

А. Г. Тушмаков

**К ВОПРОСУ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ИДЕЙ  
ЮРИДИЧЕСКОГО ПОЗИТИВИЗМА  
ЗА ДОКТРИНАЛЬНОЕ СОДЕЙСТВИЕ  
НАЦИОНАЛ-СОЦИАЛИЗМУ В ГЕРМАНИИ**

26

*Осуществлен анализ концепции, представленной в немецкой юридической науке, о виновности юридического позитивизма в содействии национал-социализму в XX в. В ходе исследования, проведенного путем анализа трудов немецких и отечественных правоведов по соответствующему направлению, установлено, что данная концепция содержит в себе ложные основания, а сами позитивистские идеи не имели никакого влияния на преступный режим национал-социалистов.*

*In this article, I analyse a concept proposed within German legal science, namely that of the responsibility of legal positivism for promoting National Socialism in the 20<sup>th</sup> century. An analysis of relevant works by German and Russian legal scholars has shown that the concept rests on false premises and the ideas of positivism had no influence on the criminal National Socialist regime.*

**Ключевые слова:** юридический позитивизм, государство, право, справедливость, правовые теории.

**Keywords:** legal positivism, state, law, justice, theories of law.

В процессе исследования послевоенных трудов немецких теоретиков права нередко можно встретить идею о том, что именно юридический позитивизм как одна из теорий правопонимания способствовал становлению, укреплению и оправданию диктатуры национал-социалистов в Германии в XX в. По мнению Михаэля Баурмана и Хартмута Климта, юридический позитивизм непопулярен в немецкоязычных странах, причем в основном благодаря утверждению о том, что данная правовая доктрина была основой для безнравственных законов Третьего рейха [7, S. 121].

Первое упоминание рассматриваемого утверждения в немецкой юридической науке было зафиксировано практически сразу же после падения национал-социализма в Германии — в 1946 г. в труде правоведа Густава Радбруха «Законное неправое и надзаконное право». В данном труде немецкий правовед обозначил два принципа национал-социализма: «приказ есть приказ» и «закон есть закон». По мнению Г. Радбруха, принцип «приказ есть приказ» имел свое ограничение в военно-уголовном законодательстве страны, принцип «закон есть закон», в свою очередь, такого ограничения не имел. Данный принцип, согласно Г. Радбруху, был реальным выражением юридического позитивизма, который формировал правосознание немецких юристов того периода [6, с. 228]. Исследователь считал, что позитивизм имеет в себе единственную ценность — правовую стабильность, при этом такие ценности, как целесообразность и справедливость, для позитивизма неха-



рактены. Исходя из этого, Г. Радбрух приходил к выводу, что судьи (периода национал-социализма и периода денацификации), имевшие деформированное юридическим позитивизмом правосознание, основывались лишь на действующем праве и были неспособны выносить справедливые приговоры. При этом если они и имели побуждение опираться в своей правоприменительной практике не только на позитивное право и его принципы, то в данном случае такому намерению судей противопоставлялась угроза их жизни, которой они сами себя подвергли, согласившись с нацистским правом на основании присяги [6, с. 237].

Вышеуказанное мнение выдающегося немецкого правоведа имеет в себе, на наш взгляд, некую подмену понятий. Позиция Г. Радбруха заключается прежде всего в том, что именно позитивистские воззрения руководили нацистскими правоприменителями, а не банальный страх уголовного наказания вплоть до смертной казни за «незаконное» решение. Следовательно, как полагает ученый, страх перед угрозой жизни для судьи был лишь вторым основанием его деятельности в интересах нацистского режима. Данный подход можно назвать формалистским: он не позволяет полностью раскрыть правосознание юристов того периода как объект исследования, но крайне актуален для послевоенного периода демилитаризации и денацификации Германии.

Стоит отметить, что, по мнению некоторых правоведов, вышеуказанный труд Г. Радбруха внес огромный вклад в возрождение теорий естественного права в послевоенной Германии, которые являются основной оппозицией юридического позитивизма [5, с. 22].

Множество ученых-юристов Германии приняли точку зрения Г. Радбруха. Так, ярким его последователем стал первый президент Федерального верховного суда Германии Герман Вайнкауф, который сам был судьей Имперского верховного суда с 1935 по 1945 г. В 1968 г. Г. Вайнкауф представил труд «Германское правосудие и национал-социализм» («Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus»), где фактически обвинил юридический позитивизм в соучастии террористическому режиму нацистов.

Г. Вайнкауф считал, что юридический позитивизм сделал правовую систему и прежде всего суды беззащитными от вторжения государственной несправедливости в сферу права и в конечном счете это обусловило слабость немецкой юриспруденции перед национал-социализмом [15, S. 30].

Аналогичного мнения придерживался и философ права Артур Кауфманн, который полагал, что юридический позитивизм оказал влияние на моральный упадок и способствовал тому, что в национал-социализме были созданы «мерзкие», «безнравственные» и «преступные» законы [12, S. 31].

Немецкий юрист Анна-Бетина Кайзер мыслит схожим образом: период Третьего рейха является примером того, как законы могут использоваться для осуществления бесчеловечных целей. По ее мнению, большинство юристов не противодействовали данной бесчеловечности, а наоборот, поддерживали террористический режим нацистов, а также исполняли их несправедливые законы [11].



К ведущим позитивистам того периода принято относить австрийского теоретика права Ганса Кельзена. В 1934 г. он издает труд «Чистое учение о праве» (*Reine Rechtslehre*), который принято считать одним из важнейших в теории и философии права XX в. Основываясь на том, что «Чистое учение о праве» сыграло весомую роль в концептуальном развитии юридического позитивизма, некоторые правоведы предприняли попытки критики данного труда с точки зрения идеи о виновности юридического позитивизма в укреплении национал-социализма.

Так, профессор Петер Рёмер приводит пример подобной критики со стороны немецкого правоведа Германа Кленнера, который, в свою очередь, высказал следующий тезис: «Наверное, как человек, но не как ученый, Кельзен сделал наименьший вклад в борьбу с фашизмом» [14, S. 46–47].

Андреас Клей и Эстер Тофинке в эссе «Ганс Кельзен и Чистое учение о праве» приводят мнение о том, что юридический позитивизм помог легально трансформировать Веймарскую республику в террористический режим Третьего рейха. При этом ученые считают, что обвинения в пособничестве «Чистого учения о праве» Г. Кельзена национал-социализму абсурдно, так как Г. Кельзен, будучи либеральным учителем конституционного права, всегда был на стороне противников Гитлера, что неоднократно подтверждал в публицистике [13, S. 173].

Заслуживает особого внимания мнение бывшего судьи Федерального административного суда Германии Дитера Дайзерота. В работе «Был ли виноват позитивизм?» (*War der Positivismus schuld?*) он анализирует позицию обвинения юридического позитивизма. Д. Дайзерот полагает, что рассматриваемое антипозитивистское утверждение несет в себе ложные основания и даже является легендой (*Positivismus-Legende*) [8, S. 6]. В качестве аргументов ученый приводит несколько доводов:

1) юридический позитивизм не был преобладающей доктриной в юридической практике Германии того периода [8, S. 7];

2) нацистские законы чаще всего обладали труднопонимаемой структурой, имевшей в себе общие положения и неопределенные термины [8, S. 6];

3) тезис о «законности» прихода к власти нацистов не имеет ничего общего с действительностью, так как реальные процессы, способствовавшие данному явлению, всячески скрывались, в том числе благодаря рейхсминистру внутренних дел нацистской Германии Вильгельму Фрику [8, S. 8].

К вышесказанному стоит добавить, что один из основных конституционалистов Третьего рейха Эрнст Рудольф, всячески оправдывавший диктатуру нацистов с точки зрения конституционного права, полагал, что легитимность становления национал-социалистического режима основывается прежде всего не на Веймарской конституции, а на народной идее (*Völkischen Idee*) [10, S. 76].

Лагерь тех, кто придерживается схожего с Д. Дайзеротом мнения, в немецкой юриспруденции достаточно малочислен и несомненно не-



сравним с лагерем тех, кто готов обвинить юридический позитивизм чуть ли не во всех грехах человечества того периода. Среди сторонников Д. Дайзерота назовем Хорста Драйера, который также полагает, что рассматриваемая антипозитивистская концепция представляет собой легенду. С его точки зрения, данная легенда стала успешной информационной кампанией, в действительности же утверждение о том, что позитивизм является безусловным повиновением закону, ошибочно. В подтверждение своих слов Х. Драйер упоминает о том, что в период господства национал-социалистов из Германии эмигрировали по большей части позитивисты, нежели их противники [9, S. 138–139].

Стоит обратить внимание на отечественную науку, где отношение к рассматриваемому антипозитивистскому утверждению весьма скептическое. Так, И. А. Ледях в труде о преследовании и наказании нацистских военных преступников представляет следующую позицию. Крайности позитивистских концепций, активно разрабатывавшихся в послевоенный период в ФРГ, по мнению И. А. Ледях и других советских правоведов, с целью реабилитации нацистских преступников, стали основанием для резкой критики самого юридического позитивизма, в результате чего многие представители естественно-правовой школы трактовали позитивизм как теоретико-философское кредо национал-социализма [4, с. 44]. В качестве примера абсурдности данной критики И. А. Ледях приводит то, что преступность режима нацистов, попирая ими всех морально-этических устоев человечества и иные преступления того периода западногерманские правоведы считали практическим выводом из теории юридического позитивизма [4, с. 45].

Также И. А. Ледях, соглашаясь с другими советскими учеными-юристами, приходит к выводу, что концепция возложения ответственности за нацистские преступления на юридический позитивизм является лишь попыткой увести от выявления реальных социально-политических, экономических и исторических причин возникновения, развития и укрепления террористического режима нацистов. Если юридический позитивизм и получил распространение в Германии как доктрина, то лишь в период денацификации как основание для оправдания нацистских преступников<sup>1</sup> [4, с. 48].

Таким образом, мы сталкиваемся с концептуальным противоборством двух сторон, обе из которых в своих утверждениях в некоторой степени опираются на ложные основания. Представители первой, взяв за основу идеи, разработанные в период денацификации, продолжают их поддержку по сей день, когда подобные утверждения не имеют уже никакого значения для нынешней Германии. Представители второй стороны, прежде всего отечественные юристы, слишком политизируют данный вопрос, но, несмотря на это, стоит согласиться с их мнением. В качестве аргументов приведем несколько логических выводов.

1. Позиция правоведов, связанная с обвинением юридического позитивизма в теоретико-философском пособничестве национал-социализму, игнорирует реальные социально-политические, экономические,

<sup>1</sup> Прежде всего в подобных трудах речь идет о ФРГ до объединения Германии в 1990 г.



исторические предпосылки становления и развития данной преступной идеологии в общем плане, а также полностью не рассматривает естественные и психологические факторы, влиявшие на поведение конкретных личностей в рассматриваемый период, в частности правоприменителей. Данная мысль ограничена утверждением, что юристы в нацистской Германии в своем слепом следовании нацистскому праву руководствовались лишь правосознанием, якобы деформированным позитивистскими идеями. Практически никто из немецких правоведов не берет в расчет, что людьми в подобных ситуациях управляют естественные эмоциональные процессы, не связанные с высокими философско-идеологическими воззрениями и концепциями, например естественный человеческий страх быть привлеченным к ответственности за неисполнение требований закона или предрасположенность личности к карьеризму на грани отказа от основных морально-этических постулатов. Также не исключено, что немецкими правоприменителями руководила личная симпатия к господствующей политической идеологии и элите, нередко характеризовавшимся повсеместным популизмом. Изучение данного вопроса необходимо проводить прежде всего в рамках юридической психологии, а в случае квалификации всех немецких правоприменителей того периода как нацистских преступников — и в рамках криминологии.

2. В американской, английской и французской зонах оккупации Германии и в дальнейшем в ФРГ (Западная Германия до 1990 г.) в период денацификации существовали строгие законодательные требования люстрации в отношении лиц, причастных к национал-социалистам, но одновременно весьма лояльные и либеральные к некоторым категориям граждан на практике. Во-первых, примерно 60 % судей и 76 % прокуроров в судах по денацификации западных зон сами были в прошлом членами НСДАП. Во-вторых, большинство из люстрированных немцев вновь нашли себе работу на государственной службе, в частности в экономике, образовании и юстиции Западной Германии [2, с. 347]. Например, по результатам научного исследования, инициированного МВД Германии, доля бывших нацистов в числе личного состава МВД Бонна в определенный период составляла 54 %, в МВД Восточного Берлина — 14 % [1].

Таким образом, осознавая негативность своего прошлого, но одновременно желая продолжить профессиональную деятельность, бывшие должностные лица нацистского режима могли всячески поддерживать концепцию взаимосвязи юридического позитивизма и национал-социализма. Логично, что и сами власти обновляемой Германии имели от этого выгоду, иначе, массово изолируя от общества всех, кто хоть как-то был причастен к нацистскому прошлому, они, возможно, столкнулись бы с чудовищным кадровым дефицитом.

Не углубляясь в политологические и исторические аспекты рассматриваемой проблемы и продолжая исследование исключительно в юридико-теоретическом русле, мы приходим к соответствующему выводу. Утверждение о виновности идей юридического позитивизма в теоретико-философском пособничестве национал-социализму, распро-



странившееся в послевоенной немецкой юриспруденции, фиктивно и не имеет никакой связи с действительными обстоятельствами возникновения, развития и укрепления режима нацистов.

С большей долей вероятности причинами становления исследуемой концепции в немецкой юриспруденции являются различные факторы: исторические, политические, социальные и даже личностные. На наш взгляд, исследуемую концепцию можно считать научной дезинформацией, которая умышленно распространялась в западногерманской научной среде в угоду интересам, не имеющим отношения к получению и развитию правовых знаний.

В период демилитаризации и денацификации в западных зонах оккупации Германии и в дальнейшем в ФРГ (до объединения) распространение данной «легенды» в научной среде имело свое значение и актуальность, так как существовала необходимость формального оправдания определенного процента бывших нацистов, оказавшихся вновь на государственной службе в обновляемой Германии. На сегодняшний же момент потребность в развитии данной концепции отсутствует не только из-за наличия в ней ложных оснований, но и ввиду ее несоответствия новым реалиям германского общества. Исследование настоящих причин, легших в основу правоприменительной деятельности в интересах национал-социалистов в Германии, нужно проводить в рамках иных юридических наук, таких как юридическая психология и криминология.

Что касается самого юридического позитивизма как теории правопонимания, то, на наш взгляд, не углубляясь в полемику между различными школами права и оставаясь исключительно в ракурсе настоящего исследования, стоит отметить следующее. Ганс Кельзен полагал, что справедливость не является признаком, отличающим право от других принудительных порядков. Так, если рассматривать справедливость как признак права, то принудительные порядки капиталистических стран не могли считаться правом с точки зрения коммунистических стран, имевших иной идеал справедливости [3, с. 67]. Действительно, у подобной позиции есть свой смысл и обоснование. Справедливость как оценочная категория многообразна и имеет свое содержание в каждом историческом периоде, в каждой национальной и религиозной общине, а также в каждом политическом и социальном сообществе. Что справедливо для одного, может быть несправедливо для другого. Например, запрет на вождение автомобиля женщинами в Саудовской Аравии, который был закреплен вплоть до 2018 г., считался справедливым в границах данного государства. При этом такой принудительный порядок невозможно назвать неправом, основываясь лишь на том, что подобный запрет не соответствует критериям справедливости стран Запада. Юридический позитивизм, сводящий любое право к действующим нормам, а также исключаящий необходимость в оценке справедливости такого права, не должен подвергаться критике как инструмент, способный содействовать преступным режимам. Учитывая вышесказанное, те аморальные и бесчеловечные «ценности», которые были присущи национал-социалистам, возможно, квалифицировались последними как справедливость. Следовательно, такое чудовищное



понимание справедливости могло включать ее в качестве ценности в юридическую практику, что, в свою очередь, отсылает нас к непозитивистским теориям правопонимания, признающим справедливость одной из своих основных ценностей, и снимает ответственность с идеи юридического позитивизма.

### Список литературы

1. Дельфинов А. В МВД ФРГ и ГДР было больше бывших нацистов, чем предполагалось // Deutsche Welle. 2015. URL: <http://p.dw.com/p/1H0MQ> (дата обращения: 01.02.2018).
2. История Германии : учеб. пособие : в 3 т. / под общ. ред. Б. Бонвеча, Ю.В. Галлактинова. М., 2008. Т. 2 : От создания Германской империи до начала XXI века.
3. Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М.В. Антонова, С.В. Лёзова. СПб., 2015.
4. Ледях И.А. Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ. М., 1973.
5. Поцелуев Е.Л. Ренессанс естественного права после краха национал-социалистического режима // Вестник РГГУ. 2011. №8. С. 21 – 30.
6. Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М., 2004.
7. Baurmann M., Kliemt H. Rechtspositivismus auf die leichte Schulter genommen? // Österreichische Zeitschrift für Soziologie. 1985. 10. Jg., H. 2. S. 121 – 136. URL: <https://www.phil-fak.uni-duesseldorf.de/soz-baurmann/publikationen/aufsaeetze-in-zeitschriften> (дата обращения: 14.01.2018).
8. Deiseroth D. War der Positivismus schuld? // Betrifft Justiz. 2013. №113. URL: [http://betrifftjustiz.de/wp-content/uploads/texte/VJ%20113\\_Deiseroth.pdf](http://betrifftjustiz.de/wp-content/uploads/texte/VJ%20113_Deiseroth.pdf) (дата обращения: 23.01.2018).
9. Dreier H. Derecho natural y positivismo juri□dico: juicios generales, prejuicios, juicios erróneos. Bogotá, 2015.
10. Huber E.-R. Wesen und Inhalt der Verfassung. Hamburg, 1955.
11. Kaiser A.-B. Wenn Gesetz und Gerechtigkeit kollidieren // Deutschlandfunk Kultur. 2012. URL: [http://www.deutschlandfunkkultur.de/wenn-gesetz-und-gerechtigkeit-kollidieren.1005.de.html?dram:article\\_id=224026](http://www.deutschlandfunkkultur.de/wenn-gesetz-und-gerechtigkeit-kollidieren.1005.de.html?dram:article_id=224026) (дата обращения: 25.01.2018).
12. Kaufmann A. Theorie der Gerechtigkeit: problemgeschichtliche Betrachtungen. Frankfurt a/M, 1984.
13. Kley A., Tophinke E. Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre. Bern ; Lausanne, 2001. URL: [https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-3d12-7c07-ffff-ffffc59ccb7b/Hans\\_Kelsen\\_und\\_die\\_Reine\\_Rechtslehren\\_JA\\_2001\\_2.pdf](https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-3d12-7c07-ffff-ffffc59ccb7b/Hans_Kelsen_und_die_Reine_Rechtslehren_JA_2001_2.pdf) (дата обращения: 15.01.2018).
14. Römer P. Hans Kelsen. Köln, 2009. URL: [http://www.roemer-peter.de/uploads/03-Kelsen\\_Nationalsozialismus.pdf](http://www.roemer-peter.de/uploads/03-Kelsen_Nationalsozialismus.pdf) (дата обращения: 16.01.2018).
15. Weinkauff H. Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus. Stuttgart, 1968.

### Об авторе

Артем Георгиевич Тушмаков – асп., Балтийский федеральный университет им. И. Канта, Россия.

E-mail: [artoshmakov@gmail.com](mailto:artoshmakov@gmail.com)

### The author

Artem G. Tushmakov, Postgraduate Student, I. Kant Baltic Federal University, Russia.

E-mail: [artoshmakov@gmail.com](mailto:artoshmakov@gmail.com)