

Савенков Артем Александрович

юрист, член Ассоциации юристов России

## ПРОБЛЕМА ЗАКОННОСТИ И ЛЕГИТИМНОСТИ В СОВРЕМЕННОЙ НЕМЕЦКОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРЕ

### *Аннотация:*

*В статье на примере новейших источников немецкой юридической литературы рассматривается проблема интерпретации и понимания одного из наиболее сложных и емких понятий в юридической науке – «законность». Важность обращения к разъяснению законности продиктована рядом обстоятельств. Во-первых, именно немецкие авторы, такие как М. Вебер, К. Шмитт, Г. Кельзен, определили вектор значительной части современных дискуссий по данной проблематике, а во-вторых, научные достижения немецких ученых сегодня являются авторитетным примером для многих исследователей в других странах. В данной работе на основе анализа ряда оригинальных источников проводится мысль о том, что проблема интерпретации законности заключается в подмене понятий. Как правило, приемы юридической аргументации выполняются средствами социолого-политологического лексикона, что нередко приводит к произвольному смешению и отсутствию надлежащего разграничения разных дисциплинарных подходов.*

### *Ключевые слова:*

*законность, легальность, легитимность, право, справедливость, моральность, правомерность, парламентская процедура, признание права*

Savenkov Artyom Aleksandrovich

Lawyer, Association of Lawyers of Russia Member

## THE PROBLEM OF LEGALITY AND LEGITIMACY IN MODERN GERMAN LEGAL LITERATURE

### *Summary:*

*The paper deals with the problem of interpretation and understanding of one of the most complex and capacious concepts in legal science "legality" on the example of the latest sources in German legal literature. The importance of referring to the explanation of legality is dictated, first, by the fact that it is German authors, such as M. Weber, C. Schmitt, H. Kelsen, defined the vector of a significant part of modern discussions on this issue, and secondly, scientific achievements of German scientists today set a credible example for many researchers in other countries. The research based on the analysis of a number of original sources suggests that the problem of legality interpretation by methods of legal argumentation is replaced, as a rule, by means of a socio-political lexicon, which often leads to an arbitrary shift and the lack of proper differentiation of different disciplinary approaches.*

### *Keywords:*

*legality, legitimacy, law, justice, morality, lawfulness, parliamentary procedure, recognition of law.*

В юридическом лексиконе XX в. понятие законности не раз подвергалось уточнениям и в итоге оказалось включенным рядом исследователей в некую интерпретационную схему легальности-легитимности. В значительной степени характер научных дискуссий о проблеме легальности-легитимности на протяжении столетия в западноевропейской литературе определялся в основном немецкими и австрийскими правоведом, политологами и социологами. Мощнейшим импульсом для осмысления законности в контексте социолого-правовой парадигмы стало, в частности, творчество М. Вебера [1]. При этом следует также отметить позиции Г. Кельзена [2] и К. Шмитта [3], чьи труды активно способствовали разработке этой проблематики в теории права.

В настоящее время в немецкой и австрийской юридической литературе наряду с изучением легальности-легитимности присутствуют многочисленные исследования законности-легитимности. Все они представляют довольно пеструю картину. При первом приближении проблема легальности-легитимности оказывается обновленным вариантом осмысления традиционной юридической проблемы соотношения сущего и должного. И в новом варианте социологические и политологические приемы разъяснения категории должного просматриваются в первую очередь. Но сегодня отдельные аспекты (философско-правовые, теоретико-правовые, социолого-правовые, психолого-правовые, политико-правовые и др.) часто оказываются перемешанными и методологически с трудом различимыми.

В самом упрощенном виде законность-легальность сопоставляется с неким юридическим подходом как формальная законность, закономерность внешнего поведения, т. е. следование правилам. В этом случае законность-легитимность трактуется как некая высшая законность, но уже не как юридическое, а как особое социолого-политологическое понятие, которое одновременно является существенной характеристикой оправдания права, прежде всего, с позиции должного. Так, известный российский правовед Г.В. Мальцев писал о том, что увлечение узко-

нормативными подходами изрядно «подсушило» понятие права [4]. И в этом смысле легитимация является своего рода способом восполнения чисто юридического понимания права, большое будущее которого в свое время отстаивали такие видные мыслители, как Р. Штаммлер и Г. Кельзен, в русской литературе И.А. Ильин (хотя и в контексте плюрализма методологических рядов).

Проблема законности-легальности и законности-легитимности включает большой комплекс вопросов, которые по-разному освещались и рассматривались в различные исторические периоды, в том числе на протяжении XX в. Все их невозможно рассмотреть в рамках одной статьи. Принимая во внимание, что анализ только классических работ (М. Вебера, К. Шмитта, Г. Кельзена) требует большого объема для обстоятельного раскрытия аргументов относительно критики и признания соответствующих подходов, центральным аспектом данного исследования стало изучение именно новейшей немецкой литературы.

В настоящее время западноевропейские правоведы и политологи констатируют углубляющийся кризис легитимности, который существенно актуализирует данную проблематику, обращая внимание в первую очередь на саму проблему права. Так, известный юрист и политолог Р. Фойгт во вводной статье к коллективному изданию о позиции К. Шмитта по вопросу трактовки легальности пишет: «Либеральные демократии Запада страдают от дефицита легитимности. Хотя формальные правила легальности, как правило, соблюдаются, снижается уровень веры в легитимирующую силу легальности. Для Макса Вебера рациональная легитимность господства основывалась на внутренней вере подвластных, на фундаментальной вере в легитимность господства. Народ выбирает депутатов парламента, парламента назначает правительство, которое с помощью своих управленческих органов осуществляет волю народа. Эта легитимационная связка кажется, однако, разорванной именно в Европе. Карл Шмитт во многих своих публикациях высказывался по вопросу об отношении легальности и легитимности. Это была, по существу, центральная тема его творчества. При этом он обращал внимание на большую опасность, которая может произрасти из легальной монополии правящего большинства как награды за легальное обладание властью» [5, р. 35].

Р. Фойгт, говоря о существенном дефиците легитимности, довольно невнятно объясняет суть этого феномена. Сквозной нитью через рассуждения этого автора проходит идея о том, что легитимность означает попытку оценивать законы и политические практики с точки зрения справедливости. При этом он не уделяет никакого внимания расшифровке самого понятия. Справедливость как бы предполагает некий естественно-правовой масштаб. Но какова необходимость вообще говорить тогда о легитимности, если она не означает ничего другого кроме соответствия требованию справедливости? В качестве примера автор приводит так называемые нюрнбергские расовые законы периода господства в Германии национал-социализма. 15 сентября 1935 г. Рейхстаг на заседании в г. Нюрнберге принял единогласно закон о защите немецкой крови и немецкой чести, который получил название «Закон о защите чистоты расы». Этим законом, в частности, запрещались браки и внебрачные отношения между евреями и неевреями под угрозой лишения свободы или помещения в арестные дома. По мнению Р. Фойгта, законом национал-социалистов была нарушена норма, предусмотренная ч. 1 ст. 109 Конституции Веймарской республики, которая предусматривала положение: «Все немцы равны перед законом».

Такая позиция, на наш взгляд, является явно поверхностной и необоснованной. Во-первых, приведенные в пример нюрнбергские законы были приняты единогласно парламентом и не вызвали никакой критики или осуждения в обществе. Сам Р. Фойгт отмечал, что юристами того времени эти законы рассматривались как совершенно «легальные» [6, р. 10]. Во-вторых, нюрнбергские законы вовсе не противоречили утверждению Веймарской конституции о равенстве «всех немцев» («*alle Deutschen*»), т. к. подразумевали под этим понятием национальность, а не гражданство. Наконец, в-третьих, эти законы были отменены отнюдь не самими немцами в силу осознания их нелегитимного характера или по причине того, что этими законами нарушались принципы естественного права или правового государства. Они были отменены в результате поражения национал-социалистической Германии во Второй мировой войне Контрольным советом – органом союзнического управления, в который входил, в частности, маршал Г.К. Жуков. Нельзя при этом забывать о том, что решением Нюрнбергского трибунала решительно была осуждена идеология национал-социализма, служившая идеологической основой для оправдания всей государственной и общественной жизни Германии соответствующего периода времени.

Общая совокупность факторов в отношении попытки Р. Фойгта показать проблему легитимности на основе законов национал-социалистической Германии демонстрирует, что такой подход является крайне необоснованным и несоответствующим исторической действительности. В период национал-социализма вся законодательная деятельность немецких органов власти воспринималась как вполне легитимная. Следует отметить, что легитимность является лишь

некой характеристикой принятия обществом власти или действующих законов. Р. Фойгт не приводит никаких примеров внутреннего отторжения или критики, непринятия или осуждения немецким обществом того времени законов национал-социалистической Германии. А лишь таким образом можно было бы показать хотя бы намерение пусть даже небольшой группы общества возражать против их нелегитимности.

Законы Нюрнберга были определенно и легальными, и легитимными с точки зрения общественного сознания того времени. Следует обратить внимание и на то обстоятельство, что один из основных разработчиков проблемы легальности-легитимности в юридической и политической теории XX в. К. Шмитт сам в свое время входил в состав главных идеологов юридической теории национал-социализма. Нюрнбергские законы, будучи очевидно легитимными в национал-социалистической Германии, противоречили фундаментальным юридическим ценностям, теоретическим оформлением и осмыслением которых занималась, в первую очередь, доктрина естественного права. Как раз тот срез, обозначенный Р. Фойгтом, показывает относительность в понятии «легитимность», которое не несет в себе никаких ценностных критериев, кроме попытки искусственно расширить объем его понимания, включив в него кроме собственно социологического содержания еще и категории морально-нравственного и правового (прежде всего, естественно-правового) характера. Во всяком случае Р. Фойгт должен был бы привести более существенные и содержательные аргументы для обоснования значения легитимности как оценочного критерия.

Важной вехой на пути переосмысления характера немецких законов периода национал-социализма было решение Конституционного суда ФРГ (КС ФРГ) 1968 года, в котором, в частности, говорилось о том, что «национал-социалистические правовые нормы могут рассматриваться как утратившие законную силу, если они настолько явно противоречат фундаментальным принципам справедливости, что судья, который имел бы намерение применить их или их правовые последствия, совершил бы расправу вместо правосудия. В одиннадцатом постановлении к Закону о гражданах Рейха от 11 ноября 1941 г. противоречие справедливости достигло такой невыносимой степени, что уже с самого начала должно было рассматриваться как ничтожное» [7]. Из этого решения Р. Фойгт делает такой вывод о его однозначности в плане характеристики законов как нелегитимных. Однако и в этом отношении его позиция весьма противоречива.

Во-первых, Конституционный суд ФРГ признает отнюдь не все национал-социалистические законы несправедливыми (по Фойгту – нелегитимными), а лишь указывает на право суда не применять только те из них, которые вступают в явное противоречие с требованием справедливости. Иными словами, позиция КС ФРГ свидетельствует о том, что немецкое право периода национал-социализма было лишь частично нелегитимным. Исходя из данного вывода также можно заключить, что другая часть национал-социалистических законов являлась и признавалась легитимной. Идеология национал-социализма, признанная преступной Нюрнбергским трибуналом, была официальной идеологией немецкого государства и пронизывала всю правовую систему. И даже те правовые институты, которые имели традиционный характер и опирались на предшествующую этому периоду правовую традицию и культуру, в условиях национал-социализма использовались и толковались исключительно на основе преступных по своей сути идей национал-социализма. На основе признаков национальности и расы в правах были поражены огромные массы населения.

Во-вторых, своим решением КС ФРГ однозначно сформулировал представление о том, что справедливость (по Фойгту – легитимность) имеет ступенчатый характер. Иными словами, справедливость или легитимность может измеряться в большей или меньшей степени. В данном случае и КС ФРГ, и Р. Фойгт обосновывают некоторое пространство возможностей для относительной критики законодательства периода национал-социализма. Справедливость, которая сама по себе является очень непростым понятием, в любом случае и особенно в контексте аргументов, приводившихся в связи с критикой преступлений национал-социализма (например, в решениях послевоенных немецких судов со ссылкой прямо на естественное право), не может пониматься как относительное понятие.

Р. Фойгт пишет: «Легитимность – это вера, в том числе доверие, в правомерность политического господства. Ею обуславливается то, какие институты, нормы и лица достойны признания. Если законодательная мера явно («кричаще») является несправедливой, недостаток легитимности становится явным, и она при известных условиях является даже ничтожной. То, что здесь демонстрируется на примере национал-социалистического правопорядка, затрагивая принципиальным образом отношение права и справедливости, может претендовать вовсе на всеобъемлющее значение» [8, р. 7]. В связи с этим этот автор задается вопросом о том, может ли так случиться, что в парламентских демократиях будут законы, которым не будет хватать легитимности? И в качестве критерия легитимности в этом случае должна рассматриваться справедливость, подчеркивает Р. Фойгт.

Наиболее наглядным примером дефицита легитимности как нарушения требования справедливости, по мнению немецкого политолога и юриста, является случай, когда «закон находится в прямой связи с пожертвованием в фонд партии, т. е. когда возникает впечатление, что закон был «куплен». Такой закон не может быть «справедливым», хотя в первую очередь вопрос о последствиях должен оставаться открытым» [9, р. 10]. С такой трактовкой понимания легитимности как справедливости также вряд ли можно согласиться.

Во-первых, нет никаких сомнений в том, что процедура принятия законов должна быть максимально сбалансированной и независимой, исключать лоббирование личных и узкогрупповых интересов независимо от того, совершается ли это из корыстной или иной личной заинтересованности. Но даже организованная и урегулированная наилучшим образом процедура при всех обстоятельствах остается именно формой и ничего не говорит и не может сказать, является ли проведенный через нее закон справедливым или нет. Речь может идти лишь о том, что существующая процедура является наиболее прогрессивной и сбалансированной, максимально возможно исключающей случайные факторы. Это определенная форма поиска справедливости, но не более. Приводимые Р. Фойгтом в пример национал-социалистические законы полностью соответствовали процедуре принятия и утверждались избранным парламентом. При этом тот же Р. Фойгт ставил вопрос о несправедливости немецких законов периода национал-социализма. В таком сопоставлении присутствует существенное противоречие, которое ставит более очевидный и значимый вопрос: является ли вообще формальная законность достаточным условием для признания законов справедливыми? Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Можно поставить вопрос о том, насколько конкретная процедура (в данном случае «парламентская демократия») соответствует идее справедливости в понимании народного представительства, но нет никаких оснований утверждать, что «парламентская демократия» является синонимом справедливости. Ведь если из легитимности политического господства выводится справедливость законов, то, очевидно, что с такой позиции господство национал-социалистов было вполне легитимным для своей эпохи, из чего, по Р. Фойгту, должен быть сделан вывод о том, что легитимным (или справедливым) должно называться и национал-социалистическое право.

Во-вторых, в примере, приводимом Р. Фойгтом, так называемый купленный закон также сам по себе ничего не может сказать о его справедливости. Мотивы, которыми руководствуются законодатели при внесении и принятии законов, вообще-то говоря, редко становятся достоянием широкой общественности. Предполагается, что в современном обществе избранный представитель народа нацелен на то, чтобы руководствоваться благими мотивами. Но это лишь презумпция, связанная с должностью и характером демократии, набором процедур и форм осуществления власти. Во всяком случае мотивы внесения закона сами по себе не могут ничего сообщить о справедливости или несправедливости его содержания. Кроме того, немецкий юрист упустил из виду другую существенную черту парламентской процедуры, а именно то, что перед принятием закон проходит коллективное обсуждение представителями разных политических сил и партий. Действия партии, получившей некое пожертвование в свой фонд с целью лоббирования интересов в парламенте, являются, в первую очередь, признаком политической культуры и политической дисциплины, могут оказать влияние на ее авторитет. Но само по себе это обстоятельство не отвечает на вопрос о справедливости будущего закона по существу.

Сам Р. Фойгт признавался, что «различение по объективным критериям между «справедливыми» и «несправедливыми» законами зачастую почти невозможно осуществить. Ведь «несправедливые» законы ни в коем случае не являются «автоматически» недействительными. Многие случаи в условиях парламентской партийной демократии происходят скорее в «серой зоне». Поэтому трудно сказать, идет ли речь о иллегальной клиентской политике или о легитимном осуществлении интересов собственных избирателей. «Правила игры» для партийной демократии в данном случае далеко не всегда определены достаточно ясно, не говоря уже о том, что понятие общего блага (блага общественности) вряд ли обладает обязательной силой» [10, р. 11].

В немецком политическом лексиконе проблема интерпретации законности предполагает понятия легальности и легитимности. В качестве базового исходного понятия используется понятие правомерности. Следует отметить, что И. Кант употреблял понятие закономерности, которое противопоставлялось понятию моральности. Современный политический словарь апеллирует к правомерности, которая, в свою очередь, делится на внешнюю и внутреннюю. Первой соответствует понятие легальности, а второй – легитимности.

«Легальность или принцип легальности представляет собой политико-юридическое понятие для правомерности. Легальным являются индивидуальные или государственные действия тогда, когда они согласуются с действующим правом и законом. Принцип правового государства современных демократий требует того, что любое осуществление государственной власти, любые государственные действия должны производиться подконтрольно на правовых и законных

основаниях и в этом отношении должны соответствовать формальной (в том числе внешней) правомерности (принципу легальности). Между писанным законом, соответствующим ему легальным поступком и определенными представлениями о справедливости могут возникать напряжения, которые поднимают вопрос о легитимности (т. е. внутренней правомерности)» [11].

Понятие легитимности в контексте все того же политического лексикона расширявается уже не как юридическое (буквально – политико-правовое), а как политико-социологическое понятие, которое «обозначает веру, в том числе доверие в отношении правомерности политического господства. Любая форма политического господства (форма правления) основывается не только на требовании господства, но и на готовности подвластных к признанию отношений господства. Если господство поддерживается не только произволом (деспотией) или принуждением (диктатурой), оно должно соблюдать принципы формальной правомерности (легальности) и основываться на доверии к правомерности господства (по крайней мере, у преобладающей части подвластных). Легитимность современных демократий основывается на принципах суверенитета народа, правового государства и (социальной) справедливости. О кризисе легитимности может идти речь в том случае, когда (большие) части населения сомневаются в основных ценностях или правомерности действий властвующих» [12].

Таким образом, проблема законности и легитимности в немецком юридическом лексиконе сегодня оказывается в значительной степени проекцией политической социологии, в разработке которой в первую очередь принимали участие М. Вебер и К. Шмитт. Специально-юридический смысл понятия легитимности пока остается совершенно не раскрытым и зачастую просто подменяется социолого-политическим значением. По существу, термины «законность», «легальность» и «легитимность» имеют один корень. И если в связи с этим речь идет о каком-то синтезе юридического и социально-политического значения в интерпретационной парадигме легальности-легитимности, то понятиям, как минимум, нужно давать разъяснения, поскольку обычно в юридической литературе эти смыслы и значения оказываются размытыми и подменяющими друг друга. Резкой контрастностью отличается связка «легальность-легитимность» в контексте более классической философско-правовой формулы И. Канта о соотношении легальности и моральности [13, с. 234]. Следует отметить, что в новейшей философско-правовой литературе в Германии проблема легитимности пока не получила всеобщего признания как одна из существенных для предметного поля философии права.

#### Ссылки:

1. Weber M. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Sozialökonomik*. III Ab. Tübingen, 1922. 864 p. ; Lübbe W. *Legitimität kraft Legalität: Sinnverstehen und Institutionen-analyse bei Max Weber und seinen Kritikern*. Tübingen, 1991. 191 p.
2. Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. Вып. 2. / отв. ред.: Кудрявцев В.Н., Разумович Н.Н.; пер.: Лезов С.В. М., 1988. 213 с.
3. Schmitt C. *Legalität und Legitimität*. Berlin, 1993. 91 p.
4. Мальцев Г.В. *Социальные основания права*. М., 2007. 800 с.
5. Voigt R. *Legalität ohne Legitimität? Carl Schmitts Kategorie der Legitimität* Wiesbaden, 2015. P. 7–35.
6. Ibid. P. 10.
7. Конституционный суд ФРГ: [Электронный ресурс]. URL: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage\\_node.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html) (дата обращения: 10.03.2020).
8. Voigt R. *Op. cit.* P. 7.
9. Ibid. P. 10.
10. Ibid. P. 11.
11. Klaus S., Klein M. *Das Politiklexikon*. [Электронный ресурс]. Bonn: Dietz, 2018. URL: <https://m.bpb.de/nachschlagen/lexika/politiklexikon/17782/legalitaet-legalitaetsprinzip> (дата обращения: 10.03.2020).
12. Ibid.
13. Кант И. *Религия в пределах разума. Метафизика нравов* // Собр. соч. в 8 т. М., 1994. Т. 6. 613 с.

Редактор: Грицай Екатерина Анатольевна  
Переводчик: Мельников Евгений Вячеславович