораздо меньшей зависимости децизионизма политического от нормативизма.

Вождистский децизионизм виделся Шмитту неким спасательным кругом, который поможет создать в Германии новое мышление в категориях конкретного порядка, способным возродить немецкую нацию после Первой мировой войны. Увы... Если «раздробленный» Первый рейх (962–1806) страдал от *правового партикуляризма* (племенное право, право земель, городское право, феодальное право, каноническое право), но сохранял единство в области юридического мышления («Немецкое средневековое мышление... являлось вполне конкретным мышлением о порядке...» [Шмитт 2013, с. 311]), то объединенная (в 1871 г.) Германия страдала уже от *партикуляризма конкурирующих правовых доктрин* (нормативизма, позитивизма, децизионизма) и производных от них типов юридического мышления. Наилучшим выходом из ситуации Шмитт считал прямое выведение из децизионизма институционализма и мышления в категориях конкретного порядка и «растворение» в конкретном порядке как побочных правовых доктрин (нормативизма, позитивизма, децизионизма), так и *партикуляризма побочных типов юридического мышления* (нормативного, позитивистского, децизионистского).

«О трех видах юридического мышления»

К. Шмитта.

Решение о введении чрезвычайного положения как главный признак суверена

В своем трактате «О трех видах юридического мышления» (1934) Шмитт подвергает *различению* три юридические доктрины (нормативизм, децизионизм, институционализм) и соответствующие им три типа юридического мышления: *нормативное* (понимание права как совокупности юридических норм и правил), *децизионистское* (понимание права как решения) и *институциональное* (понимание права как конкретного порядка и формы).

При рассмотрении *учения о нормативизме* Шмитт выстраивает основания для его критического анализа, обвиняя в «абстрактности», «безликости», «анонимности» и «внепространственности»². Шмитт одновременно отвергает: 1) законы как «средоточие всего дурного»; 2) парламентаризм как «плюралистичный» и «несамостоятельный»; 3) рецепцию римского права в Германии как «вредную» и 4) наконец, сводит на нет основные принципы нормативизма (такие как принцип законности, принцип разделения властей, дуалистический принцип Юма и принцип деления права на публичное и частное [Шмитт 2008; Шмитт 2013]). В данном перечне «несамостоятельный» и «плюралистичный» парламентаризм выступает в качестве следствия абстрактного нормативизма, а «вредная» рецепция римского права – в качестве причины его упрочения в Германии XV в.

Заметим, однако, что шмиттовское понятие политического сохраняет в своей основе один из принципов нормативизма о делении права на публичное и частное, поскольку различие происходит именно на *публичных* друзей и *публичных* врагов. Враг, в понимании Шмитта, – это «не частный противник», а «только общественный враг», представляющий собой противоборствующую целостность [Лёвит 2022, с. 134].

Другими словами, в соответствии со шмиттовским пониманием (понятием) политический враг – это всегда *hostis* (пер. с лат. – военный противник, политический враг) и никогда *inimicus* (пер. с лат. – частный враг). То, как именно соотносится децизионизм с различием на *hostis* и *amicus*, Шмитт объясняет тем, что децизионистский акт суверена по сути представляет собой право определять, кто есть друг, а кто – враг.

Вторая юридическая доктрина – политический децизионизм – по мнению Шмитта, выгодно отличается от нормативизма, представляя собой политическое, этическое и юридическое учение, согласно которому моральные или правовые предписания являются результатом *решений*, принимаемых политическими

² О роли нормативизма достаточно выступил в свое время Юлиус фон Кирхманн (1802–1884): «Три новых слова законодателя и целые библиотеки становятся макулатурой». При этом немецкий юрист беспелеционно высказывался и *против* нормативизма, не забывая, впрочем, подвергнуть критическому анализу и позитивизм: «Позитивный закон носит абстрактный характер... Из-за позитивного закона правовая наука из служителя правды превращается в служанку случая, заблуждения, страстей и безрассудства; вместо вечного и абсолютного ее предметом становится случайное и ущербное...» [Кирхманн, Ларенц 2022, с. 24–26].

актерами: «Суверенен тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении» [Шмитт 2016а, с. 8]. Именно с этого утверждения начинается Шмитт свою «Политическую теологию», и именно это утверждение, пройдя через целый ряд исследовательских контекстов, становится сначала универсальной формулой политического децизионизма (и децизионистского мышления соответственно), а впоследствии и юридического институционализма. Опасность данной формулы очевидна: в случае принятия сувереном решения о введении чрезвычайного положения прекращает свое действие институт правового государства, что автоматически предполагает и прекращение юридической силы международных конвенций [Сидоров 2015].

То, как работает юридический механизм перехода от нормативизма к децизионизму в Германии, зафиксировано в статье 48 Конституции Веймарской республики, текст которой сформулирован следующим образом:

Если какая-нибудь область не выполняет обязанностей, возложенных на нее конституцией или имперскими законами, то президент империи (рейхспрезидент) может понудить ее к этому с помощью вооруженной силы. Если в пределах Германской империи серьезно нарушены общественная безопасность и порядок или если грозит серьезная опасность такого нарушения, то президент империи (рейхспрезидент) может принимать меры, необходимые для восстановления общественной безопасности и порядка, в случае надобности с помощью вооруженной силы. С этой целью он может временно приостанавливать полностью или частично гарантии основных прав, данные ст. 114 (неприкосновенность личности), 115 (неприкосновенность жилища), 117 (тайна переписки), 118 (свобода слова), 123 (свобода собраний), 124 (право образования союзов и обществ) и 153 (право собственности).

По мнению Шмитта, рейхспрезидент – единственный, кто способен скорректировать политическую ситуацию [Шмитт 2005]. Согласно ст. 48 Конституции Веймарской республики, именно рейхспрезидент обладает правом принятия единоличных решений в чрезвычайных обстоятельствах и правом отмены семи вышеперечисленных конституционных прав. Для Шмитта такое *право отмены* предполагает переход от нормативизма к политическому децизионизму, поскольку в чрезвычайных обстоятельствах, которые Шмитт интерпретирует либо как кризис, либо как смену одной политико-правовой системы на другую, правоотношения, регулируемые нормами права, теряют связь с реальностью.

Таким образом, переход от нормативизма к децизионизму обусловлен такими признаками решения о чрезвычайном положении, как:

- различение на друзей и врагов (понятие политического);
- отмену всех или некоторых (см. ст. 48 Конституции Веймарской республики) прав человека и гражданина (на неприкосновенность личности и жилища, тайну переписки, свободу слова, свободу собраний и т. д.) [Шмитт 2005, с. 230, 240];
- отмену принципа федерализма (местная власть теряет свои полномочия) [Шмитт 2005, с. 232, 233] и перераспределение полномочий в рамках принципа разделения властей (в случае начала военных действий судебные функции переходят к исполнительной власти);
- ликвидацию индивида (лица) как субъекта права по принципу «Ты ничто, твой народ все» [Rüthers et al. 2018, S. 352];
- переход от права мира к праву войны (в рамках права народов), от обычного судопроизводства к судопроизводству военному и чрезвычайному;
- перевод международного права из состояния наднациональной системы отношений (монистическая теория) в состояние внешнего государственного права (дуалистическая теория) – аналогии *права народов (ius gentium)* в римском праве;
- приоритет доктрины коренного (фундаментального) изменения обстоятельств в международных договорных отношениях над принципом международного права “*pacta sunt servanda*” (*обещания следуют выполнять*);
- государственное регламентирование характера войны как регулярной (т. е. с функционированием норм международного гуманитарного права) либо дискриминационной (т. е. без функционирования норм международного гуманитарного права).

Означает ли это, что децизионистская политика отдельного государства сводит на нет «приоритет международных конвенций», а значит, прекращает действие международного права? Очевидно, что все зависит от трактовки самого понятия: в своем традиционном определении вопрос о том, прекращает ли свое существование международное право в момент вступления в силу децизионизма, остается открытым. Однако трактовка децизионизма Шмиттом как учения о принятии решения о чрезвычайном положении накладывает вето на все те международно-правовые документы, в задачи которых входит предотвращение войны. Как бы то ни было, Шмитт, осознавая временный характер чрезвычайного положения и на этом основании определяя децизионизм

как *переходный период* между нормативизмом и институционализмом, приходит к выводу о необходимости введения в Германии *конкретного порядка* и неизбежности актуализации среди немецких юристов и политиков соответствующего мышления (в категориях конкретного порядка).

Немецкий исследователь отводит децизионизму *обязательное* место в так называемых пороговых ситуациях, подчеркивая, что только они принуждают обратиться к «монополии на принятие решений, а не к законной монополии на применение насилия», что предполагает временный характер действия децизионизма, в процессе которого суверенитет не даруется государству как некой безличной законодательной системе раз и навсегда, а «кристаллизуется» время от времени под влиянием политических кризисов, войн и социальных беспорядков [Тешке 2012, с. 16–17].

В отличие от нормативизма, который традиционно ассоциируется с безличной правовой нормой, децизионизм связан либо с *конкретной личностью* (политическим деятелем или судьей, принимающими соответственно политические или судебные решения), либо с *конкретной временной точкой*, либо с *конкретной политической или правовой ситуацией*. Более того, по Шмитту, ошибочно было бы считать источником децизионистского юридического мышления приказ, обязательный к исполнению вне зависимости от отношения к нему того, к кому обращен последний. Такой приказ, скорее, напоминает непреложную к повиновению *норму*, но никак не конечное решение, во исполнение которого и запускается механизм децизионистского мышления. Условием исполнения решения при децизионизме, по мысли Шмитта, выступает либо авторитет того, кто принимает его, либо его (принимающего решения) статус суверена:

Для юриста децизионистского типа источником всякого «права», т. е. всех последующих норм и порядков, является не приказ как таковой, а *авторитет или суверенитет конечного решения*³, которое принимается вместе с приказом [Шмитт 2013, с. 323].

В качестве *третьего типа* юридического мышления выступает *понимание права как конкретного порядка и формы*. В «Трех видах»

³ Авторы «Основных правовых систем современности» (1996), французские исследователи Р. Давид и К. Жоффре-Спинози отмечают, что во Франции «судебная практика не является источником права; и тем не менее, в действительности при определенных обстоятельствах решения Кассационного суда или Государственного совета часто играют роль не меньшую, чем закон» [Давид, Жоффре-Спинози 1996, с. 17].

Шмитт, вслед за итальянским юристом и политиком Санти Романо (1875–1947), определяет право как сложную организацию того или иного государства, которое через «надличные» учреждения и формы создает и даже гарантирует юридические нормы, соотносящиеся с правовым порядком. При этом когда по причине войны или кризиса происходит его изменение, то вследствие этого изменения меняется и норма (а не наоборот: порядок меняется по причине изменения нормы). Так, в «Трех видах», а ранее – в ряде статей в юридической прессе, Шмитт «адаптирует» институциональное мышление (читай: мышление в категориях конкретного порядка) к государственности Германии времен национал-социализма таким образом, чтобы оно в незамедлительном порядке ориентировалось на принимаемые нацистами решения (никак не учитывая то, какие последствия они повлекут за собой в будущем).

*К вопросу о соотношении
нормативизма и децизионизма
в рамках прецедентного права*

Общеизвестным является тот факт, что англо-саксонская правовая семья построена на судебных прецедентах, т. е. *решениях*, в соответствии с которыми судьи принимают последующие решения по аналогичным судебным делам. Аналогичным образом, т. е. с использованием прецедентного права, выстроена судебная система в американских штатах. Исходя из этой аналогии английскую и (частично) американскую правовые системы можно считать децизионистскими по своей сути, несмотря на то, что в «Трех видах» Шмитт проводит различие между английским и американским правом, выделяя примеры *подлинного децизионизма* в правовой системе Великобритании и подчеркивая склонность США к нормативизму естественного права [Шмитт 2013].

С позиции сегодняшнего дня следует учитывать тенденцию современного американского права к позитивизму, т. е. к *сочетанию нормативизма и децизионизма*⁴. В этом почти идеальном сочетании

⁴ Подобное сочетание «закона» и «решения» можно найти в понимании латинского понятия “lex”, которое в российской литературе часто переводят как «закон» (*dura lex, sed lex* – закон суров, но он закон). Однако более близкий по значению смысл понятия “lex” – «решение народных собраний». Таким образом, “lex” – это, используя определение Шмитта, – синтез нормативизма, оперирующего законами, и децизионизма, оперирующего политическими решениями.

нормативизм представлен Конституцией США и федеральными законами страны, а децизионизм – 1) политическими решениями (в том числе решениями о введении чрезвычайного или военного положения, отменяющего конституционные права Билля о правах), 2) судебными решениями и 3) судебными прецедентами, в которых, хотя и рассматривается определенная правовая ситуация в каждом отдельном штате, но сами прецеденты связаны исключительно с Верховным судом США, а потому носят федеративный характер.

При этом юридический позитивизм как результат удачного синтеза нормативизма и децизионизма не устраивает немецкого философа (в противном случае Шмитт выделил бы не три, а только два типа юридического мышления – позитивистское и институциональное): юридический позитивизм для Шмитта во многом сохраняет *дуализм* нормативизма и децизионизма, в частности принцип Юма, который, «нависая» над действительностью, как лезвие «гильотины», является прямым напоминанием о необходимости различения норм бытия и норм долженствования, юридических событий и юридических действий, т. е. всего того, что подвластно, и того, что неподвластно человеку, даже если последний использует приставку «сверх».

Синтез нормативизма и децизионизма, по мнению Шмитта, не является полным:

Комбинация из децизионизма и нормативизма, из которой состоит подобный позитивизм XIX века, не может считаться ни первоначальным, ни вечным юридическим типом [Шмитт 2013, с. 335].

Более того, позитивистский тип Шмитт не выделяет в качестве инварианта юридического мышления, поскольку к моменту написания «Трех видов» позитивизм, по его мнению, не оправдал себя как самостоятельная юридическая доктрина:

Позитивист не является самостоятельным и вечным типом юридического мышления. Он... подчиняется решению соответствующего законодателя, обладающего государственной властью... Без системы координат конкретного порядка юридический позитивизм не сможет *различать* ни между правом и беззаконием, ни между объективностью и субъективным произволом [Шмитт 2013, с. 330, 335].

Поэтому в последнем случае Шмитт отбрасывает юридический позитивизм как результат синтеза, нарушая тем самым диалектический закон развития Гегеля (тезис – антитезис – синтез) и вывода

напрямую из децизионизского мышления мышление в категориях конкретного порядка:

Последующий судья не должен будет придерживаться ни лежащей в основе решения нормы, ни предшествующего решения как чистого решения, но исключительно «случая» как такового. В таком случае английское *case law* содержит пример конкретного мышления о порядке, которое придерживается исключительно внутреннего права определенного случая. Тогда прецедентный случай, включая его решение, становится конкретной парадигмой всех последующих случаев, которые содержат свое право конкретно в самих себе, а не в норме или решении [Шмитт 2013, с. 345].

В рамках американского права

....прецедентный случай становится обязательным лишь в той мере, в какой в нем затрагивается лежащая в основе решения *норма* (Авт. – rule of law), которой придерживается как судья в прецедентном деле, так и судья, рассматривающий дело последующее. Тем самым практика (американского) *case law* также приближается к *мышлению о правилах*, даже если она и не может так легко перейти в узкий позитивизм закона, который должен наступить вместе с обширными кодификациями целых правовых областей [Шмитт 2013, с. 345].

Напомним, что в структуре американских судебных кейсов в качестве обязательного элемента присутствует *норма права* (rule of law), являя собой непрменный признак нормативизма. В английских же прецедентах норма права не сформулирована, а «растворена» в рамках *ratio decidendi* (обоснование решения, правило, которое формирует правовую норму)⁵.

Подчеркивая значимость соотношения между децизионизмом и нормативизмом в правовой системе США, доказывая господство децизионизма в английском праве и обосновывая существование нормы права в США и «внутреннего права определенного случая» в Англии, Шмитт тем самым демонстрирует разницу в доктринальных учениях американского и английского судебного прецедента: первая доктрина – *stare decisis* (стоять на решенном) – связывает судью судебными прецедентами (концепция обязательного прецедента – прецедента с фиксированной

⁵ Вторая часть английского судебного прецедента носит название “*obiter dictum*”, переводимом как «путно сказанное или другие обстоятельства дела, обосновывающие решение».

нормой права, предполагающей обязательное государственное санкционирование), вторая – *деклараторная теория* – исключает подобное подчинение, поскольку английский судья лишь «открывает» (декларирует) прецеденты, но не создает их (концепция убедительного прецедента).

Усматривая в английском прецедентном праве пример конкретного мышления о порядке, Шмитт тем не менее ни в одной из своих работ не указывает на необходимость реформирования германской правовой системы на манер английской с целью введения в Германии прецедентного права. Его идеал – возвращение к средневековому немецкому порядку, который возродил бы в Германии конкретное мышление о порядке («Немецкое средневековое мышление... являлось вполне конкретным мышлением о порядке...» [Шмитт 2013, с. 311]).

Критические замечания в адрес политико-правового учения Шмитта о децизионизме

«Власть, а не истина создает закон». Неоднократно пользуясь этой цитатой из Гоббса, Шмитт абсолютизирует суверенитет, отстаивая тем самым потенциальную возможность децизионизма занять место нормативизма. Ученый в очередной раз противопоставляет те решения, которые принимает власть, норме закона, следуя в соответствии с более чем прозрачной логикой своего рассуждения. В ситуациях чрезвычайного положения (кризиса, переворота, революции, войны) решения, принимаемые властью, должны опираться не на норму(ы), обнаруживающую(ие) свое полное бессилие и несостоятельность, а на волю власть предержащих. Цель, преследуемая Шмиттом, в данном случае двойственна: с одной стороны (и это близлежащая цель его учения), отвержение нормативизма как способа избавиться от тех «помех», которые препятствуют обоснованию его (нормативизма) замены децизионизмом, с другой (и это перспективная цель его учения), – продемонстрировать необходимость принятия экзистенциальных решений власти, не подкрепленных нормами права, и тем самым способствуя ее беззаконию.

Немецкий философ К. Лёвит одним из первых обратил внимание на стремление Шмитта лоббировать актуальные для сиюминутной политической ситуации решения власти, игнорируя при этом нормы права:

Весь мир превращается для него (Шмитта) просто в повод, возможность или *occasio* и, выражаясь романтически, в «средство», «стимул» и «эластическую точку» для продуктивной деятельности его иронического, интриганского Я [Лёвит 2022, с. 119].

Под «эластичностью» автор цитаты мог иметь в виду некоторую степень маневра, которой разрешает себе пользоваться Шмитт, оправдывая корректность каждого последующего решения власти, даже если оно отличается от предыдущего.

Сложно сказать, возможно ли применить к шмиттовскому учению о децизионизме те выводы, к которым приходит Шмитт в отношении судебных решений и которые могут считаться обоснованными, если возможно признать, что другой судья решил бы (подобное дело) схожим образом. Если такая апелляция к судебной практике возможна, то по аналогии с ней возможна и оценка решения о чрезвычайном положении как *обоснованного*, и, более того, возможно рассмотрение соотношения правовой нормы и политического решения, сопровождаемого потенциальной перспективой «перетекания» нормативной силы в политическое решение. В том случае, если каждое следующее решение отличается от предыдущих, а те, кто их принимает, не способны к «однозначному различию» и «неоспоримому решению» (термины Шмитта), учение Шмитта приобретает характер *окказионального*, что полностью отрицает наличие нормативной силы в решении о чрезвычайном положении, лишая идеи Шмитта о децизионизме методологической составляющей и, в частности, статуса научности в целом:

...Карл Лёвит обратил внимание на то, что подчеркивание Шмиттом первичности экзистенциального решения перед нормой имеет своим следствием сугубую *окказиональность* политического, т. е. зависимость от любого случайного соотношения политических сил. В силу этого любое описание политического Шмиттом вынуждено вращаться в порочном кругу, делая претензии автора на научную разработку политико-правовых понятий беспочвенными⁶.

Заключение

Возвращаясь к выведенной Шмиттом политической формуле децизионизма («Суверенен тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении»), можно сказать, что Шмитт не только не отрицает, но и подчеркивает, что политическое решение о чрезвычайном положении является *окказиональным*, т. е. не имеет нормативной силы.

⁶ Цит. по: Плотников Н. Политическое, не слишком полемиическое // Логос. 2023. № 5 (89). С. 3–44.

чайном положении»), автор статьи предлагает свою, расширенную, интерпретацию самого понятия *суверена* (не настаивая при этом на ее обязательном принятии): суверен есть тот, кто в случае «пороговой» ситуации (войны, кризиса и т. д.) принимает *окончательное решение* о введении чрезвычайного положения, *отменяя тем самым* права и свободы граждан и подвергая их различению на друзей и врагов. Так, посредством решения о введении чрезвычайного или военного положения происходит переход от одного состояния права народов (права мира) к другому. Нередко этим «другим» состоянием становится *право войны*, и тогда *нормальная* ситуация, в которой был возможен и действителен нормативизм, переходит в ситуацию *исключительную*, где нормативное право уступает место децизионизму. Для Шмитта уступка подобного рода предотвращает хаос и анархию (с которым не может справиться нормативизм) и создает конкретный порядок, который посредством абсолютизации воли одного человека приостанавливает действие нормативного права. Утверждение Шмитта однозначно: для действия нормативного права необходима нормальная (без кризисов и войн) ситуация (в терминах Шмитта – гомогенная среда), а децизионизм вступает в действие в случае неспособности нормативизма справиться с ситуацией «ненормальной». Очевидным в данном случае является вывод, который категорически игнорирует Шмитт: децизионизм есть там, где отсутствует легальность.

Понятие политического выступает первопричиной политического децизионизма: в случае войны суверенное различение на врагов и друзей приводит к оформлению решения о введении военного положения, а также к различению права народов на право войны и право мира либо (в системе права народов Шмитта) – на право Суши и право Моря. Данное решение может быть оформлено как посредством соответствующего приказа, так и посредством законов (примером которых могут служить Нюрнбергские расовые законы 1935 г.).

Литература

- Давид, Жоффре-Спинози 1996 – Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Международные отношения, 1996. 400 с.
- Кирхманн, Ларенц 2022 – Немецкие цивилисты о юриспруденции: Юлиус фон Кирхманн, Карл Ларенц [б. м.]: Издательские решения, 2022. 76 с.
- Лёвит 2022 – Лёвит К. Политический децизионизм // Логос. 2022. Т. 32. № 6. С. 115–141.

- Сидоров 2015 – *Сидоров Х.В.* Невозможный Ислам по Халляку: осмысление и критика, 2015. URL: <http://www.harunsidorov.info/2015/03/04/hallak/> (дата обращения 23 июля 2023).
- Тешке 2012 – *Тешке Б.* Решения и нерешительность. Политические и интеллектуальные прочтения Карла Шмитта // Логос. 2012. № 5 (89). С. 3–44.
- Шмитт 2005 – *Шмитт К.* Диктатура. От истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы / Пер. с нем. Ю.Ю. Коринца; Под ред. Д.В. Кузницына. СПб.: Наука, 2005. 328 с.
- Шмитт 2008 – *Шмитт К.* Номос Земли в праве народов *jus publicum europaeum*. СПб.: Владимир Даль, 2008. 670 с.
- Шмитт 2013 – *Шмитт К.* О трех видах юридического мышления // Шмитт К. Государство: Право и политика: Пер. с нем. / Сост. В.В. Анашвили, О.В. Кильдюшов. М.: Территория будущего, 2013. 444 с.
- Шмитт 2016a – *Шмитт К.* Политическая теология // Шмитт К. Понятие политического / Пер. с нем., под ред. А.Ф. Филиппова. СПб.: Наука, 2016. С. 5–59.
- Шмитт 2016b – *Шмитт К.* Понятие политического // Шмитт К. Понятие политического / Пер. с нем., под ред. А.Ф. Филиппова. СПб.: Наука, 2016. С. 280–408.
- Rüthers et al. 2018 – *Rüthers B., Fischer C., Birk A.* Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre. Lehrbuch/Studienliteratur, C.H. Beck, 10, überarbeitete Auflage 2018, München, 2018. 621 S.

References

- David, R. and Zhoffre-Spinozi, K. (1996), *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti* [The main legal systems of our time], Tumanova, V.A. (transl.), Mezhdunarodnye otnosheniya, Moscow, Russia.
- Kirchmann, Yu. and Larenz, K. (2022), *Nemetskie tsivilisty o yurisprudentsii* [German civilists on jurisprudence. Julius von Kirchmann, Karl Larenz], Izdatel'skie resheniya, Russia.
- Lyovit, K. (2022), *Politicheskii detsizionizm* [Political dezisionism], *Logos*, vol. 32, no. 6, pp. 115–141.
- Sidorov, Kh.V. (2015), *Nevozmozhnyi Islam po Hallyaku: osmyslenie i kritika* [Impossible Islam according to W. Hallaq. Comprehension and Critique], available at: <http://www.harunsidorov.info/2015/03/04/hallak/>,_data obrascheniya (Accessed July 23, 2023).
- Teshke, B. (2012), *Resheniya i nereshitel'nost'. Politicheskie i intellektual'nye prochteniya Karla Schmitta* [Decisions and indecision. Political and intellectual readings of Carl Schmitt], *Logos*, no. 5 (89), pp. 3–44.
- Schmitt, K. (2005), *Diktatura. Ot istokov sovremennoi idei suvereniteta do proletarskoi klassovoi bor'by* [Dictatorship. From the Origin of the Modern Concept of

- Sovereignty to Proletarian Class Struggle], Kuznitsyn, D.V. (ed.), Nauka, Saint Petersburg, Russia.
- Schmitt, K. (2008), *Nomos Zemli v prave narodov jus publicum europaeum* [The Nomos of the Earth under the Law of Nations of Jus Publicum Europaeum], Vladimir Dal', Saint Petersburg, Russia.
- Schmitt, K. (2013), "About three types of legal thinking", Anashvili, V.V., Kil'dyushov, O.V. (comp.), Schmitt, K. *Gosudarstvo: Pravo i politika* [State. Law and Politics], Territoriya budushchego, Moscow, Russia.
- Schmitt, K. (2016), *Politicheskaya teologiya* [Political theology] // Schmitt, K. (2016), *Ponyatie politicheskogo* [The concept of the political], Nauka, Moscow, Russia.
- Schmitt, K. (2016), *Ponyatie politicheskogo* [The concept of the political], Nauka, Moscow, Russia.
- Rüthers, B., Fischer, C. and Birk, A. (2018), *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Lehrbuch/Studienliteratur, München, Germany.

Информация об авторе

Борис А. Антонов, кандидат юридических наук, доцент, Российский государственный гуманитарный университет, Москва, Россия; 125047, 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 Square, Moscow, Russia, 125047; heidel@rambler.ru