

ЭРНСТ ФРЕНКЕЛЬ



ДВОЙСТВЕННОЕ ГОСУДАРСТВО

ВКЛАД В ТЕОРИЮ
ДИКТАТУРЫ

Перевод с английского
В. И. Попов

Эрнст Френкель

Двойственное государство. Вклад в теорию диктатуры

<https://litres.ru/74069254>

SelfPub; 2026

Аннотация

Классический труд немецкого юриста и политолога Эрнста Френкеля (1898-1975), впервые опубликованный в 1941 году. Написанная тайно в нацистской Германии, книга анализирует правовую систему Третьего рейха как сосуществование двух параллельных порядков: «нормативного государства», где действует обычное право для экономической жизни, и «прерогативного государства», где произвольная полицейская власть не знает правовых ограничений. Френкель показывает, что это сосуществование было не противоречием, а функциональной особенностью нацистского режима. Первый перевод на русский язык.

Содержание

Предисловие	5
Введение	9
1. Происхождение прерогативного государства	16
2. Разграничение юрисдикций	22
3. Упразднение верховенства права	28
3. Упразднение ограничений полицейской власти	47
4. Упразднение судебного контроля	55
5. Партия как инструмент прерогативного государства	73
6. Политика как цель прерогативного государства	80
Конец ознакомительного фрагмента.	105

Эрнст Френкель

Двойственное государство.

Вклад в теорию диктатуры

Двойное государство

Вклад в теорию диктатуры

Эрнст Френкель

Перевод с английского В. И. Попова

Предисловие

Обстоятельства, при которых эта книга была задумана и написана, заслуживают краткого пояснения. Книга стала плодом парадоксальной изоляции, вынужденной для тех, кто жил и продолжал работать в национал-социалистической Германии, будучи противником этого режима. Автор поставил перед собой цель описать основные принципы правового и конституционного развития Третьего рейха. Работа практикующим адвокатом в Берлине с 1933 по 1938 год обеспечила тесный и постоянный контакт с правовой системой национал-социализма, необходимый для того, чтобы проверять и перепроверять свои обобщения, сопоставляя их с реальностью юридической практики.

При написании этой книги автор располагал всеми национал-социалистическими источниками, относящимися к его теме, включая все значимые судебные решения, опубликованные в различных немецких юридических журналах. К сожалению, он не имел возможности учесть материалы, недоступные в Германии: работы немецких эмигрантов и многие другие публикации за пределами страны. По существу, рукопись была завершена ещё до того, как автор покинул Германию.

Работа над этой книгой сопровождалась множеством трудностей. Её публикация была бы невозможна без щедрой

помощи ряда друзей.

За финансовую поддержку автор с благодарностью признателен:

Американской гильдии за немецкую культурную свободу; аспирантскому факультету политических и социальных наук при Новой школе социальных исследований; Международному институту социальных исследований; профессору Альфреду Э. Кону (Нью-Йорк); д-ру Фрицу Карзену (Нью-Йорк) и д-ру Фредерику Поллоку (Нью-Йорк).

Рукопись прочитали и внесли ценные замечания: профессор Артур Фейлер (Новая школа социальных исследований, Нью-Йорк); профессор К.Й. Фридрих (Гарвардский университет); профессор Вальдемар Гуриан (Университет Нотр-Дам); профессор Фридрих Кесслер (Чикагский университет); профессор Вольфганг Краус (Смит-колледж); профессор Оскар Ланге (Чикагский университет); д-р Н.К. Лейтес (Чикагский университет); д-р Франц Нойман (Нью-Йорк); профессор Макс Райнштайн (Чикагский университет); профессор Дэвид Рисмен (Университет Буффало) и профессор Альберт Саломон (Новая школа социальных исследований, Нью-Йорк).

Автор особенно благодарен д-ру Герхарду Мейеру из Чикагского университета за любезное разрешение использовать его неопубликованную рукопись об экономической системе Третьего рейха.

Я хотел бы выразить признательность Э.А. Шилзу из Чи-

кагского университета, столь щедро предоставившему своё время и мастерство для этой нелёгкой задачи.

Дж. Брайан Аллин проверил всю рукопись, выявляя места, требующие пояснения для американского читателя, незнакомого с немецкой правовой традицией. Мистер Аллин совместно с А. Беллом и И. Пулом любезно помог автору адаптировать книгу для этой цели, каждый работая над одной из глав. Мистер Белл также помогал автору включить отдельные разделы, добавленные с учётом более поздних событий. Автор хотел бы выразить свою благодарность за эту помощь.

Чтобы характер книги остался неизменным, было решено учитывать только национал-социалистические публикации и решения по соответствующим вопросам. Следует иметь в виду, что книга рассматривает правовое и конституционное развитие лишь до начала нынешней войны.

Я хотел бы поблагодарить Джорджа Ротшильда, аспиранта юридического факультета Чикагского университета, за помощь в подготовке рукописи к публикации.

Автор благодарен следующим издательствам за разрешение цитировать их издания:

G. P. Putnam's Sons: A. J. Carlyle, A History of Medieval Political Theory in the West, Vol. I; D. Appleton Century Company: Raymond Gettell, History of American Political Thought; The Macmillan Company: Charles H. McIlwain, The Growth of Political Thought in the West; J. R. Tanner,

Constitutional Documents of the Reign of James I; John Neville Figgis, Studies of Political Thought from Gerson to Grotius; International Publishers Inc.: Frederick Engels, The Housing Question; Karl Marx, Critique of the Gotha Programme; Charles H. Kerr & Co.: Karl Marx, Capital, Vols. I & III; ib., The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte; Harcourt, Brace & Co.: R. H. Tawney, Religion and the Rise of Capitalism.

К сожалению, я вынужден опустить здесь выражение признательности за одну из важнейших форм помощи, полученной при создании этой книги. Изложенные в ней идеи во многом сложились под влиянием бесед автора с рядом друзей, которые в настоящее время находятся в Германии и потому должны остаться неназванными.

Чикаго, июнь 1940 г.

Введение

«Тоталитарный» — слово со множеством значений, слишком часто определяемое неточно. В настоящем исследовании мы попытались выделить одну важную характеристику тоталитарного государства в Германии и, изучив этот фундаментальный аспект национал-социалистического режима, надеемся прояснить правовую реальность Третьего рейха.

Мы не стремились дать исчерпывающую картину всей складывающейся правовой системы. Наша задача состояла в анализе двух государств — «прерогативного государства» (*Massnahmenstaat*) и «нормативного государства», — которые сосуществуют в национал-социалистической Германии. Под прерогативным государством мы понимаем систему правления, осуществляющую неограниченный произвол и насилие, не сдерживаемые никакими правовыми гарантиями. Под нормативным государством — административный аппарат, наделённый обширными полномочиями по охране правопорядка, выраженного в законах, судебных решениях и деятельности административных органов. Мы попытаемся установить смысл одновременного существования этих двух государств через анализ решений немецких административных, гражданских и уголовных судов, одновременно стремясь определить линию разграничения между ними.

Поскольку эта проблема ещё не рассматривалась теоретиками, нам придётся цитировать первоисточники *in extenso* (в полном объёме). Изучая развитие судебной практики, воплощённой в решениях, мы обнаруживаем постоянное трение между традиционными судебными органами, представляющими нормативное государство, и инструментами диктатуры — агентами прерогативного государства. К началу 1936 года сопротивление традиционных правоприменительных органов было подавлено, и судебные решения представляют собой выразительную иллюстрацию нарастания политического радикализма в Германии.

Первая часть книги целиком посвящена описанию существующего правопорядка. Вторая, теоретическая часть призвана доказать, что параллельное функционирование традиционных процедур и метода принятия решений, основанного исключительно на обстоятельствах конкретного дела, привело к радикальному изменению западной правовой традиции. В этом разделе мы предпринимаем попытку объяснить юридический «дуализм», характеризующий всю систему частного и публичного права в современной Германии. В третьей, заключительной части мы сопоставляем правовую систему и правовую теорию с правовой реальностью двойного государства. В этой критической, социологической части мы указываем на связь современного немецкого капитализма с функционированием нормативного и прерогативного государств. Мы зададимся вопросом: не является ли

правовая ситуация, охарактеризованная как двойное государство, неизбежным следствием определённой стадии кризиса для руководящих элементов капиталистического общества? Возможно, удастся показать, что они утратили доверие к рациональности и нашли убежище в иррациональности в тот самый момент, когда рациональность нужна как никогда в качестве регулятивной силы внутри капиталистической структуры.

Для доказательства этого тезиса недостаточно составить перечень случаев из конституционного права, не соответствующих принципу верховенства права (Rule of Law). Национал-социалистическое государство примечательно не только своей высшей произвольной властью, но и тем, как ему удалось совместить эту произвольную власть с капиталистической экономической организацией. Один из основных тезисов работ Макса Вебера состоит в том, что рациональная правовая система необходима для функционирования капиталистического экономического порядка. Немецкое реформистское рабочее движение принимало это положение как данность. Однако тогда нам предстоит разрешить парадокс: каким образом капиталистический порядок продолжает существовать в системе, при которой нет возможности рационально рассчитывать социальные шансы? Рациональный расчёт несовместим с господством произвольной полицейской власти, характерной для Третьего рейха.

Могут возразить — как сторонники, так и противники

национал-социализма, — что проблема двойного государства не имеет фундаментального или постоянного значения и представляет собой лишь переходное явление. Тем, кто считает прерогативное государство преходящим, мы указываем на протоколы судебных разбирательств в Третьем рейхе, свидетельствующие о том, что его значение скорее возрастает, чем убывает. А тем, кто полагает, что нормативное государство уже исчезло или, если оно ещё существует, является лишь пережитком старого государства и потому обречено на забвение, мы напоминаем: нация в 80 миллионов человек может управляться по плану лишь при наличии определённых правил, регулирующих отношения между государством и его членами, а также отношения граждан между собой. Эти проблемы рассматриваются в третьей части книги.

Необходимо чётко уяснить, что, говоря о двойном государстве, мы не имеем в виду сосуществование государственной бюрократии и партийной бюрократии. Мы не придаём большого значения этой новой черте немецкого конституционного права. Хотя национал-социалистическая литература часто обсуждает эту проблему и в данной книге мы будем время от времени к ней обращаться, попытка установить точное юридическое разграничение между ними была бы бесплодной. Государство и партия всё более сливаются воедино; двойная организационная форма сохраняется лишь по историческим и политическим причинам.

В речи в Веймаре в июле 1936 года Гитлер сам определил

линию разграничения между государством и партией. Он заявил, что управление и законодательство должны быть задачей партии, а администрирование — задачей государства. Очевидно, это высказывание имеет мало ценности в качестве юридического объяснения. Ни в законодательстве, ни в администрировании невозможно разграничить деятельность государства и партии; даже административная деятельность не является монополией государства. Поэтому, говоря о государстве, мы используем этот термин в широком смысле, то есть как всю совокупность бюрократической и публичной машины, включающей государство в узком смысле и партию с её вспомогательными организациями. Пригодно ли такое слияние государства и партии для анализа правовых социальных явлений, ещё предстоит выяснить. Ради облегчения анализа более существенного различия внутри системы Третьего рейха автор считает оправданным пренебречь менее важным. И партия, и государство в узком смысле функционируют в рамках нормативного государства и прерогативного государства. Увлечённость поверхностным различием между партией и государством затушёвывает более значимое различие между нормативным и прерогативным государствами. Тот факт, что национал-социалистическая юриспруденция придаёт столь большое значение проблеме «государство — партия», служит для автора косвенным обоснованием его собственного начинания, поскольку излюбленный приём национал-социалистической юриспруденции со-

стоит в том, чтобы затемнять подлинное значение одних вопросов шумным настаиванием на важности других, второстепенных.

Книга ограничена рассмотрением национал-социалистической Германии. Хотя сравнительное исследование диктатур было бы чрезвычайно поучительным, для данного автора оно оказалось невозможным. Эта книга представляет собой описание национал-социалистической правовой системы из первых рук, с точки зрения наблюдателя-участника, противостоявшего национал-социализму. В её основе лежат непосредственный опыт работы в национал-социалистической юридической системе и изучение национал-социалистической литературы. Обсуждение сходных проблем в других диктатурах потребовало бы от автора столь же близкого знакомства с их ситуацией, каким он обладает в отношении Третьего рейха. Понимание того, что немецкая диктатура существует за счёт сокрытия своего истинного лица, удерживает нас от того, чтобы судить о других диктатурах по их словам, а не по их делам, к которым у нас нет достаточного доступа.

Поверхностный взгляд на немецкую диктатуру может быть поражён либо её произволом, либо её эффективностью, основанной на порядке. Тезис этой книги состоит в том, что национал-социалистическая диктатура характеризуется именно сочетанием этих двух элементов.

Часть

I

. Правовая система двойного государства

Часть

I

, Глава

I

. Прерогативное государство

1. Происхождение прерогативного государства

Конституцией Третьего рейха является осадное положение.

Конституционная хартия Третьего рейха — Чрезвычайный декрет от 28 февраля 1933 года.¹

На основании этого декрета политическая сфера² германской общественной жизни была изъята из юрисдикции общего права. Административные и общие суды содействовали достижению этого состояния. Руководящим принципом политического управления является не справедливость; право применяется в свете «обстоятельств конкретного дела», с целью достижения политической задачи.

Политическая сфера представляет собой правовой вакуум. Разумеется, она содержит определённый элемент фактического порядка и предсказуемости, но лишь постольку, поскольку в поведении чиновников наблюдается известная регулярность и предсказуемость. Правового же регулирования деятельности официальных органов не существует. Политическая сфера Третьего рейха не управляется ни объективным, ни субъективным правом, ни правовыми гаран-

¹ Декрет воспроизведён в приложении.

² Выражение «сфера» не является точным и используется лишь предварительно.

тиями, ни квалификационными требованиями к юрисдикции. Правовых норм, регулирующих политическую сферу, не существует. Она регулируется произвольными мерами (Massnahmen), в рамках которых господствующие чиновники осуществляют свои дискреционные prerogatives. Отсюда выражение «прерогативное государство» (Massnahmenstaat).

На следующих страницах будет предпринята попытка детально показать систематический рост абсолютной диктатуры национал-социализма, возникшей на основе «Чрезвычайного декрета о защите от коммунизма». В дополнение к этому чрезвычайному декрету против актов насилия, угрожающих государству, закон от 24 марта 1933 года (Закон о полномочиях, Ermächtigungsgesetz) предоставил национал-социализму неограниченную законодательную власть. Официальная легенда, которую Третий рейх стремится распространить, утверждает, что национал-социалистическое государство основано на действительных законах, изданных законно назначенным кабинетом Гитлера и принятых законно избранным Рейхстагом. Было бы бесполезно отрицать значение этого законодательства в трансформации германского правопорядка. Изучение этого законодательства и его влияния на деятельность судов даёт ясную картину существующего германского правопорядка — в той мере, в какой о нём можно говорить. Однако следует помнить, что в сводах законов после 28 февраля 1933 года почти не встречается законодательства, относящегося к той части политической

и общественной жизни, которую мы обозначили как «политическую сферу», находящуюся ныне за пределами сферы обычного права. Законодательство относительно политики было бы бесполезным, поскольку правовые декларации в этой области не считаются обязательными.

Национал-социалистическая легенда о «легальной революции» опровергается реальностью нелегального государственного переворота.³ События, приведшие к Декрету от 28 февраля 1933 года, общеизвестны, и повторять их здесь нет необходимости. Существенно, однако, что переворот состоит не в пожаре Рейхстага 27 февраля 1933 года и не в Чрезвычайном декрете от 28 февраля 1933 года, а скорее в исполнении самого этого декрета. Три акта президента Гинденбурга между 30 января и 24 марта 1933 года помогли национал-социализму оказаться в седле: назначение Гитлера на пост рейхсканцлера, объявление гражданского осадного положения путём издания Декрета о поджоге Рейхстага и подписание Закона о полномочиях от 24 марта 1933 года. Два из этих актов едва ли можно было избежать, но третий был целиком добровольным. Назначение Гитлера, лидера крупнейшей партии, на пост рейхсканцлера соответствовало Веймарской конституции. С точки зрения истории провозглашение «гражданского», а не военного осадного положения после пожара Рейхстага стало решающим актом в карьере Гин-

³ Garde v. Strickland (1921), цит. по: D. L. Keir and F. H. Lawson, *Cases in Constitutional Law* (Oxford, 1928), p. 373.

денбурга. Необходимым следствием инспирированного переворота (основанного на Декрете о поджоге Рейхстага) стало подписание Гинденбургом закона от 24 марта 1933 года, ознаменовавшее его собственный политический конец. Наделённые всеми полномочиями, необходимыми в условиях осадного положения, национал-социалисты смогли превратить конституционную и временную диктатуру (призванную восстановить общественный порядок) в неконституционную и постоянную, наделив структуру национал-социалистического государства неограниченными полномочиями. Национал-социалистический переворот явился результатом произвольного применения Чрезвычайного декрета от 28 февраля 1933 года, превратившего обязательную диктатуру в абсолютную.⁴ Расширение и поддержание этой абсолютной диктатуры составляет задачу прерогативного государства.

В отличие от прежнего прусского права, содержавшего положения лишь о военном осадном положении, Веймарская конституция наделяла президента правом решать, силами гражданских или военных властей следует проводить «меры, необходимые для восстановления общественной безопасности и порядка». В сочетании с огромной властью, предоставленной «исполнительной власти» декретными возможностями ст. 48 Веймарской конституции, решение

⁴ Различие между «комиссарской» и «суверенной» диктатурой было введено Карлом Шмиттом в *Die Diktatur* (München, 1921). Наше употребление этих терминов тождественно употреблению Карла Шмитта.

о том, национал-социалистические ли министры или консервативные генералы рейхсвера должны нести ответственность за восстановление общественного порядка, имело важнейшие последствия. Неспособность фон Папена, Гугенберга и Бломберга осознать критическую важность этого вопроса оказалась решающей для их политических судеб. Разумеется, бессмысленно рассуждать о нереализованных возможностях, однако одно можно утверждать с уверенностью: 28 февраля 1933 года боевая мощь национал-социалистических штурмовых отрядов (СА) была ничтожна в сравнении с мощью полиции и рейхсвера. Но когда Гитлер получил возможность добавить к силе штурмовиков декретную власть осадного положения, поджог Рейхстага оказался удачным политическим вложением.

Несомненно, национал-социалистический переворот 1933 года был, по крайней мере технически, облегчён исполнительной и судебной практикой Веймарской республики. Задолго до диктатуры Гитлера суды постановили, что вопросы о необходимости и целесообразности осадного положения не подлежат судебному контролю.⁵ Германское право никогда не признавало принципа английского права, выраженного в следующем решении: «К нам был обращён несколько поразительный аргумент мистером сержантом Ханной, что этот суд не компетентен решать, существует ли состояние войны или нет, и что мы обязаны принять

⁵ RGSt 59, 187-8.

заявление сэра Невила Макриди как обязательное для суда. Это утверждение абсолютно противоречит нашему решению по делу Аллена (1921) ... и лишено какого-либо авторитета, и мы желаем заявить самым недвусмысленным языком, что этот суд имеет полномочие и обязанность решать, существует ли состояние войны, оправдывающее применение осадного положения».6

Традиции монархического периода, когда объявление осадного положения было прерогативой правительства и не зависело от юрисдикции судов, перешли в Веймарскую республику. Германские суды, не обладавшие руководящими традициями в вопросах конституционного права, так и не смогли установить претензию на юрисдикцию в этих особенно решающих случаях.

Впрочем, национал-социалисты, вероятно, добились бы успеха даже при наличии подобных конституционно-судебных гарантий. Отсутствие правовой традиции, аналогичной англо-американской, позволило им, однако, отдавать дань законам на словах — процедура, оказавшаяся полезной в переходный период, когда армия и чиновничество были ещё не вполне надёжны.

2. Разграничение юрисдикций

а

. Общее регулирование юрисдикции

Абсолютная диктаторская власть осуществляется фюрером и канцлером лично или через его подчинённые органы. Только его решение определяет, как эта власть будет применяться. Меры, предпринятые Гитлером 30 июня 1934 года,⁶ поэтому не нуждались в особом обосновании. Его полномочия вытекали из новой германской «конституции», и аналогичные действия могут быть предприняты в любое время. Меры, принятые 30 июня 1934 года, могут отличаться количественно, но не по содержанию от подобных мер, предпринимаемых в других случаях. Закон, принятый правительством 2 июля 1934 года и прямо легализовавший меры 30 июня, имеет лишь декларативное значение. Издание подобных законов ныне стало бы излишним, поскольку развитие последних лет полностью прояснило «конституционную» ситуацию.

Суверенная власть фюрера и канцлера действовать без каких-либо ограничений ныне полностью легализована. За немногими исключениями фюрер и канцлер осуществляет абсолютную диктаторскую власть через политические орга-

⁶ Убийство Рёма, Шлейхера и многих других противников гитлеровского правительства.

ны. Разграничения юрисдикций не предусмотрено. Политические чиновники могут быть инструментами государства или партии. Юрисдикция партийных и государственных чиновников не подчинена общим правилам и на практике является гибкой. Согласно теории, сформулированной выдающимся национал-социалистическим конституционалистом Рейнхардом Хёном, партия даёт задания тайной полиции. Один из руководителей прусской тайной государственной полиции (гестапо), Гейдрих, выдвигает следующую теорию: все эсэсовцы, независимо от того, являются ли они государственными служащими, обязаны сотрудничать. Результаты их шпионской деятельности будут использоваться теми эсэсовцами, которые обладают статусом государственных служащих.⁷ Согласно точке зрения, разделяемой значительным числом как непрофессионалов, так и чиновников, высшая задача Германского трудового фронта (*Deutsche Arbeitsfront*) состоит в том, чтобы выступать агентом тайной полиции на промышленных предприятиях. Когда юрисдикция между государством и партией разграничивается, это делается неофициальными приказами, недоступными постороннему наблюдателю. Они могут быть изменены в любое время фюрером и канцлером, как было продемонстрировано на Нюрнбергском партийном съезде 1935 года, где Гитлер провозгласил, что при определённых условиях передаст

⁷ Reinhard Heydrich, 'Die Bekämpfung der Staatsfeinde' Dtsch. Rw. Band I, Heft 2, p. 97.

решение еврейского вопроса исключительно партийным органам.

Чтобы обосновать тот факт, что на этих страницах не проводится различие между государством и партией как исполнительными органами, приведём некоторые решения, наглядно иллюстрирующие невозможность такого различия.

I. Решение Апелляционного суда Карлсруэ касалось конфискации профсоюзного имущества берлинской прокуратурой. Когда суд обратился к главному прокурору с вопросом о том, сохраняется ли конфискация в силе, тот ответил, что может ответить на этот вопрос только после консультации с юридическим отделом Германского трудового фронта.⁸

II. Указом партии от 19 января 1934 года был назначен руководитель имперской прессы. Он должен был оказывать «всяческое влияние» и имел полномочия «предпринимать все шаги, необходимые для выполнения его задач». Будучи таким образом уполномочен партией, руководитель имперской прессы отстранил главного редактора газеты, хотя тот имел нерасторжимый контракт до 1940 года. Иск редактора о выплате заработной платы был отклонён. Суд постановил, что приказ от 19 января 1934 года являлся приказом фюрера, который, хотя и не был издан в надлежащей форме, предусмотренной Законом о полномочиях от 24 марта 1933 года, должен считаться обязательным для всех государственных, партийных и частных чиновников, затронутых этим де-

⁸ Oberlandesgericht Karlsruhe, 25 июня 1936 г. (J. W. 1936, p. 3268).

кретом, и что «возражения, выдвинутые истцом против действительности данного приказа, игнорируют тесную, доверительную связь между фюрером и его последователями, которая является основой неограниченной власти, предоставленной правительству в области законодательства». ⁹ Приказ фюрера от 19 января 1934 года был, таким образом, признан входящим в рамки этой власти. Является ли этот явно нелогичный аргумент, в котором общая власть партийного лидера выводится из общей власти, предоставленной правительству государства, сознательным или представляет собой простое непонимание, не имеет значения. Результат, однако, состоит в том, что, по мнению суда, «даже если должность руководителя прессы является партийной функцией ... декрет фюрера наделил его определёнными правительственными функциями. Против делегирования правительственных функций важным партийным органам нет обоснованных возражений...» ¹⁰

Действительность решений руководителя имперской прессы не была оспорена Гамбургским апелляционным судом, который постановил, что «такие решения должны приниматься судом, даже если они кажутся несправедливыми». ¹¹

III. В противоположность этой весьма послушной капиту-

⁹ Oberlandesgericht Hamburg, 31 марта 1936 г. (D. J. Z. 1936, p. 771).

¹⁰ Там же.

¹¹ Там же.

ляции судебной власти мы находим достойную восхищения прямоту в решении Районного суда по трудовым спорам Берлина. Оно касается приказа, подписанного Гитлером и никогда не публиковавшегося официально. По мнению этого суда, «фюрер движения является одновременно фюрером нации. Ему решать, действует ли он в том или ином качестве. ... Для нас достаточно, что на приказе стоит имя Адольфа Гитлера».¹²

в

. Государственная полиция

Среди исполнительных органов абсолютной диктатуры выделяется тайная государственная полиция (гестапо). Этот орган всегда был и остаётся организованным в соответствии с государственным правом. В Пруссии функции гестапо регулируются тремя законами. Управление тайной полицией было учреждено в апреле 1933 года. Тайная государственная полиция была преобразована в особую полицейскую силу в ноябре 1933 года. Общие полномочия гестапо были окончательно определены прусским законом от 10 февраля 1936 года, отменившим прежние законы.¹³

Параграф 7 закона от 10 февраля 1936 года, помимо исправления типографской ошибки (о которой будет сказано ниже) и объявления некоторых организационных положений, содержит норму материального права, касающуюся

¹² Landesarbeitsgericht Berlin, 17 ноября 1934 г. (D. Jstz. 1935, p. 73).

¹³ PGS. 1933, pp. 122, 413; 1936, p. 21.

проверки административными судами декретов по делам, относящимся к гестапо.

Следуя прусскому примеру, другие германские государства приняли законы, создающие системы тайной государственной полиции. В некоторых германских государствах, где юрисдикция административных судов регулируется общей оговоркой, каждый декрет, изданный административным органом, подлежал проверке административными судами. В других государствах суды пересматривали акт, если ситуация перечислена в законе, регулирующем юрисдикцию административных судов. Пруссия в догитлеровский период придерживалась последнего метода, но требовала пересмотра полицейских приказов, поскольку они были прямо перечислены в соответствующем законе. Степень изменений в принципах, регулирующих деятельность гестапо в Пруссии и других государствах, будет рассмотрена ниже.¹⁴

¹⁴ Мы обнаруживаем определённые технические различия в различных законодательных актах, обусловленные тем, что полицейское право является правом земель (Landesrecht) и должно согласовываться с административным законодательством отдельных земель (Lander). Правовые функции гестапо зависят от полицейского законодательства соответствующих земель. То же самое относится и к судебному контролю за действиями гестапо со стороны административных судов.

3. Упразднение верховенства права

а

. Историческое введение

С 28 февраля 1933 года Германия находится под осадным положением. Осадное положение как таковое не обязательно противоречит верховенству гражданского права. Осадное положение, каким оно сложилось в конституционной истории XIX и начала XX века, дополняет верховенство права. В те времена, когда верховенство права находится под угрозой или нарушено, осадное положение вводится для восстановления конституционного порядка, необходимого для существования верховенства права. Если рассматривать ситуацию, приведшую к объявлению осадного положения, как отрицание верховенства права, то можно утверждать, что конституционное осадное положение есть «отрицание отрицания», цель которого — восстановление (позитивного) верховенства права.

Конституционное введение осадного положения требует, чтобы: (1) гражданское верховенство права было под угрозой или нарушено; (2) осадное положение было объявлено с намерением восстановить верховенство права в кратчайшие сроки; (3) осадное положение оставалось в силе лишь до восстановления верховенства права.

Национал-социалистический переворот состоял в том,

что национал-социалисты, будучи господствующей партией в правительстве, (1) не предотвратили, а, напротив, вызвали нарушение верховенства права, (2) злоупотребили осадным положением, которое сами же обманным путём спровоцировали, для упразднения конституции, и (3) ныне поддерживают состояние осадного положения, несмотря на свои заверения в том, что Германия, посреди мира, разьедаемого внутренними распрями, является «островом мира». На «острове мира» — непрерывное осадное положение. Этот метод не был изобретён нацистами; подобные тенденции неоднократно проявлялись в новейшей истории. Более тридцати лет назад Фиггис охарактеризовал подобные методы как макиавеллиевские:

«Любая нация признала бы, что существуют чрезвычайные ситуации, в которых правительство имеет право и обязанность объявить осадное положение и санкционировать замену обычных правовых средств быстрыми методами военного положения. Но что сделал Макиавелли — или что делали его последователи с тех пор, — так это возвели данный принцип в обычную норму для действий государственных мужей. Когда из его книг делают систему, она неизбежно приводит к перманентной приостановке Habeas Corpus всего человеческого рода. Заблуждение Макиавелли состоит не в снятии ограничений при чрезвычайных обстоятельствах, а в возведении этого снятия в обычное и повседневное правило

действий».¹⁵

Но не только в политической теории, но и в практической жизни эти методы находили применение. В 1633 году (за триста лет до поджога Рейхстага) Валленштейн осознал, что осадное положение является особенно удобным инструментом для приостановления и упразднения существующего правопорядка.

Карл Шмитт, не без одобрения, цитирует следующий фрагмент из письма Валленштейна: «Я от всего сердца надеюсь, что дворянство станет упрячиться, поскольку это повлечёт за собой утрату всех его привилегий».¹⁶ Ещё в 1921 году Шмитт указал на параллель между привилегиями дворянства и Биллем о правах, которым пользуются граждане, живущие при гражданском верховенстве права.

Примечательно, что в начале XVII века, одновременно с Валленштейном, в Англии была предпринята попытка создать видимость чрезвычайного положения, чтобы обеспечить законный предлог для абсолютной тирании. Пока парламент бездействовал, Карл I попытался собрать корабельные деньги, утверждая, что миру угрожают «некие воры,

¹⁵ John Neville Figgis, *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius, 1414-1625* (Cambridge, 1907), p. 86.

¹⁶ Carl Schmitt, *Die Diktatur (Von den Anfängen des modernen Souveranitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf)* (2nd. ed. München 1928) p. 59, note 3. Эта книга стала первой из многих научных и литературных попыток «использовать» «практические возможности статьи 48 Веймарской конституции».

пираты и морские разбойники, а также турки, враги христианского имени...» (Первый указ о корабельных деньгах, 1634).¹⁷

Однако его успех был недолговечным, и притязание Карла I на отмену закона на основании «вымышленной чрезвычайной ситуации» потерпело поражение в ходе революции.¹⁸ С тех пор англосаксонский мир с настороженностью относится к «вымышленным чрезвычайным ситуациям».¹⁹

Отсутствие подобной традиции в Германии имело самые серьёзные последствия для её конституционной истории. На короткий период, во время Мартовской революции 1848 года и последовавшей за ней реакции, возникла определённая настороженность относительно опасностей, связанных со злоупотреблением осадным положением. Миттермайер, самый знаменитый либеральный германский юрист того периода, говорил: «Мятеж, вызванный, поддержанный или спровоцированный хитростью правительственной партии, может легко послужить ей предлогом для приостанов-

¹⁷ Samuel Rawson Gardiner, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution* (Oxford, 1899), p. 105.

¹⁸ J. R. Tanner, *English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century* (Cambridge, 1928), p. 78.

¹⁹ Ср. судья Бриз в деле *Johnson v. Jones* (44 111. 166), который охарактеризовал чрезвычайное положение как нечто, что «ставило дражайшие права гражданина на милость господствующей партии, которой достаточно лишь объявить "чрезвычайное положение", которое она с лёгкостью может создать сама — предлог, который дурные люди охотно ищут и с готовностью используют».

ления действия закона. Преувеличенный страх, усматривающий повсюду грозный призрак анархии, может побудить политическую партию (возможно, и добросовестно) подавить мнимое восстание чрезвычайным декретом».²⁰

Далее, ввиду этой опасности, он говорит, что «мы никогда не должны использовать чрезвычайные законы в качестве предлога для продолжения насилия за пределами непосредственной необходимости отражения грозящего нападения».²¹ Опыт неудавшейся революции 1848 года побудил Миттермайера опасаться политических опасностей осадного положения. Баварский правовед того периода Рутхардт нарисовал живую картину условий, характерных для состояния осадного положения. Он поясняет, что «война регулируется и сдерживается самой войной; но когда она окончена, когда *Te Deum laudamus* (Тебя, Бога, хвалим) смешивается с *Vae victis* (Горе побеждённым), когда месть и ненависть выпущены на свободу, все законы приостанавливаются или победитель использует их в собственных целях».²²

Попытки использовать временную чрезвычайную ситуацию в качестве ступени к установлению абсолютной диктатуры предпринимались в Германии задолго до 1933 года и

²⁰ Mittermaier, 'Die Gesetzgebung fiber Belagerungszustand, Kriegerrecht, Standrecht und Suspension der Gesetze uber personliche Freiheit,' Archiv fur Criminalrecht, 1849, p. 29.

²¹ Там же.

²² Там же.

были предвидены Максом Вебером ещё в эпоху Гогенцоллернов.²³

Даже национал-социалисты порой признают, что пожар Рейхстага произошёл весьма своевременно и что вытекающая из него временная диктатура послужила желанным поводом для упразднения гражданского верховенства права. Рупоры национал-социализма сами заявляют, что коммунистическая угроза была лишь предлогом для разрушения старых законов. Гамель, нацистский эксперт по полицейскому праву и профессор конституционного права в Кёльнском университете, говорит, что «борьба с коммунизмом лишь предоставила национал-социалистическому государству возможность сломать барьеры, которые теперь сле-

²³ «Для подавления мятежей, саботажа и подобных политически бесплодных вспышек... любому правительству пришлось бы прибегнуть к военному положению. Устойчивые традиции политически более зрелых наций, которые не так легко запугать, сохранялись в подобных ситуациях. В таких нациях народ не терял головы, подавляя насилием насилием, оставаясь при этом достаточно разумным, чтобы стремиться устранить напряжённость, приведшую к взрыву, прежде всего восстанавливая все гарантии свободы, как только чрезвычайное положение миновало, и не позволяя революционным событиям влиять на свой подход к другим вопросам управления. Мы (немцы) можем с уверенностью ожидать, что представители старого порядка бесконтрольной бюрократии... будут использовать каждый синдикалистский путч... как бы ничтожен он ни был, чтобы оказать давление на "слабые нервы" мелкой буржуазии. Реакция на это покажет, достиг ли немецкий народ политической зрелости. Мы можем прийти в отчаяние относительно нашего политического будущего, если им это удастся, хотя, к сожалению, прошлый опыт указывает на то, что такой успех вполне находится в сфере возможного». (Max Weber, 'Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland' in *Gesammelte politische Schriften*, München, 1921, p. 223).

дует считать бессмысленными».²⁴ Та же позиция выражена в утверждении Гамеля, что превентивное заключение (Schutzhaft) является не просто побочным явлением революции, исчезающим при возвращении к нормальным условиям или поглощаемым общим уголовным правом.²⁶ Фикция о том, что превентивное заключение является необходимым средством борьбы с врагами государства, давно уже оставлена. Ныне оно признаётся тем, чем в действительности являлось с самого начала: средством сохранения абсолютной власти национал-социалистической партии, то есть установления абсолютной диктатуры. Тот же автор пишет: «Если воспитание, формирование националистического мировоззрения является надлежащей задачей государства, то средства воспитания, и прежде всего наиболее действенное из них — арест, должны находиться в распоряжении полиции».²⁵ Поэтому неудивительно, что Гамель утверждает: «Превентивное заключение — черта подлинно политического государства, очищенного от всех следов либерализма».²⁶ Из подобных высказываний мы можем заключить, что концентрационный лагерь является не только существенным компонентом в функционировании национал-социалистического государства, но и свидетельством долговечности суверенной

²⁴ Walther Hamel, in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht (München, 1937), pp. 387, 394.

²⁵ Walther Hamel, 'Die Polizei im neuen Reich,' Dtsch. Recht, 1935, p. 414.

²⁶ См. примечание 25.

национал-социалистической диктатуры.

Ещё более откровенное выражение содержится в решении особого суда Гамбурга. Обсуждая ст. 48 (диктаторскую статью Веймарской конституции), признанную удовлетворительной для национал-социализма, суд указал, что «уничтожение этой конституции являлось на протяжении многих лет одной из выдающихся целей национал-социализма. Совершенно естественно, что, наконец одержав победу, он использовал свою власть для свержения этой конституции».²⁷

Идеальным типом всех переворотов, стремящихся установить цезаристскую, формально плебисцитарную диктатуру, служит «Восемнадцатое брюмера Луи Наполеона» (2 декабря 1851 года). В этой работе Карл Маркс дал классическую формулировку процедуры, используемой этим типом диктатуры, сказав, что Бонапарт, «делая вид, что отождествляет свою собственную персону с делом порядка, в действительности скорее отождествляет дело порядка со своей персонею».²⁸

Легенда о легальной революции построена вокруг отождествления Адольфом Гитлером своей персоны с общественным «порядком»; история нелегального переворота характеризуется отождествлением «порядка» с персоной Гитлера. Эта попытка завуалировать истинный характер дикта-

²⁷ Sondergericht Hamburg, 15 марта 1935 г. (Dtsch. R. Z. 1935, p. 553).

²⁸ The Eighteenth Brumaire of Louis Napoleon (пер. Daniel De Leon), 3rd edition (Chicago, 1913) p. 61.

туры осадного положения легалистическими трюками была осуществлена средствами плебисцитарной демократии. «Однако мантия плебисцитарной демократии очень широка и покрывает многое»,³¹ как заметил Карл Шмитт в 1932 году. Она покрывает прерогативное государство не менее чем нормативное, и лишь тщательное исследование может обнажить реальные формы, скрытые под ней.³²

Последствия отождествления «порядка» с персоной Адольфа Гитлера для прерогативного государства будут изучены по официальным документам Третьего рейха. Мы обратим особое внимание на решения германских административных, гражданских и уголовных судов, затрагивающие проблемы прерогативного государства. В Третьем рейхе не существует решений по конституционным вопросам как таковым. Суды касаются их лишь постольку, поскольку их обсуждение необходимо для рассмотрения других проблем. Тем не менее эти решения дают достаточно полную картину «конституционного права» Третьего рейха.

b

. Разрушение верховенства права в отражении судебных решений

1. Упразднение конституционных ограничений

В первые годы национал-социалистического режима судебные решения выявляли многочисленные попытки сохранить хотя бы теоретически верховенство закона в Третьем рейхе. На это указывает, например, стремление Верховно-

го суда (Рейхсгерихт, Reichsgericht) рассматривать Декрет о поджоге Рейхстага (Brandverordnung) как действующий лишь ограниченное время.

Решение от 22 октября 1934 года касалось процедуры экспроприации. Это потребовало обсуждения того, затронута ли Декретом от 28 февраля 1933 года гарантия собственности, предусмотренная ст. 153 Веймарской конституции. Суд постановил, что «§ 1 декрета приостановил конституционную гарантию собственности (ст. 153 Веймарской конституции) впредь до особого уведомления... поскольку соответствующий раздел декрета ясно объявляет о приостановлении ст. 153 с оговоркой, что новое регулирование действительно лишь впредь до особого уведомления».²⁹

Именно это подчёркивание временного характера декрета вызвало критический комментарий профессора Хубера, заведующего кафедрой конституционного права Кильского университета. Профессор Хубер заявляет, что «современное законодательство использовало формальные процедуры Веймарской конституции по соображениям общественного порядка и безопасности (легальности), но это не означает, что данное законодательство основано на существовании Веймарской конституции или черпает из неё свою легитимность».³⁰

²⁹ Preussisches Oberverwaltungsgericht, 27 мая 1936 г. (J. W. 1936, p. 2277). [Ср. Preussisches Oberverwaltungsgericht, 17 апреля 1935 г. (J. W. 1935, p. 2676)].

³⁰ Ernst Huber, в комментарии к решению Sondergericht Darmstadt от 2 марта 1934 г. (J. W. 1934, p. 1747).

Большой интерес представляет вопрос о том, приостанавливает ли Декрет о поджоге Рейхстага, основанный на ст. 48 Веймарской конституции, те основные права, которые сама эта конституция объявляет неприкосновенными и не подлежащими приостановлению в порядке чрезвычайных мер по ст. 48. Эта проблема стала весьма острой в связи с роспуском германского отделения Свидетелей Иеговы (Ernst Bibelforscher, как они называются в Германии). Этот роспуск был обоснован Декретом от 28 февраля 1933 года. Свидетели Иеговы основывали свою претензию на ст. 137 Веймарской конституции, гарантировавшей свободу вероисповедания и убеждений, и указывали, что право, гарантированное ст. 137, относится к числу основных прав, не подлежащих приостановлению на основании ст. 48 Веймарской конституции. Их аргументация была принята, и они были оправданы Особым судом Дармштадта.³¹ Однако это решение представляет собой довольно изолированное явление. Суды стремились обойти это конституционное ограничение самыми разнообразными аргументами. В решении Окружного суда Дрездена суд истолковал декрет министра внутренних дел, распустившего объединение Свидетелей Иеговы, как конституционную поправку, отменяющую ст. 137 конституции. По мнению суда, «конституция может быть изменена административными декретами и подобными мерами».³² Таким

³¹ Sondergericht Darmstadt, 26 марта 1934 г. (J. W. 1934, p. 1747).

³² Landgericht Dresden, 18 марта 1935 г. (J. W. 1935, p. 1949).

образом, в решении дрезденского суда запрет полицейского министра (основанный на Чрезвычайном декрете) был истолкован как законодательный акт, основанный на Законе о полномочиях.

Хотя Рейхсгерихт в решении от 24 сентября 1935 года признал действительность ст. 137, он не истолковал её как включающую неограниченную свободу религиозных объединений. «При условии действительности ст. 137, — заявил суд, — её правильное применение не препятствует подавлению религиозного объединения, если деятельность этого объединения несовместима с общественным порядком».³³ Это решение ставит даже так называемые основные права в зависимость от полицейской власти. Религиозная свобода тем самым низведена до категории прав, зависящих от усмотрения властей.

Данное решение от 24 сентября 1935 года всё ещё признавало определённые основные права. Но в последующем деле и Рейхсгерихт, и Прусский высший административный суд (Oberverwaltungsgericht) пошли ещё дальше в урезании основных прав.³⁸ Они упразднили право государственного служащего на ознакомление с его служебным делом. Суд постановил: «Ст. 129, раздел 3, предложение 3 Веймарской конституции даёт государственному служащему право на ознакомление со своим служебным делом. Это положение противоречит национал-социалистической концепции отно-

³³ Reichsgericht, 24 сентября 1935 г. (J. W. 1935, p. 3377).

шений между государственным служащим и государством и потому без специального законодательства более не действует. Принцип фюрерства (Führerprinzip) не допускает оспаривания и критики распоряжений начальства государственным служащим».³⁴ Таким образом, мы можем с уверенностью утверждать, что конституционные ограничения суверенной диктатуры были отброшены.

2. Упразднение иных правовых ограничений

При исполнении Декрета от 28 февраля 1933 года полиция не связана ни положениями конституции, ни каким-либо иным законом. Прусский верховный суд (Kammergericht) в решении от 31 мая 1935 года постановил, что «пруссский исполнительный декрет (Durchführungsverordnung) от 3 марта 1933 года³⁵ не оставляет сомнений в том, что п. 1 Декрета от 28 февраля 1933 года... устраняет все федеральные и земельные ограничения полицейской власти в той мере, в какой это необходимо для осуществления целей, провозглашённых в декрете. Вопрос о целесообразности и необходимости обжалованию не подлежит».³⁶ Мы покажем, что это решение Прусского верховного суда предвосхитило вывод, к которому большинство судов пришло лишь после длительных и запутанных процессов.

Нежелание признать юридически неограниченную поли-

³⁴ Там же.

³⁵ Опубликовано в Mbl. f. i. Verw. 1933, p. 233.

³⁶ Kammergericht, 31 мая 1935 г. (Dtsch. R. Z. 1935, p. 624).

цию следствием диктатуры проявил Верховный суд по трудовым спорам (Reichsarbeitsgericht). Создав концепцию «самообороны государства», он отклонил иск сотрудника Советского торгового представительства, уволенного назначенным полицией комиссаром. Суд признал право комиссара увольнять сотрудников со следующим обоснованием:

«Сомнительно, даёт ли полицейская власть при нормальных условиях прусскому министру внутренних дел право наделять государственного комиссара столь широкими полномочиями. Однако даже если это назначение не могло быть подтверждено на основании Декрета от 28 февраля 1933 года, оно может быть оправдано ссылкой на необходимость самообороны государства. ... В первой половине 1933 года положение национал-социалистического государства нельзя было считать прочным. Пока длилась коммунистическая угроза, сохранялось состояние неуверенности, требовавшее расширения полицейских полномочий за обычные пределы».³⁷

³⁷ Reichsarbeitsgericht, 17 октября 1934 г. (J. W. 1935, p. 378). Представляет значительный интерес тот факт, что примерно в то же самое время Верховный суд Соединённых Штатов был призван решить, может ли конституционный орган при разрешении великого национального кризиса претендовать на внеконституционные полномочия в силу существования чрезвычайного положения. Главный судья Хьюз отверг это в деле Шлехтера в словах, уже ставших классическими: «Чрезвычайные условия могут требовать чрезвычайных средств. Однако этот аргумент неизбежно останавливается перед попыткой оправдать действия, лежащие за пределами конституционных полномочий. Чрезвычайные условия не создают и не расширяют конституционных полномочий». Schlechter v. United

Не случайно суд использует прошедшее время, обосновывая право государства на самооборону. По всей видимости, он стремился указать, что чрезвычайное положение окончилось к моменту вынесения этого решения, тем самым вновь открывая период нормальных условий. Аналогичным образом решение Рейхсгерихта открывало путь к восстановлению верховенства права (см. с. 14).

Однако эта тенденция не получила продолжения. Она основывалась на посылке, содержащейся в преамбуле Декрета от 28 февраля 1933 года, согласно которой единственным мотивом закона было свержение коммунизма. Гамель объявляет это толкование Декрета от 28 февраля 1933 года ошибочным. «Было бы ошибкой, — пишет он, — полагать, что власти освобождены от либеральных оков лишь в борьбе с коммунизмом. Либеральные ограничения не просто приостановлены законами о борьбе с коммунизмом; они упразднены без оговорок».³⁸ Этому мнению последовало большое число высших судов. Особый суд Гамбурга (Sondergericht), в решении по делу Свидетелей Иеговы, постановил, что декрет был издан после пожара Рейхстага в условиях серьёзной чрезвычайной ситуации и в большой спешке и что он «направлен против опасностей, угрожающих государству не только со стороны коммунистов, но и из любых иных источ-

States, 295 US 495, 528; May 27, 1935.

³⁸ Walther Hamel, in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht (München, 1937), pp. 386-7.

ников».³⁹ Теорию, однако, что специальное упоминание коммунистов представляет собой редакционную ошибку, нельзя разумно отстаивать.

Для обоснования применения декрета к церквям, сектам, антивакцинаторам и бойскаутам Прусский верховный суд (Kammergericht) создал теорию косвенной коммунистической опасности. В решении от 8 декабря 1935 года уголовное отделение Прусского верховного суда отменило решение Муниципального суда Хагена (Вестфалия) и оправдало подсудимых, бывших членами католической молодёжной организации. Подсудимые участвовали в пеших походах и спортивных состязаниях. Обвинение утверждало, что тем самым они нарушили предписание, изданное окружным президентом (Regierungspräsident) на основании Декрета от 28 февраля 1933 года. В решении было заявлено, что целью национал-социализма является осуществление идеала «народной общности» (Volksgemeinschaft) и устранение всех конфликтов и напряжённости. По этой причине проявления религиозных различий, помимо церковной деятельности в узком смысле, вызывали неодобрение национал-социализма, или, словами Kammergericht: «Подобное подчёркивание существующих расколов несёт в себе зародыш распада германского народа. Такой разлад лишь способствует распростра-

³⁹ Sondergericht Hamburg, 15 марта 1935 г. (Dtsch. R. Z. 1935, p. 553; также цит. по: J. W. 1935, p. 2988).

нению коммунистических целей».⁴⁰

Тот факт, что подсудимые были непосредственно противниками «безбожного коммунизма», не уберёг их от наказания за «косвенную коммунистическую деятельность», ибо, по мнению суда, «публичное выражение частного мнения слишком легко может послужить лишь к поощрению лиц, которые верят в коммунизм, сочувствуют ему или политически неопределившихся. Такое поощрение заставит подобных лиц формировать и распространять мнение о том, что национал-социалистическое государство не поддерживается всем народом».⁴¹ Теория косвенной войны с коммунизмом позволяет искоренять любое движение, которое хотя бы в малейшей степени может быть истолковано как поддержка коммунизма.

В решении от 5 марта 1935 года Прусский верховный суд (Kammergericht) отменил решение нижестоящего суда и осудил священника Исповедующей церкви за нарушение предписания (изданного начальником полиции), запрещавшего «демагогическую полемику в церковном конфликте» (Исповедующая церковь — та часть протестантской церкви, которая стоит, по крайней мере в религиозных вопросах, в оппозиции к режиму). Это предписание было основано на Декрете о поджоге Рейхстага. Священник распространил среди родителей своих учеников воскресной школы письмо с кри-

⁴⁰ Kammergericht, 12 июля 1935 г. (R. Verw. Bl. 1936, p. 61).

⁴¹ Там же.

тикой «немецких христиан» (фракции официальной протестантской церкви, симпатизирующей национал-социализму). При рассмотрении этого дела связь между церковной борьбой внутри церкви между обеими группами и коммунистическим насилием была установлена следующим образом.

«Для применения декрета достаточно, чтобы косвенная опасность для государства создавалась выражением недовольства новым порядком. Подобное недовольство представляет благодатную почву для возрождения коммунистической деятельности».⁴²

Участие национал-социализма в церковной борьбе и злоупотребление антикоммунистическим декретом для преследования Исповедующей церкви оправдывались утверждением, что «такая критика, естественно, вызывает недовольство... тем более что враждебное отношение коммунизма к церкви может почерпнуть из этой ситуации новые надежды и силы».⁴³

Неудивительно, что теория косвенной войны с коммунизмом была использована в качестве основания для запрета антивакцинаторов, что было прямо признано в решении Рейхсгерихта от 6 августа 1936 года.⁴⁴ И здесь имеется историческая параллель, упомянутая Карлом Шмиттом в его обсуж-

⁴² Kammergericht, 5 марта 1935 г. (D. Jstz, 1935, p. 1831).

⁴³ Там же.

⁴⁴ Reichsgericht, 6 августа 1936 г. (Dtsch. Str. 1936, p. 429). so Carl Schmitt, Die Diktatur, (2d ed., München, 1928), p. 94.

дении правового положения Валленштейна: «Право экспроприации допускается лишь против мятежников и врагов. Но при каждой революции было правилом клеймить политических противников врагами отечества и тем полностью оправдывать лишение их правовой защиты и собственности». 50 С тех пор суды приняли эту теорию почти без колебаний.

Административный суд Вюртемберга в решении от 9 сентября 1936 года, касавшемся Innere Mission (миссионерской деятельности протестантской церкви), отбросил всякую видимость связи между полицейскими действиями (основанными на Декрете о поджоге Рейхстага) и антикоммунистической кампанией. Он прямо заявил, что «декрет предназначался исключительно не только для защиты от коммунистической угрозы, но и от любой опасности для общественной безопасности и порядка, независимо от её источника». 45 Это решение закрепило правовое состояние, уже предвосхищённое Окружным судом Берлина, когда 1 ноября 1933 года этот суд заявил в решении, уникальном для того времени, что «все посягательства на общественную безопасность и порядок следует рассматривать как коммунистические в более широком смысле». 46

Между различными противниками национал-социализма не проводилось различий. Все они были заклеены как

⁴⁵ Württembergischer Verwaltungsgerichtshof, 9 сентября 1936 г. (Dtsch. Verw. 1936, p. 385).

⁴⁶ Landgericht Berlin, 1 ноября 1933 г. (D. Jstz. 1934, p. 64).

коммунисты. Осадное положение применялось одинаково против всех противников нынешнего режима. Посредством осадного положения национал-социалисты получили монополию власти и поддерживают её путём непрерывного использования.

3. Упразднение ограничений полицейской власти

Более широкое применение Декрета от 28 февраля 1933 года ко всем ненационал-социалистам может быть объяснено лишь если допустить, что «преамбула декрета выражает лишь его мотив, а не его существо».⁴⁷ Вопрос о том, вправе ли полицейские органы действовать на основании декрета лишь в качестве оборонительной меры или во всех случаях, которые они признают входящими в сферу его действия, также зависит от толкования преамбулы.

Ключевой вопрос состоит в том, должны ли обычные ограничения полицейской власти соблюдаться при применении Декрета о поджоге Рейхстага.⁴⁸ Поначалу Прусский высший административный суд (Oberverwaltungsgericht) пытал-

⁴⁷ Ullrich Scheuner, 'Die Neugestaltung des Vereins-und Verbandsrechts' D. J. Z. 1935, p. 666.

⁴⁸ Ограничения полицейских полномочий установлены в § 14 Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz (PGS. 1931, p. 77). Они почти дословно заимствованы из Allgemeines Preussisches Landrecht 1794 г. и, благодаря их принятию судами и обычаем, действовали в Германии на протяжении многих десятилетий.

ся отстоять эти ограничения диктаторской власти. В соответствии со своими прежними традициями суд заявил 10 января 1935 года, что «Декрет от 28 февраля 1933 года не расширил полицейскую власть за пределы её принципиально-го объёма. ... Полицейский приказ, выходящий за эти пределы, если он не основан на прямом указании закона, нарушает § 1 Прусского закона о полицейском управлении (Polizeiverwaltungsgesetz), который действовал до сих пор. Такой полицейский приказ был бы поэтому ничтожным».⁴⁹ Если бы этому мнению следовали в последующих решениях, использование государственного терроризма для осуществления унификации (Gleichschaltung) всего германского общества было бы невозможным. Соответственно, не слишком удивительно, что 3 марта 1933 года прусский министерский приказ провозгласил: «Полиции разрешается выходить за рамки ограничений её полномочий, установленных в §§ 14 и 41 Прусского закона о полицейском управлении».⁵⁰ Это было началом решающего конфликта между исполнительной властью и судебной властью.

Хотя Рейхсгерихт поддержал Высший административный суд,⁵¹ гестапо проигнорировало его решения. Видный чиновник гестапо, министра-президент Айкхофф, охарактеризо-

⁴⁹ Preussisches Oberverwaltungsgericht, 10 января 1935 г. (R. Verw. Bl. 1935, p. 923).

⁵⁰ Mbl. f. i. Verw. 1933, p. 233.

⁵¹ См. Reichsgericht, 23 января 1934 г. (J. W. 1934, p. 767).

вал гестапо как «генеральный штаб, ответственный за оборонительные меры, равно как и за столь же необходимые наступательные меры против всех врагов государства». ⁵²

Прежде чем показать, как дальнейшее развитие событий в этом вопросе увенчалось победой полиции, мы должны вернуться к решению Административного суда Вюртемберга от 9 сентября 1936 года. Частное объединение, занимавшееся попечением о детях, обратилось с заявлением об изменении своего устава путём передачи своего имущества Innere Mission. Окружной магистрат (Landrat) возражал против этого, утверждая, что имущество должно перейти к Национал-социалистической благотворительной организации (NSV), которая «одаривает своими благами всех граждан одинаково». ⁵³ На это решение были поданы возражения, но они были отклонены Министерством внутренних дел Вюртемберга на основании § 1 Декрета от 28 февраля 1933 года. Объединение обжаловало это в Административном суде, утверждая, что «предложенное изменение устава не может быть признано опасностью для государства, и нельзя утверждать, что применение декрета представляет собой акт самообороны государства. Решение окружного магистрата было мотивировано не намерением защитить государство от грозящего нападения, а желанием экспроприировать объедине-

⁵² Ludwig Eickhoff, 'Die Preussische Geheime Staatspolizei,' Dtsch. Verw. 1936, p. 91.

⁵³ См. примечание 51.

ние».⁵⁴ Жалоба благотворительной организации была отклонена. Объединение, по мнению суда, ошибочно истолковало закон, понимая цели и сферу действия Декрета от 28 февраля 1933 года слишком узко. В решении говорится: «Защита общественного порядка и безопасности включает в себя сохранение богатства народной общности. Если бы декрет был составлен с намерением допустить не общие, а лишь специально определённые посягательства на ранее действовавшие ограничения, это было бы прямо указано в § 1 декрета».⁵⁵

Это действительно было недвусмысленно указано в преамбуле. Было бы ошибочно полагать, что национал-социалистическая правовая доктрина вообще не обращает внимания на преамбулы законов. Обращает ли она на них внимание, зависит от «природы конкретного дела». При толковании «конституционного» документа Третьего рейха (Декрета от 28 февраля 1933 года) вступительные формулировки игнорируются. Тем не менее, когда другие правительства используют подобные методы, национал-социалистические авторы яростно выражают своё презрение.

Так, Свобода, национал-социалистический профессор права в Немецком университете Праги, порицает этот метод толкования, но лишь применительно к Чехословацкой конституции. Заявив, что в течение 20 лет Чехословацкой республики господствовала позиция чистого позитивизма и

⁵⁴ Там же.

⁵⁵ Там же.

что в это время преамбулы законов считались простой риторикой, он подчеркнул: «Это, в глазах национал-социалистов, клеймилось как конституцию, так и её толкование как неискренние и нечестные. Национал-социализму, разумеется, чужд столь безответственный метод».⁵⁶

Но национал-социалистические власти не только пренебрегают преамбулой Декрета от 28 февраля 1933 года; они также толкуют декрет прямо противоположно его смыслу. Решение Административного суда Вюртемберга свидетельствует о том, что произошёл коренной сдвиг в постановке проблемы. Декрет от 28 февраля 1933 года, истолкованный расширительно, затрагивал проблемы, связанные с отношениями между личностью и государством. С нарастающим смешением партийных и государственных функций конфликт между индивидуальной свободой и государственным принуждением уступил свою главенствующую позицию проблеме отношений между корпоративной конкуренцией и партийной монополией. Чтобы обеспечить добычу для партийных организаций и партийных финансов, национал-социалистическая партия через использование прерогативного государства добилась упразднения конкурирующих организаций.

Решение Административного суда Бадена показывает, что даже видимость сокрытия этой тенденции прекратилась. В

⁵⁶ Ernst Swoboda, 'Das Protektorat in Böhmen und Mähren,' R. Verw. Bl. April 2, 1939, pp. 281-4.

маленьком городке в Бадене возник конфликт между протестантской женской организацией и местной организацией Красного Креста, находившейся под национал-социалистическим руководством. По всей видимости, в основе вражды лежали личные ссоры. Эта ссора стала в определённой степени исторически значимой, когда правительство попыталось лишить религиозную организацию её функции ухода за больными — привилегии, которую церковь считала своей собственной почти две тысячи лет. Полиция разрешила проблему, запретив религиозное объединение на основании Декрета от 28 февраля 1933 года, и суд подтвердил действия полиции.⁶³ Никакой попытки установить связь между роспуском медсестринского объединения и антикоммунистическим декретом предпринято не было. Национал-социалистическая враждебность к конкурирующим организациям отчётливо видна в решении. Суд утверждает, что «доказано, что объединение, основанное под предлогом церковных интересов, наносило видимый ущерб местному отделению Красного Креста».⁵⁷ Поэтому суд решил, что одного этого факта достаточно для запрета.

«Поскольку Министр внутренних дел заявляет, что признанная конкуренция между двумя организациями наносит ущерб важным интересам государства... суд не вправе отказаться признать решение политического руководства».⁵⁸ Эти

⁵⁷ Там же.

⁵⁸ Там же.

решения, по крайней мере в случаях Вюртемберга и Бадена, упразднили все традиционные ограничения полицейской власти.

Если бы свободный доступ к судам ещё был разрешён в Германии, благотворительные и медсестринские объединения, возможно, смогли бы обжаловать решение на основании произвольного применения правосудия. Однако если юридическая литература по этому вопросу отражает судебное мнение, сомнительно, могли бы они добиться такого слушания.⁵⁹

С упразднением ограничений полицейской власти отпал вопрос о «необходимости». Полиция более не обязана показывать, что любое предпринятое ею действие необходимо для достижения её цели. Лишь рассматривая отказ от оговорки о «необходимости» как следствие разрушения полицейского права, мы можем оценить значение решения Апелляционного суда (Oberlandesgericht) Брауншвейга от 29 мая 1935 года. В этом деле закрытие издательства, принадлежавшего Обществу Сторожевой Башни, было оправдано тем соображением, что «в качестве оборонительной меры против коммунистического насилия, угрожающего государству, может быть целесообразным запретить объединения, должностные лица которых могут даже ненамеренно предостав-

⁵⁹ Даннебек рассматривает этот вопрос в Frank, Deutsches Verwaltungsrecht (München, 1937), p. 307. Он осуждает пересмотр политических мер на предмет злоупотребления или произвола. (Cp. Lauer in J. W. 1934, p. 2833).

лять убежище сочувствующим коммунистам».⁶⁰ В решении ничего не сказано о том, должна ли была полиция сначала потребовать от руководителей секты исключения «сочувствующих коммунизму». Полиции предоставлена полная дискреционная власть во всех вопросах, касающихся укрыательства коммунистов. Её действия не подлежат контролю судов.

⁶⁰ Oberlandesgericht Braunschweig, 29 мая 1935 г. (Hochst. R. Rspr. 36, 98).

4. Упразднение судебного контроля

а

. Вводные замечания

Прежде чем обсуждать право судов на пересмотр действий полиции, уместны несколько вводных замечаний. Правовой пересмотр действий полиции возможен лишь при наличии правовых норм, которые полиция обязана соблюдать. Но это справедливо лишь до тех пор, пока действует нормальный правопорядок. В германской правовой системе, как и в англо-американской, при осадном положении верно обратное. Происхождение прерогативного государства из осадного положения должно облегчить англосаксонскому читателю понимание сосуществования правопорядка и произвола. Состояние «осады» неизвестно английскому праву как правовой институт в собственном смысле. Осадное положение (*martial law*) представляет собой разновидность самообороны государства против нарушений общественного мира. В случае фактической войны (существование которой должно быть установлено судами) акты осадного положения, рассматриваемые как самооборона, находятся вне юрисдикции правовой системы. По выражению лорда-главного судьи Кокбёрна, «осадное положение, применяемое к гражданскому лицу, вовсе не является правом, а представляет собой нечто неопределённое, неустойчивое, целиком за-

висящее от совести или, скорее, от деспотического и произвольного правления тех, кто его осуществляет». ⁶¹ Прерогативное государство, таким образом, определяется как непрерывная осада. Поскольку осадное положение является частью каждой конституции, решающее значение имеет степень его подконтрольности.

Американское право также подчёркивает положение о том, что деятельность государства в условиях осадного положения не является правовой деятельностью в собственном смысле слова. Как сказал Филд в деле *ex parte Milligan*:

«Люди полагают, когда слышат выражение "осадное положение" (*martial law*), что существует система права, известная под этим названием, которая при случае может быть подставлена на место обычной системы; и распространено представление, что при определённых обстоятельствах военный командующий может, издав прокламацию, заменить одну систему — гражданское право — другой — осадным положением. ... Назовём вещи своими именами: это не осадное право, а осадное управление (*martial rule*)». ⁶²

Признавая, что в сегодняшней Германии установилось состояние перманентного осадного управления, необходимо также понимать, что противоположностью правопорядка

⁶¹ *Regina v. Nelson & Brand*. (Charge of the Lord Chief Justice of England to the Grand Jury at the Central Criminal Court in the case of the Queen against Nelson & Brand. 2nd ed., London, 1867, p. 86.)

⁶² Field in '*ex parte Milligan*' 1864, 4 Wallace 2, 35.

верховенства права являются беззаконие и произвол прерогативного государства.

Осадное положение, по Карлу Шмитту, «характеризуется практически неограниченной властью, то есть приостановлением всего ранее действовавшего правопорядка. Оно характеризуется тем, что государство продолжает существовать, тогда как правопорядок бездействует. Это положение нельзя заклеить как анархию или хаос. Порядок в юридическом смысле всё ещё существует, даже если это не правовой порядок. Существованию государства отдаётся приоритет перед продолжением действия правовых норм. Решения государства освобождены от нормативных ограничений. Государство становится абсолютным в буквальном смысле слова. В чрезвычайной ситуации государство приостанавливает действующий правопорядок, ссылаясь на так называемый "высший закон самосохранения"». ⁶³

Теория Шмитта была принята гестапо. Д-р Бест, юрисконсульт гестапо, пишет:

«Задача борьбы со всеми движениями, опасными для государства, подразумевает право использовать все необходимые средства при условии, что они не вступают в конфликт с законом. Такие конфликты с законом, однако, более невозможны, поскольку все ограничения были сняты вследствие Декрета от 28 февраля 1933 года и торжества национал-со-

⁶³ Carl Schmitt, *Politische Theologie* (München, 1922), p. 13.

циалистической правовой и политической теории».⁶⁴

Эти откровенные заявления наиболее видных авторов национал-социалистической конституционной теории находят своё отражение в судебных решениях лишь в связи с проблемами судебного контроля. Таким образом, вопрос о том, подлежат ли декреты диктаторской власти судебному контролю, вновь иллюстрирует, как вопрос материального права может быть скрыт за процессуальными вопросами.

b

. Контроль со стороны административных судов

Прусский высший административный суд (Oberverwaltungsgericht) в своё время придерживался мнения, что даже в Третьем рейхе диктаторские меры подлежат судебному контролю. Так, в решении от 25 октября 1934 года этот суд заявил о безоговорочном праве на судебный контроль на том основании, что «тот факт, что декрет находился в сфере компетенции так называемой "политической полиции", не лишает затронутых лиц права на обжалование».⁶⁵ Однако ко 2 мая 1935 года суд отступил от этой позиции.⁶⁶ Второй закон о юрисдикции гестапо (Gesetz über die Geheime Staatspolizei, 30 ноября 1933 года)⁶⁷ дал повод для разгра-

⁶⁴ Ministerialdirigent und SS-Oberführer Dr. Werner Best in D. A. Z. July 1, 1937, (перепечатано в Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, München, 1937).

⁶⁵ Preussisches Oberverwaltungsgericht, 25 октября 1934 г. (R. Verw. Bl. 1935, p. 458).

⁶⁶ Preussisches Oberverwaltungsgericht, 2 мая 1935 г. (R. Verw. Bl. 1935, p. 577).

⁶⁷ PGS. 1933, p. 41.

ничения между актами государственной полиции и актами обычной полиции. Суд аргументировал, что государственная полиция (Stapo) и гестапо являются специальной полицией и что особого закона, предусматривающего судебный контроль их действий, не существует. По этой причине Высший административный суд (Oberverwaltungsgericht), опираясь на принцип перечисленных полномочий, отказал в праве на судебный контроль. Акты обычной полиции, однако, даже если они совершались на службе гестапо, по-прежнему подлежали судебному контролю.⁶⁸

19 марта 1936 года на рассмотрение Прусского высшего административного суда (Oberverwaltungsgericht) поступило дело, касавшееся законности высылки миссионера из определённого округа. Приказ о высылке был издан окружным магистратом и обоснован ссылкой на церковный конфликт. Это затрагивало общий вопрос о том, вправе ли полиция принуждать людей покидать места проживания. Незадолго до этого Прусский высший административный суд (Oberverwaltungsgericht) рассмотрел вопрос о действительности приказа окружного президента Зигмарингена о высылке подданных Германского рейха иностранной

⁶⁸ Эта точка зрения была поддержана Верховным административным судом Пруссии в его решении от 23 мая 1935 г. (J. W. 1935, p. 2670), которое прямо отвергло утверждение о том, что политический характер полицейского предписания сам по себе достаточен для исключения судебного контроля. Прусский Верховный суд (Kammergericht) в решениях от 3 мая 1935 г. и 9 января 1936 г. выразил ту же позицию. (D. Jstz. 1935, p. 1831; J. W. 1936, p. 3187).

расы (в данном случае цыган) из определённого округа. Суд постановил, что «полиция не вправе высылать подданных Германского рейха из их постоянного или временно-го места проживания по иным основаниям, чем те, которые конкретно перечислены в Законе о свободе передвижения (Freizügigkeitsgesetz).⁶⁹ Полицейский приказ, требующий от истца покинуть общину Ст., объявляется ничтожным».⁷⁰

Согласно общему административному праву, меры, принятые против миссионера, были бы признаны недействительными. Полиция не вправе издавать приказы, прямо запрещённые законом. Тем не менее апелляция миссионера была отклонена на том основании, что закон от 10 февраля 1936 года о гестапо (Gesetz über die Geheime Staatspolizei),⁷¹ принятый тем временем, запрещает пересмотр. Прусский высший административный суд (Oberverwaltungsgericht) отказался рассматривать дело, поскольку магистрат действовал в «сфере компетенции, отнесённой к ведению тайной полиции».⁷² § 7 Закона от 10 февраля 1936 года гласил, что приказы и дела, находящиеся в юрисдикции гестапо, не подлежат контролю административных судов. «Типографская ошибка»⁸⁰ превратила «и» (und) в «в» (in). Поскольку при-

⁶⁹ Gesetz fiber die Freiziigigkeit, November 1, 1867 (BGBl. 1867, p. 55).

⁷⁰ Preussisches Oberverwaltungsgericht, 5 декабря 1935 г. (OVG. 97, 103).

⁷¹ Gesetz liber die Geheime Staatspolizei, February 10, 1936 (PGS. 1936, 21).

⁷² Preussisches Oberverwaltungsgericht, 19 марта 1936 г. (J. W. 1936, p. 2189).

so PGS. 1936, No. 6.

каз магистрата о высылке миссионера был, по мнению Высшего административного суда, приказом, «который, очевидно, был призван содействовать внешней и внутренней безопасности государства»,⁷³ суд расценил полицейскую меру магистрата как приказ «в» делах, находящихся в юрисдикции гестапо.

Газета *Völkischer Beobachter* (1 марта 1936 года) яростно атаковала «реакционную» позицию Прусского высшего административного суда, и тот окончательно капитулировал 19 марта 1936 года в вышеупомянутом деле миссионера. Последний остаток верховенства права в Германии был упразднён посредством эксплуатации типографской ошибки. Это типично для циничного пренебрежения к праву, царящего среди опьянённой властью клики, ныне господствующей в Германии. Отказавшись отменить абсолютно незаконный полицейский приказ, Высший административный суд выдал полиции *carte blanche* на совершение любого рода незаконных действий.⁷⁴

Высший административный суд оставил себе лазейку, заявив, что не имеет решающего значения, находился ли приказ за пределами сферы гестапо или лишь по видимости входил в неё, не относясь к ней по существу. В решении от 10 ноября 1938 года Прусский высший административный суд (*Oberverwaltungsgericht*) прояснил принципы судеб-

⁷³ См. примечание 79.

⁷⁴ Cp. Dtsch. Verw. 1936, p. 318 and R. Verw. Bl. 1936, p. 549.

ного контроля. Теория о том, что приказы гестапо не подлежат контролю, толкуется таким образом, что от государственного административного контроля освобождаются: (1) все прямые акты гестапо; (2) все акты обычной полиции, совершённые во исполнение конкретных приказов гестапо; (3) все акты обычной полиции, совершённые во исполнение общих приказов гестапо; (4) все акты обычной полиции, подпадающие под юрисдикцию гестапо. Контроль ограничивается теми случаями, когда в пунктах 2 и 3 обычная полиция вышла за пределы приказов гестапо, и в пункте 4 — когда обычная полиция присвоила себе прерогативу гестапо.⁷⁵ Значение вышеприведённого решения состоит в признании за гестапо права передавать целые сферы жизни из юрисдикции нормативного государства в юрисдикцию прерогативного (случай 3). Если, как в данном решении, гестапо решает, что содействие стрелковому спорту относится к компетенции «Германского оборонного общества», то владелец тира лишается средства защиты от запрета стрелковых соревнований, даже если запрет стал результатом «личной неприязни между ним и стрелковым обществом».⁷⁶

Использование Декрета от 28 февраля 1933 года (который предназначался для подавления политической оппозиции) в качестве декрета для борьбы с конкурирующими организациями, угрожающими монополиям, характер-

⁷⁵ Preussisches Oberverwaltungsgericht, 10 ноября 1938 г. (J. W. 1939, p. 382).

⁷⁶ Там же.

но для последних тенденций. Как это разграничение между «политическими» и «неполитическими» делами работает на практике, можно проиллюстрировать тем, что суды не могут вмешаться в конфискацию папской энциклики, тогда как изъятие «шести сонников, двух колод гадальных карт и двух экземпляров астрологического периодического издания под названием *Kosmisches Tagebuch der Gesellschaft für astrologische Propaganda* может стать поводом для административного разбирательства»,⁷⁷ поскольку очевидно, что эти предметы не имеют политического значения.

Решением от 19 марта 1936 года, отказавшись отстоять свою автономию в политических делах, Прусский административный суд перешёл в ряды тех, кто ранее его осуждал.⁷⁸

с **. Контроль в гражданском процессе**

⁷⁷ См. Preussisches Oberverwaltungsgericht, 15 декабря 1938 г. (R. Verw. Bl. 1939, p. 544).

⁷⁸ Первое решение такого рода было вынесено окружным судом (Landgericht) Тюбингена 25 января 1934 г. (J. W. 1934, p. 627), который отказал в применении положений закона о бедных в деле лица, желавшего предъявить иск государству за незаконное заключение в концентрационном лагере. Суд постановил, «что государство не может отменить действия, которые оно сочло политически необходимыми». Большее значение имеет решение Верховного административного суда Гамбурга (Hamburger Oberverwaltungsgericht) от 7 октября 1934 г. (R. Verw. Bl. 1935, p. 1045). Политическая полиция распустила *Burgerverein* смешанного арийско-еврейского состава. Суд отказал в рассмотрении апелляции объединения, объявив, что его роспуск является политическим актом и, соответственно, не подлежит судебному контролю.

Закон от 10 февраля 1936 года⁷⁹ вывел действия гестапо из-под контроля административных судов. Распространяется ли этот закон в равной мере на общие суды? Некий адвокат предъявил иск о возмещении ущерба, причинённого лишением его адвокатского статуса вследствие необоснованных подозрений в причастности к коммунистической деятельности.⁸⁰ Было постановлено, что Рейхсгерихт не вправе пересматривать «решения, которые в силу их политического характера не приспособлены для контроля общими судами».⁸¹

С другой стороны, более позднее решение Рейхсгерихта постановило, что закон, устанавливающий ответственность государства за любой ущерб, причинённый незаконным действием его служащих,⁸² действителен независимо от того, носят ли незаконные действия политический или неполитический характер. Отступив от своего предыдущего решения, суд заявил, что «тот факт, что рассматриваемый государственный акт носил более или менее политический характер, не обуславливает необходимости ограничения».⁸³ Формулировка этого решения указывает на то, что Рейхсгерихт на-

⁷⁹ См. примечание 78.

⁸⁰ Gesetz fiber die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, April 7, 1933 (RGBl. 1933, p. 188).

⁸¹ Reichsgericht, 6 мая 1936 г. (J. W. 1936, p. 2982).

⁸² BGB. §839; Reichsverfassung Art. 131.

⁸³ Reichsgericht, 3 марта 1937 г. (J. W. 1937, p. 1723).

меренно отклонился от доктрины, согласно которой политические вопросы находятся вне юрисдикции суда. Ибо «даже законодательство Третьего рейха... не ограничило применение ст. 131 Конституции неполитическими актами государства».⁸⁴

Противоречие между двумя решениями, касающимися почти идентичных дел, можно было бы истолковать как возвращение судов к верховенству права после того, как они приблизились к самому порогу правовой анархии. В действительности, однако, второе решение не означает возвращения к верховенству права. Напротив, оно ведёт непосредственно к двойному государству.

В период между двумя решениями было введено важное нововведение в виде § 147 Закона о государственной службе (*Deutsches Beamtengesetz*),⁸⁵ который вновь ввёл в германскую правовую систему так называемый *Konflikt*. Конфликт (*Konflikt*) даёт высшему административному органу право в исках о возмещении ущерба против государства заменять Высший административный суд гражданским судом, который обычно обладал бы юрисдикцией. Высший административный суд тогда выступает в качестве суда последней инстанции для истца.⁸⁶ Следствие этого, казалось бы, незначи-

⁸⁴ Там же.

⁸⁵ *Deutsches Beamtengesetz*, January 26, 1937 (RGBl. 1937, p. 39).

⁸⁶ Данная интерпретация значения *Konflikt* противоположна мнению *Reichsgericht*, который толкует § 147 лишь как изменение подсудности, а не как

тельного нововведения состоит в том, что правило Высшего административного суда не пересматривать действия гестапо распространяется на гражданские дела, касающиеся исков о возмещении ущерба против государства. Это сохраняет целостность принципа, согласно которому политические действия не подлежат контролю, поскольку административные власти через применение § 147 Закона о государственной службе изъяли рассматриваемое дело из юрисдикции общих судов. Это также оставляет открытым путь для судов утверждать верховенство нормативного государства (в материальных вопросах) в рамках отведённой им юрисдикции. В исках о возмещении ущерба против государства высший административный орган, используя свою судебную дискрецию при применении процедуры конфликта, решает, будут ли будущие тяжбы регулироваться правовыми нормами или отказом в судебном контроле. Последнее слово принадлежит политическим властям. Конфликт — это технический инструмент, проводящий линию между управлением по закону (нормативным государством) и управлением индивидуальным декретом (прерогативным государством).

§ 147 Закона о государственной службе придал постоянную форму положению, действовавшему в качестве специального декрета в переходный период между демократией и диктатурой. В этот период Закон об урегулировании

изменение материального права. Излишне говорить, что мы не можем считать такое толкование правильным.

гражданских исков (изданный 13 декабря 1934 года)⁸⁷ давал министру внутренних дел право прервать судебное разбирательство и передать дело административному органу при условии, что речь шла об исках, возникших в ходе национал-социалистической революции. Административный орган не был связан правовым кодексом, а выносил решения по «соображениям справедливости». Это было признано необходимым, чтобы не допустить аннулирования завоеваний переворота нормативным государством. Как работает этот закон, становится ясно из решения Рейхсгерихта от 7 сентября 1937 года, которое одновременно раскрывает истинные методы «легальной революции». В начале национал-социалистической революции бургомистр города Ойтин был смещён с должности. Первоначально власти желали возбудить против него дело по обвинению в должностном преступлении в рамках правовых процедур нормативного государства. Однако от этого плана вскоре отказались, и они избрали путь, предписанный прерогативным государством. 24 июля 1933 года бургомистр был помещён под превентивное заключение. Переговоры между его адвокатом и представителем правительства привели к письменному заявлению (4 августа 1933 года), в котором бургомистр отказывался от своего жалованья, а также от всех прочих требований, и обязывался выплатить правительству 3 000 марок за ущерб,

⁸⁷ Gesetz fiber den Ausgleich biirgerlich-rechtlicher Anspruche, December 13, 1934 (RGBl. 1934, p. 1235).

якобы нанесённый им репутации Ойтина, хотя германское право не признаёт компенсации за моральный ущерб в подобных делах. В данном случае государство назначило превентивное заключение и пригрозило заключением в концентрационный лагерь, чтобы побудить одного из своих граждан отказаться от законных претензий к нему. Более того, оно побудило его произвести платежи, для которых не существовало ни малейшего правового обоснования. (Правовым термином для подобного поведения являются, разумеется, разбой и вымогательство.) Высшее должностное лицо округа (Regierungspräsident) и новоназначенный бургомистр Ойтина, заполучив добычу, проявили великодушие. Рейхсгерихт фиксирует, что «правительство и бургомистр города Ойтин заявляют, что государство и город готовы считать дело закрытым. Они не намерены предпринимать какие-либо действия, которые могли бы причинить затруднения истцу. Настоящим истец освобождается из превентивного заключения». ⁸⁸ Однако эта процедура, по всей видимости, не вполне удовлетворила национал-социалистических чиновников, и, чтобы исключить всякое сомнение относительно своего поведения, они предложили следующее разъяснение: «Истец и его адвокат заявляют, что все их заявления и соглашения были сделаны по собственной воле и что никакого давления не оказывалось». ⁸⁹

⁸⁸ Reichsgericht, 7 сентября 1937 г. (RGZ. 155, p. 296).

⁸⁹ Там же.

У этого решения есть эпилог. Истец, когда первая буря национал-социалистической революции улеглась, попытался отозвать свой отказ на основании принуждения. Поскольку министр внутренних дел на основании Закона об урегулировании от 13 декабря 1934 года заявил, что дело находится в его юрисдикции, апелляция не была рассмотрена. Суды отказались рассмотреть жалобу, и она была незамедлительно отклонена. Малейший правовой контроль над его авторитарными решениями рассматривается национал-социалистическим прерогативным государством как большее зло, нежели увековечение несправедливости.

d

. Контроль в уголовном процессе

Теоретически политические акты по-прежнему подлежат судебному контролю в сфере уголовного права. На практике, однако, это право контроля бессмысленно, что было продемонстрировано решением Баварского верховного суда (Oberlandesgericht München) от 4 ноября 1937 года. Имперский министр внутренних дел издал приказ (основанный на Декрете о поджоге Рейхстага), запрещающий любому священнику оглашать с кафедры имена тех членов его прихода, которые покинули церковь. Священник, обвинённый в нарушении этого приказа, утверждал, что декрет недействителен.

Целью Декрета от 28 февраля 1933 года была защита государства от коммунистического насилия. Мыслимо ли, что запрет публичного оглашения имён лиц, вышедших из цер-

ковного членства, содействовал коммунистической пропаганде, а не противодействовал ей? И как это согласуется с «позитивным христианством» — согласно ст. 24 нацистской платформы, одной из целей национал-социалистической партии, — препятствовать священнику выполнять свою церковную обязанность противодействия антирелигиозному движению?

Декларация в пользу «позитивного христианства» в программе национал-социалистической партии была лишь политическим манёвром. Наиболее радикальные члены партии давно порвали с церковью и обратились к неоязычеству. Но поскольку формальные выходы из членства в церкви могли вызвать волнения среди тех слоёв населения, которые ещё привязаны к церкви, метод сочетания содействия выходу из церкви при сохранении видимости «позитивного христианства» был найден посредством ссылки на Декрет о поджоге Рейхстага.

Этот декрет был, таким образом, использован для запрета оглашения выходов из церковного членства, и Верховный суд Мюнхена нашёл тесную связь между предотвращением коммунистического насилия и запретом оглашения церковных выходов, соответственно признав действительным приказ Министра внутренних дел. Затем суд рационализировал своё решение, утверждая, что преамбула не является правовой частью декрета. Суд постановил, что декрет «применим ко всем видам ситуаций, и, следовательно, допустима

любая мера, необходимая для восстановления общественной безопасности и порядка, вне зависимости от источника угрозы».⁹⁰ Суд также не поколебался сослаться на Веймарскую конституцию, чтобы создать связь между давно сложившейся церковной практикой и угрозой общественной безопасности. Национал-социалистическое государство, хотя оно неоднократно хвалилось упразднением Веймарской конституции и хотя оно приостановило все гражданские права, указанные во второй части этой конституции, тем не менее утверждало устами одного из высших германских судов, что «оглашение церковных выходов с кафедры, хотя и не является правовой угрозой свободе вероисповедания и совести, гарантированной конституцией, на практике представляет собой ограничение этой свободы. ... Оно может также вызвать возмущение и недовольство государством, которое допускает подобное давление на свободу вероисповедания в прямом противоречии с конституцией, и тем самым легко может поставить под угрозу общественную безопасность и порядок».⁹¹

Беглое чтение этого аргумента не раскрывает его значения. Согласно данному решению, давление на свободу вероисповедания и совести оказывает не Третий рейх и не национал-социалистическая партия, а само духовенство. Стало

⁹⁰ Oberlandesgericht München, 4 ноября 1937 г. (Entsch. des KG. und OLG. München 17, p. 273).

⁹¹ Там же.

быть, для защиты прав, которые уничтожила национал-социалистическая партия, предпринимаются действия против духовенства. Для обоснования этих актов прерогативного государства суды назначают полицейские органы хранителями Веймарской конституции с её положениями о гражданских свободах. Эксплуатация «этого принудительно расширенного толкования понятия "защита от опасности" несёт в себе сущность пристрастности» — упрёк в адрес судебной власти, сделанный не кем иным, как одним из высших руководителей гестапо, д-ром Бестом.⁹² Это решение свидетельствует о том, что последний остаток судебного контроля, а именно право контроля над административными актами, которое хотя бы теоретически сохранялось в уголовном праве, сведено в прерогативном государстве к «простой фикции». Д-р Бест предлагает поэтому упразднить право судебного контроля и в уголовном процессе. Весьма вероятно, что «Закон о тайной государственной полиции» будет распространён на уголовные дела. «Принципы Германского уголовного кодекса», сформулированные министром Гансом Франком, проложили путь к их включению, когда он написал: «В какой мере этот принцип в будущем должен быть распространён на рассмотрение всех преступлений с политическим мотивом или политическим значением, решает один лишь фюрер».⁹³

⁹² Dr. Best, 'Werdendes Polizeirecht' Dtsch. Recht, 1938, p. 224.

⁹³ V. B., July 5, 1935.

5. Партия как инструмент прерогативного государства

Решения политического характера принимаются не только государственными, но и партийными органами.

Районный суд по трудовым спорам (Landesarbeitsgericht) Глайвица, рассматривая жалобу работника, уволенного за предполагаемую политическую неблагонадёжность, столкнулся с пересмотром политического решения, вынесенного партийным органом. Работодатель обосновал увольнение запиской окружного руководителя национал-социалистической партии, однако работнику не удалось оспорить правильность этой записки. По мнению суда, «оценка политического характера лица является исключительной прерогативой окружного руководства национал-социалистической партии. Только окружное руководство ответственно за эту задачу, и суды не имеют ни права, ни обязанности пересмотра».⁹⁴

Эта точка зрения, по крайней мере в теории, не была подтверждена решением Верховного суда по трудовым спорам (Reichsarbeitsgericht). В параллельном деле от 14 апреля 1937 года Верховный суд по трудовым спорам утверждал, что записка окружного руководителя партии не освобождает суд от обязанности самостоятельного рассмотрения. С дру-

⁹⁴ Landesarbeitsgericht Gleiwitz (Dtsch. Rpft. 1936, p. 59).

гой стороны, суд подчеркнул, что вопрос о правовом статусе решения партийного органа следует чётко отличать от вопроса о фактическом влиянии окружного руководителя. Суд признал, что «необоснованные обвинения и даже неоправданное подозрение, исходящие из влиятельных кругов, могут нести достаточный вес, чтобы составить существенное основание для увольнения».⁹⁵ Излишне указывать, что в действительности мнение окружного руководителя является решающим.⁹⁶

Отношения между национал-социалистической партией и судами можно ясно увидеть в решении Верховного суда по трудовым спорам (Reichsarbeitsgericht) от 10 февраля 1937 года. Это дело касалось работника штурмовых отрядов (СА), уволенного со своей должности. Уволенный работник подал на СА иск о выплате жалования, причитавшегося ему по закону о сроке предупреждения об увольнении. Ссылаясь на заявление Адольфа Гитлера на Нюрнбергском партий-

⁹⁵ Reichsarbeitsgericht, 14 апреля 1937 г. (J. W. 1937, p. 2311). Ср. Landesarbeitsgericht Miinchen, 31 июля 1937 г. (D. Jstz. 1937, p. 1159).

⁹⁶ В решении Верховного административного суда Пруссии (Preussischer Oberverwaltungsgerichtshof) от 29 июня 1937 г. (R. Verw. Bl. 1937, p. 762) параллельное дело касалось влияния исключения государственного служащего из Национал-социалистической партии на продолжение его службы в качестве чиновника. Прокурор утверждал, что исключение чиновника из Национал-социалистической партии влечёт за собой необходимость его увольнения с государственной службы. Однако Верховный административный суд не разделил этой позиции и постановил, что действия партии не могут иметь столь далеко идущих последствий, если они не подкреплены законодательством.

ном съезде 1935 года о том, что «партия управляет государством», СА отказались признать свою подчинённость судам. Верховному суду по трудовым спорам предстояло решить, пользуется ли национал-социалистическая партия иммунитета от законов страны, аналогичными иммунитетам аккредитованных дипломатов, представляющих иностранные державы. Суд дал на это отрицательный ответ. Он сослался на более раннее решение Апелляционного суда Штеттина⁹⁷ и заявил, что «хотя было указано, что партия как таковая стоит выше государства, это не исключает принципа, согласно которому в своих отношениях с отдельными лицами она подчиняется общим нормам общественной жизни». И поэтому суд заключил, что «применение правовых принципов к отношениям партии с отдельными лицами не затрагивается положением партии в государстве».106

Это решение имеет основополагающее значение для положений, выдвигаемых в настоящей книге. Общее освобождение национал-социалистической партии от юрисдикции судов означало бы отрицание нормативного государства.

Постановление Верховного суда по трудовым спорам о

⁹⁷ Апелляционный суд (Oberlandesgericht) Штеттина 25 марта 1936 г. присудил возмещение ущерба истцу, пострадавшему от автомобиля, принадлежащего Национал-социалистической партии, несмотря на то что ответчик утверждал, будто партия, являясь учреждением, средства и цели которого посвящены общественному благу, не может быть обязана производить выплаты частным лицам (J. W. 1937, p. 241). Параллельное дело было рассмотрено Reichsgericht 17 февраля 1939 г. (R. Verw. Bl. 1939, p. 727).

том, что партия подчинена определённым законам, однако, не препятствует ей осуществлять суверенную власть в прерогативном государстве. Из принципа, согласно которому политические акты партии являются актами суверенитета, следует, что акты партийных чиновников, поскольку они находятся в рамках их политических полномочий, находятся за пределами юрисдикции судов. Эта доктрина была первоначально развита Карлом Шмиттом, указавшим, что «споры между отдельными лицами и партийными чиновниками не могут быть переданы в суды, поскольку эти конфликты, как правило, касаются вопросов, подлежащих решению вне сферы судебной компетенции».⁹⁸

Следующий случай иллюстрирует практические последствия этих теорий: арийский торговец из Вупперталя обратился с заявлением о судебном запрете против сына одного из своих конкурентов, который нанёс ущерб его бизнесу, распространяя слухи о том, что тот является евреем. Суд первой инстанции решил в пользу истца. Ответчик тогда обжаловал дело, изменив свою защиту и подчеркнув, что он является руководящим деятелем Национал-социалистической ремесленной гильдии (NS-Hago). Апелляционный суд Дюссельдорфа (Oberlandesgericht) отменил решение в пользу ответчика. Суд решил, что ответчик занимает государственную должность (NS-Hago) и что с ним следует обращаться

⁹⁸ Carl Schmitt, комментарий к решению Kammergericht от 22 марта 1935 г. (D. Jstz. 1935, p. 686) in D. J. Z. 1935, p. 618.

как с государственным чиновником, а распространение философии партии (включая антисемитскую пропаганду) входит в его непосредственные обязанности. Суд заявил: «Служебный акт не перестаёт быть таковым от того, что была совершена ошибка или что он представляет собой злоупотребление служебными предписаниями. Законность или уместность подобных политических актов не может зависеть от суждения судов».⁹⁹ Жалоба была отклонена по основаниям, которые, в силу их политического характера, находятся вне юрисдикции судов.

Эта линия аргументации была также использована в одном из решений Рейхсгерихта. Судебный запрет был затребован против бургомистра, распространявшего ложные утверждения о происхождении истца, заявляя, что тот является внебрачным ребёнком, в действительности сыном еврейского барышника, у которого мать истца работала кухаркой. Несмотря на то что истец мог доказать, что бургомистр сделал эти заявления в присутствии как партийных чиновников, так и посторонних лиц, Рейхсгерихт отменил решения нижестоящих судов и отказал в судебном запрете, постановив, что «официальное положение ответчика и содержание его утверждения, представляющего большой интерес для партии (а именно, неарийское происхождение), создают презумпцию, при отсутствии опровергающих доказательств, что ответчик действовал в официальном качестве». Утвер-

⁹⁹ Oberlandesgericht Diisseldorf, 10 июля 1935 г. (D. J. Z. 1935, p. 1123).

ждение истца о том, что мотивы ответчика носили личный характер, не повлияло на решение. «Служебный акт, — заявил суд, — не подпадает под юрисдикцию общих судов лишь потому, что он возник из неправомерных мотивов».¹⁰⁰

Решение Компетенционного суда (Kompetenzgerichtshof) показывает, однако, что даже национал-социалисты сомневаются в обоснованности отказа в юрисдикции судов в только что рассмотренном случае. На собрании организации «Зимняя помощь» национал-социалистический чиновник обвинил некоего коммерсанта в том, что тот не внёс свой взнос. Коммерсант обратился с заявлением о судебном запрете. В нижестоящих судах он добился успеха. Однако прежде чем дело поступило в Апелляционный суд Кёнигсберга, губернатор провинции Восточная Пруссия применил процедуру конфликта (Konflikt, ср. с. 29), утверждая, что это политический вопрос и, следовательно, относится к юрисдикции фюрера. Компетенционный суд отклонил свою юрисдикцию по этому делу по техническим основаниям (27 июня 1936 года).¹⁰¹ Нельзя, однако, отрицать, что притязание

¹⁰⁰ Reichsgericht, 28 февраля 1936 г. (Hochst. R. Rspr. 1936, p. 900). Это решение было поддержано рядом судов в отношении различных подразделений Национал-социалистической партии [решение по Гитлерюгенду, Апелляционный суд Дрездена, 31 января 1935 г. (D. J. Z. 1935, p. 439); решение по Национал-социалистической партии, Апелляционный суд Цвайбрюккена, 24 декабря 1934 г. (D. J. Z. 1935, p. 442)]. Все эти решения свидетельствуют о том, что данная теория стала устоявшейся нормой.

¹⁰¹ Kompetenzgerichtshof, 27 июня 1936 г. (R. Verw. Bl. 1936, p. 860).

восточнопрусского президента на то, что политические вопросы могут решаться лишь в свете политических соображений и лишь политическими властями, вполне согласуется с общим ходом развития. В ближайшем будущем можно ожидать установления для партийных органов правила, аналогичного § 147 Закона о государственной службе (Deutsches Beamten-gesetz).¹⁰² То есть, признавая право в общем смысле, оно изымет политические акты партии из юрисдикции нормативного государства и передаст их регулирование прерогативному государству.

¹⁰² См. примечание 93.

6. Политика как цель прерогативного государства

Одна из главных проблем правовой теории диктатуры состоит в определении разграничительной линии между политическими и неполитическими актами. Суды пытались ограничить прерогативное государство чисто политической сферой и при этом были вынуждены придать этому разграничению практическую форму.

Довольно гротескным аспектом недавних германских правовых процессов является то, что общие правовые принципы нормативного государства применяются в разбирательствах против цыган, тогда как в параллельных случаях доступ к судам отвергается на том основании, что затронуты «политические» соображения. Так, несколько цыган были однажды помещены полицией под превентивное заключение на том основании, что их присутствие вызывало волнения среди населения. Прусский высший административный суд (Oberverwaltungsgericht) отменил приказ, указав, что «тот факт, что население Ст. считает само присутствие цыган источником беспокойства, потенциально вызывающим агрессивные оборонительные действия со стороны населения, не означает, что цыгане представляют угрозу общественному порядку и безопасности. Полиция, следовательно, не была

вправе предпринимать действия против цыган». ¹⁰³

Однако эти принципы оказались бесполезными для Кёппена, директора Рейхсбанка, когда он был помещён под превентивное заключение из-за народной демонстрации против него. Его преступление состояло в исполнении приказа о выселении жильца, не уплатившего арендную плату. Газета *Angriff*, принадлежавшая д-ру Геббельсу в Берлине, подхватила это дело за неимением более сенсационного материала, а заместитель партийного окружного руководителя Берлина Гёрлицер, решив, что дело может послужить хорошим пропагандистским материалом, решил сам возглавить демонстрацию. Арест директора Рейхсбанка был затем объявлен необходимым по политическим соображениям, и ему было отказано в защите закона. ¹⁰⁴ Решающим здесь является то, что соображения, действующие при рассмотрении политических дел, находятся вне той области, в которой они могут быть «надлежащим образом обработаны» судебной властью.

Попытка Прусского высшего административного суда (*Oberverwaltungsgericht*) достичь компромисса, допустив практически неограниченную дискреционную власть поли-

¹⁰³ Preussisches Oberverwaltungsgericht, 5 декабря 1935 г. (OVG. 97, p. 117).

¹⁰⁴ «Гестапо защищает общество, а не отдельных лиц, и потому освобождено от ограничений, налагаемых обычным полицейским правом». Lauer, 'Die richterliche Nachprüfung polizeilicher Massnahmen,' J. W. 1934, p. 832.

тических органов, оказалась недостаточной.¹⁰⁵ Национал-социалистическое государство настояло на устранении права из сферы политики и на том, что определение пограничных линий между тем и другим находится в руках самих политических властей. Министр Фрик не оставил сомнений в этом вопросе, заявив: «Само собой разумеется, что вопросы политической дискреции не должны подлежать контролю административных судов».¹⁰⁶ Не довольствуясь этим, Фрик пошёл ещё дальше, заявив, что административным судам было бы невозможно контролировать те вопросы, которые, независимо от их «политического» значения с общей точки зрения, имели особую важность для содействия интересам государства.

Более 300 лет назад аналогичное требование было выдвинуто в Англии. Король Яков I в своём знаменитом послании Звёздной палате (20 июня 1616 года)¹⁰⁷ заявил, что в политических вопросах решение принадлежит короне, а не судам:

«Не посягайте на прерогативу короны. Если возникнет вопрос, касающийся моей прерогативы или тайны государства, не разбирайте его, пока не посоветуетесь с королём, или его Советом, или с обоими; ибо это трансцендентные вопро-

¹⁰⁵ «Настоятельная и высшая необходимость укрепления нового государства требует максимально широкого усмотрения в политических делах». Preussisches Oberverwaltungsgericht, 24 октября 1934 г. (OVG. 94, p. 138).

¹⁰⁶ Wilhelm Frick, 'Auf dem Wege zum Einheitsstaat' Dtsch. Verw. 1936, p. 334.
^{115a} James I, Works (ed. of 1616) pp. 553 ff.

сы. ... Что касается абсолютной прерогативы короны, то она не является предметом для языка юриста, и оспаривать её незаконно. Атеизм и богохульство — оспаривать, что может делать Бог ... точно так же самонадеянность и высшее неуважение к подданному оспаривать, что может делать король, или утверждать, что король не может делать то или это».¹⁰⁸

Прямота этого послания едва ли была превзойдена каким-либо представителем Третьего рейха.

Важнейшее следствие сосуществования властей, связанных законом, и властей, независимых от закона, состоит в следующем: когда это политически желательно, решения судов исправляются полицейскими органами, которые заключают лиц, оправданных судом, в концентрационные лагеря на неопределённый срок (дело Нимёллера); отменяют приговоры, вынесенные гражданскими судами; опрокидывают решения «Суда социальной чести» действиями Трудового фронта. Сосуществование законных и произвольных действий, наиболее впечатляюще продемонстрированное заключением в концентрационные лагеря лиц, оправданных судами, является решающей чертой современного германского конституционного устройства. Примечательно, что национал-социалистическое государство признаёт этот факт неохотно. Двойное государство живёт, скрывая свою истинную природу.

Это отчётливо видно из решения Рейхсгерихта от 22 сен-

тября 1938 года, вынесенного в отношении священника Исповедующей церкви, произнёсшего в конце проповеди следующую молитву: «Теперь мы помолимся за тех братьев и сестёр, которые находятся в заключении. Я зачитаю их имена. ... Социальный работник Л., Берлин, находится в превентивном заключении с 2 февраля 1937 года, хотя суд решил дело в её пользу...»¹⁰⁹ Рейхсгерихт признал священника виновным в нарушении общественного спокойствия (подтвердив решение нижестоящего суда). Рейхсгерихт заявил, что «утверждение священника относительно Л. подразумевало — путём соединения двух предложений — критику того, что Л. должна была быть освобождена и что превентивное заключение было неоправданным»,¹¹⁰ и, по мнению Рейхсгерихта, это угрожало общественному миру, поскольку священник, «зачитывая список, мог навести прихожан и других лиц на мысль, что государство действует произвольно, а не в соответствии со справедливостью и правом».¹¹¹

Тот факт, что Рейхсгерихт, высшая инстанция нормативного государства, осуждает как нарушение общественного спокойствия публичное упоминание деятельности важнейшего органа прерогативного государства, говорит сам за себя. Хотя один из ключей к пониманию национал-социалистического государства лежит в его двойственной природе,

¹⁰⁹ Reichsgericht, 22 сентября 1938 г. (J. W. 1938, p. 2955).

¹¹⁰ Там же.

¹¹¹ Там же.

лишь немногим высокопоставленным чиновникам дозволено указывать на этот факт.¹¹² Один из них, д-р Бест, описывает деятельность своего ведомства в соотношении с деятельностью суда:

«Если административные суды неоднократно выдают разносные лицензии евреям, бывшим членам Французского иностранного легиона или другим нежелательным элементам, гестапо, исполняя свою задачу защиты народа и государства от опасности, исходящей от подобных элементов, конфискует эти лицензии. Если это влечёт за собой потерю престижа для кого-либо, то не гестапо понесёт этот ущерб, поскольку последнее слово всегда остаётся за ним».¹¹³

Это заявление является одним из наиболее откровенных отречений от верховенства права, обнаруженных нами в национал-социалистической литературе. Различие между правовым государством (*Rechtsstaat*) и Третьим рейхом может быть резюмировано следующим образом: в правовом государстве суды контролируют исполнительную ветвь власти в интересах законности. В Третьем рейхе полицейская власть контролирует суды в интересах политической целесообразности.¹¹⁴

¹¹² Следует отметить, что Францен дополняет концепцию «политического» Карла Шмитта положением о том, что дихотомия «друг-враг» не имеет ничего общего с дихотомией «справедливое-несправедливое».

¹¹³ Ministerialdirigent und SS-Oberführer Dr. Werner Best (Gestapo) in D. A. Z., June 22, 1938.

¹¹⁴ На данном этапе мы не будем обсуждать, может ли эта форма государ-

Утверждение о том, что решения общих судов могут быть и бывают обесценены политическими властями, трудно доказать официальными свидетельствами, поскольку эти меры, лишённые правового основания, не могут быть обоснованы правовыми аргументами и, естественно, не публикуются. Тем более интересна статья д-ра Тиме из Бреславльского университета, в которой он принимает как должное использование этой процедуры в делах перед Судиами социальной чести (Soziale Ehrengerichte) в порядке, изложенном в пересмотренном Уголовном кодексе. Тиме утверждает, что «с каждым, кто оправдан по делу, наказуемому в свете здорового народного чувства, следует разобраться посредством гласности или превентивного заключения».¹¹⁵ Этот эвфемизм вполне может быть истолкован как указание на контроль, осуществляемый политическими властями над судами.

Если политические власти выходят за пределы юрисдикции закона, их меры не нуждаются в обосновании путём приписывания незаконности действиям тех, против кого они направлены. В статье в *Reichsverwaltungsblatt*, обсуждавшей вопрос о том, может ли гражданин быть принуждён полицией к вывешиванию знамени со свастикой в праздничные дни, автор пришёл к выводу, что, хотя вывешивание флага

ства быть названа «государством справедливости» (Gerechtigkeitsstaat), как предложил Карл Шмитт (см. Frank, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, München, 1935, p. 6). Однако представляет интерес, что Шмитт выводит свою концепцию из царского русского «Государства Правды».

¹¹⁵ Hans Thieme, 'Nationalsozialistisches Arbeitsrecht' Dtsch. Recht, 1935, p. 215.

не является юридической обязанностью, оно свидетельствует о преданности гражданина фюреру. Более того, невывешивание флага может быть истолковано как свидетельство того, что данный гражданин лишён национал-социалистических убеждений. Автор предлагает, что этот недостаток может быть исправлен в концентрационном лагере.¹¹⁶ Это отношение между правом и политикой является следствием конфликтующих ценностных ориентаций. Осознание этого ценностного конфликта было выражено бывшим национал-социалистическим министром Францером в его книге *Gesetz und Richter*:

«Критерий, или ценностная позиция, в соответствии с которой разрешаются конфликты, представляет собой в случае подавляющего большинства правовых норм определённую концепцию справедливости. Существуют, однако, многочисленные нормы, которые не содержат элемента справедливости, но основаны на простых политических принципах и легитимированы политически. То, чему мы можем быть политически противны, не обязательно является злом. Политическая позиция — та, которая противостоит своим врагам и стремится сохранить собственное существование. Таков преобладающий критерий в Третьем рейхе».¹¹⁷

С типично национал-социалистическим цинизмом Фран-

¹¹⁶ Weimar, адвокат в Кёльне, in R. Verw. Bl. 1937, p. 479.

¹¹⁷ Hans Franzen, *Gesetz und Richter; eine Abgrenzung nach den Grundsätzen des nationalsozialistischen Staates* (Hamburg, 1935), p. 11.

цен подчёркивает этот момент как *arsanum impregii* (тайну власти). Поскольку широкие массы населения не способны оценить эту точку зрения, необходимо дискредитировать моральный облик политического противника. По Францену, политическая борьба должна вестись так, чтобы её последователи воспринимали её как моральный и правовой крестовый поход.¹²⁶ Прерогативное государство не просто дополняет и подменяет нормативное; оно также использует его, чтобы замаскировать свои политические цели под мантией верховенства права.

В современной Германии существует двойная юрисдикция по всем делам, признанным «политическими». Полиция назначает административные наказания в дополнение к уголовным наказаниям, назначенным судами, или вместо них. Эта ситуация иллюстрируется решением Прусского высшего административного суда (*Oberverwaltungsgericht*), касающимся отказа в выдаче водительского удостоверения заявителю, проведшему шесть месяцев в концентрационном лагере за нападки на правительство.¹¹⁸ Нападки на правительство — уголовное преступление, подлежащее юрисдикции судов.¹¹⁹ Причину, по которой это дело не было рассмотрено особым судом, невозможно установить по самому реше-

¹¹⁸ *Preussisches Oberverwaltungsgericht*, 28 января 1937 г. (*Verkehrsr. Abb.* 1937, p. 319).

¹¹⁹ *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen*, December 20, 1934 (*RGBl.* 1934, p. 1269).

нию. Возможно, фактов было недостаточно для возбуждения дела. Но в данном случае заявитель был лишён всякой возможности защиты, подвергнут более суровым наказаниям и заклеимён как враг государства на будущее без предоставления ему «надлежащей правовой процедуры». Прерогативное государство не просто подменяет суд, но и активно вмешивается в текущее судопроизводство.

Обзор правовых процессов 1936 года, составленный чиновником Министерства юстиции в ходе обсуждения политических преступлений и конфликта между государством и католической церковью, предоставил нам характерный документ об отношениях между судами и политическими властями Третьего рейха. В нём мы находим следующее заявление:

«Среди наиболее важных политических преступлений находятся церковные правонарушения, которые могут быть классифицированы по трём группам: валютные махинации, нравственные проступки и злонамеренные нападки на государство. С августа 1936 года, по приказу фюрера, по политическим соображениям ни одно из этих дел не может быть передано в суд».¹²⁰

Таким образом, обвиняемые могут по политическим соображениям содержаться под стражей бессрочно в ожидании суда. Суды, правовой обязанностью которых является ускорение процессов по делам, где подсудимые находятся под стражей, обязаны откладывать рассмотрение по приказу фю-

¹²⁰ Dr. Crohne, 'Die Strafrechtspflege 1936' D. Jstz. 1937, p. 7-12.

пера и тем самым отступить от закона.

Это саморазоблачение политики, лежащей в основе национал-социалистического отправления правосудия, имеет особое значение для раскрытия широкого диапазона действий, квалифицируемых как «политические». Нарушения валютного законодательства могут быть квалифицированы как «политические» в современной Германии, а злонамеренные нападки на правительство, разумеется, являются политическими преступлениями. Но почему гомосексуальные действия двух монахов должны считаться политическим преступлением, объяснить сложнее. Очевидно, что между подобными действиями и теми, которые подпадают под категорию «политического», определяемую Прусским верховным судом (Kammergericht) как «то, что затрагивает внутреннюю и внешнюю безопасность государства»,¹³⁰ нет никакой внутренней связи. Ни правонарушение как таковое, ни персона совершенно ничтожного монаха не имеют ни малейшего отношения к политике. В Третьем рейхе содомия становится политическим преступлением всякий раз, когда политическое рассмотрение подобных правонарушений признаётся желательным политическими властями. Вывод, к которому необходимо прийти, состоит в том, что политика есть то, что политические власти избирают определять как политику. Квалификация действия как политического или неполитического определяет, будет ли оно рассмотрено в соответствии с законом или в соответствии с произвольными

предпочтениями политических властей.

Правовая система современной Германии характеризуется тем, что не существует ни одного вопроса, застрахованного от вмешательства политических властей, которые, будучи лишены каких-либо правовых гарантий, свободны осуществлять дискрецию в политических целях.

На первом этапе гитлеровского режима, в 1935 году, Рейхсгерихт пытался предотвратить «произвольное толкование» Декрета о поджоге Рейхстага, но, показательным образом, даже тогда, когда Рейхсгерихт искал нечто абсолютно невосприимчивое к политическому вмешательству и, следовательно, находящееся за пределами юрисдикции гестапо, он не мог придумать ничего, кроме правил дорожного движения.¹²¹ Между тем суды систематически расширяли сферу «политического». Так, Апелляционный суд (Oberlandesgericht) Киля постановил, что запрет газеты, которая «порочила медицинскую профессию и наносила ущерб её репутации», является политическим вопросом.¹²² Основанием послужило то, что газета препятствовала «политике и целям государства в отношении охраны общественного здоровья».¹²³ Третий рейх не ограничивает свои политические интересы вопросами санитарии, но распространяет их и на владение такси. Тот, кто расходится с Третьим

¹²¹ См. примечание 37.

¹²² Oberlandesgericht Kiel, 25 ноября 1935 г. (Hochst. R. Rspr. 1936, p. 192).

¹²³ Там же.

рейхом по вопросу о такси, рискует быть сочтённым «врагом государства в широком смысле». По политическим соображениям он может быть затем исключён из исполнительного комитета местной ассоциации владельцев такси, членом которой является. Именно в таких выражениях Верховный суд Баварии (Oberlandesgericht München) признал законность полицейского приказа Министерства внутренних дел.¹²⁴

Прусский высший административный суд (Oberverwaltungsgericht) наконец сделал революционный шаг, раскрыв политический характер дорожного регулирования. Вышеупомянутое решение по делу о водительском удостоверении, хотя и признавало, что до сих пор политические соображения не имели отношения к выдаче водительских удостоверений, обосновало изменение позиции указанием на то, что многопартийное государство было заменено однопартийным. Решающий момент, по мнению суда, состоит в том, что «в борьбе за самосохранение, которую ведёт германский народ, более нет аспектов жизни, которые были бы неполитическими».¹²⁵ Таким образом, уличное движение стало политическим вопросом, и заявление о выдаче водительского удостоверения может быть отклонено на том основании, что заявитель провёл шесть меся-

¹²⁴ Oberlandesgericht München, 27 января 1937 г. (Jahrb. f. Entsch. der freiw. Gbk., Band 15, p. 58).

¹²⁵ См. примечание 127.

цев в концентрационном лагере. Ибо «общество имеет право быть защищённым от своих врагов в каждой сфере жизни». ¹²⁶ Решение Апелляционного суда Штеттина подхватило эту конструкцию. Было постановлено, что автомобильная поездка штурмовика при исполнении служебных обязанностей должна рассматриваться как политический акт, поскольку «вся деятельность штурмовика протекает в рамках национал-социалистической программы и потому является "политической"». ¹²⁷ Ни одна сфера общественной или экономической жизни не застрахована от вторжения прерогативного государства.

Дальнейшей иллюстрацией этого тезиса служит судебный спор, связанный с запросом о выдаче свидетельства о рождении еврейским адвокатом, эмигрировавшим после 1933 года. ¹²⁸ Прежде всего следует пояснить, что согласно германскому Закону о записях актов гражданского состояния (*Gesetz über die Beurkundung des Personenstands und der Eheschließung*) ¹²⁹ регистратор обязан выдавать свидетельства о рождении по запросу. В данном случае регистратор передал заявление в государственную полицию, которая запретила его выдачу. Соответственно, регистратор отказал в вы-

¹²⁶ Там же.

¹²⁷ Oberlandesgericht Stettin, 14 апреля 1937 г. (J. W. 1937, p. 2212).

¹²⁸ Против адвоката было возбуждено уголовное преследование за уклонение от уплаты налогов.

¹²⁹ February 6, 1875 (RGBl. 1875, p. 23).

даче свидетельства, и по апелляции заявителя в Муниципальный суд суд приказал его выдать. Окружной суд отменил это решение, и отмена была подтверждена Рейхсгерихтом. Последний основал своё решение на заявлении гестапо о том, что «выдача свидетельства о рождении заявителю исключена. ... Регистратор обязан следовать указаниям гестапо. Суд не вправе пересматривать основания для этого указания. Это необходимое следствие § 7 закона от 10 февраля 1936 года. ... Но это было верно и до принятия данного закона, ... поскольку рассмотрение вопроса о том, действительно ли определённые исполнительные приказы необходимы для сохранения общественной безопасности, выходит за пределы юрисдикции судов. Нет необходимости указывать причины, по которым право лица на получение документа, предусмотренного § 16 Закона о записях актов гражданского состояния, не соблюдается, когда затронута безопасность государства».¹³⁰ В комментарии к этому решению чиновник Министерства юстиции д-р Массфеллер заявил, что дальнейшее обсуждение излишне, поскольку любое иное решение «было бы невозможно».¹³¹ Но именно поэтому мы считаем это решение достойным обсуждения, в особенности в трёх аспектах: 1. Верховный суд не счёл императивную норму закона (*jus cogens*) обязательной для государственной полиции. Тем самым он признал теорию, согласно которой поли-

¹³⁰ Hermann Heller, *Rechtsstaat und Diktatur* (Tubingen, 1930), p. 19.

¹³¹ Massfeller, *Akademie Ztschr.* 1937, p. 119.

тические власти не связаны правовыми нормами. 2. Верховный суд признал подчинение судов политическим властям, хотя закон прямо подчиняет регистратора надзору судов. 3. Верховный суд признал право вмешательства государственной полиции по соображениям «общественной безопасности», хотя область вмешательства была совершенно не политической в более узком смысле слова.

Если допустить, что свидетельство о рождении может угрожать «безопасности государства», мы имеем неопровержимое доказательство того, что ничто не застраховано от полицейского вмешательства, и, следовательно, можем утверждать, что любая деятельность может быть рассмотрена как политическая в Третьем рейхе. Поскольку весь наш тезис сводится к этому, быть может, позволительно привести ещё одно решение, которое вносит свой вклад в его подтверждение.

В вышеупомянутом решении высшего баварского суда (Oberlandesgericht München) суд, объявив Декрет о поджоге Рейхстага применимым к некоммунистам, постановил, что имя члена исполнительного комитета ассоциации владельцев такси может быть вычеркнуто из реестра этого общества, если полицейский орган прикажет это. Суд сказал:

«Не имеет значения, является ли С. врагом государства в более широком смысле слова. Те нормы, которые вытекают из второго предложения Декрета от 28 февраля 1933 года, наделяют полицию соответствующими полномочиями. Дей-

ствовавшие до сих пор правовые гарантии ныне приостановлены в пользу полиции. Не имеет значения, является ли рассматриваемое объединение экономическим, будь то коммерческое предприятие или акционерное общество. Все прежние законы, касающиеся объединений, ныне отменены соответствующими разделами Декрета от 28 февраля 1933 года».¹³²

Эти слова произнесли смертный приговор верховенству права.

Верховенство права более не существует. Оно было вытеснено двойным государством, являющимся совместным продуктом прерогативного государства и нормативного государства.

Часть

I

, Глава

II

. Пределы прерогативного государства

Вся правовая система превратилась в инструмент политических властей. Однако в той мере, в какой политические власти не осуществляют свою власть, частная и общественная жизнь регулируется либо традиционно сложившимся, либо вновь принятым правом. Особенно показателен случай со свидетельством о рождении (с. 44). Ежедневно в Германии выдаются сотни свидетельств о рождении в соответ-

¹³² См. примечание 134.

ствии с положениями закона. Нормальная жизнь управляется правовыми нормами. Но поскольку осадное положение (*Belagerungszustand*) стало в Германии постоянным, исключения из обычного права делаются непрерывно. Следует исходить из того, что все сферы жизни должны подлежать правовому регулированию. Принимается ли решение по конкретному делу в соответствии с законом или «целесообразностью», целиком зависит от тех, в чьих руках сосредоточена суверенная власть. Их суверенитет состоит именно в том, что они определяют постоянное чрезвычайное положение. «Суверенен тот, кто обладает правовой властью командовать в чрезвычайной ситуации», как сформулировал Карл Шмитт в своей книге *Politische Theologie*.¹³³

Отсюда следует принцип: презумпция юрисдикции принадлежит нормативному государству. Юрисдикция над юрисдикциями принадлежит прерогативному государству.

Пределы прерогативного государства не навязаны ему извне: не существует ни одного вопроса, по которому прерогативное государство не могло бы заявить о своей юрисдикции. Согласно судебной практике, как мы уже показали, Декрет от 28 февраля 1933 года распространяется на всю сферу «политического». В сегодняшней Германии нет ничего, что нельзя было бы квалифицировать как «политическое».

Вместе с тем возможность трактовать всё как «политическое» не означает, что к этому методу прибегают всегда.

¹³³ Carl Schmitt, *Politische Theologie* (2d. ed., München, 1934), p. 1.

Ройсс, национал-социалистический авторитет в области административного права, проводит различие между «фактической» и «потенциальной» политической значимостью:

«Диапазон "политического" изменчив. Даже в рамках Третьего рейха и даже в нашу историческую эпоху сфера "политического" расширяется и сужается в разные моменты, в разных ситуациях. Так называемая "частная сфера" лишь относительно частна; она одновременно потенциально политична».¹³⁴

Когда Ройсс говорит о «потенциально» политическом характере частной жизни, он имеет в виду то, что мы называли юрисдикцией над юрисдикциями прерогативного государства: там, где прерогативное государство требует «политического» обращения с частными и негосударственными вопросами, право приостанавливается. Там, где прерогативное государство не требует юрисдикции, нормативному государству дозволено функционировать. Пределы прерогативного государства не навязаны извне; они установлены самим прерогативным государством.¹³⁵ Эти самоограничения прерога-

¹³⁴ Hermann Reuss, в комментарии к решению Верховного административного суда Пруссии (Preussischer Oberverwaltungsgerichtshof) от 30 июня 1936 г. (J. W. 1937, pp. 422-3).

¹³⁵ В данном месте американский читатель, вероятно, вспомнит знаменитый пассаж из особого мнения судьи Стоуна в деле *United States v. Butler* (297, US 79). Судья Стоун определил верховенство судов над законодательными и административными действиями следующим образом: «...другая [позиция] состоит в том, что хотя неконституционное осуществление власти исполнительной и законодательной ветвями правительства подлежит судебному ограничению, един-

тивного государства имеют кардинальное значение для понимания двойного государства. Самоограничение прерогативного государства столь же глубоко укоренено в природе национал-социализма, как и само его существование.

Юридически юрисдикция прерогативного государства безгранична. Фактически, однако, она ограничена. В этом состоит наиболее значимый критерий конституционного устройства сегодняшней Германии.

В решении Высшего административного суда (Oberverwaltungsgericht) Саксонии от 25 ноября 1938 года эти факты, столь важные для понимания Третьего рейха, проявились с особой очевидностью. Суд должен был определить, может ли он отказать в выдаче разрешения на строительство, не указывая оснований отказа. Тем самым возник вопрос, подпадает ли строительство под действие Декрета о поджоге Рейхстага. Суд постановил, что подпадает, поскольку «разрешение на строительство, необходимое в соответствии с действующим строительным законодательством, может быть отклонено на основаниях, вытекающих из Декрета

ственным сдерживающим началом при осуществлении нашей собственной власти является наше собственное чувство самоограничения». В основе этого утверждения лежит понимание того, что в любой правовой и конституционной системе на извечный вопрос *quis custodiet custodem?* можно ответить лишь апелляцией к совести. Параллель с проблемой Двойного государства не следует проводить далее, поскольку вопрос, обсуждаемый в американском решении, касается взаимоотношений государственных органов в рамках правового порядка, тогда как линия, разделяющая Нормативное и Прерогативное государство, является границей между правовым порядком и беззаконием.

от 28 февраля 1933 года. Следует также признать, что в таком случае мотивы решения могут не приводиться». ¹³⁶ Возможность исключения решений по строительным делам из юрисдикции административных судов путём отказа от изложения мотивов ограничена сферой прерогативного государства. Суд решительно воспротивился распространению этого принципа прерогативного государства на сферу нормативного государства следующими словами: «Тем не менее вышеуказанный Декрет рейхспрезидента от 28 февраля 1933 года представляет собой исключительное установление, которое не затрагивает законов и процессуальных правил, в остальном имеющих общую силу». ¹³⁷

Та же позиция была с равной ясностью выражена Прусским высшим административным судом (Oberverwaltungsgericht) в решении от 15 декабря 1938 года по делу, касающемуся законодательства об объединениях. Высший административный суд подтвердил своё прежнее заявление о том, что вследствие Декрета от 28 февраля 1933 года всё законодательство об объединениях находится под юрисдикцией полиции, и указал, что «остаётся определить, лишены ли административные органы в вопросах объединительного права норм Гражданского уложения ¹³⁸ только

¹³⁶ Sachsisches Oberverwaltungsgericht, 25 ноября 1938 г. (R. Verw. Bl. 1939, p. 103).

¹³⁷ Там же.

¹³⁸ Bürgerliches Gesetzbuch, August 18, 1896. RGBl. 1898, p. 195.

в сфере действия Декрета от 28 февраля 1933 года или же лишены Гражданского уложения вообще. Суд придерживается мнения, что поскольку Декрет от 28 февраля 1933 года не применяется, ранее действовавшее законодательство об объединениях по-прежнему должно считаться действительным». ¹³⁹

Существование этих самоограничений свидетельствует о том, что Третий рейх нельзя некритически истолковывать как «тоталитарное государство». Д-р Геррфардт, профессор Марбургского университета, рассуждая о том, следует ли называть Третий рейх тоталитарным, пришёл к выводу: «Либо это верно в отношении каждого государства, либо это особенно неверно в отношении национал-социализма». ¹⁴⁰ Геррфардт имел в виду, что, хотя Третий рейх сохраняет за собой право регулировать любой аспект общественной жизни, он намеренно ограничивает использование этого права. Это, однако, не более чем повторение идеи, энергично пропагандировавшейся другим противником лозунга «Тоталитарное государство», статс-секретарём юстиции Фрайслером, который заявил: «Национал-социалистическое государство не считает, что государство непременно является лучшим руководителем во всех сферах жизни. Напротив, оно

¹³⁹ Preussisches Oberverwaltungsgericht, 15 декабря 1938 г. (R. Verw. Bl. 1939, p. 544).

¹⁴⁰ Heinrich Herrfahrdt, 'Politische Verfassungslehre,' Arch. f. Rechts- u. Soz. Phil., Band XXX, p. 110.

предпочитает оставлять обширные сферы жизни другим органам руководства». ¹⁴¹

Понятие «тоталитарного государства» неоднозначно. Эта неоднозначность может быть объяснена тем, что существуют два типа государств с тоталитарными тенденциями. Общий признак тоталитарных тенденций — подчинение всей деятельности целям государства. С одной стороны, это может делаться от имени масс. В государстве, где господствуют массы, консерваторы вроде Якоба Буркхардта и современники Французской революции вроде Гегеля и Джона Адамса склонны с ужасом наблюдать поглощение всех иных ценностей всепожирающими интересами общества, отождествляемого с государством. Буркхардт характеризует демократию как мировоззрение, при котором «власть государства над личностью не может быть слишком великой». ¹⁴² С другой стороны, государство может именоваться тоталитарным в силу абсолютного осуществления власти ради укрепления государства в его внешних отношениях. Такое государство может быть монархией или аристократией; оно не обязательно является демократическим. Эрих Кауфман в 1913 году

¹⁴¹ Roland Freissler, 'Totaler Staat? Nationalsozialistischer Staat!' D. Jstz. 1934, p. 44; Cp. Otto Koellreutter, 'Leviathan und totaler Staat,' R. Verw. Bl. 1938, pp. 803-7; Alfred Rosenberg in V. B. of January 9 & 10, 1934, и Ernst Huber, 'Die Totalitat des volkischen Staates,' Die Tat, 1934, p. 60.

¹⁴² Jacob Burckhardt, Weltgeschichtliche Betrachtungen (Kroner's Taschenausgabe, Band 55, Leipzig), p. 197. Cp. Hegel, Die Verfassung Deutschlands (Lasson, Hegels Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie, Leipzig, 1913), p. 28.

в книге *Die clausula rebus sic stantibus und das Völkerrecht*¹⁴³ выразил идею *Machtstaat* — силового государства — как воплощения тоталитаризма.

Таким образом, тоталитарное государство может подвергаться нападкам со стороны консерваторов в той мере, в какой оно является государством, отражающим цели масс, и нападкам со стороны либералов в силу его авторитарности. Третий рейх может быть истолкован как слияние обеих этих тенденций к тоталитарному государству. Он подобен Франции революционной эпохи в том, что соединяет якобинское движение *Massenstaat* — государства масс — и наполеоновскую внешнюю политику *Machtstaat* — силового государства.

Мы избегали термина «тоталитарное государство» в силу его сложных коннотаций. Его использование в Германии восходит к книге Карла Шмитта *Der Hüter der Verfassung*,¹⁴⁴ где термин «тоталитарное государство» был впервые употреблён в связи с концепцией Эрнста Юнгера о «тотальной мобилизации».¹⁴⁵ Шмитт отказался принять определение «тоталитарного государства» как государства, контролирующего все аспекты общественной и экономической жизни.

¹⁴³ Erich Kaufmann, *Die clausula rebus sic stantibus und das Völkerrecht* (Tubingen, 1911), p. 136.

¹⁴⁴ Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (Tubingen, 1931), p. 79.

¹⁴⁵ Ernst Jünger, 'Die totale Mobilmachung,' in *Krieg und Krieger* (edited by Ernst Jünger, Berlin 1930).

ни. Он различал два типа тоталитаризма: качественный и количественный. Значение этого различия становится яснее, если учесть обстоятельства, при которых оно было сформулировано. В ноябре 1932 года Рейнско-Вестфальский союз длинных имён (Объединение работодателей тяжёлой промышленности Рурского бассейна) пригласил Шмитта прочесть лекцию на тему «Большинство или авторитет». В этой лекции Шмитт заявил, что тоталитарное государство в качественном смысле — «это государство, которое отказалось бы терпеть враждебные ему движения. Хорошей иллюстрацией этого типа является фашизм».¹⁴⁶

¹⁴⁶ Dt. Bergw. Ztg., November 24, 1932 (частично перепечатано в *Europäische Revue*, February 1933).

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «Литрес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на Литрес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.