

АНТИЕВРЕЙСКИТЕ ОГРАНИЧЕНИЯ – СРАВНИТЕЛНИ И ПРАВНОФИЛОСОФСКИ АСПЕКТИ

Борислав Цеков, Институт за модерна политика

Научен доклад, представен на международната научна конференция „Холокостът и българският случай в научните изследвания“, организирана от Центъра за еврейски изследвания при СУ „Св. Климент Охридски“ и ИМП, 18-19 ноември 2013 г., София.

Нюрнбергското расово законодателство не е изолирано явление и правна девиация на един тоталитарен режим. То е екстреман продукт на дълголетна правна традиция на антиеврейски ограничения в Европа.

Има три основни характеристики, които могат да бъдат проследени ретроспективно в правните системи на Европа от Античността до XX век.

- Първата характеристика е религиозния и етнически антисемитизъм, който намира израз в законово установена дискриминация на религиозна и/или етническа основа:

Нюрнбергското антиеврейско законодателство представлява нормативно установена система от дискриминационни ограничения на индивидуалните права на еврейското население, съчетани с репресивни мерки, налагани по административноправен и наказателноправен ред. Все в тази посока е и дискриминационното облагане на еврейското население със специфични данъчни и фискални тежести на основание религиозна и/или етническа, както и отнемането на притежаваната от евреите собственост.

- Втората характеристика е икономическият и политически антисемитизъм, който се проявява в ограничаване или пълно изключване от гражданския оборот:

Целите и правните последици от Нюрнбергското законодателство са насочени към ограничаване или пълно изключване на еврейското население от гражданския оборот, от участие в стопанския, политическия и културен живот.

- Третата характеристика е проявна форма на религиозен и етнически антисемитизъм - законово установени мерки на сегрегация:

Принудително отделяне на еврейското население от другите етно-религиозни общности чрез нормативно установена изолация в определени територии или части от населените места, външно обозначаване на еврейския произход и ограничения за правото на придвижване.

Тези три характеристики могат да бъдат проследени в Древния Рим, през Средновековието и в ново време. Налице са в различна степен и в континенталната правна система и системата на общщото право. Някъде антиеврейските ограничения са въведено на конституционно ниво – така е в Конституцията на Норвегия от 1814 г. А за мнозина ще бъде изненада да чуят, че антиеврейски клаузи е имало, макар и за кратко, дори в Магна Харта – тази икона на съвременния конституционализъм.

Един основен въпрос има пред правното осмисляне на приемането и прилагането на антиеврейското законодателство – дало то може да се приеме за валидно право. Може ли да бъде снета отговорността от тези, които са спазвали до буква нормите на нюрнбергското расово законодателство.

Основна защитна теза на нацистките военнопръстълници, а и на всички, които са търсели оправдание на поведението си по време на нацизма е - законът беше

такъв, спазвахме закона, изпълнявахме заповеди, съблюдахме установения правен ред, нямаше нищо лично – действахме безпристрастно и обективно в съответствие със закона. Тази проблематика е предмет на множество правни изследвания¹.

Без претенция за по-цялостен преглед на водещите правни концепции², съвсем телеграфно ще маркирам същината на юридическия позитивизъм и естественоправните теории, в т.ч интерпретативизма, които сблъскват мнения в опит да бъде обяснен установения в хитлерова Германия правен ред.

За юридическия позитивизъм правото е това, което е законът – „posit“, съществуващото. Достатъчно е едно предписание да бъде прието в предвидената форма, в рамките на установената процедура и от овластен, компетентен да стори това държавен орган, за да бъде прието това предписание за валидно право. Правото няма връзка с морала, смятат позитивистите. Суров закон, но закон, както повелява старата римска максима. Държавата и правото са корелативно свързани и няма право преди държавата и вън от нея. Позитивистката теза, че валидността на закона не зависи от неговата морална

¹ От обширната литература по въпроса, обръщаме внимание на: Dubber, Markus Dirk. Judicial Positivism and Hitler's Injustice. *Columbia Law Review*, vol.93, No.7, 1993, pp. 1807, 1811-1811; Steinweis, Alan E. And Robert D. Rachlin. Op.cit; Stolleis, Michael. *The Law Under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*. Chicago, The University of Chicago Press, 1998, 280 p. ISBN 978-0226775258; Yang, Kenny. *The Rise of Legal Positivism in Germany: A prelude to Nazi Arbitrariness?* - *The Western Australian Jurist*, vol 3, 2012, pp. 245-257; Kaufmann, Arthur. *National Socialism and German Jurisprudence from 1933 to 1945*. *Cardozo Law Review*, No.9, 1987, p. 1629, 1634.

² За развитието на различните теории за правото подробно виж в: Кели, Джон М. *Кратка история на западната теория на правото*. София, Рива, 1998, 336 с. ISBN 954-8001-21-7; Вълчев, Даниел: *Валидност и легитимност в правото*. София, Сиела, 2012, 295 с. ISBN 978-954-28-1246-3.

субстанция изключва от правния анализ темата за доброто и злото и свежда правната наука до изясняване и анализ на правната норма.³

В една от популярните разновидности на юридическия позитивизъм – нормативизма, формулиран от известния австрийски юрист от първата половина на XX в. Ханс Келзен, се отива още по-далеч. Келзеновото разбиране се изгражда около две тези – за отделянето на правото от морала и за изчистването на същността на правото от емпиричните факти. Правото не е нищо друго освен система от йерархично подредени норми, на върха на чиято йерархия стои основна норма (*Grundnorm*). Каква е моралната, ценностната субстанция на нормите е въпрос, който няма значение нито за правото, нито за неговата валидност. Правото трябва да бъде изчистено от морални дилеми, от въпроса за справедливостта. За чиста теория на правото, призовава Келзен. Право е само съществуващият закон без оглед на справедливостта. Държавата е самият правопорядък⁴.

Друга е гледната точка на естественоправните концепции. Правото не може да се разглежда без неговата ценностна субстанция. То не може да бъде свеждано до буквата на закона. Моралът и справедливостта са духът на правото и то е неизменно свързано тях. Заедно с това правото е преддържавна даденост. То съществува като право на обществото и като право на държавата. Законът, приет от държавата, трябва да отговаря на определени ценностни характеристики, за да носи смисъла на право, да бъде легитимен и валиден.

³ Herget, James. E. Contemporary German Legal Philosophy. University of Pennsylvania Press, 1996, 155 p. ISBN 978-0812233605.

⁴ Виж повече в: Patterson, Edwin W. Hans Kelsen and His Pure Theory of Law. - California Law Review, vol. 40, No. 11, 1952, pp. 5-11; както и у Вълчев, Даниел. Проблемът за държавата в традиционния юридически позитивизъм и в чистото учение за правото на Келзен. - Съвременен право, No. 5, 1995.

Един от най-забележителните съвременни теоретици на правото – Роналд Дуоркин, който се смята за основоположник на интерпретативизма, застъпва идеята, че въпросът за моралността на закона е свързан с неговото тълкуване от съда⁵.

В контекста на дискусията за валидността на правото на нацистка Германия, класическа стойност имат дебатите между големите имена на съвременната философия на правото – харвардският професор Лон Фулър и оксфордският професор Хърбърт Харт. Те имат своя непосредствен повод в проблемите, пред които се изправя германската юриспруденция след войната при разглеждане на някои дела срещу информатори на нацистите. Конкретно, един типичен казус от този род, който предизвиква полемиката, се отнася до дело, заведено след войната от съпруг, който по време на нацизма е докладван от своята съпруга на местния ръководител на нацистката партия, че в нарушение на действащия тогава закон критикува Хитлер и нацисткия режим. В резултат мъжът принудително е бил пратен на източния фронт, като своего рода смъртно наказание. След отмяната на нацисткото законодателство, мъжът завежда дело за противозаконно лишаване от свобода по силата на Германския наказателен кодекс от 1871 г. Въпросът тук е дали нацистките закони, които са били в сила и са послужили за репресията върху мъжа, могат да бъдат третирани като толкова морално неударжими, че губят същността си на валидно право. Федералният върховен съд на Германия заема следната позиция:

1. *„Съдия, който прилага т.нар. Закон за предателството или друг открито несправедлив национал-социалистически*

⁵ Dworkin, Ronald. Law's Empire. Harvard University Press, 1986, 470 p. ISBN 978-0674518360. Също и Guest, Stephen. Ronald Dworkin. Stanford Books, 2012, 312 p. ISBN 978-0804772334.

наказателен закон, не действа незаконно. Обратно, незаконен акт съставлява решението на всеки, който по своя воля информира полицията за акт на друго, съставляващ нарушение на такъв закон. Информаторът се счита за косвен причинител на резултата, който съдията законосъобразно посочва в своята присъда.

2. Независимо от факта, че едно деяние е извършено в съответствие с действащ закон, то е незаконно по смисъла на чл. 239 от Наказателния кодекс, когато грубо нарушава чувството за справедливост на всички почтени хора.⁶

В мотивите съдът подчертава, че разглежданите нацистки закони, забраняващи публичната критика към режима, не са предписвали задължително действие, което по своя характер да е недопустимо според общоприетите от цивилизованите нации божествени или човешки закони, а само въздържане от действие. Ето защо, когато съдът е прилагал тези закони, това не е било незаконно. Незаконно би било обаче, ако съдът прилага закон, „който открито нарушава естественото право“. Заедно с това съдът констатира, че обвиняемата информаторка е действала умишлено, знаейки от своя социален опит, че донасяйки за своя съпруг, ще му навлече наказателна отговорност, изразяваща се най-малкото в лишаване от свобода. Нейното заявление в информацията до полицията, че “човек, който казва такива неща не може да живее сред другите

⁶ Преводът е по: Dyzenhaus, David. The Grudge Informer Case Revisited. New York University Law Review, vol. 83, 2008.

хора”, разкрива намерението ѝ нейния съпруг да получи смъртно наказание, или най-малкото да бъде лишен от свобода. На тази основа съдът постановява, че деянието на информаторката осъществява състава на престъплението „противозаконно лишаване от свобода”, уредено в чл. 239 от германския Наказателен кодекс.

В своя анализ, базиран върху този казус, проф. Харт застъпва позитивисткото становище, че моралните аспекти нямат отношение към правния ред – законът не може да бъде обезсилен на базата на морална преценка. В „Позитивизмът и разделението на правото от морала”⁷ той застъпва гледището, че макар и несправедливи, приетите по време на Третия райх закони са валидни, тъй като са приети в рамките на установения правов ред, от което следва, че информаторката не може да носи наказателна отговорност заради това, че ги е спазвала.

Обратно, в своя известен труд „Моралността на правото”, а по-късно и в „Позитивизмът и верността към закона: отговор на проф. Харт”⁸, проф. Фулър пространно анализира тази проблематика и стига до извода, че нацистките закони не могат да бъдат третираны като закони поради тяхното дълбоко аморално съдържание. Тезата на Фулър, облягайки се на естественоправните концепции в международното право е, че нацистките закони са до такава степен морално укорими, че това ерозира тяхната валидност и оправдава неподчинението спрямо тях. Той определя правната система на нацистка

⁷ Hart, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 593–629.

⁸ Fuller, Lon L. The Morality of Law, Yale University Press, 1969, 262 p. ISBN 978-0300010701. а също и Fuller, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 630-672.

Германия, като система за терор, а не като правен ред. Следователно, в конкретния случай жената-информатор може да носи наказателна отговорност за деянията си.

По-късно, застъпвайки идеята, че нацистките закони са право, Дейвид Фрейзър твърди, че опитите да се сложи рязка граница между правото по време на нацизма и правото след това е по-скоро изкуствен конструкт, опит на юриспруденцията да се скрие зад удобната забрава, че правото, юристите и законите са били основен инструмент на дискриминацията, преследването и унищожението, които не са дело само на произвола на SS и гестапо. Фрейзър изтъква, че Холокостът изобилства от закони, прилагани от старателна администрация – законови предписания за „арийци“ и „евреи“, законово установени правила за принудителна стерилизация и евтаназия, законни заповеди от съдии и лекари за интерниране, изолация и унищожение на „непълноценните“ индивиди и раси и пр. Той привежда редица примери от законодателното развитие в САЩ, Великобритания и други държави, които намира за не по-малко укорителни от нацисткото право⁹.

Дали нацистките закони могат да се третират като легитимни и валидни, дали те съставляват право, е въпрос не само на правнофилософски дебати, но има и конкретно значение за юриспруденцията по времето на Нюрнбергските процеси и в следвоенна Германия. В това отношение трябва да се изтъкне ролята на

⁹ Fraser, David. *Law after Auschwitz : towards a jurisprudence of the Holocaust*. Durham, N.C., Carolina Academic Press, 2005, 451 p. ISBN 978-0890892435. Виж и критичен преглед на някои от тезите на Фрейзър в: Mertens, Thomas. *Review Essay – Continuity or Discontinuity of Law? – David Fraser’s Law after Auschwitz: Towards a Jurisprudence of the Holocaust* (2005). *German Law Journal*, No. 8, 2007, pp. 533-546; както и в: Rundle, Kristen. *The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the Holocaust*. - *University of Toronto Law Journal*, Vol. 59, No. 1, 2009, pp. 65-125.

известния германски юрист Густав Радбрух. Преди Втората световна война той самият е привърженик на стриктния юридически позитивизъм. Дилемите, пред които нацисткото законодателство изправя правната мисъл и практика обаче, го карат да изостави разбирането, че законът е закон, дори когато предписва човеконенавистни действия. През 1946 г. Радбрух постулира, че правото е триединство от справедливост, полезност и сигурност¹⁰. Според него именно позитивизмът с неговото основно кредо, че законът е закон, на практика лишава германската юриспруденция от защитни механизми срещу произвола или престъпните цели, облечени във формата на закон. Той изтъква, че приемането на един закон по предвидения ред е задължително условие за валидността на закона, но допълва, че самият закон трябва да отговаря на определени морални изисквания, базирани върху основните човешки права. На тази основа, той предлага известната „формула на Радбрух“, която става основа за съдебната практика и наказването на нацистките престъпници. Според него позитивният закон изчерпва валидността си и не следва да бъде прилаган от съдията при две възможни предпоставки: а) ако навлезе толкова дълбоко в териториите на несправедливостта, че това стане крайно нетърпимо, или б) ако този закон умишлено потъпква и изключва принципа на равенство, който е в самата сърцевина на правото. По-нататък Радбрух изтъква, че конфликтът между правната стабилност и справедливостта по правило трябва да се решава в полза на първата. Когато един закон е приет по съответния ред от надлежна власт, той трябва да бъде спазван, дори когато е несправедлив. Изключение обаче трябва да се прави, когато разминаването между позитивното право и справедливостта

¹⁰ Radbruch, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. - Süddeutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1, Nr. 5, 1946, p. 107.

е толкова драстично, че законът даже не се стреми към някаква справедливост и напълно отрича равенството. В такива случаи примат има справедливостта и този позитивен закон няма правна същност, а е акт на произвол¹¹.

Радбрух приема, че доколкото нацистите целенасочено и умишлено са премахнали всяка идея за равенство, а именно то - равенството, разбирано като еднакво третиране на еднаквите случаи, е основна характеристика на правната сигурност, следователно голяма част от национал-социалистическото законодателство не притежава качеството на право, а е „законово безправие“ (*Statutory Lawlessness*). В такава светлина той разглежда конкретно законодателството, с което нацистите ликвидират демократичните институции, обезправяват евреите и различни други социални и етнически групи и нарушават основни принципи на наказателното правораздаване¹².

Това схващане е възприето от германския Конституционен съд и от Федералния върховен съд в тяхната практика по дела срещу представители на нацисткия режим след Втората световна война. С помощта на формулата на Радбрух съдилищата обосновават, че някои нацистки закони са толкова нетърпими от гледище на същността на правото, че не представляват право въобще и следователно не могат да оправдаят деяния, извършени въз основа на тях и при тяхното прилагане. В последните години формулата на Радбрух стана основа и за решаване на някои дела, свързани с действията на източногерманските войници, разстрелвали граждани, бягащи през Берлинската стена.

¹¹ Виж още в: Mertens, Thomas. Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice. - *Law and Critique*, Vol. 14, No. 3, 2003, pp 277-295, както и Haldemann, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. - *Ratio Juris*. Vol. 18 No. 2, 2005, pp. 62-78.

¹² Mertens, Thomas. But Was it Law? *German Law Journal*, No.7, 2006, pp. 191-198.

В съвременната българска теория и философия на правото следва да се отбележат трудовете на доц. Михайлина Михайлова. Основавайки се на основни постановки на немската класическа философия и естественоправните теории, в монографията „Правото – смисъл, сянка, противоположности“¹³, Михайлова обосновава понятията „право“, „неправо“ и „противоправо“. Разглежда в дълбочина въпросите за субстанцията и качествата на правото, за границите, които го отделят от неправото и противоправото. Субектът, приел нормативният акт (компетентният държавен орган), може да е легитимен, да действа в рамките на своята компетентност, при спазване на процедурния ред. Самият нормативен акт може да е перфектен по форма, но „да е непълноценен по съдържание, засягащо дори самата субстанция на правото: липсва действителният предмет на регулиране или законът не успява да го превърне в право. Не го пренася в пространството на правото, не дава код за вписване в средата.“ Описвайки същината на законово неправото, Михайлова подчертава отсъствието или непълноценността на неговите субстанциални свойства. „Щом правото е свобода, не ще е право онова нормативно положение, което не използва свободата или е препятствие към нея“. Противоправото от своя страна е извън териториите на официалното право – това са законите на престъпната общност. То е „проява на криминалност, намеренията му са криминални“. Но бидейки по правило извън, против правото, съществува възможността противоправото да бъде наложено по официален път на обществото, да бъде възведено в закон, „особено, когато правотворящата власт е престъпна власт“.

¹³ Виж подробно: Михайлова, Михайлина. Цит съч., а също и други монографии от същата авторка: Цивилизация на правата на човека. София, УИ „Св.Климент Охридски“, 2009 г., 240 с. ISBN: 978-9540728070; Правото в неговата цялост. София, Феней, 2013, 148 с. ISBN 978-6191630240.

Именно естественото право е истинен критерий дали претендиращото да е право действително е право по своята същност, а не само по своите формални белези. Правото не се свежда до утилитарното разбиране за справедливост като баланс между давано и получавано, а търси „онази справедливост, която отстоява човечността“; която разглежда човека не през призмата на максимата „човек за човека е вълк“, а „според определението на човека чрез Истината, Достойнството и Свободата“; поема в себе си само „безусловните, гранично екзистенциалните, универсалните“ права.

Възприемайки това разбиране за правото, няколко разсъждения в контекста на разглежданата тема за антиеврейското законодателство.

Да се разглежда правото без неговата ценностна субстанция е все едно да се обяснява човешкият организъм единствено чрез скелетно-костната му система. Да се смята, че правото е стерилно, „чисто“ и в неговото законово тяло може да се побере всяко предписание, стига да е вложено там от компетентен държавен орган по установения за това процедурен ред, обезмисля във висока степен самото понятие за право. Общеизвестна е метафората на Свети Августин, която илюстрира, че единствено справедливостта е разликата между реда (правото) в едно кралство (държава) и реда в криминалната банда.

В това се изразява и дълбоката разлика между законова и правова държава. Законността е съставен елемент на правовостта, но законът не винаги е право. Законова е държавата, в която субектите на правото спазват закона, приет по установения за това ред. Това все още не означава, че държавата може да носи качеството „правова“. Няма по-стриктна законова държава от тоталитарната държава. И при комунистическия, и при нацисткия тоталитаризъм законът е

изведен на пиедестал – всичко се прави в съответствие с установеното от тоталитарната държава позитивно право. Но тоталитарната държава не е правова. И не може да бъде правова, в смисъла в който правото е мяра за справедливост и свобода. За да придобие една законова държава и качеството „правова“, то самото право трябва да отговаря на определена ценностна характеристика, неговата субстанция трябва да отговаря на определени критерии за справедливост и морал.

В тази посока е и широко застъпваното в европейското правно пространство схващане, че дефиницията на правова държава включва формален и материален елемент – принципа на правната сигурност и принципа на материалната справедливост. Прочее, тази идея е закрепена и в нашата конституционна юриспруденция – Решение № 1 на Конституционния съд от 2005 г.¹⁴.

Огромното научно и познавателно значение на юридическия позитивизъм не трябва да се подценява. Но схващането, че правото се свежда единствено до позитивноправния ред, до действащата нормативна уредба, е едноизмерно. Би могло да се каже, че позитивисткият възглед, че правото всъщност е действащия закон, без оглед на неговото съдържание, се съотнася към правото като геоцентричната към хелиоцентричната система. Не е вярно, че Земята е в центъра на вселената и всички небесни тела се въртят около нея, обратно – Земята се върти около слънцето. Не е вярно, че законът, какъвто и да е той, е притегателният център, който формира, обяснява и изчерпва правото. Обратно, ценностната субстанция, мярата за свобода и справедливост, като смисъл и

¹⁴ Докладчик по делото е проф. Емилия Друмева, виж и: Друмева, Емилия. Правовата държава в практиката на Конституционния съд. Правна мисъл, бр. 2, 2005.

сърцевина на истинското право, са притегателният център за законите. Отвъд мярата за свобода и справедливост е прозвола, законов или извъзконов, с произтичащите от него дисбаланси, несправедливост, погазване на човешки права, извращения.

Тъкмо алиенацията на идеята за право от справедливостта, етатисткият подход към идеята за право, присъщи на юридическия позитивизъм, са концептуалната основа, която вулгаризирана в даден обществен контекст, може да отвори вратите за превръщането на правото в произвол, облечен във формалните белези на закон. Свеждането на правото до технология, до буквата на закона, ампутирането на неговия дух, разбиран като ценностна субстанция от справедливост и равенство, носи потенциал правото на държавата да бъде превърнато в неправо и противоправо, в инструмент, обслужващ социални и политически девиации.

Когато се говори обаче за ценностната субстанция, която превръща законът в право, то тя не се дефинира чрез морален релативизъм, не се свежда да определени групови разбирания за морал, оцветени с конкретно-политически и идеологически нюанси. Става дума единствено за универсални и общопризнати ценности на човешката цивилизация – равенството и неотменимите човешки права, като правото на живот и свобода.

И накрая, с тези няколко разсъждения, изразявам убеждението, че законодателството на нацистка Германия, превърнало се в инструмент за преследване и репресия, чиято зловеща кулминация е Холокоста, не може да бъде разглеждано като валидно право. В неговата субстанция няма дори сянка на идея за свобода и справедливост. То изключва напълно равенството и е

драстична форма на противоправо, маскирано с формалните белези на закон, създаден от държавата и прилаган с нейния административен, полицейски и военен апарат. В този смисъл антиеврейското законодателство не може да служи като аргумент за оправдаване на определено социално, държавно или индивидуално действие и поведение.