

**Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования
«РОССИЙСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ ПРАВОСУДИЯ»**

На правах рукописи

БЕЛОВА МАРИНА АНАТОЛЬЕВНА

**СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ КОНЦЕПЦИЙ ТОЛКОВАНИЯ ПРАВА В
ГЕРМАНИИ**

Специальность 12.00.01 – теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель
доктор юридических наук, профессор
Корнев Виктор Николаевич

Москва – 2022

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	3
Глава 1. Понятие, содержание и лингвистические основы концепций толкования права в Германии.....	12
§1. Смена научных парадигм в философии языка и их влияние на концепции толкования права в Германии.....	12
§2. Предмет, цель и средства толкования права.....	49
§3. Конституционные принципы выбора способов и методов толкования права.....	80
Глава 2. Концепции толкования права в Германии.....	88
§1. Сравнительный анализ субъективной и объективной концепций толкования права.....	88
§2. Концепции толкования национального права во взаимосвязи с международным правом	103
§3. Соотношение концепций толкования и судебного развития права.....	119
Заключение	145
Библиографический список	150

Введение

Актуальность темы диссертационного исследования. Толкование как важный фактор должного применения принципов и норм права, их эффективности является одним из основных вопросов теории права. Применение действующего права, соблюдение при этом прав и свобод человека и гражданина, а также обеспечение правового порядка во многом зависят от того, насколько точно определены смысл и содержание правовых регуляторов правоотношений. В процессе применения права толкование национальных правовых актов – один из важнейших этапов деятельности правоприменителя. Наряду с общей необходимостью уяснения смысла и содержания принципов и норм права, существует ряд обстоятельств, усиливающих потребность в интерпретации юридических норм и одновременно затрудняющих толкование¹.

Научный и практический интерес, обусловивший выполнение настоящей научной работы, направлен на исследование концепций и практики толкования права в Германии. Проблема толкования права активно разрабатывалась в российской юридической науке в XIX – начале XX вв. Тогда же значительное внимание теоретической разработке проблем толкования права уделялось и в германской правовой доктрине. Интерес к проблематике толкования права не ослабевает в Германии и в настоящее время, о чем свидетельствуют научные дискуссии как по вопросам толкования права в целом, так и отдельным его аспектам, в частности, толкования и развития национального права во взаимосвязи с международным правом, толкования и судебного правотворчества и др. Актуальность выбранной темы обусловлена также тем, что отечественная правовая наука до настоящего времени не располагает системными знаниями о подходах к толкованию, применяемых для интерпретации правовых актов, а также действующих концепциях толкования права в германской правовой доктрине. Восполнить данный пробел – одна из задач настоящего исследования.

¹ См.: Никитин А.А. Усмотрение правоприменителя при толковании юридических норм. // Вопросы российского и международного права. 2019. № 9. С.17.

Степень разработанности темы. Вопросам толкования права были посвящены работы многих видных русских ученых-юристов XIX – начала XX в., среди которых следует отметить Е.В. Васьковского, Б.А. Кистяковского, Н.М. Коркунова, Л.И. Петражицкого, Г.Ф. Шершеневича и др. В советский и современный период проблема толкования права исследовалась в трудах С.С. Алексеева, Н.А. Власенко, Н.А. Вопленко, В.В. Ершова, В.Н. Корнева, В.В. Лазарева, И.П. Малиновой, Н.В. Малиновской, А.Г. Манукяна, М.Н. Марченко, П.Е. Недбайло, А.С. Пиголкина, С.В. Полениной, А.К. Соболевой, Ю.А. Тихомирова, Е.Н. Тонкова, В.А. Туманова, В.Ю. Туралина, Н.И. Хабибулиной, Т.Я. Хабриевой, А.Ф. Черданцева и других ученых-юристов.

На сегодняшний день в российской правовой науке отсутствуют комплексные исследования концепций толкования права в Германии. Следует отметить переведенные на русский язык работы, написанные на немецком языке, которые оказали значительное влияние на современную научную германскую доктрину толкования права: Л. Витгенштейн «Логико-философский трактат» (1958), «Философские исследования» (1994); Г.-Г. Гадамер «Истина и метод» (1988), А. Кауфманн «Философия права, теория права, правовая догматика» (2019), Б. Рютерс «Какими канонами толкования права должен быть связан правоприменитель?» (2019), Ф.К. фон Савиньи «Система современного римского права» (2011) и др.

В рамках отечественной юридической науки проводятся исследования, посвященные правовой доктрине Германии. В частности, данная проблематика нашла свое отражение в работах В.С. Горбаня, М.Г. Дубинина, А.Э. Жалинского, Т.А. Желдыбиной, А.В. Клемина, В.Н. Корнева, Ю.А. Леоновой, Ю.В. Недилько, А.А. Рерихт и др. Однако, необходимо констатировать, что концепции толкования права в Германии до настоящего времени остаются недостаточно исследованными.

Цель и задачи диссертационного исследования. Целью настоящей работы является раскрытие содержания и структуры концепций толкования права в Германии и практики их применения.

Достижение поставленной цели предполагает необходимость решения **следующих задач:**

- исследовать и охарактеризовать процесс смены научных парадигм в философии языка и проанализировать их влияние на формирование концепций толкования права в Германии;
- определить соотношение понятий предмета, цели и средств толкования права;
- выявить и критически оценить соотношение между понятиями «толкование» и «конкретизация» права;
- определить и проанализировать конституционные принципы толкования права в Германии;
- провести сравнительный анализ объективной и субъективной концепций толкования права;
- проанализировать концепции толкования и развития национального права во взаимосвязи с международным правом;
- выявить и критически оценить соотношение между толкованием (Auslegung) и развитием права (Rechtsfortbildung).

Объектом диссертационного исследования является толкование как общенаучный феномен, характерный для естественных и гуманитарных наук, необходимый для понимания текстов и явлений окружающего мира.

Предметом диссертационного исследования являются научные концепции и практика толкования права в Германии.

Методологическую основу диссертационного исследования составляют общеправовой диалектико-материалистический метод познания, общенаучные методы, такие, как исторический, логический (в рамках которого были использованы такие приемы, как анализ, синтез, индукция, дедукция), системный, функциональный, а также частнонаучные методы: историко-правовой, формально-юридический (догматический), метод сравнительного исследования.

Теоретическую основу диссертационного исследования составляют труды отечественных ученых-юристов: В.Е. Васьковского, А.Э. Жалинского, А.В.

Завадского, В.В. Ершова, А.В. Клемина, В.Н. Корнева, М.Н. Марченко, Ю.В. Недилько, А.А. Рерихт, Е.Н. Тонкова и др.; переведенные на русский язык работы ученых Л. Витгенштейна, Г.-Г. Гадамера, А. Кауфманна, Б. Рютерса, Ф.К. фон Савиньи, а также литература на немецком языке, в частности, работы А. Birk, D. Busse, С.-W. Canaris, К. Engisch, С. Fischer, S. Gretscher, W. Hassemer, J. Hruschka, А. Kaufmann, К. Larenz, F. Müller, В. Rùthers, P. Schiffauer, E. Stein и др.

Правовую основу диссертационного исследования составляют Конституция Российской Федерации, Основной Закон Федеративной Республики Германия, российские и германские правовые акты.

Эмпирическую основу диссертационного исследования составляют решения Европейского Суда, решения Федерального Конституционного Суда Германии, решения Федерального верховного суда Федеративной Республики Германия, Федерального финансового суда ФРГ.

Научная новизна диссертационного исследования состоит в том, что в контексте смены парадигм философии языка определено их влияние на становление концепций толкования права в Германии. При использовании метода сравнительного исследования определена специфика толкования права в Германии, в частности, проведен сравнительный анализ объективной и субъективной концепций толкования права, установлено различие между толкованием (Auslegung), конкретизацией (Konkretisierung) и развитием права (Rechtsfortbildung), выявлено важное теоретическое и практическое значение различия нормы права (Rechtsnorm, Norm) и текста нормы (Normtext), раскрыта специфика системного толкования.

На защиту выносятся следующие положения:

1. Установлено, что в конце 1960-х гг. классическое учение в теории толкования права Германии было заменено «linguistic turn» (лингвистическим поворотом), что было связано с публикацией работ Г.-Г. Гадамера «Истина и метод» (1960), а также концепцией, представленной Л. Витгенштейном в «Логико-философском трактате» (1921), получившей развитие в его труде «Философские исследования» (1953). Эта научная парадигма и до сегодняшнего дня сохраняет

свое влияние на процессы, происходящие в юридической науке. Результаты лингвистических исследований в юридической работе с текстом способствуют лучшему пониманию функционирования языковых элементов в сложном, институционально сформированном, предметно-специфическом использовании языка; языковое обоснование имеют все современные концепции понимания и толкования права.

2. Выявлено, что в германской правовой доктрине проводится разграничение понятий «цель» и «средство» толкования права. Подчеркивается, что каждое толкование должно служить осуществлению преследуемой нормой цели, остальные критерии (способы) толкования подчинены этой цели и являются вспомогательными средствами, с помощью которых интерпретатор должен попытаться установить цель нормы. Из данного положения определяется важное отличие цели от средств толкования: цель (Ziel) толкования – это определение и осуществление цели (Zweck) нормы; средства толкования – (дословный) текст, системное толкование, историческое толкование. В данном случае установленное различие закрепляет одновременно определенную иерархию, которая подчиняет значение средств толкования его цели.

3. Сделан вывод о проведении в германской правовой доктрине важного различия между понятиями нормы права (Rechtsnorm, Norm) и текста нормы (Normtext). Исходя из основного положения нетождественности текста нормы и нормы отрицается позитивистское понимание права, которое описывает правоприменение как квазиавтоматическую субсумцию (Subsumtion), если устанавливается только лишь значение точного текста нормы (Normwortlaut) или только закрепленных в нем слов. Вместо этого предлагается понимать применение права как *структурированный процесс*, как часть комплексной (многообразной) практики, в которой текст правовой нормы представляет собой только один из видов исходных данных среди многих. Представленное понимание правоприменительного процесса обозначается в германских концепциях толкования права как «Konkretisierung» («конкретизация»), что не соответствует

подходам к определению сущности конкретизации в отечественной юридической науке.

4. Установлено, что вопрос выбора метода толкования права является предметом острых дискуссий по причине отсутствия в Германии специального закона, который как обязательный к исполнению предписывает правоприменителю определенный метод толкования. Критикуется позиция, согласно которой выбор метода предоставляется свободному усмотрению правоприменителя. Отстаивается позиция, что строгая связанность судов законом – центральный составной элемент демократического правового государства с закрепленным в Конституции принципом разделения властей и исключительным правом правотворчества законодательных органов. В правовой доктрине Германии предлагается следовать тому методу толкования, который, согласно Конституции, соответствует принципу демократии и разделения властей, который в высшей степени воплощает связанность судей законом, вопросы выбора метода толкования определяются как конституционные вопросы, касающиеся реального разграничения правотворческой власти в государстве.

5. В результате проведенного сравнительного анализа субъективной и объективной концепций толкования права в современной германской правовой доктрине сделан вывод, что субъективная концепция придает определяющее значение регулятивной воле законодателя, должный метод толкования согласно этой концепции – первоначально исследовать историческое предписание и цель нормы (Normzweck). Объективная концепция, напротив, исходит из представления о том, что закон с момента публикации «отрывается» от законодателя и отныне самостоятелен, поэтому воля правотворца более не имеет значения. Таким образом, объективное толкование, если оно отклоняется от первоначальной цели нормы, осуществляет *субъективную* регулятивную волю правоприменителя. В результате этот процесс означает приближение к методической произвольности, так как то, что определяют «объективно-телеологические» критерии, в значительной степени решает интерпретатор.

6. Сделан вывод, что в правоприменительном процессе для установления целей правового регулирования различаются два вида системного толкования: «systematisch» («системное»), которое устанавливает цель нормы права в рамках норм и принципов национальной системы права, и «systemkonform» («соответствующее системе»), которое заключается в установлении целей правового регулирования правоотношений в рамках иерархии норм права, включающей Основной Закон, нормы европейского и международного права. При этом проверку норм национального права на соответствие европейскому праву осуществляет суд, который применяет норму права к конкретному случаю.

7. На основе результатов анализа концепций толкования права в Германии сделан вывод о необходимости строгого разграничения толкования права (Auslegung) и судебного развития права (richterliche Rechtsfortbildung), являющегося по существу признанием судебного правотворчества (richterliche Normsetzung), что является нарушением конституционного принципа разделения властей в правовом государстве.

Теоретическая значимость результатов диссертационного исследования заключается в том, что в нем обосновано влияние лингвистического поворота (linguistic turn) в конце 1960-х годов на формирование концепций толкования права в Германии, разграничены понятия «цель» и «средства» толкования права, установлено важное теоретическое и практическое значение различения нормы права (Rechtsnorm, Norm) и текста нормы (Normtext), обоснован вывод о конституционности выбора способов и методов толкования, раскрыты содержание, особенности субъективной и объективной концепций толкования права, раскрыта сущность системного толкования, разграничены понятия толкования (Auslegung) и развития права (Rechtsfortbildung). Сформулированные в работе выводы имеют значение для дальнейшего развития положений теории толкования права в Российской Федерации и могут быть использованы при проведении исследований по проблемам толкования права.

Практическая значимость результатов диссертационного исследования обусловлена тем, что содержащиеся в нем теоретико-правовые выводы могут быть

использованы в правоприменительной деятельности судов Российской Федерации, в процессе толкования права судебными органами. Материалы диссертации могут быть применены в учебном процессе юридических факультетов, в частности, при чтении курсов «Теория государства и права», «Толкование права и юридическая техника», «Философия права», «История политических и правовых учений», а также при подготовке лекций, учебных пособий и справочных материалов, посвященных изучению проблематики толкования права.

Апробация результатов диссертационного исследования.

Диссертационная работа выполнена и обсуждена на кафедре теории права, государства и судебной власти Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия».

Промежуточные результаты научных изысканий отражены в докладах на заседаниях кафедры теории права, государства и судебной власти, Ученого совета ФГБОУВО «РГУП», в выступлениях на международных, всероссийских и региональных научно-практических конференциях: IX Всероссийская научно-практическая конференция аспирантов, соискателей, магистрантов и молодых ученых «Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: проблемы теории и практики» (Москва, 25.04.2018); Международная научная конференция «Становление конституционализма в России: от теории к практике (к 100-летию Конституции РСФСР 1918г.)» (Нижний Новгород, 4-5.10.2018); Всероссийский научно-практический круглый стол «25 лет Конституции Российской Федерации и основные направления развития российского законодательства» (Москва, 19.12.2018); Международная научно-практическая конференция «Динамика межкультурной коммуникации: актуализация лингвистического и прикладного аспектов» (Москва, 04.02.2019); X Всероссийская научно-практическая конференция аспирантов, соискателей, магистрантов и молодых ученых «Толкование и конкретизация права: проблемы теории и практики» (Москва, 23.04.2019); Межвузовский студенческий научный семинар по теории государства и права «Право в контексте парадигмы метамодерна» (Москва,

10.12.2019); Международные научно-практические конференции «Динамика межкультурной коммуникации: актуализация лингвистического и прикладного аспектов» (Москва, 03.02.20; 19.04.21); Всероссийская конференция «Актуальные вопросы разграничения полномочий в единой системе публичной власти в Российской Федерации» (Москва, 10.12.21).

Теоретические и практические результаты настоящего диссертационного исследования апробированы и используются при проведении лекционных и практических занятий по дисциплинам «Теория государства и права», «История политических и правовых учений», «Философия права», «Толкование права и юридическая техника», а также в практической деятельности, о чем свидетельствуют акты о внедрении результатов диссертационного исследования.

Результаты диссертационного исследования опубликованы в 7 научных публикациях, в том числе 4 статья в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве науки и высшего образования Российской Федерации.

Структура и объем работы. Диссертация состоит из введения, двух глав, включающих в себя шесть параграфов, заключения, библиографического списка.

Глава 1. Понятие, содержание и лингвистические основы концепций толкования права в Германии

§1. Смена научных парадигм в философии языка и их влияние на концепции толкования права в Германии

Концепции толкования права, существующие в германской правовой доктрине, представляют значительный интерес для правоприменителей и имеют богатую историю. Исторически, отправным пунктом и основой формирования системы толкования права в Германии явилось учение о толковании, разработанное Фридрихом Карлом фон Савиньи, основателем исторической школы права, а также в период с 1842 по 1848 гг. занимавшим пост министра юстиции Пруссии. В своей работе «Система современного римского права» он так определял основную цель толкования: «...мысленно представить себе и понять точку зрения законодателя и искусно воспроизвести в себе его деятельность». Речь идет о том, чтобы «снова воскресить вложенные в «мертвые» буквы «живые» мысли, то есть понять эту мысль так, как она и была задумана автором».¹

В 1840 г. Ф.К. фон Савиньи обобщил для немецкой юридической науки существующее на тот момент состояние дискуссии о методах толкования, под которым ученый понимал «деятельность, направленную на осознание истины закона»². Ф.К. фон Савиньи выделил 4 «элемента» толкования, которые уже в римском праве и в итальянском праве Средневековья играли ведущую роль как критерии надлежащей интерпретации, и обозначил их как 1) грамматический, 2) логический, 3) исторический и 4) системный элементы толкования³.

¹ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*. 7. Auflage. München: C.H. Beck Verlag, 2013. S. 413.

² См.: Струнский А. Д. Основные тенденции в развитии учения о правотолковании в немецкой правовой доктрине XIX в. // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Юридические науки. 2019. Т. 5 (71). № 1. С. 79.

³ См.: Kaser M., Knütel R. *Römisches Privatrecht*. 19. Aufl. München: C.H. Beck Verlag, 2008. §3V.

Эти элементы с того времени многократно цитируются как «каноны» толкования права и до сегодняшнего момента рассматриваются как действующие. Ф.К. фон Савиньи разъяснил их следующим образом: грамматический элемент он видел в «изложении (обосновании) примененных законодателем языковых законов (грамматических правил)», его предметом, по словам Ф.К. фон Савиньи, выступает слово, «которое является посредником между мышлением законодателя и нашим»¹; логический элемент направлен на «разделение мысли», то есть на логическое отношение, в котором отдельные части одного и того же стоят по отношению друг к другу; исторический элемент подразумевает связь закона с состоянием права, которое существует во время издания закона относительно конкретного содержания, которое регулируется законом; системный элемент касается внутренней взаимосвязи, которая соединяет все правовые институты и правовые нормы в единое целое. Таким образом, Ф.К. фон Савиньи уже тогда исходил из единства правовой системы².

По вопросу иерархии четырех элементов Ф.К. фон Савиньи высказывался следующим образом: «...это не четыре вида толкования, среди которых можно было бы выбирать по своему вкусу и усмотрению (предпочтениям), а это различные виды деятельности, которые должны действовать объединенно, если должно получаться истинное толкование. Разумеется, то одно, то другое становится важнее и проявляется более очевидно, но необходимо (и неизбежно) постоянное направление внимания на все эти стороны...»³.

Сегодня методическая концепция Ф.К. фон Савиньи читается преимущественно в сокращенном виде и представляется и понимается не совсем верно⁴. Четыре «элемента» толкования были для ученого подходящими вспомогательными средствами только в том случае, если подлежащий толкованию текст закона проявляет, по его мнению, «здоровое состояние», то есть ясно

¹ См.: Васильковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. С. 94.

² См.: Engisch K. Die Einheit der Rechtsordnung. Heidelberg: Winter, 1935. S. 95.

³ Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 414.

⁴ См.: Rückert J., Seinecke R. Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner. 2 Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2012. S. 35ff.

выражает предмет и цель регулирования, цель нормы. Иначе трактует Ф.К. фон Савиньи толкование текста закона в «несовершенном» состоянии, под которым он понимает «неопределенное выражение» закона, который не позволяет распознать (различить) законченную мысль регулирования, или «ложное, ошибочное, неправильное выражение»¹. В этих случаях 4 канона нельзя считать достаточными вспомогательными средствами толкования. Ф.К. фон Савиньи указывает на 3 другие аспекта, а именно: 1) внутреннюю взаимосвязь законодательства, 2) взаимосвязь закона с его основанием, 3) внутреннюю значимость (значение) содержания закона, которая следует из толкования. В современной правовой доктрине Германии эти 3 аспекта обозначаются как: 1) системная общая взаимосвязь, 2) цель нормы или регулятивная цель законодателя, 3) внутренняя оценка результата толкования после оценки последствий².

В целом, Ф.К. фон Савиньи развил ярко выраженное «конституционно-нормативное и конституционно-политическое» восприятие (осознание) (*verfassungsnormatives und verfassungspolitisches Bewusstsein*) методических вопросов. Методические вопросы для него – это вопросы публичного права, говоря современным языком – конституционные вопросы. Он подчеркивает связанность судей и юристов действующим правом и ограничивает их свободу толкования³.

Работа Ф.К. фон Савиньи «Система современного римского права», в которой он рассматривает вопросы толкования права, насчитывает 124 страницы. Сегодня же реципированы и цитируются только 2 из них. Главная цель толкования для Ф.К. фон Савиньи – максимально возможная достоверность, несомненность и точность результатов толкования. Уже в тот период ученый осознавал, что границы между толкованием (*Auslegung*) и развитием права (*Rechtsfortbildung*) зачастую бывают сомнительными и расплывчатыми. Поэтому он призывает к институциональной гарантии соблюдения законности и правового единства

¹ Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 414.

² См.: Там же. С. 415.

³ См.: Там же.

посредством судов высших инстанций, которые принимают решения в «сомнительных» случаях, и их решения обязательны к исполнению¹.

Со времен Ф.К. фон Савиньи до начала XX века в германской правовой доктрине господствующим являлся «историко-филологический» метод толкования, требовавший установить конкретную волю законодателя как можно точнее, при помощи грамматического, логического, исторического и системного толкования. «Канонами» толкования права, обозначенными и разработанными Ф.К. фон Савиньи, и в настоящее время руководствуются многие правоприменители, хотя эти элементы никогда и нигде не были закреплены на законодательном уровне и не имели императивный характер. Также в настоящее время, с небольшими расхождениями в формулировках, в правовой доктрине Германии представлено толкование на основе (1) текста (текстуальное (грамматическое) толкование) (*die Auslegung nach dem Wortlaut*); (2) систематики (системное толкование) (*die Auslegung nach der Systematik*); (3) истории возникновения (историческое толкование) (*die Auslegung nach der Entstehungsgeschichte*) и (4) цели (телеологическое толкование) (*die Auslegung nach dem Zweck*).²

В начале 1900-х гг. в Германии отмечается активная критика господствующего учения о толковании. Недостатки теории толкования, ее логическая несостоятельность отмечалась многими учеными и приводила некоторых из них к самым пессимистическим выводам. В частности, П. Гофман писал: «Толкование права – искусство, а не наука, не знание, а способность, обучить ему нельзя»³. В 1905 г. боннский профессор Ландсберг заметил, что «...отдельные нападки на обычное учение о толковании принимают систематический вид – нового научного направления».⁴ Огромное влияние на концепции толкования права в Германии того времени оказали проекты, а затем принятие в 1907 г. Швейцарского Гражданского Уложения, а именно ст. 1, которая

¹ См.: Fischer Ch. *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. S. 68 ff.

² См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 416.

³ См.: Wurzel K.G. *Das juristische Denken*. Wien: Verlag von Moritz Perles, 1904. S. 28.

⁴ См.: Завадский А.В. К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школа свободного права и др.). Казань: Типо-литография Императорского Университета, 1916. С. 3.

в первоначальном варианте гласила: «Ко всем правовым вопросам применяется закон, раз они предусмотрены его буквой или духом. Если из закона нельзя получить никакого предписания, то судья должен решить дело по обычному праву, а если и его нет, то по правилу, которое выставил бы сам судья в качестве законодателя. Он следует при этом доброй (bewährte) научной теории и практике»¹. В 1908 г. профессор М. Гмюр (Gmür) в своей работе «Применение права согласно ст. 1 Швейцарского гражданского уложения» пишет: «Едва ли найдется другой юридический вопрос, который бы в настоящее время более занимал умы в Германии, чем как раз этот»,² поскольку в Германском Гражданском Уложении статей, определяющих порядок толкования, не было.

Для более детального рассмотрения данной темы необходимо, на наш взгляд, уделить особое внимание тому факту, что в проекте ГГУ такие статьи были. Комиссией для выработки проекта ГГУ еще 6 октября 1881 г. были предложены такие первые три параграфа:

1) Законы должно толковать так, чтобы действие получало тот их смысл, который по правилам языка согласуется с избранным в законе способом выражения и связан с ним намерением законодателя.

2) Если окажется, что заложенная в основу какой-либо правовой нормы собственная мысль законодателя не получила в ней соответствующего выражения, то необходимо определить истинную мысль законодателя.

3) К отношениям, о которых законы не содержат никаких предписаний, должно применяться предписание, данное для схожих правовых отношений. При отсутствии таких предписаний применяются вытекающие из духа правопорядка принципы.

Первые два параграфа были сразу же отклонены комиссией большинством голосов, так как они представлялись чисто теоретическими положениями. Напротив, третий параграф был принят впоследствии с изменением слова «законы»

¹ См.: Швейцарское гражданское уложение 10 декабря 1907 года / перевод К. М. Варшавского. Петроград: Типография "Двигатель", 1915. XVIII, 19-336 с.

² См.: Gmür M. Die Anwendung des Rechts nach Art.1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Bern: Stämpfli & Cie. , 1908. S. 100.

на слово «закон». Однако в процессе второго чтения проекта ГГУ большинством голосов этот параграф не был принят с объяснением: «Большинство исходило из того, что для применения аналогии не требуется никакого особого законного уполномочия, при том, что аналогия стоит с толкованием в самой тесной связи, между тем постановления о толковании в проекте не приняты. Не подлежит в удержании в проекте этот параграф и в качестве оплота против опасности внедрения естественного права, так как такой опасности нельзя принимать всерьез, да и буква параграфа ее не исключает. К тому же редакция параграфа вообще не безупречна, да здесь вообще особенно трудно сыскать могущую удовлетворить всех редакцию, не носящую доктринального оттенка».¹ Вопрос о включении каких-либо аналогичных статей или же статей, касающихся толкования, в последующей работе по проекту уже не поднимался ни комиссией, ни парламентом. Современная редакция ГГУ также не содержит подобных статей.

Итак, возвращаясь к вопросу полемики вокруг господствующего учения о толковании права, разгоревшейся в Германии в начале XX века, обратимся к трудам представителей движения свободного права (Г. Канторович, О. Эрлих, Визнер, З. Шлоссман).

Характеризуя современную ему науку права, Г. Канторович отмечает, что «в новом направлении она начинает признавать себя наукой волюнтарной. Потребности жизни требуют, чтобы там, где закон их не удовлетворяет, пришли на помощь другие силы, и прежде всего, свободная и творческая наука права... Признавая волюнтарность, новое течение должно носить и антирационалистический характер. Не логика вообще, но специальная юридическая логика, традиционная герменевтика должны быть оставлены. Главные средства, которыми работают здесь, все логически не состоятельны; аналогия и распространительное толкование не имеют цены, так как нет такого вообще случая, который не имел бы чего-нибудь общего с любым другим. Поэтому можно было бы любую норму применять к любому случаю, и если юрист в одном случае толкует по аналогии и распространительно, а в другом буквально и

¹ См.: Завадский А.В. Указ. соч. С. XLIII, XLV.

ограничительно, то тут решает не закон и не логика, а свободное право и воля наша достигнуть следствий желаемых и устранить нежелаемые»¹. Критикуя новое направление, Г. Канторович подчеркивает, что, преобразуя науку права, оно преобразовывает и судебную практику, отвергает прежний идеал практики – обоснование всякого решения исключительно законом. «Теперь в Германии не только все более развиваются приветствуемые новым направлением третейские суды, в которых прямо исключается право государственное, но и государственные суды все более решают по доброй совести, добрым нравам, воззрению оборота, по справедливому усмотрению и другим суррогатам закона»². Идеалом для нового направления, как считал Г. Канторович, является именно параграф 1 Швейцарского Гражданского Уложения.

Другой представитель школы свободного права О. Эрлих считал, что действующие кодексы того времени не мешают перейти от современной техники к свободному нахождению права: Германское Гражданское Уложение, к примеру, ничего не говорит, Швейцарское – прямо его предписывает. По мнению О. Эрлиха, современная теория применения права не даст лучшего или более справедливого решения, чем свободное нахождение права, так как «вообще неизмеримо легче правильно разрешить в каждом отдельном случае, чем выставить отвлеченную общепризнанную норму для всех возможных случаев. И уж никак нельзя серьезно утверждать, что правило окажется дающим всегда самые справедливые решения и для тех случаев, о которых при составлении его вовсе не думали»³. О. Эрлих считал, что наука права не пострадает, а только выиграет от введения свободного нахождения права, что повлечет за собой исчезновение конструктивных цивилистических исследований. По его мнению, «толкование права в смысле выяснения правовых предписаний, конечно, останется; но научное исследование должно быть значительно расширено и правовые нормы должны будут изучаться не как твердая догма, но как живая сила. Правоведение должно изучать не только,

¹ Kantorowicz H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft. Heidelberg: C. Winter, 1906. S. 24.

² Там же. С. 28.

³ Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. 1903. С. 23 // [Электронный ресурс] - Режим доступа <https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/ehrlich1frei.html>

какой смысл имеет отдельная правовая норма, но и как она живет, как действует, как и в каких жизненных отношениях она сламывается. Дело науки выяснить стремления, выступающие при применении норм судебной практикой, их происхождение, их действие, их род и их ценность, и таким образом нарисовать картину того, что происходит в судебной практике и какими причинами оно определяется»¹.

Задачу отыскать границы между положительным правом и свободным ставит перед собой еще один представитель свободной школы права Визнер. Он считает, что суд должен толковать и законы, и обычное право, поскольку правила толкования обоих одинаковы. В учении Визнера толкование сводится, во-первых: к логическим операциям: субсумции установленного фактического состава под большую посылку, здесь могут быть такие случаи: а) совершенно схематическое подведение фактов под норму, когда в законе мы прямо встречаем предусматривающую данный случай норму, б) когда мы подвергаем переработке текст нормы, ограничивая или распространяя его смысл, в) когда соответствующая норма отсутствует и она добывается судьей посредством или выведением более частной нормы из имеющейся в законе более общей, или же путем получения более общей нормы из частной, т.е. аналогии, и г) перед судьей стоят две текстуально противоречащие друг другу нормы, под каждую из которых можно подвести данный фактический состав (случай так называемой антиномии)² и во-вторых, к изысканию цели закона. Достаточно убедительно Визнер описывает процесс изыскания этой цели: «Судья видит, что закон что-нибудь постановил, и говорит себе: этим постановлением закон мог преследовать только такую-то цель; и он делает дальнейший вывод: если законодатель преследует эту цель, то он разумно должен желать достижения и еще какой-то дальнейшей цели. Этими целями закона, его оценочными суждениями судья связан, хотя сам себе он может говорить: если бы я был законодателем, то я стремился бы к другой цели и сделал бы другие постановления»³. Визнер приходит к выводу, что изучив закон логически и

¹ Ehrlich E. Указ. соч. С. 32.

² См.: Завадский А.В. Указ. соч. С.28.

³ См.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 29.

телеологически, судья еще не в состоянии разрешить все возможные случаи. Между тем ответить *non liquet* судье не дозволено. И поэтому, «поскольку положительное право не доставляет судье отвлеченных норм для решения, в которых он нуждается, он должен их создать сам»¹. В чем Визнер и видит проявление «свободного права».

К еще более глубоким выводам приходит в своих работах З. Шлоссман. Он считает, что «источник права нельзя видеть только в законе или обычае. Вместе с ними применяются научные догмы и положения справедливости, нередко отменяющие слова закона. Это понятно, так как причину того, что право применяется в действительности, мы можем видеть или только в том, что нас принуждает к этому внешняя сила или же, что мы сами хотим этого применения»². З. Шлоссман определяет закон как «только отпечатанный лист бумаги, который не может ни думать, ни хотеть»³. Заслуживает внимания сравнение, которое автор проводит в своем труде «Заблуждение о существенных свойствах персоны и вещи в соответствии с ГГУ. Одновременно вклад в теорию толкования закона» (1903): «При чтении Фауста или слушании героической симфонии Бетховена действуют не напечатанные на листах бумаги буквы и ноты, а рефлексy, которые появляются в читателе или слушателе, эти рефлексy не являются составной частью самих Фауста и героической симфонии, а принадлежат читателям и слушателям. Они существенно обусловлены индивидуальностью лиц, на которых они действуют, не во всякой голове мир представляется окрашенным в одинаковые краски. То же самое происходит и при восприятии закона... За закон теория толкования ошибочно принимает то, что толкователь лично воспринял из этого закона, и мысль толкователя, его волю, принимает за волю закона...»⁴. З. Шлоссман отмечает, что когда толкующий закон приходит к убеждению, что «ясно вытекающий из слов закона его смысл не соответствует требованиям справедливости или

¹ См: Там же.

² Там же.

³ Schlossmann S. Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch: Zugl. e. Beitrag zur Theorie der Gesetzesauslegung / Von Siegmund Schloßmann Jena : G. Fischer, 1903. S.33 // [Электронный ресурс] – Режим доступа <http://dlibpr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22198074%22>

⁴ Schlossman S. Указ. соч. С. 33.

целесообразности, то уже после этого он приходит к заключению, что законодатель или закон этого не хочет, так как нельзя же допустить, что законодатель хотел приказать что-нибудь несправедливое, нецелесообразное, неразумное»¹. Затем начинается поиск того, при каком расширении или сужении смысла закона получилась бы соответствующая жизненным потребностям правовая регуляция, и именно это найденное положение приписывают законодателю как его истинную волю, и затем «вынимают посредством так называемого толкования из закона то самое, что они сами в него вложили, таким образом, всякий толкователь, судья или юрист-теоретик отказывает закону в применении, как только закон противоречит его, толкователя, справедливости»². З. Шлоссман, таким образом, в своих трудах доказывал, что судебная практика должна считаться источником права наряду с законом и обычным правом так же, как и практика административных государственных учреждений. Правовая доктрина Германии того времени, так же, как и современная, отрицает такое творческое значение судебной деятельности. Подробнее эта тема будет рассмотрена во 2 главе настоящего исследования.

Один из представителей другого направления – «социологического» – Э. Фукс отмечает, что «спасением должен явиться новый метод применения права – социологический» и анализируя параграф 1 ШвГУ, полностью соглашается с его содержанием, определяя его смысл следующим образом: «Где закон не содержит никакого ясного предписания для разрешения данного случая и где еще не образовалось никакого обычного права или постоянной судебной практики, там должно исследовать противоположные интересы и взвесить, какой интерес с точки зрения общего благосостояния является высшим»³. Э. Фукс называет недоразумением упрек новому методу в субъективности и введении произвола в суд, так как «с одной стороны, в настоящее время при господстве логической конструктивной теории каждый вкладывает под видом духа закона свой собственный дух, а во-вторых, судебная практика будет спасаться от произвольности охраною высшего суда, который принципиально должен быть

¹ Там же. С. 34.

² Там же. С. 35.

³ См.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 52.

образован из самых лучших и самых опытных судей»¹. В своих работах Э. Фукс анализирует большое количество решений Имперского суда и предлагает решения с точки зрения «социологического» метода. Рассмотрим один из таких примеров:

«Истица при столкновении двух вагонов трамвая получила повреждение левой руки, трамвай оплатил ей только лечение. С согласия своего мужа она предъявляет иск об уплате ей пенсии ввиду уменьшившейся ее трудоспособности. Раньше в свободное от ведения их маленького домашнего хозяйства время она разрисовывала галантерейные вещицы и тем зарабатывала девять марок в неделю, теперь это стало для нее благодаря несчастью невозможным. Решения: I. Берлинский земский суд присудил четыре с половиною марки еженедельно. Истица, по его мотивам, понесла убытки сама, именно часть оцениваемой в девять марок ее работы для ее мужа, т.е. половину. Суд сослался на прецедент (решение Имперского суда RG. 47,84), в котором разъяснено, что плоды промышленной помощи жены мужу составляют часть доходов, из которых муж дает пропитание семье и, в частности, жене, уменьшение дохода предприятия ведет поэтому обыкновенно за собою и ухудшение содержания жены. II. Судебная палата – истице присуждена рента в девять марок, заработок истицы от ее рисования должен рассматриваться как ее отдельное имущество ввиду §1367 ГГУ, поэтому все девять марок составляют собственный убыток истицы. III. Имперский суд ввиду ревизионной жалобы ответчика: отмена решения и передача его во вторую инстанцию. Из утверждения истицы и ее мужа, что они оба художники по раскраске галантерейных вещей, и из указания истицы во второй инстанции, что она распоряжалась самостоятельно собственным ее от этого заработком и получающиеся сбережения клала в сберегательную кассу на имя сына, нельзя заключить, что жена занималась раскрашиванием галантерейных вещей самостоятельно, как предпринимательница. Только то, что жена зарабатывает работой или самостоятельным ведением предприятия, является ее отдельным имуществом (§1367 ГГУ). Напротив, жена обязана сверх работ по домашнему хозяйству работать и в промысле мужа, если это является обычным в том кругу, к

¹ См.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 53.

которому принадлежат супруги (§1356 ГГУ). Ее заработок от этой работы принадлежит весь мужу. При этом безразлично, что в данном случае работа истицы требовала технической подготовленности и, в известной степени, образованного чувства вкуса и красоты. Поэтому, следовало бы отказать в иске жены лично целиком. Дело, однако, передается назад в апелляционный суд потому, что заявление жены может толковаться в том смысле, что она работала на предприятии мужа как наемная служащая (!). Далее следует перечисление авторов, согласно которым такое вознаграждение следует рассматривать как чистое дарение (!), и не как особое имущество, а как «внесенное». Такое воззрение, по мнению Имперского суда, делающего тут ссылку на «Протоколы», в некоторых случаях может быть и правильным, но не как общее правило. Поэтому им оставляется без рассмотрения вопрос, имеется ли у жены право иска и в том случае, если бы ее жалование признано было подарком»¹.

Э. Фукс критикует приведенные выше решения и в заключении отмечает, что социологическое правосудие «сказало бы попросту»: «супруги составляют естественное целое и так как муж дает согласие, то все остальные тонкости могут быть выброшены. Скрытно социологический метод нашел бы сначала здоровым правовым чувством правильный результат, затем, однако, сконструировал бы так: из согласия мужа на иск следует эвентуально его отказать в пользу жены. Отказ этот, конечно, путем вопроса на суде мог бы быть и прямо установлен»². Горячо отстаивая «социологический» метод, в своем труде «Общий вред конструктивной юриспруденции» (1909) Э. Фукс писал: «Немецкие судьи достигли в данный момент высокого состояния, соответствующего высокой немецкой культуре, при котором судьи способны к настоящему, по существу дела, психологически-социологическому правоведению и откланиваются пандектологии. Новый дух, который мы замечаем в науке права и в судебной практике, является революционным по отношению к пандектологии, но вовсе не по отношению ко

¹ См.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 49-50.

² См.: Там же.

всей нашей прочей культуре. Он только поднимает отставшее правоведение до высоты общей культуры немецкого народа»¹.

Критика господствующего учения о толковании продолжается в работах Л. Брютта, который в своем труде «Искусство правоприменения» (1907) отмечает, что «юридическое толкование не может отождествляться с историко-филологическим»². Различие Л. Брютт видит в том, что филолог ставит своей целью изучить мысленное содержание какого-нибудь произведения человеческого духа, для этого ему нужно проникнуть в душу автора, а юрист занимает совершенно иное положение, так как «закон с обличением его санкцией отделяется от личности его автора и занимает самостоятельное положение»³. Л. Брютт подчеркивает, что потребность в законе исторически объясняется потребностью в правовой твердости, а этот идеал был бы недостижим, «если бы мы стали толковать текст закона не по его собственному содержанию, а на основании изыскания души тех конкретных людей, которые случайно приняли участие в его редакции, поэтому при применении права можно принимать во внимание только тот смысл, который согласно с грамматическими, логическими принципами вытекает чисто объективно из его слов»⁴. Выяснить этот «объективный смысл» Л. Брютт предлагает с помощью словесного толкования. Однако, противники филологического толкования утверждают, что в результате этого толкования часто нельзя прийти к единому пониманию закона, закон нередко допускает несколько пониманий, в таких случаях прекращается область толкования и дальнейшее должно быть предоставлено свободному творению права судей. Л. Брютт соглашается с критикой и отмечает, что «тот, кто так скоро заканчивает толкование (ограничиваясь словесным), тот просматривает, что закон не только состоит из букв, но что прежде всего он содержит в себе скрытое оценочное суждение о разграничении сфер воли, имманентную ему оценку интересов. Таким образом,

¹ См.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 55.

² Brütt L. Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1907. S. 50 // [Электронный ресурс] – Режим доступа <https://archive.org/details/diekunstderrech00brgoog/page/n29/mode/2up>

³ Там же.

⁴ Там же. С. 52.

выступает задача узнать это скрытое оценочное суждение. Ответы, которые даются, весьма разно формулируются, но совпадают в том, что в них сказывается желание авторов сделать возможным телеологическое толкование»¹.

Социологическую точку зрения также строго отстаивает К.Г. Вурцель. В своем сочинении «Юридическое мышление» (1904) он указывает на коренную ошибку современной теории, которая лишает ее всякой ценности: «действующая теория права рассматривает правила, по которым должно вестись толкование (и вообще применение права) не как только естественные закономерности, но как предписания, т.е. как правовые нормы. Между тем, законы, определяющие толкование, всегда только законы природы, а не нормы права... Не во власти законодателя увеличить посредством издания норм массу понимания, которая дается его приказанию, не в его власти посредством произвольных норм улучшать толкование, т.е. умственное восприятие его выражений. Ему не остается ничего другого, как издать норму. Восприятие же этой нормы подлежит общим социальным, психологическим, логическим, лингвистическим и иным законам природы»². В трудах К.Г. Вурцеля появляется термин «юридическая герменевтика» и находит свое развитие учение о цели и результатах толкования. Целью толкования герменевтика ставит отыскание смысла (содержания, намерения, воли) правовой нормы. К результатам толкования, помимо пяти, которые выделяются в современной К.Г. Вурцелю теории, таких, как: 1) *extensiva* (смысл шире, чем слово), 2) *lata* (слово двусмысленно, принимается в более широком его смысле), 3) *declarativa* (слово и смысл совпадают), 4) *stricta* (слово двусмысленно, принимается более узкий смысл), 5) *restrictiva* (смысл уже, чем слово)³, ученый причисляет также аналогию, когда несмотря на распространительное толкование, «смысл нормы оказывается недостаточным, чтобы охватить данный фактический состав и несмотря на это, она к нему применяется, и решение антиномий, т.е. когда один и тот же фактический состав, несмотря на максимально возможное ограничительное

¹ Brütt L. Указ. соч. С. 57.

² Wurzel K.G. Указ. соч. С. 14.

³ Там же.

толкование соответствующих пунктов закона подпадает под действие двух противоречивых смыслов»¹.

Отзыв на новейшие тенденции в учении о толковании в Германии начала XX века нашел свое отражение и в трудах российских ученых-юристов, хотя число их было небольшим. Особо стоит отметить опубликованную в 1909 г. в журнале «Право» статью А. Бугаевского «Судья в роли законодателя»², а также работу И.А. Покровского «Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения»³, изданную в 1905 году, в которой автор жестко критикует новое направление и выступает против него. Выводы, сделанные И.А. Покровским, составят позднее основу теории, в основе которой было отрицание школы свободного права. Данную теорию разрабатывал создатель нового гражданского австрийского процесса Ф. Клейн.

Следующий этап развития концепций толкования права в Германии можно охарактеризовать как «лингвистический поворот» («linguistic turn»). Он был связан с публикацией фундаментального труда М. Хайдеггера «Бытие и Время» (1927), идеи которого получили свое дальнейшее развитие в сочинении Г.-Г. Гадамера «Истина и Метод» (1960), и концепцией, представленной Л. Витгенштейном в «Логико-философском трактате» (1921), и более основательно разработанной позднее в его «Философских исследованиях» (1953).

Людвиг Витгенштейн – один из величайших философов XX столетия, автор двух оригинальных концепций – ранней, описанной в «Логико-философском трактате» (1921) и поздней, получившей развитие в «Философских исследованиях» (1953) и других работах. Первая была создана под влиянием новых для своего времени идей и методов формализованного логического анализа языка, представленных в работах Г.Фреге и Б.Рассела, вторая – в результате поиска приемов разъяснения концептуальных проблем философии средствами

¹ Wurzel K.G. Указ. соч. С. 17.

² См.: А. Бугаевский «Судья в роли законодателя» // [Электронный ресурс] – Режим доступа <http://jurytrial.ru/media/files/library/file443.pdf>

³ См.: И.А. Покровский «Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения» // [Электронный ресурс] – Режим доступа: <https://dspace.spbu.ru/bitstream/11701/17698/1/Гражданский%20суд%20и%20закон%20-.pdf>

естественного языка в его действии, работе («языковых играх»). Хотя две концепции Л. Витгенштейна не схожи по ряду позиций, а по некоторым моментам диаметрально противоположны, они связаны между собой единым лейтмотивом – языковым подходом философии¹.

Представленная в ранних работах Л. Витгенштейна теория отражения (Abbildungstheorie) его открытием не является. Эта модель была известна еще со времен античности, хотя именно благодаря Л. Витгенштейну она получила особое, научное выражение. Л. Витгенштейну стало известно, что в парижских судах дорожные происшествия реконструировались с помощью игрушечных автомобилей и кукол. Например, столкновение грузовика с коляской изображалось посредством сопоставления игрушечного грузовика и игрушечной коляски. Именно этот процесс как образец иллюстрировал для Л. Витгенштейна разработанную им в работе «Tractatus logico-philosophicus» (1921) теорию отражения значения. Определенная позиция игрушечных грузовика и коляски позволяет представить фактическое положение грузовика и коляски в момент аварии. Однако, это возможно только в том случае, если пространственные отношения между игрушечными транспортными средствами отображают реальные пространственные отношения между настоящими (транспортными средствами). Именно такие проектирующие отношения отображают действительность².

В «Логико-философском трактате» Л. Витгенштейн указывает, что между каждой картиной и отображаемым должно быть нечто общее и называет это «логической формой». Каждое предложение должно иметь с отображаемым общую логическую форму. В обычном (общепринятом) словоупотреблении логическая форма мысли завуалирована. Это возможно преодолеть, если разложить предложения высокой сложности на более простые компоненты, так называемые «элементарные предложения». Посредством исчерпывающего анализа каждое имеющее смысл предложение должно быть преобразовано в истинную функцию не поддающихся дальнейшему анализу «элементарных предложений».

¹ См.: Философские идеи Людвиг Витгенштейна / Под ред. Козловой М.С. М.: ИФРАН, 1996. С. 3.

² См.: Kley A. Wittgenstein und die moderne juristische Methodik. Recht: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 14(5). Zürich, 1996. S. 193.

Предложение, разделенное таким образом, состоит из длинной цепочки неделимых предложений (элементарных или атомарных предложений), каждое из которых содержит имена простых предметов («вещи», «предметы»)¹.

С 1929 года Л. Витгенштейн занимался исключительно опровержением своих более ранних тезисов и соответствующих философско-языковых взглядов. Его критика коснулась также существенных положений «Логико-философского трактата». Его более поздняя работа, которая была опубликована только после его смерти, включает также критику соответствующих взглядов в юридической методологии. Он отвергает свое раннее утверждение о том, что действительность как факт может быть однозначно разбита до неделимых первичных компонентов и отображена. Тем самым он отвергает спекулятивное отделение духовно-языковой сферы мыслей (в смысле теории идей Платона) от так называемой внеязыковой действительности («мир», «факты»)².

Отправной точкой более поздних философских исследований Л. Витгенштейна является вопрос о том, как устанавливается взаимосвязь между языковым выражением и его значением. Слова, языковые выражения и предложения приобретают свое значение посредством их использования в речи, в речи как деятельности. Безусловно существует «сознание» в смысле намеренного употребления слова; все языковые выражения используются с определенными намерениями. Если одно и то же слово используется по-разному, то оно соответственно получает разные значения. В речевых ситуациях для этой цели решающее значение играют акцент (ударение), интонация или выражение лица. В параграфе 43 «Философских исследований» Л. Витгенштейн пишет: *«Для большой группы случаев использования слова «значение» – если не для всех случаев его*

¹ См.: Busse D. Was ist die Bedeutung eines Gesetzestextes? In: Friedrich Müller (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Berlin: Duncker & Humblot, 1989. S.101// [Электронный ресурс] - Режим доступа https://www.germanistik.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Philosophische_Fakultaet/Germanistik/Germanistische_Sprachwissenschaft/Dateien/Busse/Text/Busse-1989-03.pdf

² См.: Белова М.А. Толкование, правоприменение и юридическая герменевтика. // Российская юстиция. 2020. № 3. С. 44-49.

использования – это слово можно объяснить следующим образом: значение слова – это его использование в языке»¹.

Слова одного языка приобретают свое значение посредством того, что внутри одной языковой общности, как например, немецкого языкового пространства, употребляются по определенным общим правилам².

Эта ставшая знаменитой цитата Л. Витгенштейна является не результатом разработок его философии языка, а ее отправной точкой. Использование слова в языке не является фиксированным по своей природе и поэтому закреплено в идее. Языковые знаки не несут в себе никакой сути, и только в использовании как таковом знак оживает.

Теоретические выводы Л. Витгенштейна относительно категории «значение» оказали непосредственное влияние на правоведение, и в частности, на теорию толкования и применения права. Так, В.Н. Корнев приходит к выводу, что «... в контексте философии языка Л. Витгенштейна оказывается фикцией широко распространенное в юридической науке представление о том, что каждое слово имеет одно значение, и это значение соотносится с данным словом. Логичнее было бы рассуждать таким образом, что выраженные в языке правила, в том числе и нормы права, не могут иметь фиксированного, лишённого сомнений смысла и в конечном счете „единственного“ значения. Если бы было наоборот, то не было бы нужды в толковании права. Установленное нормой права правило, несомненно, всегда требует интерпретации»³.

¹ Витгенштейн Л. Философские исследования. Кембридж, 1945. С.14 // [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://docs.yandex.ru/docs/view?tm=1635965378&tld=ru&lang=ru&text=витгенштейн%20философские%20исследования&url=https%3A%2F%2Fwww.lib100.com%2Fphilosophy%2Fphil_investigations%2Fpdf%2F&lr=213&mime=pdf&l10n=ru&sign=25b05e462a49235729c80c51e1ca2a21&keyno=0&nosw=1&serpParams=tm%3D1635965378%26tld%3Dru%26ang%3Dru%26text%3D%25D0%25B2%25D0%25B8%25D1%2582%25D0%25B3%25D0%25B5%25D0%25BD%25D1%2588%25D1%2582%25D0%25B5%25D0%25B9%25D0%25BD%2B%25D1%2584%25D0%25B8%25D0%25BB%25D0%25BE%25D1%2581%25D0%25BE%25D1%2584%25D1%2581%25D0%25BA%25D0%25B8%25D0%25B5%2B%25D0%25B8%25D1%2581%25D1%2581%25D0%25BB%25D0%25B5%25D0%25B4%25D0%25BE%25D0%25B2%25D0%25B0%25D0%25BD%25D0%25B8%25D1%258F%26url%3Dhttps%253A%2F%2Fwww.lib100.com%2Fphilosophy%2Fphil_investigations%2Fpdf%2F%26lr%3D213%26mime%3Dpdf%26l10n%3Dru%26sign%3D25b05e462a49235729c80c51e1ca2a21%26keyno%3D0%26nosw%3D1

² См.: Белова М.А. Право и язык // Организация учебной и воспитательной работы в вузе. Вып. 9. М.: РГУП, 2019. С. 472.

³ Корнев В.Н. Право как языковой феномен. // Государство и право. 2018. № 6. С. 10.

Также следует подчеркнуть, что язык состоит не только из языковых элементов (слово, предложение). Большую роль играют те обстоятельства, в которых эти слова и предложения произносятся или пишутся. Только в этом контексте речевые высказывания получают свое значение. Перенося этот вывод на проблемы права, можно сказать, что только применение нормы права к фактическим обстоятельствам, т.е. использование ее в юридической языковой игре, придает и раскрывает значение этой нормы¹.

Также важное значение для понимания связи, существующей между языком и правом, имеет афоризм Л. Витгенштейна из его «Логико-философского трактата»: «Что может быть показано, о том не следует говорить». Следовательно, о том, что не может быть показано, напротив, следует говорить. Вновь обратимся к выводу В.Н. Корнева о том, что на самом деле «невозможно указать на те реальные объекты, которые выражаются словами „добро“, „зло“, „право“, „правовая норма“, „юридическая обязанность“ и т.д. Как раз особенностью языка права является то, что, поскольку правовые понятия, правовые представления не имеют подобия в реальном мире, их невозможно представить помимо языка. Они существуют исключительно в языке и посредством языка»².

В немецкой юридической методологии вплоть до второй рецепции работ Л. Витгенштейна в конце 1970-х годов его философию языка в лучшем случае использовали в качестве «авторитета цитирования» (без серьезного обсуждения и изучения). Исключением является представление теории права Г. Харта Х. Экманом. Можно предположить, что это раннее ориентирование на философию Л. Витгенштейна в немецкой методологической дискуссии было ограничено преобладанием «логической семантики», сопровождаемым (считавшимся тогда прогрессивным) лингвистическим бумом и его пониманием науки.

Согласно учению Г. Харта, такие слова, как юридические выражения (Rechtsausdrücke), «получают свое значение от того способа, как они функционируют во взаимосвязи с правовыми нормами»³. В соответствии с тезисом

¹ См.: Там же.

² Там же. С. 12.

³ См: Busse D. Указ. соч. С. 138.

Л. Витгенштейна о том, что значение слов можно объяснить их употреблением в языке, Г. Харт развивает теорию понимания юридических терминов, которая связывает их с контекстом конкретной языковой игры, языковой игрой правовой стандартизации (Normierung), «предписанием» (Vorschreiben), социального поведения. Таким образом, обычное различие между «словом» и «понятием» и теоретико-правовой вывод о том, что юридические выражения обозначают абстрактные «юридические понятия», для Г. Харта и аналитической теории права являются несостоятельными. Помимо представления о том, что слова (правового акта) имеют значение только в контексте предложений и могут рассматриваться только в этом контексте, Г. Харт также заимствует из языковой теории Л. Витгенштейна метод, с помощью которого он объясняет юридическое понятие: «Он выводит условия для правильного употребления подлежащего описанию слова. Тем самым толкование юридических выражений или самих нормативных текстов помещается в практический контекст действия (языковая игра): тогда применение нормы – это процесс, в котором толкование правового акта (или его «применение» к подлежащему разрешению обстоятельству дела) само по себе является образцом использования этого выражения»¹. Таким образом, толкование нормативного текста представляет собой нечто большее, чем просто рецептивный процесс. Это как производство, «употребление» («Gebrauch»), так и использование слов самим законодательным органом, оба процесса являются частью всеобъемлющей языковой игры «право», хотя и играют в ней разные роли².

На поздние философские работы Л. Витгенштейна опирается также концепция толкования, разработанная П. Шиффауэром. В отличие от других концепций в теории права, которые берут за основу философию языка Л. Витгенштейна как отправную точку для создания новых теоретико-правовых понятий, таких как например, понятие действия, или с целью переосмысления процесса применения права и отношений между правоприменителем и теми, кто

¹ См.: Eckmann H. Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff der Rechtstheorie H.L.A. Harts. Berlin: Duncker und Humboldt, 1969. S. 105. // [Электронный ресурс] – Режим доступа https://www.duncker-humboldt.de/files_media/leseproben/9783428418558.pdf

² См.: Busse D. Juristische Semantik: Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht. Berlin: Duncker und Humboldt, 1993. S. 138.

подчиняется закону, используя понятие «жизненная форма» (Lebensform), П. Шиффауэр применяет философию языка Л. Витгенштейна к основной семантической проблеме теории юридического толкования, критически рассматривая распространенные теории «значения слова»¹. Цель состоит в том, чтобы опровергнуть юридическое положение о «пределах дословного текста» (Wortlautgrenze) с лингвистической точки зрения. При этом в центре его интересов находится основанное на этом общепринятое разграничение толкования (Auslegung) и развития права (Rechtsfortbildung)². П. Шиффауэр рассматривает свою работу как вклад в юридическую герменевтику и, таким образом, как «отказ от формального (концептуального) реализма понятий так называемой юриспруденции понятий»³. Он исходит из основного вопроса: «Можно ли определить с помощью критерия границы возможного значения (буквального смысла) слова в практике принятия решений границу между применением закона и развитием права?» В подробном анализе практики толкования он приходит к выводу, что «во многих случаях применения не может быть задан лингвистический предел толкования права, но в некоторых случаях, однако, может», и делает из этого важный вывод: «...это может означать только то, что предел возможного смысла слова не „есть что-то“, не „существует“, а может быть понят только в контексте определенного применения слова: как отражение того, что определенные способы употребления не допускаются языковым сообществом»⁴. Таким образом, П. Шиффауэр сделал в итоге два вывода, которые ранее еще не были четко выражены в дебатах по юридической семантике. Первый вывод: речь о «пределе буквального смысла» метафорична, следовательно, представляет собой фикцию теории толкования. И второй – установление «предела возможного смысла слова» может происходить только в рамках правил использования и фактического способа использования определенного языкового сообщества.

¹ Busse D. Указ. соч. С. 190.

² См.: Schiffauer P. Wortbedeutung und Rechtserkenntnis. Berlin: Duncker und Humboldt, 1979. S. 36.

³ См.: Там же. С. 28.

⁴ См.: Там же. С. 69.

Преимущество подхода П. Шиффауэра, который он сам рассматривает как вклад в лингвистическую прагматику, заключается в том, что он вводит свое восприятие витгенштейновских и прагматических идей в рамки новой юридической герменевтики с целью перехода к «прагматической герменевтике»¹. Интенциональное предрешение смысла и, следовательно, неизбежное влияние субъективных моментов, которое присуще герменевтическому пониманию текста, не отрицается им, а осознанно принимается как часть прагматической теории языка. «Смысл не предстает перед человеком как готовое „нечто“», которое ему нужно было просто извлечь из объектов окружающего мира. Что касается юридической герменевтики, следует отметить, что герменевтическое предвосхищение смысла закона не теряет своего основания путем введения прагматической парадигмы. Это предвосхищение остается значимым не потому, что оно могло бы оказаться правильным в смысле соответствия понятия и вещи, а потому, что спекулятивный проект возможного смысла посредством языковых предположений является предпосылкой для всего человеческого осмысления вообще»².

С другой стороны, такое осмысление не остается полностью открытым, а каждое осознание связано с критическим консенсусом интерпретирующего сообщества, то есть интерпретатор должен играть определенную роль в рассматриваемой языковой игре. П. Шиффауэр, серьезно изучивший работы Л. Витгенштейна, демонстрирует тем самым больше смысла для последствий прагматического понятия языка и значения, чем те юридические реципиенты лингвистической прагматики, которые хотят использовать ее только для поддержки новой объективистской концепции «говорения» как части так называемой «субъективной теории толкования»³.

Другой немецкий мыслитель, один из крупнейших философов XX века М. Хайдеггер представляет свое исследование как феноменологию «дазайна» (Dasein - бытие (нем.)), называя «дазайном» осмысленное бытие. Таким образом, в

¹ См.: Schiffauer P. Указ. соч. С. 199.

² См.: Busse D. Указ. соч. С. 201.

³ См.: Busse D. Указ. соч. С. 201.

пространстве «жизненного мира» феноменология выступает альтернативой классической онтологии. Феноменологический аспект дизайна проявляется в том, что феноменология выступает интерпретационной деятельностью для понимания «значения». То, что интерпретируется, выступает способом бытия человека, и каждый способ бытия имеет интерпретационный характер. Специфика всего человеческого заключается для мыслителя в том, что «человек есть сущее в своей возможности экзистенции»¹. Человека всегда сопровождает интерпретация, она возникает в столкновении с любой новой возможностью в его жизни, поэтому жизнь никогда не выступает как некий детерминированный план.

Проблема «значения» возникает в связи с рассмотрением философии как рефлексивного процесса удвоения структур бытия, через их рассмотрение и одновременно описание такого результата. «Исходя их герменевтики дизайна, философия становится универсальной феноменологической онтологией, которая должна служить анализу экзистенции... Герменевтика дизайна – это специфический способ бытия, означающий экзистировать», – писал М. Хайдеггер². Термины, которые вводит здесь в оборот мыслитель, характеризуют фундаментальное свойство человека – понимание. Так, «дизайн» – это сущее, которое проявляется в понимающем поведении человека, а «экзистировать» означает не просто «быть», подобно предметам материального мира, а делать выбор самому, как и кем быть.

Таким образом, привычная герменевтическая структура отношений «части» и «целого» становится отношением «внутреннего» сущего и «внешнего» – «целого», которое выступает горизонтом понимания и всегда больше, чем сумма его «частей»³.

До выхода в свет работы Г.-Г. Гадамера «Истина и метод» (1960) юридическая герменевтика в основном ссылается на концепцию, разработанную Э. Бетти. Герменевтическую деятельность Э. Бетти характеризует следующим

¹ Heidegger M. Sein und Zeit. Tübingen: Max Niemeyer, 2002. S. 37. // [Электронный ресурс] – Режим доступа https://taradajko.org/get/books/sein_und_zeit.pdf

² Там же. С. 38.

³ См.: Юридическая герменевтика в XXI веке: монография / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, Ю.Ю. Ветютнева. Спб.: Алетейя, 2017. С. 101.

образом: «Где бы мы ни встречали воспринимаемые формы, через которые объективированный в них чуждый дух обращается к нам, взывая к нашему разуму, там начинается наша интерпретационная деятельность»¹. (Под «воспринимаемыми формами» Э. Бетти, вероятно, подразумевал прежде всего лингвистические тексты).

Толкование права ученый определяет как «интеллектуальную деятельность, направленную на распознавание и реконструкцию смысла, в котором – в рамках данного правового порядка – следует понимать смыслодержающие (*sinnhaltig*) формы»², однако не уточняет, каким образом «смыслодержающие формы» (то есть слова и предложения) «содержат» свое значение. Хотя Э. Бетти возражает против концепций толкования, которые абстрактно обращаются к «воле»: «толкуется то, что сказано», под чем можно понимать текст нормы, волеизъявление и т. д., но позже он снова ограничивает предмет толкования до чисто выразительной стороны языковых знаков, когда требует, чтобы «только буква закона, а не первоначальное значение (*Sinngehalt*), пронизывалась нормативной силой законодателя»³. Э. Бетти понимает свою концепцию как позицию, противоположную юридическому позитивизму, в котором он критикует, что тот стремится установить значение юридических терминов и предложений или «правил языкового использования закона»⁴.

Необходимостью из толкования текста нормы «получить руководящие принципы для практического поведения или принятия решения» Э. Бетти оправдывает предпочтение аспекта *applicatio* перед *explicatio* (точка зрения, которая позже будет повторяться у Гадамера)⁵, причем считает в полном смысле обоснованным требование аппликации «только для нормативно ориентированного истолкования»⁶. Приемлемая для юриста идея аппликации согласуется у Э. Бетти с концепцией, заимствованной у Ф. Шлейермахера о том, что «каждое языковое

¹ Betti E. *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*. Tübingen: Mohr (Siebeck), 1967. S. 42.

² Там же. С. 613.

³ Там же. С. 633.

⁴ Там же.

⁵ Betti E. Указ. соч. С. 602.

⁶ См.: Корнев В.Н. Понимание, толкование и применение права как герменевтическая проблема. // Российское правосудие. 2014. № 11. С. 23.

выражение собеседника-интерпретатора требует дополнения» ввиду того, что функционирование языковой передачи значения (посредничества), которое у Ф. Шлейермахера было задумано еще более дифференцированным, чем диалектика языковой объективности и субъективности вклада индивида, исчезает здесь, игнорируя объяснительную силу недавних теоретико-языковых достижений в тумане более высоких контекстов и целеустановок¹.

В 1956 г. был опубликован труд еще одного яркого представителя классической герменевтики К. Энгиса «Введение в юридическое мышление» («Einführung in das juristische Denken»). Характерной чертой концепции К. Энгиса является определяющее положение, которое все еще отводится «юридическим понятиям», которые понимаются больше как мыслительные конструкции, чем как языковые единицы (сущности), это есть «толкование юридических понятий», которое он рассматривает как «логическую предпосылку субсумции». Задача толкования, по мнению К. Энгиса, состоит в том, чтобы сделать содержание и объем юридических понятий ясными для юриста².

Утверждения К. Энгиса по вопросу роли языка во взаимосвязях между выражением, понятием и толкованием достаточно противоречивы. Хотя он четко различает «языковое выражение («текст» (Text), «дословный текст» (Wortlaut)) и содержащийся в нем «смысл» (Sinn), он определяет их позицию следующим образом: «первый является предметом, последний – целью толкования»³. Однако, в дальнейшем, вопреки своему категорическому утверждению, он понимает под «предметом толкования» не только «дословный текст» как материальный носитель языковых знаков, но также «смысл (значение) слова» (или, возможно, также «понятие», когда он выступает против «sens-clair-Doktrin», в которой утверждается, что «однозначное согласно дословному тексту предписание не требует никакого толкования». Хотя он ставит под сомнение возможность «однозначного» смысла самого слова, он считает спорным тезис о том, «что проблематичность толкования начинается с расхождения выражения и мысли». «Расхождение между выражением

¹ Betti E. Указ. соч. С. 642.

² Engisch K. Einführung in das juristische Denken. 8. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: W. Kohlhammer, 1983. S. 70.

³ Engisch K. Указ. соч. С. 215.

и мыслью» может произойти только в том случае, если «выражение» здесь означает совершенный языковой знак со стороны выражения и стороной содержания»¹.

Соответственно, «мысль» автоматически становится своего рода «высшим содержанием» нормативного текста, которое может возникнуть только тогда, когда значение знаков, которое уже понято, снова становится предметом «толкования». Таким образом, К. Энгш не решил, для какого аспекта интерпретации юридических текстов он должен зарезервировать термин «толкование»: для «определения» значения юридических выражений или для определения дальнейших правовых последствий, которые следуют за «установленной» в ее «грамматическом» значении правовой нормой².

Первым юристом, который в новейшее время пытается прояснить основные лингвистические вопросы теории юридического толкования с помощью общенаучного подхода, является еще один представитель классической теории Г. Хатц. Как и у К. Энгша, его подход – несмотря на обязательное и у него дистанцирование от юриспруденции понятий – ориентирован преимущественно на «понятия» в общефилософском смысле. В то же время, усиливая свой подход как герменевтическую концепцию, он следует преобладающему в «классической теории толкования» течению герменевтики, которая, (будучи фиксированной на понятиях (*begriffsverhaftet*)), понимает себя как толкование «понятий», а не текстов. Это отражено в двух основных частях работы Г. Хатца, призванных связать юридическую «теорию понимания» (*Verstehenslehre*) с «теорией понятий» (*Begriffstheorie*).³

Г. Хатц утверждает, что «в то время как задача общей герменевтики состоит в том, чтобы понять автора и его индивидуацию, у юридического понятия нет автора, юридическое понятие не индивидуализировано, оно объективировано»... Важно обосновать «объективный» характер правовых норм: «После того, как она установлена, норма имеет настолько объективный характер, что к воле ее

¹ См.: Там же. С. 233.

² См.: Busse D. Указ. соч. С. 73.

³ См.: Hatz H. *Rechtssprache und juristischer Begriff. Vom richtigen Verstehen des Rechtssatzes.* Stuttgart: W. Kohlhammer, 1963. S. 13,17.

создателей и их индивидуально психологически установленному «мнению» уже нельзя прибегать»¹. Вопрос, который до сих пор остается центральным в герменевтической традиции, является ли понимание больше «воспроизведением (воссозданием, подражанием)» или «становлением себя на место автора», был предрешен Г. Хатцем с его объективистской точки зрения: «О том, чтобы поставить себя на место другого человека, не может быть и речи ввиду отсутствия реальной психики (души), которую интерпретатор мог бы пытаться понять. Психологический подход невозможен для интерпретатора объективно существующего понятия»².

С середины шестидесятых годов XX в. свое отражение в юридической дискуссии о выборе метода (толкования) (Methodendiskussion) нашла также философская герменевтика Г.-Г. Гадамера, поразительного воздействия которой на все «текстовые и книжные исследования» не смогли избежать даже юристы. Принимая во внимание тот факт, что юриспруденция могла обратиться к долгой и (в отличие от филологии) непрерывной традиции герменевтической мысли, влияние нескольких положений, которые философ Г.-Г. Гадамер посвятил специфическим юридическим проблемам толкования, поражает своим феноменом.

Г.-Г. Гадамер развивает свою концепцию возможности понимания, основываясь на представлениях о понимании М. Хайдеггера. Понимание, согласно точке зрения Г.-Г. Гадамера, возможно только в том случае, если «понимающий» (der Verstehende) приступает к толкованию текста уже с «предпониманием» (Vorverständnis). Это означает, что интерпретатор, с одной стороны, фокусирует текст на чем-то, а именно на его жизненном мире. С пониманием текста одновременно связан интерес в понимании. Мы всегда имеем определенные намерения, если используем текст. Посредством предпонимания, которое вводит интерпретацию текста, каждая интерпретация одновременно является аппликацией на текущее сознание интерпретатора³.

¹ См.: Там же. С. 17.

² Там же. С. 32.

³ Gadamer H.-G. Wahrheit und Methode; Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 4.Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975. S. 23.

У Г.-Г. Гадамера понимание никогда не бывает репродуктивным, а всегда представляет собой продуктивное действие. В процессе понимания всегда есть два эмпирических мира: эмпирический мир, в котором был написан текст, и эмпирический мир, в котором находится интерпретатор. Цель понимания заключается в том, чтобы объединить эти два мира воедино¹.

От критериев правильного понимания Г.-Г. Гадамер отказывается. Более того, временной отрезок между текстом и интерпретатором делает разрешимым критический вопрос герменевтики, а именно: отделить «истинное» предпонимание, с помощью которого мы понимаем, от того, вследствие которого мы понимаем неверно (*missverstehen*). Герменевтика Г.-Г. Гадамера требует от интерпретатора при его попытках понимания всегда учитывать разрыв двух эмпирических миров и иметь следственно-историческое (*wirkungsgeschichtliche*) сознание. Далее Г.-Г. Гадамер требует от интерпретатора «аппликативного» сознания (*Applikationsbewusstsein*)².

Таким образом, интерпретатор должен знать, что понимание текста должно осуществляться в контексте сегодняшнего дня. Толкователь должен также осознавать, что его собственное предпонимание – это только гипотеза и должен быть готовым к тому, чтобы пересмотреть свое собственное предпонимание³.

Заслуга Г.-Г. Гадамера, таким образом, состояла прежде всего в том, что он рассматривал интерпретацию во взаимной связи с практикой жизни. Такая интерпретация ориентировалась на практическую разумность, открывая принципиально диалоговый характер правопонимания, создавая доступ к смыслу сказанного в тексте. Это отличает гадамеровскую герменевтику от прежних моделей герменевтики, которые ориентированы на модель теории или обычной техники толкования. Мнение Г.-Г. Гадамера в отношении существующей техники интерпретации права однозначно: «Как для юридической, так и для теологической

¹ См.: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Herausgegeben von W. Hassemer, U. Neumann, F. Saliger. Heidelberg: Müller GmbH, 2016. S. 244.

² Белова М.А. Философская герменевтика: истоки онтологизации, достижения и критика // Философские аспекты развития права и закона в эпоху глобализации: Материалы научно-практической конференции. М.: РГУП, 2018. С. 16.

³ См.: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart... С. 245.

герменевтики конституирующим является напряжение, существующее между данным текстом (законом или благой вестью), с одной стороны, и тем смыслом, который он получает в результате его применения в конкретной ситуации истолкования (судебный приговор или проповедь), с другой стороны. Закон не претендует быть понятным исторически, он должен быть путем истолкования лишь конкретизирован в своей правовой значимости»¹.

Достижения и накопленный опыт философской герменевтики, с одной стороны, раскрыли новые знания для юридической теории толкования. Однако, с другой стороны, они содержат ряд дискуссионных моментов и требуют дополнения и критических замечаний.

Во-первых, необходимо отметить, что философская герменевтика сделала очевидной ограниченность методологических правил толкования. Философская герменевтика показывает, что успеху понимания всегда присущ творческий характер. Далее философская герменевтика наглядно показывает, что понимание основывается на жизненной практике. Именно понятие общего предпонимания в герменевтике должно зафиксировать закрепление понимания в жизненную практику. При этом философская герменевтика показывает, что гипотезы толкования, которые привносятся в текст, не раскрывались в регулируемом правилами процессе, а восходят к жизненной практике. Именно указание на обусловленность понимания предпониманием делает очевидным тот факт, что толкование представляет собой проверку гипотез.

С методологической же точки зрения некоторые вопросы обусловленности понимания предпониманием еще требуют уточнения и представляется очень важным дальнейшее разъяснение этих положений.

За обусловленностью понимания предпониманием скрывается, с одной стороны, методологическая проблема, которая была обозначена В. Штегмюллером как «собственно языковая интерпретационная дилемма (*eigensprachliches Interpretationsdilemma*)»². Например, чтобы понять состав преступления, нужно

¹ Gadamer H.-G. Указ. соч. С. 23.

² См.: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart... S. 246.

знать его отдельные признаки. Но чтобы иметь возможность точнее определить признаки, нужно, наоборот, понимать состав преступления в целом.

Далее за обусловленностью понимания предпониманием скрывается проблема связанности местонахождения интерпретатора. Каждый процесс понимания юридической нормы зависит от того, какие правила, установления и нормативные ожидания интернализировал интерпретатор.

Проблемной и недостаточно ясной представляется близкая герменевтике Г.-Г. Гадамера позиция, согласно которой следует полностью отказаться от критериев интерпретации текста. Если же исходить из утверждения Ф. Шлейермахера, что при понимании текста имеет место быть его неверное понимание, то представляется все же необходимым разработать критерии интерпретации, которые сделали бы возможным полное понимание текста.

Следующим дискуссионным вопросом представляется предложение Г.-Г. Гадамера проводить понимание текста без какого-либо обращения к позиции автора. Как это представлено в других положениях, герменевтика все же не исключает ориентированного на автора понимания текста. Более того, это является нормативным вопросом, следует ли еще приписывать тексту то значение, которое хотел приписать ему автор, или же какое-то иное. Проблемной представляется также точка зрения Г.-Г. Гадамера о том, что пониманию обязательно должно быть присуще согласие (*Einverständnis*)¹, поскольку тексты можно понимать и не соглашаясь с их содержанием.

Следует также подчеркнуть, что такие основополагающие и системообразующие принципы герменевтики, как конфликт интерпретаций и герменевтический круг, претендуют на то, чтобы быть не просто положениями частной теории интерпретации, но обобщением универсальных характеристик этой познавательной деятельности. Первый из них опирается на очевидный факт множественности субъектов интерпретации с различающимися интересами и мировоззренческими установками; второй исходит из неизбежного наличия в

¹ См.: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart... S. 246.

любом тексте таких свойств, как частичность и целостность, которые так или иначе требуют своего согласования в процессе интерпретации.

Герменевтика, не отрицая рациональности и элементов научности в толковании текста, дополняет их элементами интуиции и образности¹. Аналитический подход, господствующий при проверке истинности интерпретации, органически дополняется синтетическим мышлением, которое необходимо при переходе от понимания частей к пониманию целого.

Подлинной причиной широкого влияния философской герменевтики на юридическое учение о толковании стал введенный новый термин «предпонимание» (*Vorverständnis*). Одним из первых теоретиков права, обратившихся к Г.-Г. Гадамеру (в год публикации второго, расширенного издания труда «Истина и метод») был Й. Хрушка. В концепции, разработанной Й. Хрушкой, сущностью юридической герменевтики является не вопрос о том, когда толкование нормативных текстов (все) еще может быть согласовано с дословным текстом нормы (*Normwortlaut*), а о возможности объявления толкования допустимым на основе конструкции "*Sache Recht*". В герменевтике в этом понимании речь идет не столько об ограничении толкования путем уточнения лингвистических аргументов, сколько об открытии возможностей интерпретации нормативных текстов, которые позволяет судье обосновывать любое решение ссылкой на «*Sache Recht*», «до тех пор, пока он считает это целесообразным (допустимым). В этой ситуации привлекается на помощь и становится реальной причиной для оправдания (вышеупомянутое) предварительное согласие (*das vorgängige Einverständnis*) (которое предшествует любому толкованию нормативных текстов) юридического сообщества интерпретаторов»². Понятно, почему концепция «предпонимания» (*Vorverständnis*) Г.-Г. Гадамера заполнила пробел, который необходимо было заполнить для самооправдания практики принятия юридических решений, и поэтому «вызвала такой фурор в теории права»³.

¹ См.: Юридическая герменевтика в XXI веке... С. 398.

² Hruschka J. *Das Verstehen von Rechtstexten: zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*. München: Beck, 1972. S.70f.

³ См.: Busse D. Указ. соч. С. 81.

К «Sache Recht» обращается также учитель Й. Хрушки Карл Ларенц, включивший герменевтику Г.-Г. Гадамера в свою концепцию после третьего издания своего фундаментального труда «Methodenlehre».

К. Ларенц оправдывает эту связь ссылкой на «теорию использования значения и использование языковых знаков» Л. Витгенштейна, которые должны служить для определения значения юридических терминов. «Языковая игра» у К. Ларенца означает, среди прочего, то, что в «новой герменевтике» было объединено под концепцией «предпонимания». Под это «предпонимание» К. Ларенц подводит не только «Sache Recht», но также «язык, на (в) котором о нем говорится», «традиционный контекст юридических текстов» и «социальные контексты и интересы», на которые ссылаются юридические тексты¹. Таким образом, концепция «предпонимания» становится собирательной категорией, в которую может быть интегрировано все, что (по самым разнообразным практическим, лингвистическим, этическим, традиционным, философским, политико-правовым причинам) должно сохраняться в качестве определяющих факторов правоприменения против методической определенности пуристического позитивизма².

Хотя значение юридических терминов для К. Ларенца «зафиксировано» в нормативном контексте, для его установления все же требуется «толкование», которое заключается в том, что «толкователь представляет себе различные возможные значения выражения или последовательности слов и спрашивает себя, какое здесь „правильное“»³. Возникает вопрос, как интерпретатор предвосхищает «различные возможные значения», даны ли они ему «непосредственно» или он должен сначала определить их с помощью интерпретирующих усилий. Ответ, который дает К. Ларенц, однозначен и выходит далеко за рамки предыдущих интерпретативных теоретических позиций: «... было бы ошибкой предполагать, что юридические тексты требуют толкования только там, где они кажутся особенно «темными», «неясными» или «противоречивыми». Более того, категорически все

¹ Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 4. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York: Springer Verlag, 1979. S. 187.

² См.: Frommel M. Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser. Ebelsbach: R. Gremer, 1981. S. 83.

³ Larenz K. Указ. соч. С. 181.

юридические тексты допускают и нуждаются в толковании»¹. В центре своей концепции толкования К. Ларенц использует распространенную в традиционной юридической методологии дихотомию между (в основном расплывчато описываемым) «общим языковым употреблением» и якобы однозначным «юридическим специальным языковым употреблением». Формула «особенного языкового применения закона» (который всегда добавляется к «общему языковому употреблению»), кажется, заменяет системные, исторические или телеологические аргументы. Помимо «общего языкового использования» и «специального языкового использования закона», К. Ларенц в качестве третьего объекта упоминает «общее юридическое языковое употребление»². С одной стороны, этот объект можно понимать как специальный юридический язык (тогда необходимо уточнить, могут ли в определенных случаях проблемы толкования действительно решаться с помощью «установления юридического языкового употребления», то есть существуют ли случаи, когда обращение к специальному языку разрешает вопрос возможностей толкования, которые вытекают из «общего» языкового употребления), но его также можно интерпретировать как заменяющую категорию для упомянутых канонических способов. В своем анализе концепции К. Ларенца Д. Буссе высказывает сомнение, подходит ли обращение к специальному языку юриспруденции для принятия решений, а также можно ли вообще выделить три типа «использования языка» в сфере юридического толкования как три отдельные категории³.

В концепции толкования права, разрабатываемой К. Ларенцем, особый интерес представляют его размышления по вопросу «развития права» (Rechtsfortbildung). Уже акт конкретизации, который обязательно содержится в каждом толковании текста нормы, является для него нечто большим, чем простое применение правового предписания, это «развитие»: «Первоначальное толкование [...] уже представляет собой „развитие“ нормы, когда оно среди возможных значений отмечает одно как правильное и, таким образом, исключает ранее

¹ Там же. С.182.

² Там же. С. 311.

³ См.: Busse D. Указ. соч. С. 85.

существующую неопределенность». Следовательно, К. Ларенц обозначает «толкование и судебское развитие права» как «этапы одного и того же мыслительного процесса». Он считает, что творчество – это признак каждой интерпретации, так что переход толкования в развитие права означает лишь «постепенные различия»¹.

В этом отношении значение философской герменевтики достаточно четко охарактеризовал Т. Гизберт-Студники: «...Привлекательность философской герменевтики для юристов объясняется тем, что герменевтика не предлагает реформ и не заставляет юристов менять свое мышление. Именно в этом отношении философская герменевтика особенно привлекательна для юристов, поскольку они не склонны менять свой образ мышления. Скорее юристы ищут оправдание своему образу мышления. В то же время для них важно, чтобы найденное оправдание не требовало изменения их мышления. Герменевтика, кажется, предлагает решение, которое решает эту проблему»².

Следующим этапом развития учения о толковании в германской правовой доктрине можно считать интересующую теорию толкования, развитую А. Кауфманном. Интенция его герменевтики раскрывается в следующем: «Поскольку юридическое толкование – это не просто филологическая интерпретация дословного текста закона, обдумывание (Nach-Denken) того, что уже было задумано до этого (Gedachten), но и дальнейшее размышление и продумывание до конца тех мыслей (Weiter-Denken und Zu-Ende-Denken von Gedanken), которые законодатель вообще не мыслил»³. А. Кауфманн считал также, что «центральным моментом новой философской герменевтики [...] является осознание того, что лингвистический текст никогда не может быть понят сам по себе, что для того, чтобы понять его, всегда необходимо предпонимание (Vorverständnis) или предубеждение (Vorurteil)»⁴.

¹ Larenz K. Указ. соч. С. 351.

² Gizbert-Studnicki T. Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen. In: Rechtstheorie 18. Berlin: Duncker und Humblot, 1987. S. 345 // [Электронный ресурс] – Режим доступа https://www.academia.edu/3363926/Das_hermeneutische_Bewusstsein_der_Juristen

³ См.: Busse D. Указ. соч. С. 95.

⁴ Kaufmann A. Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik. In: Juristenzeitung. 30. Jahrg., Nr. 11/12. Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975. S. 339.

Идея учения А. Кауфманна заключается также в том, что в каждом употреблении языка есть момент аналогии, т.е. что «возможное значение слова» не может быть ни однозначным, ни двусмысленным, и, следовательно, только аналогом (Analoge)»¹. Он указывает, что вообще не может быть однозначных терминов в строгом смысле: «Однозначными могут быть только бессмысленные термины (строго говоря, только числовые термины), как только в них «вкладывается» смысл, они больше не однозначны, а аналогичны»². Аналогичный характер каждого понятия он обосновывает также принципиально метафорическим характером абстрактных понятий, возникших как аналогичные образования из понятий чувственного восприятия. Он делает вывод, что любое толкование «всегда находится в области аналогичного», и тем самым отвергает запреты аналогии, поскольку они являются не чем иным, как «запретами интерпретации»³. А. Кауфманн указывает, что «анalogии» в принятии юридических решений – это повседневная практика, когда абстрактные юридические термины применяются к новым фактическим обстоятельствам впервые (как, например, понятие «честь» для акционерного общества). Таким образом, каждая «обычная субсумция» – это уже реализация аналогии⁴.

Придерживаясь традиционных основных фигур, таких как «природа вещей» (Natur der Sache), А. Кауфманн пытается преломить методологические основы своей теории от языка в сторону фактических обстоятельств, которые необходимо решить: «Норма должна быть связана с жизненными обстоятельствами, она должна соответствующим образом иметь отношение к делу. Это есть то, что называется «толкованием» – определение юридического смысла нормы. Однако, этот смысл, как предполагает традиционная методология, содержится не только в законе, в абстрактных и, следовательно, в значительной степени бессмысленных понятиях; более того, чтобы определить этот смысл, нужно прибегнуть к чему-то более образному, к конкретным рассматриваемым жизненным обстоятельствам.

¹ Kaufmann A. Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. 2. verb. und erg. Aufl. Heidelberg: Decker und Müller, 1982. S. 4f.

² Там же. С. 5.

³ Kaufmann A. Analogie und „Natur der Sache“... С. 26 ff.

⁴ Там же. С. 40.

Следовательно, смысл закона не является чем-то фиксированным, он меняется – несмотря на то, что формулировка закона остается прежней – с фактическими жизненными обстоятельствами»¹. А. Кауфманн формулирует здесь не что иное, как распространенную в современной лингвистической прагматике идею о том, что значение языковых выражений может развиваться только в конкретных смысловых, ситуационных и контекстных связях. Однако, вместо понятий «язык» и «семантика», которые позволили бы расширить аспекты связи с практикой и с действием языкового понимания, А. Кауфманн сужает язык топосом «бессмысленных понятий» до ставшего «нефункционирующим кокона»².

А. Кауфманн выдвинул *интерсубъективную* концепцию обоснования права, цель которой состояла в стремлении преодолеть характерное для философии права противопоставление субъекта и объекта, бытия и сознания, субъективного и объективного в праве. Наиболее отчетливо герменевтическое решение этой проблемы прослеживается в *понимающей философии* права А.Кауфманна. Он писал, что сегодня эта схема (противопоставление субъекта и объекта) применительно к естественным наукам ставится под сомнение, она по меньшей мере не соответствует герменевтической (понимающей) науке. Эта схема должна уступить место *персональному (личностному) мышлению*³. В его концепции право изначально не дано судье в готовом виде. Более точно можно говорить о поиске права в процессе его интерпретации. Поиск права не следует сводить только к выведению судебного решения из общих норм и принципов, но оно заключается в приведении во взаимное соответствие заранее проектируемых и ожидаемых смыслов норм с жизненными обстоятельствами (Гадамер). Такое состояние достигается в герменевтическом круге в процессе движения от нормы к конкретному случаю и, наоборот, от конкретного случая к норме, до достижения их единства, но не в абстракции, а в форме *существования* (Dasein). Правовая

¹ Там же. С. 39.

² См.: Busse D. Указ. соч. С. 98.

³См.: Корнев В.Н., Белова М.А. Понимающая философия права Артура Кауфмана. // Государство и право. 2019. №5. С. 15.

интерпретация получает онтологическое обоснование, что гарантирует легитимацию права¹.

Современный этап развития германской доктрины толкования права характеризуется противопоставлением субъективной и объективной концепций толкования, в которых рассматривается сложное различие между толкованием (Auslegung) и развитием права (Rechtsfortbildung). Подробному рассмотрению и анализу современных концепций толкования права в Германии посвящена глава 2 настоящего исследования.

Таким образом, в результате проведенного исследования представляется возможным определить основные этапы развития концепций толкования права в германской правовой доктрине:

1) От теории толкования Ф.К. фон Савиньи, разработанной им в труде «Система современного римского права» (1840), до формирования школы свободного права.

2) Лингвистический поворот в теории толкования, связанный с публикацией работ Г.-Г. Гадамера «Истина и Метод» (1960), и концепцией, представленной Л. Витгенштейном в «Логико-философском трактате» (1921), получившей развитие в его труде «Философские исследования» (1953).

3) Интерсубъективная концепция обоснования права, разработанная А. Кауфманном, цель которой состояла в стремлении преодолеть характерное для философии права противопоставление субъекта и объекта, бытия и сознания, субъективного и объективного в праве.

В конце 1960-х гг. классическое учение в теории толкования права Германии было заменено «linguistic turn» (лингвистическим поворотом), эта научная парадигма и до сегодняшнего дня сохраняет свое влияние на процессы, происходящие в юридической науке. Результаты лингвистических исследований в юридической работе с текстом способствуют лучшему пониманию функционирования языковых элементов в сложном, институционально

¹См.: Там же. С.16.

сформированном, предметно-специфическом использовании языка; языковое обоснование имеют все современные концепции понимания и толкования права.

4) Современный этап, который характеризуется противопоставлением субъективной и объективной концепций толкования, разграничением толкования (Auslegung) и развития права (Rechtsfortbildung).

§2. Предмет, цель и средства толкования права

При определении предмета толкования в концепциях толкования права в Германии проводится важное различие между текстом правовой нормы (Normtext) и нормой (Norm). Так, например, в концепции, разработанной А. Бирком, К. Фишером, Б. Рютерсом, указывается следующее: «... Закон состоит из правовых норм, которые выражены в языковых предложениях («Rechtssätzen»). Правовая норма – это не физический объект, такой как стул или стол, который мы можем без затруднений сразу воспринимать с помощью наших чувств. Более того, необходим носитель (переносчик – Träger), который сделает правовые нормы вообще узнаваемыми для нас. Этим носителем является Rechtssatz – языковое предложение. Следовательно, необходимо проводить различие между правовой нормой – Rechtsnorm и языковым предложением – Rechtssatz»¹.

Данную позицию можно проиллюстрировать на следующем примере: если законодатель хочет предотвратить нанесение одним человеком вреда другому под угрозой наказанием, он может сформулировать это следующим образом: «Тот, кто физически истязает другое лицо или причиняет вред его здоровью, – наказывается лишением свободы на срок до пяти лет или денежным штрафом». По такому пути пошел немецкий законодатель в §223 УК ФРГ (StGB)². Однако данная норма вполне могла быть выражена в следующей формулировке: «Запрещается

¹Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 58.

² См.: Strafgesetzbuch. In der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.10.2021 (BGBl. I S. 4650) m.W.v. 19.10.2021. Также: Головненков П.В. Уголовное Уложение Федеративной Республики Германия –Strafgesetzbuch (StGB). Научно-практический комментарий и перевод текста закона. Universitätsverlag Potsdam, 2021. С. 328.

физическое насилие над другим человеком или причинение вреда его здоровью. Кто нарушит это, будет наказан лишением свободы на срок до пяти лет или штрафом». В обеих формулировках выражена одна и та же норма. Этот пример показывает: правовая норма (Rechtsnorm) формирует или оказывает влияние на содержание Rechtssatz – языкового предложения¹.

Другая концепция, автором которой является Ф. Мюллер, также исходит из основного положения нетождественности текста правовой нормы, который ученый называет Normtext и нормы – Norm. Согласно концепции Ф. Мюллера, правовая норма – это нечто большее, чем просто ее дословный текст. Дословный текст выражает – и не всегда исчерпывающе – так называемое правовое предписание (Rechtsbefehl), нормативную программу. К норме все же равным образом относится и область применения нормы (пределы применения – Normbereich), то есть каждый фрагмент социальной действительности в его основной структуре, который норма «выбирает» себе в качестве области (или пределов) регулирования. Так как норма – это нечто большее, чем просто языковое предложение, закрепленное на бумаге, ее «применение» не может исчерпываться лишь в интерпретации, в толковании текста. Скорее речь идет о связанной с определенным (конкретным) случаем конкретизацией данных, определяемых программой нормы (Normprogramm), областью ее применения (Normbereich) и особенностями обстоятельств (Eigenheiten des Sachverhalts)².

Когда Ф. Мюллер говорит о норме, подчеркивая, что она больше, чем языковое предложение, то тем самым подразумевается не эссенциалистски овеществленная духовная категория (сущность), которой она была для представителей юриспруденции интересов и их позитивистского наследия, а та область практики в контексте выходящего за рамки просто дословного текста нормы применения, которую он обозначает как «связанная конкретным случаем конкретизация нормы» (fallbezogene Konkretisierung)³.

¹ См.: Weinberger O. Norm und Institution: eine Einführung in die Theorie des Rechts. Wien: Manz, 1988. S.55; Rüdiger J. Einführung in eine analytische Rechtslehre. Berlin; Heidelberg; New York: Springer, 1986. S. 45.

² См.: Müller F. Juristische Methodik. 4., neubearb. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1990. S. 74.

³ См.: Busse D. Указ. соч. С. 231.

Отказываясь от сведения правовой нормы (только) к ее дословному тексту, Ф. Мюллер приводит весомые аргументы. Сам отказ продиктован для него необходимостью поиска места для нормативности нормы: «Принадлежащая норме, по стандартному пониманию, нормативность не вытекает из самого текста. Текст правовой нормы представляет собой языковое выражение, языковой текст, так же, как и тексты ненормативного характера»¹. В противовес позиции сторонников «аналитической» теории права, которые пытаются «добыть» нормативность из текста правовой нормы посредством разделения языкового понятия на «дескриптивный» и «прескриптивный» язык, Ф. Мюллер оставляет языковое понимание неразделимым и более того, относит нормативную силу предложений закона (*gesetzliche Sätze*) к определенной форме *обращения* (*Umgang*) с языком: сначала институциональная привязка (*Einbindung*) правовых текстов, их фактическое функционирование, факт, что они имеют реальное воздействие, доказывают их нормативную силу. «...Не текст как таковой является нормативным, а то, что мы с ним делаем, цели, для которых мы его привлекаем. Текст как таковой, как языковая цепочка знаков это только воспроизводит. Также и содержание (*Inhalt*) правового предписания по существу не присутствует в его дословном тексте. Содержание дословным текстом может быть только сформулировано средствами языка и представлено в „свойственном языку виде“»². В отличие от сторонников позитивизма, которые трактуют норму как нечто «заданное, предопределенное» (*fertig Vorgegebenes*), для Ф. Мюллера правовая норма – это то, что прежде всего конкретизируется в процессе судебного решения, сравнением текста правовой нормы и фактов³. Это не в последнюю очередь связано с тем, что норма, область регулирования которой отсутствует (прекращается, перестает действовать), ставшая без формального аккумуляирования неактуальной, устаревшей, прекращает быть нормой. Понятие нормы Ф. Мюллера (*Normbegriff*) поэтому можно сравнить с понятием правила (*Regelbegriff*) Л. Витгенштейна, которое становится эффективным прежде всего в «практической семантике». Там

¹ Müller F. Указ. соч. С. 125.

² Müller F. Указ. соч. С. 125.

³См.: Там же. С. 155.

формулировка правила (Regelformulierung) (то есть текст правовой нормы (Normtext) кардинально отличается от самого правила (Regel) (то есть от нормы – Norm – как практики социального действия; действенность правила (нормативность) не может рассматриваться без связи с практикой¹.

В попытке методологически структурировать юридическую практику Ф. Мюллер также проводит различие между программой нормы (Normprogramm) как языковой составной частью (Sprachbestandteil) правовой нормы и ее «областью (пределов) применения» (Normbereich) как предметной (фактической) составной частью (Sachbestandteil): «Программа нормы (Normprogramm) – это результат толкования и интерпретации первичных языковых элементов конкретизации; область применения нормы (Normbereich) – результат передачи программы нормы с помощью эмпирически установленных фактических элементов (Sachelementen). Обе составные части правовой нормы должны действовать одновременно, чтобы производить нормативность»². Ф. Мюллер, таким образом, не отказывается от понятия интерпретации (Interpretation), его ориентирование на предмет не приводит его к пренебрежению специфически языковыми условиями, более того, он хочет закрепить существенное значение языковой составляющей юридического процесса конкретизации норм. «Интерпретация» текста правовой нормы при этом обозначается только как *часть* процесса, который посредством связи текста правовой нормы с конкретным случаем придает тексту первоначально конкретный «смысл». На первой ступени юридической практики стоит, таким образом, «языковая интерпретация» (Sprachinterpretation), которая исследует простое «знаковое значение правового выражения» (Zeichenwert der Rechtsausdrücke) на его соответствующий способ употребления и тем самым устанавливает его значение. Изначально «случай» (Fall) не означает больше, чем истолкованные как социально заданные или даже институционально оформленные категории «стандартные формы» (Normalformen) социального способа действия, которые по отношению к правовой норме становятся «фактическими обстоятельствами» (Sachverhalt)³.

¹ См.: Busse D. Указ. соч. С. 232.

² Müller F. Strukturierende Rechtslehre. Berlin: Duncker und Humblot, 1984. S. 232.

³ См.: Там же. С. 234.

Ф. Мюллер выступает прежде всего против тех позиций, в которых пытаются представить «грамматический метод юридического канона толкования как возможность объективизирующей, конкретизирующей значение и «чисто» языковой, то есть свободной от предпонимания отношений цели и предмета (Vorverständnis, Zweck-und Gegenstandsbezügen) семантической интерпретации. Он считает, что «... и при грамматическом толковании подразумевается по сути норма, не ее дословный текст. Грамматическое толкование часто должно проводить различие между разными значениями слов, между нюансами значения одного и того же слова и при этом неизбежно зависит от дифференциации и правовой оценки (Bewertung) заданных им (значением) языковых, а также предметно определенных ассоциативных полей»¹. Таким образом, Ф. Мюллер выступает против каждого искаженного понимания семантики, которое «значение», и тем самым «норму», представляет по сути как форму, присутствующую в языковой формулировке и тем самым отрицает достоинства (Leistungen) субъекта – «интерпретатора», толкователя», и сводит их к функции «повторения чужих слов (Nachsprechen bzw. Nachdenken), сказанных ранее и ранее задуманных (Vorgedachten).

Ф. Мюллер указывает на то, что с присущим каждому юристу интуитивным смысловым различием между юридическим значением и омонимическими значениями разговорного (повседневного) языка заканчивается уровень чистой формы знака (Zeichenform) и начинается уровень активного истолкования смысла (Sinndeutung). «...Норма – это больше, чем «языковое предложение, написанное на бумаге», то есть больше, чем чисто знаковое выражение, чистый звук, чисто буква. Не опубликованное в «Вестнике законов» предложение «есть» правовое предписание (Rechtsvorschrift), оно есть «форма правового предписания». Правовая норма – это нечто большее, чем ее языковая версия (Sprachfassung). Дословный текст (Wortlaut) – это не закон, это форма закона»². Ф. Мюллер, очевидно, свел понятие *текста правовой нормы (Normtext)* – то, что с лингвистической точки зрения обозначается как *Text (текст)* – к выражению (Ausdrucksseite) чисто

¹ Müller F. 1984. С. 151.

² Müller F. Juristische Methodik. 2., neu bearb. und stark erw. Aufl.. Berlin: Duncker und Humblot, 1976. S. 269.

языкового обозначения. В лингвистике текста это называется *Textformular*, в то время как термин *Text* закреплен за содержательным и тем самым уже истолкованным текстом¹. Когда Ф. Мюллер подчеркивает, что «юриспруденция все же не имеет дело с языковыми конструктами (*Gebilden*), которые также могут быть поняты «сами в себе» (*in sich selbst*), то он выступает против редуцированного понимания языка и значения, которое сводит интерпретацию к чистой филологии и тем самым неверно понимает язык как замкнутую в себе, понимаемую из самой себя систему знаков².

Таким образом, можно сделать вывод, что исходя из основного положения нетождественности текста нормы и нормы отрицается позитивистское понимание права, которое описывает правоприменение как квазиавтоматическую субсумцию (*Subsumtion*), если устанавливается только лишь значение точного текста нормы (*Normwortlaut*) или только закрепленных в нем слов. Вместо этого предлагается понимать применение права как *структурированный процесс*, как часть комплексной (многообразной) практики, в которой текст правовой нормы представляет собой только один из видов исходных данных среди многих. Представленное понимание правоприменительного процесса обозначается в германских концепциях толкования права как «*Konkretisierung*» («конкретизация»), что не соответствует подходам к определению сущности конкретизации в отечественной юридической науке, которую согласно теоретически обоснованной концепции В.В. Ершова следует рассматривать как «объективный процесс восхождения от абстрактного, в меньшей степени определенного права к праву в большей степени определенному, характеризующийся выработкой управомоченными правотворческими органами и лицами более детальных, уточненных и т.д. прежде всего принципов и норм права в иных формах национального и (или) международного права, имеющих меньшую юридическую силу»³.

¹ См.: Busse D. Указ. соч. С. 234.

² См.: Müller F. 1984. С. 38.

³ Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: Монография. М.: РГУП, 2018. С. 328.

Также в современной германской правовой доктрине проводится важное различие между *целью* (Ziel) и *средствами* (Mittel) толкования. Ученые-юристы считают, что каждое толкование должно служить осуществлению преследуемой нормой цели, остальные критерии (способы) толкования подчинены этой цели и являются вспомогательными средствами, с помощью которых интерпретатор должен попытаться установить цель нормы¹. Из данного положения определяется важное отличие цели от средств толкования:

- 1) цель (Ziel) толкования – это определение и осуществление цели (Zweck) нормы;
- 2) средства толкования – (дословный) текст, системное толкование, историческое толкование².

На основе вышесказанного представляется возможным сделать вывод, что в данном случае установленное учеными различие закрепляет одновременно определенную иерархию, которая подчиняет значение средств толкования его цели.

Согласно рассматриваемой теории, в том случае, если существует «напряжение» между целью толкования и текстом нормы, установленная цель нормы, как правило, имеет преимущество, что подтверждается цитатой Х. Пройса, сформулированной им уже в 1900 году: «Вопрос о цели растворяет каждое юридическое понятие как жидкий воск»³. (Однако, с данным выводом вряд ли можно согласиться, когда речь идет о толковании норм уголовного, а также публичного права).

Интерпретируя высказывание Х. Пройса, Б. Рютерс подчеркивает, что для толкования права это означает следующее: текст нормы должен передавать цель нормы⁴. Языковая формулировка – это транспортное средство, с помощью которого автор нормы оглашает преследуемую им цель. Далее сам текст служит осуществлению цели. Эта служебная функция относится и к толкованию, для

¹ См.: Stein E. Frank G. Staatsrecht. 21. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. S. 37.

² См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 427.

³ См.: Preuß H. Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion. // [Электронный ресурс] – Режим доступа https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/preuss_konst.html

⁴ Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 428.

которого дословный текст – первое вспомогательное средство. Поскольку текст может содержать ошибки и неточности, толкование, по мнению автора, имеет своей задачей учитывать («обдумывать») недостатки всех текстовых формулировок, если оно (толкование) «не хочет упустить свою цель». Также и историческое толкование направлено на то, чтобы познать представления о цели автора соответствующей нормы¹.

Таким образом, в рассматриваемой концепции ключевым моментом является утверждение, что три вспомогательных средства толкования изначально должны быть направлены на поиск исходной, исторической цели нормы. Это первый этап толкования, но как представляется, не последний этап правоприменения. Следует принимать во внимание, что с момента принятия нормы факты, урегулированные законодателем, могли измениться, и изначально преследуемая цель может быть уже не свойственна толкуемой норме. Поэтому на втором этапе правоприменения необходимо убедиться, не утратила ли нормативность историческая цель нормы, если изменилась фактическая структура действующего правопорядка.

Рассмотренное выше основополагающее разделение цели и средств толкования дополняется еще одной дифференциацией, смысл которой заключается в установлении различия между «толкованием фактического содержания квалифицирующих признаков (Tatbestandsmerkmal) и установлением цели (Zweck) нормы»². При этом подчеркиваются, что различные точки зрения и недооценка роли *цели* нормы в рамках толкования (что это – «цель» (Ziel) или «средство» толкования) основаны на том, что эта необходимая дифференциация часто не проводится. По мнению ученых, хотя и принято говорить о так называемом «толковании закона» (Gesetzesauslegung), юристы при применении (нахождении) (Rechtsfindung) права регулярно более точно интерпретируют не (целые) законы, а отдельные, содержащиеся в них («проблематичные») понятия. «...Толкование законов необходимо осуществлять посредством ориентированного на

¹ Там же.

² См.: Fischer Ch. Указ. соч. С. 558f.

определенный, конкретный случай толкования и конкретизацию их отдельных квалифицирующих признаков»¹.

По мнению Б. Рютерса, в том случае, если «абстрактно спрашивают о смысле и цели (Zweck) нормативного предписания, то цель нормы не может быть *средством* толкования, а только *целью* толкования. Цель нормы, то есть соответствующая, осуществляющая конкретную политико-правовую историческую регулятивную цель законодательная оценка интересов устанавливается посредством дословного текста нормы, систематики и в особенности истории возникновения»². С другой стороны, в процессе принятия решения, в ходе которого устанавливается, могут ли отдельные фрагменты фактических обстоятельств дела соответствовать определенным квалифицирующим признакам, цель нормы, напротив, будет являться одним из средств толкования. Применение права осуществляется посредством конкретизирующего разъяснения понятий. Смысл понятия устанавливается следующим образом: исследуются дословный текст, систематика закона, история возникновения и цель нормы, в которой содержится понятие. При толковании фактического содержания квалифицирующих признаков цели нормы [то есть соответствующей законодательной оценке интересов] определяется решающее значение. Противоречащие ей, возникшие со временем различные варианты понимания понятий могут без каких-либо ограничений быть скорректированы³.

Таким образом, согласно изложенной выше концепции, процесс правоприменения необходимо разделить на несколько ступеней, которые следует отделять друг от друга и которые подчиняются различным правилам. Первая ступень охватывает поиск относящегося к делу предписания и его толкование. Целью этого процесса является установление цели, закрепленной в норме в момент ее принятия. Если это не удастся или существует сомнение в действенности законодательной оценки интересов, то на втором этапе надлежит проверить, является ли историческая цель нормы действительной в период применения или

¹ См.: Rüter B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 429.

² См.: Rüter B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 429.

³ Там же.

необходимо развивать статутное право. Другие авторы не ограничиваются такой двухступенчатой моделью и вводят дополнительно третью ступень, в ходе которой следует проверить, не существует ли, не смотря на еще действующую в момент применения цель нормы, каких-либо препятствий к применению нормы, установленных, например, абз.2 ст. 103 Основного Закона (действие может повлечь наказание, только если наказуемость деяния была установлена законом до его совершения)¹.

Таким образом, целью каждого толкования является реализация цели правовой нормы, которую можно исследовать посредством имеющихся вспомогательных средств толкования, а именно: толкования на основании текста (грамматическое толкование), систематики (системное толкование) и истории возникновения (историческое толкование). Остановимся на их рассмотрении подробнее.

Грамматическое толкование называется в германской правовой доктрине как «Auslegung nach dem Wortlaut», что означает «толкование согласно дословному тексту». Термин «грамматическое толкование» используется как синоним, часто помещается в кавычки и пишется в скобках после «Auslegung nach dem Wortlaut» («grammatische» Auslegung). Раскрывая суть данного средства толкования, Б. Рютерс отмечает, что решающую, определяющую, желаемую законодателем цель (Zweck) регулирования изначально следует искать именно в дословном тексте нормы, Ф.К. фон Савиньи в сокращенном виде назвал это «грамматическим» толкованием².

Согласно концепции К. Фишера, А. Бирка, Б. Рютерса, тексты любого типа, чтобы быть понятыми, должны быть прежде истолкованы. Для юридической деятельности это означает: каждый закон, каждое отдельное правовое предписание и каждое договорное соглашение требует толкования, прежде чем они надлежащим образом могут быть применены или приведены в исполнение³. Противоположным

¹ См.: Höpfner C. Die systemkonforme Auslegung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. S. 141ff.; Rütters B., Höpfner C. Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode. In: JuristenZeitung (JZ). 60(1). 2005. S. 21, 24f.

² См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 433.

³ Там же.

изложенной выше точке зрения представляет собой унаследованное из римского права так называемое правило однозначности (одного значения – *Eindeutigkeitsregel*), согласно которому ясно и однозначно сформулированное предписание нормы не должно толковаться¹. Однако исходя из преобладающих в настоящее время в германской правовой доктрине взглядов можно сделать вывод о несостоятельности этого правила. Во-первых, языковые формулировки не могут длительное время быть «однозначными», т.к. они могут изменить свое содержание наряду с изменением окружающей обстановки, в которой они были сформулированы и позже реципированы. С другой стороны, ни одно правовое предписание не существует само по себе: его кажущийся однозначным текст может находиться в противоречии с другими предписаниями одного и того же закона или противоречить принятым позднее или более высоким по юридической силе правовым предписаниям². Нельзя исключить и тот факт, что «однозначно» сформулированные предписания могут также содержать редакторские ошибки или противоречивые оценки законодательной инстанции, которые в процессе применения следует принимать во внимание³.

Примеры несостоятельности правила однозначности можно найти в действующем законодательстве Германии. Так, согласно § 90 ГГУ ФРГ «вещи в смысле закона – это только материальные предметы». Это кажущееся «ясным» и «однозначным» нормативное определение «вещи» неоднозначно представлено в самом законе. В § 119 абз.2 ГГУ ФРГ речь идет о свойствах вещи, зафиксированное в §90 определение здесь не может быть применено, поскольку вещи, исходя из смысла §119, могут быть также нематериальными предметами. Аналогичный пример, где один и тот же термин может иметь разные значения, можно найти в ГК РФ: понятие, связанное с термином «имущество» в п. 2 ст. 46 ГК РФ, где под ним понимаются исключительно вещи, отличается от понятия, связанного с термином

¹ См. напр.: *BVerfGE* 4, 331-352.

² См.: Белова М.А. Цель и средства толкования права в современной правовой доктрине Германии // Организация учебной и воспитательной работы в вузе. Вып. 10. М.: РГУП, 2021. С. 250.

³ См.: *Rüthers B., Fischer C., Birk A.* Указ. соч. С. 433.

«имущество» в п. 1 ст. 302 ГК РФ, согласно которому в состав имущества входят еще деньги и ценные бумаги.

Б. Рютерс, К. Фишер, А. Бирк отмечают, что «правило однозначности» ведет к заблуждению, каждая норма права требует толкования. Они приходят к важному выводу, что «утверждение о „ясности“ и „однозначности“ регулятивного содержания нормы – это всегда результат толкования, которое как раз не ограничивается только дословным текстом. Аргумент „однозначности“ нормы может поэтому только служить подтверждением тому, что о рассматриваемой интерпретации в настоящий момент спора не существует. Как только мнения расходятся, ссылка на правило однозначности – это ложное обоснование принятого решения»¹. К аналогичному выводу приходят К. Ларнец и К.-В. Канарис: «„Однозначность“ конкретного термина в конкретной норме всегда является результатом толкования, в котором важную роль играют все факторы и аргументы, а не исключительно его текст»². Поэтому правило, установленное в рамках строгой позитивистской традиции, запрещающее толкование текста нормы, если ее текст ясен, также известное как „Eindeutigkeitsregel« (или «In-claris-verbis», «Sens clair-Doktrin», «Plain-Meaning-Rule»), в современной немецкой догматике признается большинством ученых несостоятельным. Как было показано выше, однозначных терминов не существует, и значение слова зависит от множества различных факторов. Упор исключительно на текст нормы приводит не к желаемой правовой определенности и ограничению произвола на практике, а, напротив, к обратному эффекту, повышая формализм и статичность права.

В противоположность изложенному выше выводу в теории права Германии представлена так называемая «теория обозначения» (Aundeutungstheorie), в которой дословному тексту приписывается абсолютное преимущество перед всеми другими средствами толкования. Сторонники данной концепции утверждают, что при неясном и многозначном тексте нормы допустимы только те результаты толкования, которые нашли свое – пусть даже не совсем неполное (несовершенное)

¹ Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 434.

² Larenz K., Canaris C.-W. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 1995. S. 26.

– выражение в дословном тексте, то есть были «обозначены» («angedeutet»)¹. Однако, данная позиция, которая приводит к строгому подчинению правоприменителя букве, опровергается необходимостью исправлять или устранять в ходе толкования, например, редакционные ошибки или «ценностные противоречия законодателя» (Wertungswidersprüche der Gesetzgebung). Показательным примером данного положения служит § 400 ГГУ ФРГ, согласно которому запрещается уступка не подлежащего обращению на него взыскания требования. Однако в решениях Федерального Верховного Суда обозначена следующая позиция: «правосудие осуществляло законодательную цель (Zweck) нормы надлежащим образом вопреки дословному тексту и семантическому контексту. Уступки действительны, если cedent получает равносильное встречное исполнение»². Таким образом, как убедительно изложил Ф. Хек, «правоприменитель обязан закону не *буквальным* послушанием (Buchstabengehorsam), а *думающим* (denkendes Gehorsam)³. Исключение может составлять уголовное право, если толкование могло быть не в пользу обвиняемого.

В современной правовой доктрине Германии теория обозначения сохранилась в модифицированной форме. Представители модифицированной теории обозначения считают правоприменителя уполномоченным применять норму [не зависимо от «обозначения» в дословном тексте], корректируя ее согласно действительной воле законодателя⁴. Граница дословного текста, таким образом, воспринимается ими также не как обязательная. В ходе развития права они приходят к аналогичному результату, а именно познанию действительной воли законодателя также вопреки дословному тексту или выходя за его рамки. Федеральный Конституционный Суд по этому поводу высказывает следующую позицию: «Согласно Основному Закону судья не «отсылается» применять указания

¹ См.: Siebert W. Die Methode der Gesetzesauslegung. Heidelberg: Verl.-Ges. Recht u. Wirtschaft, 1958. S. 39; Forsthoff E. Rechtsstaat im Wandel. Stuttgart: Kohlhammer, 1964. S.152.

² См.: BGHZ 4, 153; 13, 360.

³ См.: Ph. Heck. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. 1914. // [Электронный ресурс] – Режим доступа <https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/heck1ipru.html>

⁴ См.: Larenz K. Указ. соч. С. 324 ff.; Canaris C.-W. Die Feststellung von Lücken im Gesetz. 2. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1983. S.19ff.

законодателя в границах возможного смысла слова к каждому конкретному случаю»¹.

Однако, как представляется, в рамках изложенных теорий за продолжающейся дискуссией скрывается спор о том, отграничивается ли область толкования от области (судейского) развития права по кажущимся разумными признаками или содержит ли каждое применение нормы, по меньшей мере потенциально, также при ясном дословном тексте «праворазвивающие» элементы («судья как постоянный заместитель законодателя» («Ersatzgesetzgeber»)². В этом отграничении может быть рассмотрена цель теории обозначения. Однако, преувеличенное значение дословного текста является все же не совсем подходящим средством для данного отграничения. Толкование означает попытку выявить с помощью рациональных средств вложенный законодателем в норму смысл. Это его (толкования) цель, но также и его границы. Истолковано (**ausgelegt**) может быть только то, что вложил (**eingelegt**) законодатель³. Для этого следует использовать все средства познания, т.е. дословный текст, логику, историю возникновения, систематику.

Еще одной дискуссионной проблемой в рамках грамматического толкования в современной правовой доктрине Германии являются возможные альтернативы понимания значения слов в тексте нормы. Аргументированную позицию в данной дискуссии высказывают К.Фишер и А. Бирк. Для понимания слова или языкового знака ученые считают подходящими только две альтернативы: 1) значение изначально может быть установлено говорящим, в этом случае именно он определяет значение слова; 2) в ежедневном общении, однако, мы не проводим время за тем, чтобы соответствующему языковому партнеру объяснять каждое слово, мы используем слова согласно сложившейся языковой практике, согласно языковым традициям. То же самое делает, как правило, и законодатель. Только в редких случаях он определяет использованные в законе понятия. Авторы отмечают также существенное значение того, как сообщение (информация) воспринимается

¹ BVerfGE 34, 269 (287).

² См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 436.

³ Там же.

другими, необходимость принимать во внимание объективный круг получателей¹. На наш взгляд аналогичное положение устанавливает §133 ГГУ ФРГ: «При толковании волеизъявления должно исследовать истинную волю сторон, а не придерживаться одного буквального смысла выражений».

Таким образом, речь идет об установлении значения слов, которое, как правило, определяется тем, как слово понимается в языковом сообществе. Однако, следует принимать во внимание, что в случае создания норм права речь идет о профессиональных текстах. Юристы наряду с небольшим количеством языковых неологизмов используют прежде всего понятия повседневного языка, которые они (юристы) затем все же для соответствующих целей (*Zwecke*) дефинируют с привязкой к контексту. То есть правоприменитель должен сначала эмпирическим путем определить сложившуюся в обществе языковую практику (словоупотребления). Как правило, в случае новейших законодательных понятий, это трудоемкий процесс даже для практикующего юриста. Поэтому, как отмечает Б. Рютерс, для определения сложившейся языковой практики для судьи в качестве вспомогательного средства должно быть возможным обращение к словарю немецкого языка. Если и этого недостаточно, ему (судье) не остается ничего другого, как определять содержание понятия при «ярко выраженной ссылке на собственную языковую компетенцию»². В развитие данной мысли Р. Ванк отмечает: «...юрист часто действует таким образом, что взамен общепринятого употребления слова призывает к ответу его естественное чувство языка», и приходит к вызывающему сомнение выводу, что «юрист при этом, как правило, действует не типично, не в соответствии с семантическими критериями, а в контексте своей юридической работы за ссылкой на общепринятое словоупотребление скрывает свои собственные правовые взгляды (позиции)»³. Д. Буссе, в свою очередь, считает, что «под ссылкой на „общее употребление слова“ понимается не эмпирическое использование языковых средств носителями немецкого стандартного языка, а язык юридических интерпретаций,

¹ Там же.

² См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 437.

³ Wank R. Die juristische Begriffsbildung. München: C.H. Beck, 1985. S. 12.

интерпретации судов высших инстанций и дефиниции, которые используются в юридических решениях. Тогда «грамматическое» толкование – если оно будет и дальше пониматься как метод установления значения – в лучшем случае могло бы представлять собой разъяснение семантики специальных терминов юридического языка»¹.

Однако, одни и те же слова могут как в повседневном, так и в юридическом языке получать различные значения. Например: словосочетание «ночное время» применяется в следующих предписаниях:

а) § 292 абз. 2 №2 УК ФРГ (StGB) (браконьерская охота в ночное время): под ночным временем понимается время с конца вечерних сумерек до начала утреннего рассвета, таким образом, время темноты, а не ночи в обычном понимании;

б) § 19 абз.1 №4 Федерального Закона ФРГ «Об охотничьем деле» (BJagdG): запрет охоты «в ночное время» с легальным определением: время с 1,5 часа после захода солнца до 1,5 часа до восхода солнца;

в) §104 Уголовно-процессуального Кодекса ФРГ (StPO): обыск в жилище в ночное время с легальным определением ночного времени в абз.3 (то же в § 188 абз.1 Гражданско-процессуального Кодекса Германии (ZPO)

С 1.4. – 30.09: 21.00-4.00

С 1.10 – 31.3: 21.00- 6.00.

Языковое употребление и тем самым понятийное содержание слов изменяется наряду с изменением общественных и политических процессов. Например, §§138, 826 ГГУ ФРГ содержат критерии оценки «общепринятых норм морали» («общественной нравственности» - gute Sitten). Сам законодатель уже понимал, что посредством таких «неопределенных юридических терминов» или «общих клаузул» (Generalklausel) судье в процессе применения предоставляется широкий диапазон свободы действий. Фактически, представление о «добрых нравах» и его понимание стремительно изменяется после издания ГГУ ФРГ, сначала очевидно в экономическом праве во время первой мировой войны и во время экономического кризиса Веймарской республики. К началу эпохи национал-

¹ См.: Busse D. Указ. соч. С. 27.

социализма Большой Сенат издал для разрешения гражданских дел новое предписание: «Понимание „нарушения общепризнанных норм морали“ представляет по своему существу содержание преобладающих после переворота народных настроений, национал-социалистическое мировоззрение»¹. Б. Рютерс пишет: «Правосудие эпохи национал-социализма доказывает взаимосвязь между законодательно закрепленными понятиями о ценностях (Wertbegriffe) и соответственно преобладающими вне правового порядка политическими представлениями о ценностях. Эту взаимосвязь можно наблюдать повсюду, в любое время, вне зависимости от системы. Законодательные понятия (Gesetzesbegriffe) и тексты законов открыты по отношению к духу времени. Это подтверждается уже и тем, что судьи, которые применяют право, согласно Конституции, являются независимыми (ст. 97 абз. 1 Основного Закона ФРГ), однако они не являются независимыми от духа времени и от его течений. В период национал-социализма, кроме этого, конституционная независимость судей была ограничена мощными механизмами давления тоталитарной системы. В ГДР политическое воздействие и давления органов исполнительной власти на правосудие, как уже многократно было доказано, было не меньшим»².

Итак, слова и понятия имеют свою собственную историю. В связи с этим возникает ключевой вопрос дискуссии об установлении значения слова: какое содержание понятия является определяющим для правоприменителя: смысл слова, который во время возникновения был единственно верным и положен в основу законодателем или же изменившееся повседневное значение слова в процессе применения нормы. Б. Рютерс подчеркивает, что «...если установленная конституцией связанность законом должна иметь какой-либо смысл, то преимущественная задача судьи при толковании текста заключается в установлении значения слова в понимании законодателя»³. Законодатель при формулировке правового положения может исходить только из действующего во

¹ См.: Rüthers B. Die unbegrenzte Auslegung. 8., unveränderte, um ein neues Nachwort erweiterte Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. S. 64ff.

² Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 119.

³ Там же.

время возникновения нормы содержания и значения используемых понятий, будь то повседневный или специальный язык, поэтому правоприменитель должен в любом случае изначально исследовать смысл слова «в момент его возникновения». Он (смысл) является исходным пунктом каждого толкования, который необходимо определить, так как только смысл может передать исходное направление цели (Zweck) нормы¹.

Другие авторы (Е. Крамер, К. Ларенц)² полагают, что «неспециальные», (не закрепленные в норме) слова и выражения в нормативных текстах следует «интерпретировать принципиально согласно сегодняшнему употреблению в языке». В сущности, здесь речь идет о вопросе, должна ли быть наряду с решающей нормативной волей законодателя конкурирующая, имеющая политико-правовое значение воля. Полагаем, что это может быть только воля правоприменителя, который решает, что в момент применения «состарившегося» закона должно быть «объективно» содержательным (или разумным содержанием регулирования). Вопрос о границах допустимости такой интерпретации рассмотрим в части исторического, а также системного способов толкования.

Историческое толкование в современной правовой доктрине Германии имеет своей задачей установить содержание предписания и цель (Zweck) нормы из контекста их возникновения. При этом речь идет о рассмотрении целого ряда обстоятельств, которые оказывали влияние на возникновение нормы:

- общественно-исторический контекст, то есть общественные интересы, конфликтные ситуации и представления о цели (Ziel), которые обусловили создание нормы. Ф. Хек назвал это «изучением (исследованием) казуальных факторов интересов» (Erforschung der kausalen Interessenfaktoren)³;

- духовный и историко-догматический контекст. Здесь следует принимать во внимание концептуальные и историко-догматические начала, в которых обсуждалось и формулировалось содержание нормы. Одни и те же понятия в

¹ Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 438.

² См.: Kramer E.A. Juristische Methodenehre. 3. Aufl. München: Bern & München: Stämpfli & Beck, 2010. S. 85; Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 1991. S. 324.

³ См.: Ph. Heck. Указ. соч. С. 1ff, 59ff.

период возникновения могут иметь абсолютно разное значение. Как отмечает К. Фишер: «...тот, кто хочет понять язык нормы, должен знать язык ее создателя. Только он (язык) способен передать содержание предписания нормы»¹;

- регулятивная воля законодателя: речь идет об установлении политико-правовых намерений и регулятивных целей (Ziel) тех, кто оказал значительное влияние на формулирование основных положений и проведение процесса издания нормы. По мнению К. Фишера, это главная цель исторического толкования².

Как отмечает М.Г. Дубинин, «преимуществами подобного метода является всестороннее изучение и, как результат, уточнение изначального смысла, которое вкладывал законодатель в норму права, «чистого» от его последующей интерпретации и применения в сложившейся практике»³.

Исследование этих трех аспектов, если оно проходит успешно, предоставляет правоприменителю доступ к изначальному смыслу и семантическому контексту подлежащей применению нормы.

В современной правовой доктрине Германии исторический способ толкования также именуется «генетическим», «генетически-историческим», «субъективным»⁴. Разграничивая генетический и исторический аспекты исторического способа толкования, под генетическим аспектом Д. Буссе понимает историю возникновения нормы, в какой форме она задокументирована в юридических материалах: в протоколах парламентских дебатов, ходатайствах, комментариях к проекту по принятию нового закона и т.д. Он отмечает, что с семантической точки зрения все эти тексты могли бы рассматриваться как контекст для горизонта значения нормы, подлежащей толкованию, поскольку в них объясняется значение отдельных слов, закрепленных в норме, или даже целых предложений, или, по меньшей мере, они иллюстрируют в дифференцированном применении употребление в языке подлежащих интерпретации понятий и, таким образом, получают прагматический характер для «установления» их значений.

¹ Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 466.

² См.: Там же.

³ Дубинин М.Г. Толкование права в романо-германской и англосаксонской правовых семьях (на примере ФРГ и Великобритании) // Вестник ННГУ. 2015. № 3. С. 131.

⁴ См.: Busse D. Указ. соч. С. 25; Engisch K. Указ. соч. С. 77.

«Исторический» же компонент направлен, скорее, на исследование исторической ситуации, связанной с принятием нормы, например, предшествующие нормативные тексты и причины их изменения¹.

Согласно концепции К. Энгиса, историческое понимание нормы происходит следующим образом: «начиная с фактически задуманного и желаемого значения, затем проясняя следующие исторические контексты, исследуя «мотивы», ставя под сомнение взгляды авторов, и, наконец, исследуя все исторические корни и духовную атмосферу правового развития»². Оценивая слова К. Энгиса, Д. Буссе отмечает, что такое описание исследования воли законодателя напоминает слова профессора права, который при рассмотрении способов толкования так объяснил своим студентам суть «телеологического толкования»: «взятое (добытое) очень издалека»³. Поэтому «историческое толкование», поскольку оно отчасти имеет телеологическую (целе)направленность, также называют «субъективным» способом⁴, чтобы отличить его от четвертого канона – «объективно-телеологического» толкования.

Также о значении и статусе исторического толкования среди юристов ведется активный спор в рамках проходящей через поколения и непрекращающейся дискуссии о методах. Зачастую, исходный вопрос этого спора формулируется следующим образом: «следует ли интерпретировать закон в соответствии со временем его вступления в силу («ex tunc») или в соответствии со временем применения («ex nunc»)»⁵? Тем самым, как отмечает А. Бирк, подразумевается следующее: следует ли при толковании права зависеть от «субъективной» воли исторического законодателя или нормативное содержание закона основывается на его тексте и систематике, которые содержат «объективную волю закона» (objektiven Willen des Gesetzes)⁶?

¹ См.: Busse D. Указ. соч. С. 29.

² Engisch K. Указ. соч. С. 87.

³ См.: Busse D. Указ. соч. С. 31.

⁴ Там же.

⁵ Kramer E.A. Указ. соч. С. 116; Engisch K. Einführung in das juristische Denken. 10. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2005. S. 112.

⁶ Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 467.

В теории толкования права Германии противопоставляются друг другу, как правило, два альтернативных метода толкования, а именно: так называемое «объективное» («geltungszeitliche» – в соответствии с временем применения закона) толкование и так называемое «субъективное» («entstehungszeitliche» – в соответствии с временем возникновения нормы). Подробно этот вопрос будет рассмотрен в параграфе «Сравнительный анализ субъективной и объективной концепций толкования права».

В рамках продолжающейся дискуссии некоторые ученые высказываются против исследования исторической цели (Zweck) принятия нормы. В качестве одного из аргументов приводится мнение о том, что «...воля законодателя исходит из абсолютистской традиции мышления, она (воля) – это нечто нереальное, нет такой воли, так как в демократических странах нет индивидуализированного законодателя. Разумеется, законодатель есть, но не в понимании отдельного лица или группы лиц, как это соответствовало традиционным монархическим представлениям XIX века»¹. Б. Рютерс, К. Фишер, А. Бирк отстаивают противоположную точку зрения и подчеркивают, что цель исторического толкования – не фактическая воля принимающих участие в правотворческом процессе лиц, а распознаваемая из контекста историческая цель (Zweck) регулирования². По мнению ученых, решающими для установления цели (Zweck) регулирования являются стоящие за правотворчеством мотивы, которые «воплощались» в процессе принятия нормы. Для этой цели (Zweck) привлекаются все исходные данные, которые имели значительное влияние на процесс принятия нормы: весь общественно-политический контекст, материалы законодательного процесса (проект правительства, обсуждения в комиссиях, контрпроекты, протоколы Бундестага и Бундесрата, официальные обоснования и т.д.)³.

¹См.: Windscheid В. Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl. Stuttgart, 1879 // [Электронный ресурс] – Режим доступа <http://dlib-pr.mpij.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22243107%22>

² Rütters В., Fischer С., Birk А. Указ. соч. С. 469.

³ Там же. С. 470.

Другое возражение против обязательности исследования исторической цели (Zweck) исходит из того, что часто историю возникновения, а тем самым и историческую цель нормы, не удастся установить с достаточной степенью точности. Уже поэтому историческому способу толкования не следует придавать такого особенного значения, как например, дословному тексту или систематике. Данный подход также критикуется в концепции, разработанной Б. Рютерсом, К. Фишером, А. Бирком. Авторы считают, что факт существования немалого количества норм, в которых цель (Zweck) регулирования в целом или в отдельных аспектах остается неясной или многозначной, даже если все имеющиеся исходные пункты истории возникновения исчерпывающе исследованы, не является веской причиной того, чтобы индикаторы исторической цели нормы оставались неисследованными там, где они могут быть поняты. В качестве аргумента в поддержку своей позиции ученые также приводят пример, что все современное национальное, а также международное законодательство, прежде всего Европейского Союза, раскрывает мотивы принятия нормы и приводит их перед текстом самой нормы¹.

Ученые называют три причины необходимости установления и особого значения исторической цели нормы:

1) часто история возникновения дает более надежную информацию о точной регулятивной цели (Zweck) нормы, чем дословный текст или системное положение. Отказ от возможного выяснения истории возникновения может привести к тому, что устанавливаемая регулятивная цель останется неизвестной для интерпретатора и сама интерпретация поэтому будет исходить из неправильной регулятивной цели;

2) функция исторического толкования рассматривается как «отграничительный инструмент» толкования от развития права. Посредством толкования не может быть установлено никакое другое содержание предписания, чем то, которое было вложено (eingelegt) в него законодателем. Точно раскрытая историческая цель нормы является, таким образом, центральным объектом и рациональной границей процесса, который соответственно можно обозначить как

¹ Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 470.

«толкование». По мнению авторов, в процессе исследования исторической цели нормы «средствами толкования начинается процесс собственной оценки интерпретатора, который хотя и относится к правоприменению, но не может быть охвачен понятием толкования»¹;

3) историческое толкование является определяющим критерием честности выбора метода. Только проведенная попытка выяснения истории возникновения и исторической цели нормы создает возможную ясность об объективно заданном содержании предписания. Оно (толкование) делает для правоприменителя очевидным, «осуществляет ли он еще волю законодателя или ставит на ее место свою собственную»².

В итоге, авторы приходят к выводу, что вопреки господствующей доктрине, Конституция обязывает суды к проведению исторического исследования цели нормы: на основании их связанности законом они должны, по меньшей мере, принимать к сведению «предрешенное историческим законодателем»³.

Считаем, что поставленные в научной дискуссии вопросы о том, следует ли толковать правовую норму «ex tunc» или «ex nunc» и о значимости исторического толкования могут быть разрешены следующим образом. Необходимо исходить из того, что исследование истории возникновения (историческое толкование) – это неотъемлемый этап каждого правоприменения (так же, как и толкование согласно дословному тексту и системное толкование). Изначально (насколько это возможно), следует установить исходную, преследуемую законодателем при принятии нормы цель. Затем, правоприменитель должен исследовать, изменились ли с момента принятия нормы регулируемые материи или представления о ценностях правового сообщества настолько, чтобы установленные и преследуемые законодателем цели необходимо было модифицировать, или же норму в целом невозможно применить по ряду других причин.

Следующий способ толкования в современной правовой доктрине Германии – системный – основывается на тезисе, что система норм права должна быть

¹ Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 472.

² Там же.

³ Там же.

непротиворечивой, и каждая отдельная норма должна гармонировать со всей системой¹. Как подчеркивал Р. Штаммлер, «...тот, кто применяет правовую норму, применяет в итоге весь правопорядок в целом»². Поэтому в рамках системного метода необходимо выбрать тот вариант толкования, при котором норма будет лучше всего гармонировать с другими нормами³.

Системное толкование в теории права Германии исходит из презумпции, что содержащиеся в норме понятия подчинены одной цели (*Zweck*), и соответствующая отдельная норма основывается на единой цели регулирования общего комплекса норм (обязательственное право, вещное право). Также следует исходить из непротиворечивого единства подлежащей применению нормы (Гражданский Кодекс, Уголовный Кодекс, Торговый Кодекс). В качестве примера системного толкования внутри одной нормы можно привести установление значения термина «иное право» в абз. 1 § 823 ГГУ ФРГ. Представим себе ситуацию, в которой А нанес телесные повреждения Р, который, в свою очередь, работает у Т. В результате повреждений Р не мог в течение недели выполнять свои обязанности по трудовому договору. Т потерял, таким образом, право требования к Р на исполнение последним обязанностей по трудовому договору. Может ли он тогда требовать от А возмещения ущерба, возникшего в результате утраты им указанного права требования к Р? Такое право требования к А у него могло возникнуть из абз. 1 § 823 ГГУ, согласно которому возмещению подлежит ущерб, который возник в результате причинения вреда жизни или здоровью, посягательства на свободу, собственность или на иное право лица. В описанном примере были нарушены права Т из трудового договора с Р, поэтому необходимо установить, защищаются ли договорные права требования данной нормой закона, что будет возможно только в том случае, если такое право требования Т к Р будет «иным правом». При рассмотрении системы данной статьи можно установить, что все перечисленные в абз. 1 § 823 ГГУ права носят исключительный (жизнь,

¹ См.: Säcker, Rixecker, Oetker. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl. München: C.H.Beck, 2006. Einl. (Rn.129).

² Stammer R. Theorie der Rechtswissenschaft. Gale, Making of Modern Law, 2013. S.15.

³ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 440.

свобода) или абсолютный характер (право собственности). Поэтому в рамках данной системы и «иные права» должны обладать абсолютным или исключительным характером. Утраченное Т право требования к Р происходит из трудового договора и обладает, таким образом, относительным характером. Следовательно, утрата прав из договора не защищается в рамках абз. 1 § 823 ГГУ, и Т не может требовать возмещения вреда от А по этому основанию¹.

Системное толкование требуется также там, где несколько, закрепленных в различных нормах, часто в различных отраслях права комплексов норм должны быть применены комбинировано. Так, например, защита от недобросовестного увольнения (§1ff. Закона о защите от увольнений ФРГ (KschG)) тесно переплетается с участием профсоюза согласно § 102 Закона ФРГ о правовом режиме предприятий (BetrVG), а также с нормами социального права.

Системное толкование в правовой доктрине Германии часто именуется также «логическим»². К. Энгисх считает, что «...логико-системная связь касается не только значения юридических терминов в соответствующем конкретном логическом контексте {...}. Скорее, это в конечном счете касается полноты скрытой в отдельной правовой норме правовой идеи в ее многообразной связи с другими составляющими всей правовой системы»³. Понимание права как самоструктурированной, полной и системной связи, которая может быть прояснена с помощью логики, находится в тесной взаимосвязи с так называемой «юриспруденцией понятий», которая рассматривает право исключительно как систему правовых понятий, которые должны определяться и разграничиваться друг от друга. Хотя позиции этой школы сегодня уже не являются господствующей теорией, логические теории в методологии все еще часто используются как вспомогательные средства и им отдается предпочтение относительно других (например, языковые теории, не основанные на логике)⁴.

¹ См.: Шмагин А. Основы немецкой методики толкования права. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа <http://kniga.seluk.ru/k-filosofiya/1050738-1-osnovi-nemeckoy-metodiki-tolkovaniya-prava-aleksandr-shmagin-nauchniy-sotrudnik-instituta-inostrannogo-mezhdunaro.php>

² См.: Busse D. Указ. соч. С. 27.

³ Engisch K. Указ. соч. С. 79.

⁴ См.: Busse D. Указ. соч. С. 28.

К. Ларенц называет системный аспект также «семантическим контекстом закона»¹. В связи с этим встает вопрос о характере связи «системного» толкования с «грамматическим». В развитие концепции К. Ларенца Д. Буссе ставит вопрос о том, предполагаются ли два различных аспекта, в соответствии с которыми для определения значения дословного текста нормы, норма в ее установленном значении входит в системный контекст других норм (которые, следовательно, уже должны были быть установлены в их значении)? Или рассмотрение системного положения нормы в общем контексте является частью определения ее значения, как предполагает формулировка К. Ларенца²?

Как представляется, строгое разграничение обоих канонов толкования невозможно, поскольку каждое системное рассмотрение предполагает знание значения используемых текстов нормативных актов; «грамматическое» толкование необходимо прежде всего, поэтому соотношение канонов между собой часто рассматривается как иерархический порядок или как последовательность этапов в толковании. И наоборот, не очень ясно, используются ли (или вообще можно ли использовать) в процессе «грамматического» толкования также системные аспекты. Д. Буссе приходит к выводу, что в лингвистическом смысле «системный контекст закона мог бы быть обозначен как горизонт значения, который уже постоянно присутствует при каждом толковании отдельной формулировки нормы и влияет на ее результат»³. Считаем, что в повседневной юридической практике это, вероятно, также будет иметь место, поскольку правоприменители, как правило, уже знают или, по крайней мере, предполагают (если бы это было не так, то они вообще не могли бы найти соответствующие нормы в огромном количестве форм права) подлежащие использованию правовые нормы, с которыми формулировка нормы, которая должна быть истолкована, находится в системной связи. Это значит, что, если существуют конкурирующие или родственные (аналогичные, схожие) взаимосвязанные правовые нормы, их знание также может отражаться на

¹ См.: Larenz K. 1979. S. 311.

² См.: Busse D. Указ. соч. С. 28.

³ См.: Там же.

толковании формулировки нормы «согласно дословному тексту (буквально)», т.е. «установлении ее значения».

К. Энгисх подчеркивает также связь системного канона толкования с телеологическим: «...поскольку эта смысловая связь каждой правовой нормы со всем правовым порядком является в значительной степени телеологической, поскольку правовые нормы в основном имеют задачу выполнения определенных целей (Zwecke) во взаимосвязи с другими нормами, чтобы в конечном итоге дополнить эти другие нормы, системное толкование вряд ли может быть отделено от телеологического»¹. Более подробно этот вопрос будет рассмотрен также в части телеологического толкования.

Четвертым и наиболее противоречивым способом толкования является «телеологическое толкование», при применении которого толкование правового акта происходит в соответствии с преследуемой им целью. На первый взгляд применение данного способа представляется достаточно простым: если однозначно установлена цель нормы, то и проверка полученного результата толкования на его соответствие цели не представляет большой сложности. Приведем известный пример относительно установления цели нормы: «...у приемной было прибито объявление: „Собак вводить в приемную запрещается“. Однажды является вожак с медведем и спрашивает себя о том, может ли он ввести с собой своего косматого спутника...»². Возникает вопрос о допустимости посещения приемной с другими животными. Ответ будет отрицательным, если преследуемой целью такого правила является соблюдение санитарно-гигиенических требований, которые будут нарушены при посещении приемной с другими домашними животными. Если же мы установим, что хозяин приемной повесил данное объявление с целью запрещения именно собак (допустим, из-за своей нелюбви к ним), то и ответ на поставленный вопрос будет утвердительным.

¹ Engisch К. Указ. соч. С. 79.

² См.: Радбрух Г. Введение в науку права. Москва: Трудь, 1915. С. 68.

Проанализировав изложенный выше пример, становится очевидным, что результат толкования в данном случае будет напрямую зависеть от установления преследуемой цели, которую представляется возможным узнать у хозяина приемной. Иначе обстоит ситуация с установлением целей нормы, где достаточно сложно определить, к кому обратиться с подобным вопросом. Какие именно документы являются выражением воли законодателя: размышления депутатов парламента, принимающих закон, или участников, разрабатывавших его проект, или мнение профильного комитета парламента, через который проходит проект, или пояснительная записка к проекту? Зачастую закон преследуют не одну, а несколько целей, что делает процесс толкования еще более сложным и требующим соответствующего обоснования¹.

Центральным дискуссионным вопросом в рамках телеологического способа толкования является проблема установления целей нормы. В правовой доктрине Германии различаются два основных подхода к вопросу определения целей нормы: субъективный и объективный. Суть субъективного подхода заключается в ориентировании при установлении цели нормы исключительно на историческую волю и умысел законодателя². Этой же точки зрения придерживается П.Шваке: «...законодатель преследует в момент создания закона совершенно определенные цели в определенной исторической парадигме, выбирая между различными вариантами решения проблемы, поэтому данная воля законодателя должна быть определяющей при толковании права»³.

Противники данной теории указывают в первую очередь на то, что адресата закона можно связать его текстом, а не какими-то другими материалами, касающимися принятия закона. Кроме того, часто просто невозможно найти соответствующие документы о том, какую именно цель преследовал законодатель при установлении данного правила, или такие документы просто недоступны,

¹ См.: Шмагин А. Указ. соч.

² См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 472.

³ Schwacke P. Juristische Methodik. 5. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2011. S. 98.

поэтому установление цели (а с ним и телеологическое толкование) невозможно будет применить¹.

Представители объективной концепции предлагают выводить преследуемую законом цель из самого закона в момент его применения. Воля же исторического законодателя либо не должна учитываться совсем, либо должна восприниматься с учетом особенностей настоящего времени. Каждый закон после своего принятия начинает жить собственной жизнью, которая распространяется и на правоотношения, упущенные или не урегулированные в процессе правотворчества. Правоприменитель должен быть освобожден от представлений исторического законодателя, так как социальные структуры и отношения находятся в постоянной динамике вследствие политических, социальных, экономических, правовых и фактических изменений в обществе. Если же оставить происходящие с момента принятия закона перемены без внимания, то это приведет к его «окаменению», в то время как правоприменитель должен толковать закон в соответствии с ценностями, действующими в момент разрешения спора. В противном случае уменьшается акцептирование данной нормы в качестве масштаба человеческого поведения и правопорядка в обществе².

Основным аргументом против данной концепции является прежде всего нарушение принципа разделения властей и принципа законности, поскольку в демократическом государстве именно законодательной власти передана монополия на принятие законов, поэтому правоприменители должны быть связаны представлениями законодателя и применять нормы права в установленном законодателем порядке. Если же данную волю проигнорировать, то существует опасность, что она будет заменена волей правоприменителя. Кроме того, крайние варианты объективной концепции очень либеральны в отношении текста закона и при поиске пробелов, что приводит при применении закона к непредсказуемости результатов³.

¹ См.: Шмагин А. Указ. соч.

² Там же.

³ См.: Шмагин А. Указ. соч.

Каждая из представленных концепций имеет в своей основе противоположные критерии для установления преследуемых законом целей. Современная теория пытается объединить два этих подхода, устанавливая примерно следующие правила для определения целей нормы.

Изучение истории принятия закона и установление целей, преследовавшихся историческим законодателем, являются обязательными для интерпретации норм, так как данная воля законодателя является тем объективным фактором, который не может быть проигнорирован правоприменителем. При определении целей нормы мы должны ориентироваться и на результаты, полученные с помощью других методов толкования. Сознательно расставленные законодателем приоритеты и произведенная им оценка ценностей при разрешении конфликта должны учитываться при толковании. Законодатель ориентируется в процессе создания нормы на представления своего времени, а они являются динамичным меняющимся фактором. Поэтому правоприменитель должен проверить цели нормы на их актуальность и, соответственно, обязательность с учетом современной ситуации, адаптируя их в определенных границах к условиям настоящего времени. Если же установление преследуемой законодателем цели невозможно ввиду отсутствия необходимых материалов именно по данной норме или их противоречивости, а также в случае существенного изменения той ситуации, в которой принимался закон, то данная цель должна выводиться из самого закона¹.

Важной составляющей современного подхода является установление противостоящих в рамках принятого регулирования интересов, которые также оказывают влияние на результат толкования. Правоприменитель должен выяснить, какие интересы преследуются сторонами в конкретном случае и как законодатель решил данный конфликт интересов, какому из этих интересов он отдал предпочтение или какой баланс между ними он нашел, выбирая тот вариант, который способствует наиболее полной реализации данной цели.

В результате телеологического толкования можно получить несколько возможных решений, между которыми приходится выбирать, что привносит в

¹ Там же.

процесс толкования определенный элемент неоднозначности и спорности. С другой стороны, данный метод привносит новые аргументы для выявления противостоящих интересов и определения преследуемого законом баланса между ними.

В качестве примера телеологического толкования может послужить правило § 766 ГГУ, согласно которому для действительности договора поручительства требуется письменное обязательство от поручителя. В практике возник вопрос: считать ли данное требование по форме выполненным, если поручитель отдает кредитору подписанное заявление без проставления в нем конкретной суммы долга, соглашаясь с тем, что она будет проставлена в нем самим кредитором? С одной стороны, письменная форма в данном заявлении соблюдена, так как для ее оформления согласно абз. 1 § 126 ГГУ достаточно документа с собственноручной подписью составителя. С другой стороны, целью законодателя при введении требования по форме было введено дополнительное предупреждение поручителя о тех рисках, с которыми связано заключение договора поручительства. К такому риску относится осознание суммы долга. В данной статье противостоят друг другу интерес защиты быстроты гражданского оборота и защиты поручителя. Законодатель путем введения требования относительно формы обязательства отдал приоритет защите поручителя. Если же поручитель вслепую подписывает документ, не обладая возможностью фактически оценить, какой риск он на себя берет, то цель законодателя не достигается, поэтому при толковании нормы под «письменной формой договора поручительства» следует понимать подписание документа со всеми существенными условиями договора, включая сумму долга¹.

Таким образом, можно сделать следующие выводы. В германской правовой доктрине проводится различие между понятиями нормы права (Rechtsnorm, Norm) и текста нормы (Normtext). Предметом толкования в правовой доктрине Германии является текст правового акта. Исходя из основного положения нетождественности текста нормы и нормы как таковой отрицается позитивистское понимание права,

¹ BGHZ 132, 119, 122. // http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/NJW96_1467.html

которое описывает правоприменение как квазиавтоматическую субсумцию (Subsumtion), если устанавливается только лишь значение точного текста нормы (Normwortlaut) или только закрепленных в нем слов. Вместо этого предлагается понимать применение права как структурированный *процесс*, как часть комплексной (многообразной) практики, в которой текст правовой нормы представляет собой только один из видов исходных данных среди многих. Представленное понимание правоприменительного процесса обозначается в германских концепциях толкования права как «Konkretisierung» («конкретизация»), что не соответствует подходам к определению сущности конкретизации в отечественной юридической науке.

В германской правовой доктрине проводится разграничение понятий «цель» и «средство» толкования права. Подчеркивается, что каждое толкование должно служить осуществлению преследуемой нормой цели, остальные критерии (способы) толкования подчинены этой цели и являются вспомогательными средствами, с помощью которых интерпретатор должен попытаться установить цель нормы. Из этого определяется важное отличие цели от средств толкования: цель (Ziel) толкования – это определение и осуществление цели (Zweck) нормы; средства толкования – (дословный) текст, системное толкование, историческое толкование. В данном случае, установленное различие закрепляет одновременно определенную иерархию, которая подчиняет значение средств толкования его цели.

§3. Конституционные принципы выбора способов и методов толкования права

Со времен Ф.К. фон Савиньи не прекращается дискуссия о надлежащем выборе метода толкования права. Б. Рютерс отмечает, что работы по данной проблематике «заполняют целые библиотеки», однако, подчеркивает

незначительность их достижений «из-за ошибочной рецепции» и основную причину этому видит в том, что методическая литература в большинстве случаев «не замечает», вытесняет неотъемлемую взаимосвязь между соответствующей методологией, общественно-политическими властными отношениями и политико-правовой функцией выбора метода толкования¹.

Проблема выбора метода толкования права является центральным вопросом продолжающейся дискуссии. Правовой порядок ФРГ не содержит специального закона, который как обязательный к исполнению предписывает правоприменителю определенный метод толкования права. Также проблема судейского развития права в области пробелов в законе и в праве в Германии законодательно не урегулирована, в отличие, например, как уже отмечалось ранее, от Гражданского Уложения Швейцарии, в ст. 1 абз. 2 и 3 которого закреплено следующее: «Если в законе не может быть найдено соответствующее постановление, то судья должен решить дело на основании обычного права, а, при отсутствии и такового, – по праву, которое он установил бы в качестве законодателя. При этом он следует указаниям науки и практики»².

Отсутствие официального закона о выборе метода толкования может привести к ошибочному выводу, что германское право предоставляет выбор метода свободному усмотрению правоприменителя. В этой связи определенный интерес представляет лаконичный ответ бывшего председателя Федерального Конституционного Суда Германии Вольфганга Цидлера на вопрос о признанных Федеральным Конституционным Судом методических принципах:

«Ах, знаете, у нас каждый случай имеет свой собственный метод»³.

Некоторые авторы возводят эту позицию в теоретический принцип и утверждают, что «методически судья свободен в выборе правил интерпретации»⁴.

¹ Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 416.

² Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 // <https://www.gesetze.ch/inh/inhsub210.htm>

³ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 417.

⁴ См.: Kaufmann A., Hassemer W., Neumann U. Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. 8. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2010. S. 263.

На первый взгляд это парадоксально, так как применение действующих норм права обязательно и детально предписано Основным Законом, Законом о судоустройстве и процессуальными порядками. Федеральный Конституционный Суд делает вывод, что специализированные суды обязаны при применении средств толкования, выделенных Ф.К. фон Савиньи, «установить объективированную волю законодателя»¹. Согласно ст. 20 абз.3 Основного Закона исполнительная и судебная власть связаны «законом и правом»; согласно ст. 97 абз.1 Основного Закона «судьи независимы и подчиняются только закону». Эти предписания являются исходным пунктом для последующих рассуждений о методе правоприменения. Основной вопрос звучит так: как должны быть организованы методы правоприменения, чтобы они удовлетворяли этому высшему требованию судейской деятельности – связанности законом? Из этого следует, что Основной Закон не является методически нейтральным, а методы правоприменения не являются конституционно нейтральными. Согласимся с цитатой Б. Рютерса: «Памятное изречение для каждого правоприменителя звучит так: методические вопросы – это конституционные вопросы, они касаются разделения власти между законодательной и судебной»².

В германской юридической литературе в последнее время отстаивается мнение, что связанность судебной власти законом – это «чистая химера, несбыточная мечта»³. Тем самым провозглашается новая «школа свободного права» не связанного, не зависящего от Конституции «судьи-короля»⁴. Тезис о том, что судья свободен в выборе метода толкования, отстаивает, например, В. Гассемер и считает, что поскольку разные методы регулярно приводят к различным результатам, эта свобода действует также для выбора результатов: «...с выбором определенного метода толкования типичным образом выбирается один

¹ См.: BVerfGE 11, 126 (130).

² Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 418.

³ См.: Hassemer W. Gesetzesbindung und Methodenlehre. Zeitschrift für Rechtspolitik. 40 Jahrg. H.7. München: Verlag C.H.Beck, 2007. S. 213ff.

⁴ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 419.

определенный результат, а другой отклоняется, и тот, кто знает (свое) дело, может это предвидеть и применять стратегически»¹.

С этим выводом не соглашается К. Фишер, подчеркивая, что эти тезисы противоречат Основному Закону, они нарушают принцип демократии и обязательное в правовом государстве разделение властей, «в противовес ко многим применяемым методическим произвольностям действует положение: методы правоприменения в сфере действия Основного Закона не могут свободно выбираться интерпретатором»².

Считаем, что выбор метода толкования ограничен Конституцией также с позиции другого аспекта. Преимущественное полномочие для установления правовых норм принадлежит законодательной власти. В Германии оно исполняется демократически уполномоченными законодательными органами – Бундестагом и Бундесратом. Законы, принятые парламентом в соответствии с Конституцией, представляют собой «демократически сформулированную общую волю, конкретное, нормативно обязывающее решение суверена»³.

Поэтому строгая связанность судьи законом – элементарная (базовая) составляющая принципа демократии (ст. 20 абз. 2, 3 Основного Закона). Б. Рютерс подчеркивает: «Судьи независимы. Но они могут быть таковыми, так как и пока они подчиняются закону. Судья, таким образом, – думающий слуга демократически принятого закона, но не его господин»⁴. Это значит, что каждое ослабление принципа связанности законом судов означает ослабление (упразднение) принципа демократии. Это в итоге может привести к тому, что выраженная в законе, обязательная к исполнению общая воля вытесняется (подменяется) «субъективизмом принимающего в конкретном случае решение судьи»⁵.

¹ Hassemer W. Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik. In: Rechtstheorie. Vol. 39. Berlin: Duncker und Humblot, 2008. S.1,12.

² См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 419.

³ См.: Там же.

⁴ Там же.

⁵ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 420.

Однако, с нашей точки зрения, решающим для установления рамок дозволенного метода правоприменения является вопрос, что подразумевает Основной Закон, когда связывает судебную власть «законом и правом» (ст.20 абз.3 Основного Закона) и судей «законом» (ст. 97 абз. 1 Основного Закона). Оба положения не совпадают дословно. Как следует понимать эту разницу?

Ответ на данный вопрос предполагает надлежащее толкование проблемных (упомянутых выше) конституционных определений. Только таким путем возможно отрегулировать («гармонизировать»¹) различные формулировки в ст. 20 абз. 3 и ст. 97 абз.1 Основного Закона. При этом под словом «гармонизировать» А. Бирк подразумевает следующее: Конституция представляет собой оценочное единство и не регулирует одну и ту же проблему (здесь: связанность судов законом) дважды и противоречиво². Однако, метод толкования Конституции, требуемый для этого, должен, в свою очередь, соответствовать содержанию конституционных положений, которые еще предстоит толковать («гармонизировать»). Правоприменитель в данной ситуации оказывается в сфере непреодолимого противоречия. Он должен методически верно понимать ст. 20 и 97 Основного Закона, хотя к нему он обращается с целью найти предписанные Конституцией методические критерии. Таким образом, он вынужден применять метод, конституционную сущность которого он еще ищет.

Дословный текст ст. 20 абз.3 Основного Закона содержит дополнительные вопросы. Употребленная там формула «закон и право» часто обозначается германскими юристами как «таинственная»³, поскольку речь идет об определении содержания «права» наряду с законом. Конституция обозначает здесь, что право – не равно закон, существуют другие обязательные к исполнению источники права. Германские юристы понимают под этими источниками, например, обычное право, естественное право, «внепозитивные правовые принципы» (außerpositive Rechtsgrundsätze)⁴. Здесь проявляется методически теоретическое и

¹ См.: Там же.

² Там же.

³ См.: Hillgruber Ch. Neue Methodik. Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland. In: Juristenzeitung. 63 Jahrg. № 15, 16. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. S. 745ff.

⁴ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. Rn. 232ff., 262 ff., 711 ff.

конституционное значение этого вопроса. Речь идет о границе действия принципа демократии или, если сформулировать иначе, о том, кто создает (творит) право? Как широко действует преимущество правотворческой деятельности парламентского законодателя по отношению к «наплыву» со стороны «заместителя законодателя» (Ersatzgesetzgeber) правосудия? Используемые при толковании Конституции и права основные понятия и методы имеют большое влияние на содержание истолкованной нормы. Выбранный соответствующий метод правоприменения может оказать значительное влияние на содержание предписания применяемой нормы. Альтернативные методы могут продуцировать альтернативные решения и содержание права, таким образом, быть причиной потенциально различных правовых порядков¹.

Таким образом, мы разделяем точку зрения, что строгая связанность судов законом – это центральный составной элемент демократического правового государства с закрепленным в Конституции принципом разделения властей и исключительным правом правотворчества законодательных органов. Согласно Конституции, необходимо следовать тому методу толкования, который соответствует принципу демократии и разделения властей, т.е. возможно в высшей степени воплощает связанность судей законом. Вопросы выбора метода толкования – это конституционные вопросы, они касаются реального разграничения правотворческой власти в государстве.

Таким образом, в первой главе настоящего исследования при решении первой задачи был сделан вывод, что в конце 1960-х гг. классическое учение в теории толкования права Германии было заменено «linguistic turn» (лингвистическим поворотом), что было связано с публикацией работ Г.-Г. Гадамера «Истина и метод» (1960), а также концепцией, представленной Л. Витгенштейном в «Логико-философском трактате» (1921), получившей развитие в его труде «Философские исследования» (1953). Эта научная парадигма и до сегодняшнего дня сохраняет свое влияние на процессы, происходящие в

¹ См.: Там же.

юридической науке. Результаты лингвистических исследований в юридической работе с текстом способствуют лучшему пониманию функционирования языковых элементов в сложном, институционально сформированном, предметно-специфическом использовании языка; языковое обоснование имеют все современные концепции понимания и толкования права.

При решении второй задачи было определено соотношение понятий предмета, цели и средств толкования. Сделан вывод, что в германской правовой доктрине проводится существенное различие между понятиями нормы права (Rechtsnorm, Norm) и текста нормы (Normtext). Предметом толкования в правовой доктрине Германии является текст правового акта. Также проводится разграничение понятий «цель» и «средство» толкования права. Подчеркивается, что каждое толкование должно служить осуществлению преследуемой нормой цели, остальные критерии (способы) толкования подчинены этой цели и являются вспомогательными средствами, с помощью которых интерпретатор должен попытаться установить цель нормы. Из данного положения устанавливается важное отличие цели от средств толкования: цель (Ziel) толкования – это определение и осуществление цели (Zweck) нормы; средства толкования – (дословный) текст, системное толкование, историческое толкование. В данном случае, установленное различие закрепляет одновременно определенную иерархию, которая подчиняет значение средств толкования его цели.

При решении третьей задачи было установлено соотношение понятий толкования и конкретизации. Исходя из основного положения нетождественности текста нормы и нормы отрицается позитивистское понимание права, которое описывает правоприменение как квазиавтоматическую субсумцию (Subsumtion), если устанавливается только лишь значение точного текста нормы (Normwortlaut) или только закрепленных в нем слов. Вместо этого предлагается понимать применение права как *структурированный процесс*, как часть комплексной (многообразной) практики, в которой текст правовой нормы представляет собой только один из видов исходных данных среди многих. Представленное понимание правоприменительного процесса обозначается в германских концепциях

толкования права как «Konkretisierung» («конкретизация»), что не соответствует подходам к определению сущности конкретизации в отечественной юридической науке.

При решении четвертой задачи определены и проанализированы конституционные принципы толкования права. Сделан вывод, что строгая связанность судов законом – это центральный составной элемент демократического правового государства с закрепленным в Конституции принципом разделения властей и исключительным правом правотворчества законодательных органов. Согласно Конституции, необходимо следовать тому методу толкования, который соответствует принципу демократии и разделения властей, т.е. возможно в высшей степени воплощает связанность судей законом. Вопросы выбора метода толкования – это конституционные вопросы, они касаются реального разграничения правотворческой власти в государстве.

Глава 2. Концепции толкования права в Германии

§1. Сравнительный анализ субъективной и объективной концепций толкования права

Проблему четырех канонов толкования в современной правовой доктрине Германии вытесняет более фундаментальная дискуссия между «объективной» и «субъективной» концепциями толкования права. Субъективная концепция придает определяющее значение регулятивной воле законодателя. Поэтому должный метод толкования права согласно этой концепции основан на том, что сначала необходимо исследовать историческое предписание и цель (Zweck). Основными представителями субъективной концепции толкования (в исторической очередности) были Ф.К. ф. Савиньи, Б. Виндшайд, Ф. Хек, Г. Навяски, Г. Вестерманн, Г. Брокс, Д. Райнике, Б. Рютерс, К. Фишер, А. Бирк¹.

Объективная концепция, напротив, исходит из представления о том, что закон с момента публикации «отрывается» от законодателя и отныне самостоятелен, так что воля правотворца теряет свою актуальность; закон имеет свою собственную волю и часто «умнее тех, кто его создал»². Основателями и основными представителями объективной концепции были А.Ф. Тибаут, К. Биндинг и П. Колер³.

В рамках данной дискуссии, различая цели субъективного и объективного толкования, К. Энгиш формулирует следующий вопрос: «Определяется ли фактическое содержание закона и, следовательно, конечная цель толкования прежней и уникальной (исключительной) волей исторического законодателя таким

¹ См.: Белова М.А. Теории толкования права в современной германской правовой доктрине // Российское правосудие. №9. 2021. С. 14.

² Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С.473; Esser J. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsprechung. Frankfurt am M.: Athenäum, 1972. S. 131ff.

³ См.: Thibaut und v. Savigny; ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von H. Hattenhauer. München: Verlag Vahlen, 2002.

образом, что юридический догматик должен идти по стопам историка права, или же фактическое содержание закона покоится в нем самом и в его словах, как воля закона, как объективный смысл, независимый от субъективного мнения и воли исторического законодателя, но при необходимости также свободно подвижный (гибкий), способный к развитию, как все, что участвует в объективном духе?»¹

Таким образом, объективное толкование не стремится установить историческую реальную волю правотворца, его цель заключается в том, чтобы выяснить «волю закона». С этим утверждением не соглашается Б. Рютерс, который отмечает, что «...такой самостоятельной «воли» нормативного текста не может быть; так называемое „объективное“ толкование ищет что-то несуществующее, призрак, ни один нормативный текст не имеет собственной воли»². По словам Ю.В. Недилько, «чрезмерная свобода интерпретации в процессе применения права может привести к тому, что толкуемая норма изменит или утратит свой смысл»³.

Противники объективной концепции толкования подчеркивают также, что правоприменитель может «извлечь» из закона только то, что либо автор (то есть законодатель), либо реципиент (то есть суд или ученый-юрист) в него вложили. Таким образом, объективное толкование, если оно отклоняется от первоначальной цели нормы, осуществляет *субъективную* регулятивную волю правоприменителя. «Не закон умнее законодателя, он не имеет собственного интеллекта, но возможно, правоприменитель (судья) хочет или иногда должен быть умнее, чем законодатель, как например в том случае, когда с момента издания закона область его применения коренным образом изменилась. Тогда, очевидно, судья не может вуалировать отклонение от закона за (объективным) толкованием. Более того, он должен указать на очевидность развития (Fortbildung) статутного права, чтобы можно было дискутировать о «благоразумии» конкретного развития права и его причинах»⁴.

Достойна внимания оценка, которую историческому толкованию в своей позиции дал Федеральный Конституционный Суд: «Субъективные представления

¹ См.: Busse D. Указ. соч. С. 33.

² Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 473.

³ Недилько Ю.В. Особенности толкования права в России и в Германии: взаимодействие теории и практики. // Евразийский юридический журнал. 2015. №10. С. 91.

⁴ Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 473.

органов или отдельных лиц, участвующих в законодательном процессе, о значимости этого положения не являются решающими. История их создания важна для толкования только в той мере, в которой она подтверждает правильность интерпретации, установленной в соответствии с заявленными принципами, или исправляет сомнения, которые не могут быть разрешены указанным способом»¹.

К тому же Федеральный Конституционный Суд снижает значение исторического толкования тем, что делает зависимым его влияние на результат толкования от дословного текста подлежащего применению предписания. Суд полагает, что воля исторического законодателя может «учитываться только при условии, когда она в самом законе нашла достаточно определенное выражение»².

В отношении метода толкования, Федеральный Конституционный Суд высказывал позицию, что Конституция не предписывает конкретного метода толкования права³. Определенный перелом в мнении ФКС по вопросу «свободного выбора метода толкования» впервые наметился в особом мнении трех членов Второго Сената (Ди Фабио, Остерио, Фосскуле)⁴, где речь шла о конституционных границах судейского развития права (**Rechtsfortbildung**), которое ошибочно называется «нахождением права» (**Rechtsfindung**) и «толкованием» (**Auslegung**), хотя в действительности осуществляется «отклоняющееся от закона судейское правотворчество» (*gesetzabweichende richterliche Normsetzung*)⁵. Сенатское меньшинство обозначило развивающее право решение Сената, которое противоречило однозначно заявленной воле законодателя, как противоречащее Конституции, поскольку оно нарушало принцип демократии и принцип разделения властей и тем самым границы судейского «нахождения права». Вслед за этим Федеральный Конституционный Суд в решении от 25.01.11 установил следующие принципы:

¹ BVerfGE 1, 299 (312).

² BVerfGE 11, 126 (130).

³ BVerfGE 88, 145 (167).

⁴ BVerfG NJW 2009, 1469, 1476; Möllers Ch. Nachvollzug ohne Maßstababbildung. Richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Zum Beschluss des BVerfG vom 15. 1. 2009 -2 BvR. In: Juristenzeitung. Jahrg. 64 Heft 13. Tübingen: Mohr Siebeck. 2009. S. 668ff.

⁵ Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 474.

«Разделение властей исключает, что суды претендуют на полномочия, которыми согласно Конституции наделен законодатель, тем, что они из роли применителя нормы «устремляются» к роли правотворческой инстанции и тем самым отказываются от связанности правом и законом. Судейское развитие права не должно приводить к тому, что судья свои собственные представления о справедливости ставит на место представлений законодателя. Полномочия к развитию права ограничены, принимая во внимание принцип связанности правосудия законом. Судья не может отступать от закрепленного законодателем смысла и цели закона. Он должен уважать основное решение законодателя и максимально надежно исполнять (осуществлять) его волю при изменившихся условиях»¹.

Таким образом, Федеральный Конституционный Суд придает историческому способу при толковании права определяющее значение, а также указывает, что связанность законом и правом ограничивает суды в свободе выбора метода толкования.

В то же время господствующая в настоящее время в судебной практике и юридической литературе Германии теория «объявляет себя сторонником» преимущественно объективной концепции толкования, которая в значительной степени представляется и обосновывается К. Ларенцом и К.-В. Канарисом. Наряду с элементами толкования, выделенными Ф.К. фон Савиньи, ученые представили еще так называемые «объективно-телеологические» критерии, которые должны охватывать две группы признаков, а именно:

- объективные цели права, такие, как поддержание мира и справедливое разрешение споров, «сбалансированность» регулирования в смысле оптимального учета затронутых интересов;

- предполагаемое в каждой норме стремление к «регулированию», которое является «надлежащим (целесообразным – sachgemäß)». Только в том случае, если законодателю ставится такая задача, то в ходе толкования можно получить такие

¹ BVerfG, NJW 2011, 836ff.

результаты, которые делают возможным принять правильное решение также и в отдельном случае¹.

Соответственно, с одной стороны, речь идет о предписанных законодателю «структурах регулируемой предметной области, о фактических обстоятельствах», которые «разумным образом» следует принимать во внимание. С другой стороны, тем самым подразумеваются «этически-правовые» принципы, которые стоят за «регулируванием, в которых понятна, произносима ссылка на правовую идею»².

Если речь идет о толковании права в классическом смысле воспроизведения заданной «чужой» оценки (*Wertung*), а именно оценки законодателя, то можно сделать вывод, что в традиционном учении о методах толкования объективно-телеологические критерии отсутствовали. Иначе ставится методический вопрос, если правоприменитель хочет не *толковать*, а *уклониться* от заданной законодательной оценки, ее преобразовать, развить, истолковать по-иному или полностью отказаться. «Объективно-телеологическими» эти критерии К. Ларенц, К.-В. Канарис называют потому, что «при них не важно, что законодатель осознавал их значение для созданного им регулирования»³.

Совсем иначе рассуждает об объективности Э. Штайн. Объективную концепцию в ее классическом проявлении он рассматривает как продукт юриспруденции понятий и отклоняет ее. Э. Штайн пишет: «Право объективно в совершенно ином смысле. Оно является элементом социальной действительности. Поэтому для его толкования решающей (определяющей) является не воля людей, которые создали отдельные правовые нормы, а решающими являются потребности социального общества, которое является его (права) носителем. Поэтому оно не зависит ни от воли законодателя, ни от (в действительности, только фиктивной) воли закона, а исключительно от воли правового сообщества, что в демократии значит – от воли народа»⁴.

¹ Larenz K., Canaris C.-W. 1995. Указ. соч. С.153.

² Там же.

³ См.: Там же. С. 154; также Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 477.

⁴ Stein E., Frank G. Staatsrecht, 20. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. S. 37.

Относительно позиции Э. Штайна возникает два вопроса: должно ли право действительно не зависеть от регулятивной воли парламента, а вместо этого зависеть от «потребностей социального общества»? Кто в таком случае обладает компетенцией определять эти потребности и тем самым определять содержание отдельных норм и целого правопорядка? Кто скажет судам, что в каждом конкретном случае есть «воля народа»? Тогда, как представляется, остаются две возможности: определение содержания права должно выражаться как результат полученного в ходе опроса общественного мнения исследования, или же судьи будут возведены до уровня «провидцев»¹ «воли народа».

Критикуя позицию Э. Штайна, Б. Рютерс отмечает, что определение Э. Штайном права как «объективного порядка», как и отклоняемое им самим объективное толкование, приводит к мистификации роли судов. Они (суды) получают компетенцию, со ссылкой на волю правового сообщества и народа, корректировать имеющееся законодательное регулирование «согласно потребностям социального сообщества» или вообще отклоняться от него².

В продолжении критики объективной концепции К. Фишер, А. Бирк отмечают, что представители объективного метода лишь «распространяют впечатление», что их способ толкования приведет к «правильности», к «объективности» или даже к истинности (достоверности) результатов³. С другой стороны, напротив, возникает вопрос: может ли юридическое учение о методах толкования вообще продуцировать «правильные» результаты правоприменения?

Достижения современной герменевтики позволяют сделать вывод, что этот тезис несостоятелен. Не существует объективности герменевтически полученных объяснений⁴. Это означает, что невозможно сделать научно достоверное, «истинное», «объективно правильное» объяснение содержания нормативных текстов, «тексты подобны партитурам музыкальных произведений, которые,

¹ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 478.

² Там же.

³ Там же.

⁴ См.: Dreier R. Probleme der Rechtsquellenlehre, in: C.-F. Menger (Hrsg.). Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für H.J. Wolff zum 75. Geburtstag. München: C.H. Beck, 1973, S.3; Schlesky H. Einsamkeit und Freiheit. Reinbek: Rowohlt, 1963. S. 282.

будучи замененные посланием авторов текста, принимают и провозглашают высказанные намерения исполнителя (интерпретатора)»¹.

С другой стороны, это подтверждается в теории Г. Кельзена, который также отрицает возможность «объективного» толкования с «правильным» объяснением содержания нормы: «В применении права ... соединяются познавательная интерпретация подлежащего применению права с волевым актом, в котором правоприменительный орган делает выбор между указанными посредством познавательной интерпретации возможностями»².

Исследуя проблему субъективной и объективной концепций толкования с точки зрения юридической семантики, Д. Буссе, дополняя приведенную выше цитату К. Ларенца о том, что закон «умнее» законодателя, отмечает, что «разумность закона понимается как «имманентная телеология» и подчеркивает: «Имманентная» телеология может – что бы ни представляли себе под этим понятием отдельные юристы – по крайней мере, служить для обеспечения того, чтобы господство объективного духа сделать ответственным за присужденную (приписанную?) закону в результате интерпретационной деятельности правоприменителя цель»³. Далее Д. Буссе приходит к выводу, что если отделить основной вопрос концепции объективного толкования от сомнительных разговоров об «объективном духе» и т.п., то суть основной проблемы каждой интерпретации текста станет очевидной: следует ли искать значение текста в смысловом намерении реального автора, или же текст не содержит в себе возможность осуществления смысла, выходящего за рамки мнения его автора (создателя)? Является ли «превышение» «изначального смыслового намерения» явлением, которое неизбежно наступает особенно в случае временного промежутка между интерпретацией текста и его созданием («актом выражения» автором), или же речь идет о принципиальном, с точки зрения лингвистики описываемом как

¹ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 479.

² См.: Kelsen H. *Reine Rechtslehre*. Studienausgabe der 2. Aufl. 1960. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. S. 351.

³ Busse D. Указ. соч. С. 33.

обязательное, различии любого понимания текста (понимание языка) и возможного смыслового намерения автора текста (или говорящего)¹?

Определенный интерес вызывает дальнейшее рассмотрение основных вопросов субъективной и объективной концепций толкования права с лингвистической точки зрения. Так, К. Энгисш ссылается на объективную доктрину герменевтики, которая исходит из того, что для каждого текста существует единственное истинное значение, к которому можно приблизиться посредством интерпретационной деятельности, и которое, быть может, также возможно объективно установить, и это объективное содержание текста не зависит от мнения его автора и зависит только от объективного значения лингвистических (языковых) формулировок. Далее он отмечает, что применимо к юридической работе это значит: «Произведение (Werk) – это возможное и реальное содержание слов закона. Это присущее закону содержание мысли и воли является впредь исключительно решающим. Оно одно появилось и легализовано в соответствии с требованиями конституции»². В продолжение Д. Буссе подчеркивает, что тот, кто говорит о «реальном» содержании, предполагает, что для каждого языкового выражения (устного или письменного) существует одно единственное правильное значение (и, следовательно, интерпретация). Тот же, кто оставляет для текста «возможные» значения, открывает возможности для интерпретаций, внутри которых могут существовать различные конкурирующие толкования. В таком случае пришлось бы отказаться от утверждения, что существует «одно» правильное значение. Но тот, кто говорит одновременно о «возможном и реальном» содержании, осознает, что среди множества возможных интерпретаций он хотел бы именно своей, определенной интерпретации, приписать характер, – а значит, и легитимность, и научную строгость – реального содержания³. Аналогичную двусмысленность содержит цитата о двойственности «содержания мысли» (Gedankeninhalt) и «содержания воли» (Willensinhalt). Если «содержание мысли» еще может быть выражено с помощью «значения нормативного текста», причем еще не решено,

¹ См.: Busse D. Указ. соч. С. 34.

² Engisch K. Указ. соч. С. 89.

³ См.: Busse D. Указ. соч. С. 34.

подразумевается ли (субъективное) авторское значение или (объективная) мысль, то «содержание воли» отсылает к телеологии, статус которой только все еще требует разъяснения¹.

Д. Буссе полагает, что понятие воли относится к лингвистически прагматическому понятию намерения автора, которое (для смысловой стороны языкового выражения) также содержит аспект определения цели, но отмечает, что в более поздних прагматических семантиках, однако, является крайне спорным, может ли понятие намерения автора быть понято в смысле реального, связанного с определенной личностью намерения, или же это скорее аналитический термин, который описывает структуру языковой коммуникации, в которой речевые партнеры (говорящий\писатель и слушатель\читатель) ведут себя так, как будто имеется реконструируемое авторское намерение². При этом со стороны интерпретатора текста не может быть возможным ничего иного, как подчинение (ориентированное на его собственный деятельный, языковой и жизненный опыт) намерения автора. Это подчинение связано с собственным опытом, с намерениями интерпретатора. Ф. Мюллер подчеркивает: «Объективность (в строгом смысле слова) при этом не достигается. Если тексту нормы придается объективно устанавливаемое «содержание воли», то тем самым скрывается субъективный характер каждой интерпретации»³.

Насколько мало сторонники объективной концепции толкования озадачены реальным значением текста нормы, можно заметить из представления К. Энгиса, когда он пишет: «Заложенный в законе смысл также может быть богаче (шире), чем все то, что составители закона предполагали в своей работе. Сам закон и его внутреннее содержание не статичны, как все исторически проходящее, но живы и изменчивы и поэтому способны к адаптации. Смысл закона меняется уже потому, что закон является частью всего правопорядка и, следовательно, принимает участие в его постоянном преобразовании в силу единства правовой системы.

¹ См.: Busse D. Указ. соч. С. 34.

² См.: Busse D. Historische Semantik. Stuttgart: Klett-Cotta, 1987. S. 145ff.

³ Müller F. 1984. S. 48.

Вновь добавленные положения передают свою значимость старым и преобразуют их»¹.

Д. Буссе отмечает структурную взаимосвязь этой – возможно, порожденной юридической необходимостью – оценки функции текстов с поэтологической позицией герменевтического литературоведения: в обеих сферах интерпретация текстов зависит от «высшей» формы реализации смысла, которая выходит за рамки чистой потребности понимания в повседневном языке: для литературоведов – от эстетико-поэтической «истины», которая находится «по ту сторону» возможных «смысловых намерений» авторов и их ситуативных, контекстуальных и исторических ограничений; для юриспруденции – от «цели регулирования», которая должна быть адаптирована к новым правовым рамочным условиям, а также к новым техническим, экономическим, социальным, политическим, культурным и моральным явлениям, которые исторический законодатель не мог предвидеть².

Что касается основного вопроса о значении текста («намерение автора» или «объективное содержание»), необходимо проводить различие между двумя аспектами: юристы, которые придерживаются объективной концепции, всегда ссылаются на системную связь правовых норм, что означает, что в соответствии с требованием замкнутости и «единства правопорядка» все действующие законы могут быть гипостазированы в воображаемый «общий текст». Этот общий текст – подобно системе сообщающихся сосудов – понимается как системная связь таким образом, что изменение в одном месте может иметь широкий спектр эффектов (воздействий) в других местах. В таком случае судебское развитие права может быть легитимировано как необходимое восполнение пробелов, возникших в результате регулирования, созданного другими нормами³. При такой постановке проблемы становится понятным ожесточенный юридический методический спор о разграничении правоприменения от развития права, что составляет причину спора между объективной и субъективной концепциями толкования.

¹ Engisch K. 1983. S. 90.

² См.: Busse D. 1993. S. 37.

³ См.: Там же.

Д. Буссе приходит к выводу, что «...поскольку принятие закона является задачей исключительно законодателя, фактически происходящее судебное правотворчество было обозначено как „развитие права“, чтобы отразить тот факт, что судьи всегда добавляют новые положения к существующим правовым нормам только в том случае, если в существующем законе есть „пробелы“ или двусмысленность (неопределенность). Разговор о «пробелах в законе» имеет целью внушить, что судебское развитие права квази необходимо дополняет то, что было предусмотрено системой, но что законодатель «забыл» или «упустил из виду»¹. Допустимость этого «судейского права» горячо оспаривается. Сторонники субъективной концепции, которые хотят выяснить цель толкования фактической регулятивной воли конкретного исторического законодателя, всегда обосновывают свою позицию постулатом связанности законом. Однако, по мнению Д. Буссе, этот конституционный принцип может служить аргументом в пользу субъективной концепции только в том случае, если считать, что историческое значение текста может быть установлено. «Сторонники субъективной концепции, таким образом, делают (с лингвистической точки зрения) правильное (акцент на постулате связанности законом, взятие под сомнение судебское развитие права) неправильными способами. Однако, из этого не следует, что последователи объективной концепции неправильное (беспрепятственное судебское право) осуществляют правильными средствами». В качестве противоположной позиции к привязанной к автору субъективной теории Д. Буссе предлагает «субъективную концепцию, привязанную к интерпретатору». Такая концепция толкования должна будет учитывать тот факт, что толкование текста всегда подвергается субъективным смысловым намерениям интерпретаторов, и в этих условиях переформулировать (по-новому сформулировать) постулат связанности законом².

Однако, сторонниками продолжает отстаиваться объективная концепция, которая стремится отрицать субъективные «дополнения» интерпретаторов, создавая фантом «объективного значения текста». Так, Э. Баден считает, что с

¹ См: Белова М.А. Теории толкования права... С. 16.

² См: Там же.

помощью этой «уловки» можно судебные решения, которые de facto выходят за рамки текста закона, выдавать за «толкование» по очевидным причинам: «Подход, позволяющий проводить реальное развитие права в качестве простого толкования, освобождает интерпретатора от задачи доказывать свое полномочие на развитие права и представлять предложение для общего обсуждения»¹.

В каком объеме объективная концепция представляет «пространство» волевому акту правоприменителя и тем самым препятствует достоверности (надежности) правоприменения показывает общественный опыт. Центральную роль играют при этом все вновь и вновь определяющие ключевые понятия, такие как, например, «правовая идея» (Rechtsidee), «справедливость», «этические принципы». В Германии эти понятия использовались часто как идеологические «скользящие оговорки» (Gleitklauseln), с помощью которых унаследованные законы были переиначены (истолкованы на новый лад) (umgedeutet) и приспособлены под на новую, «политически устоявшуюся» систему ценностей. Они проявились в правопорядке как «лазейки» (Einfallstore) в законе; в соответствии с этими же самыми открытыми понятиями «новое, политически правовое желаемое вино было налито в трубы унаследованных, традиционных старых законов»². По мнению А. Бирка, К. Фишера, так называемые объективно-телеологические критерии, таким образом, закрепили право не в надлежащей, действующей «объективной» системе ценностей, напротив, они являются инструментами для приспособления законов к соответствующему духу времени³. В этом отношении К. Энгисх говорит о магической силе «волшебной метлы» правовой идеи (magische Kraft des Zauberesens 'Rechtsidee')⁴. Тем самым явно обозначена корректирующая, политико- и судейско-правовая функция этих критериев. Поэтому, как отмечают А. Бирк и К. Фишер: говорить об «объективно-телеологических» критериях в смысле их возможности способствовать надежности

¹ См.: Белова М.А. Теории толкования права... С.16.

² См.: Rüthers B. Das Ungerechte an der Gerechtigkeit. 3. überarb. und erg. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. S. 85ff.; Rüthers B. Rechtsordnung und Wertordnung. Zur Ethik und Ideologie im Recht. (Konstanzer Universitätsreden). Konstanz: Universitätsverlag Konstanz, 1986. S. 78.

³ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 480.

⁴ См.: Engisch K. Einführung in das juristische Denken. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010. S. 295.

и предсказуемости результата правоприменения может только тот, кто (сознательно?) не замечает историю и опыт методической практики в смене систем последнего столетия. Именно это и происходит, по мнению ученых, во многих учебниках по теории права, которые издаются в настоящее время¹.

В этой связи стоит обратить внимание на замечание К. Ларенца и К.-В. Канариса о том, что объективно-телеологические критерии должны иметь определяющее значение «только там, где остальные критерии „не в состоянии дать несомненного ответа“»². Однако, сомнения по поводу дословного текста, систематики и истории возникновения может выразить в каждом случае интерпретатор. И тогда, если он (интерпретатор) утверждает, что оно (сомнение) есть, то в итоге объективно-телеологические критерии принимают решающее значение.

Представляет интерес следующее высказывание К. Ларенца, К.-В. Канариса: «Не стоит удивляться тому, что невозможно с определенной точностью сказать, когда, например, полученный из истории возникновения аргумент должен отступить за объективно-телеологические критерии или в какой момент изначально обоснованное (оправданное) толкование должно уступить ориентированному на современные стандарты»³. Не соглашаясь с вышесказанным, Б. Рютерс отмечает, что согласно этому методу в действительности – это не удивительная, а запрограммированная сомнительность (неуверенность); «тот, кто избегает выяснения законодательной цели нормы, или кто без оснований отклоняется от нее, освобождает себя от связанности законом, становится из слуги (Diener) господином (Herr) закона. Тот, кто толкует мнимо объективно, тот не хочет знать, что хотел урегулировать данной нормой законодатель. Он обманывает сам себя или других об изначальной цели нормы. Историческое толкование, таким образом, необходимый, неотъемлемый *первый* (но не *последний!*) шаг каждого соответствующего Конституции правоприменения»⁴.

¹ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 480.

² См.: Larenz K., Canaris C.-W. 1995. S. 153f.

³ См.: Там же. S. 166.

⁴ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 481.

Критики объективной концепции толкования подчеркивают, что явное, очевидное различие толкования и развития права «объективистами» избегается или заявляется как невозможное. Особенно это становится очевидным, когда основная линия интерпретации формулируется следующим образом: «Кто сейчас толкует право, ищет в нем ответ на вопросы его времени»¹.

Однако, с данной позицией можно не согласиться. Поиск ответов в более «старых» законах может быть бесполезным только в том случае, если в законодательстве тогда эти вопросы вообще не были отражены. Там, где ответ отсутствует в законе, там также и объективный метод не может его туда волшебным образом привнести. Это означает, что толкование на этом этапе заканчивается. Далее следует «творческая» деятельность интерпретатора в смысле интерпретативного правотворчества, которая больше не имеет ничего общего с собственно толкованием². Поэтому относительно объективной концепции Е.А. Крамер в своей «Юридической методологии» («Juristische Methodenlehre») говорит следующее: «Как веский аргумент для объективно- (телеологической) интерпретации выступает „аргумент развития права“... Только объективно-телеологическая интерпретация и развитие права позволяют, как кажется, последовательное (непрерывное) приспособление законов к актуальным потребностям, к новым „стандартным ситуациям“ (Normsituation)»³.

Б. Рютерс отмечает, что судебское развитие права, которое часто ведет к переосмыслению (иному толкованию) законов (Gesetzesumdeutung) получает посредством объективной концепции с понятием «толкование» видимость когнитивной, рациональной и обязательной операции. Реальное судебское правотворчество «затуманивается» посредством обоих понятий – «объективное» и «толкование» – и маркируется аурой кажущейся чисто научной процедуры. Поэтому включение этой деятельности под понятием толкования права может привести к заблуждению и самообману⁴.

¹ См.: Larenz K., Canaris C.-W. 1995 S. 139.

² Там же. С. 166.

³ Kramer E.A. Указ. соч. С. 130.

⁴ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 483.

Важная функция учения о методах толкования (Methodenlehre), по мнению А. Бирка, К. Фишера, заключается в том, чтобы создать механизм рационального контроля судебных решений. Это возможно только тогда, когда процесс принятия решений проходит, насколько это возможно, по понятным, четким и поддающимся проверке правилам¹.

От данного предложения отказывается объективная концепция толкования, подчеркивая, что «методически судья свободен в выборе правил интерпретации»².

В. Хассемер, с 2002 по 2008 гг. вице-президент Федерального Конституционного Суда, принципиально ставит под сомнение обязательность и эффективность юридических методов: «представление о применении права в соответствии с правилами юридических методов – это мечта»³. Тогда получается, что каждый отдельный случай имеет свой собственный, свободно выбираемый правоприменителем метод. Но он может выбирать его в соответствии с желаемым им результатом. Так называемые «объективно-телеологические» критерии получают свою весомость из субъективного предположения тех, кто применяет право. Они действуют по принципу, что «соответствующая весомость различных критериев не в последнюю очередь зависит от того, что они дают в каждом отдельном случае»⁴.

В результате, это означает приближение к методической произвольности, так как выбор критериев, в значительной степени, предоставлен интерпретатору. Каждый случай может производить новую весомость критериев согласно представлениям правоприменителя. Результат может быть обозначен как Methodenphobie⁵ или, как сказал А. Майэр-Хайоц, – «принципиальная беспринципность»⁶. Широта возможностей интерпретации, которая позволяет включить «объективно-телеологические» критерии в понятие «толкования», наглядно иллюстрирует замечание Ф. Хека, сделанное им еще в 1914 г.: «Закон в

¹ Там же.

² См.: Kaufmann A., Hassemer W., Neumann U. Указ. соч. С. 263.

³ См.: Hassemer W. 2008. S. 1ff.; Rütters B. Methodenfragen als Verfassungsfragen? In: Rechtstheorie Vol. 40. Berlin: Duncker und Humblot, 2009. S. 253ff.

⁴ См.: Larenz K., Canaris C.-W. 1995. S. 166.

⁵ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 484.

⁶ Там же.

объективном толковании можно сравнить с воздушным шаром, который, когда запустишь, ускользая от желаемой цели, следует ветру (читай: духу времени)»¹.

Таким образом, в результате проведенного сравнительного анализа субъективной и объективной концепций толкования права в современной германской правовой доктрине сделан вывод, что субъективная концепция придает решающее значение регулятивной воле законодателя, должный метод толкования права согласно этой концепции – сначала исследовать историческое предписание и цель (*Zweck*). Объективная концепция, напротив, исходит из представления о том, что закон с момента публикации «отрывается» от законодателя и приобретает самостоятельность, так что воля правотворца теряет свою актуальность. Таким образом, объективное толкование, если оно отклоняется от первоначальной цели нормы, осуществляет *субъективную* регулятивную волю правоприменителя. В результате этот процесс означает приближение к методической произвольности, так как то, что определяют «объективно-телеологические» критерии, в значительной степени решает интерпретатор.

§2. Концепции толкования национального права во взаимосвязи с международным правом

В ходе объединения Европы и интернационализации правовых вопросов во всем мире все большее значение приобретают международные источники (формы) права. Как отмечает К. Томушат, «взаимное сближение правопорядков в Европе – факт, уже не требующий эмпирических обоснований. Так же, как технологическое развитие перепрыгнуло границы национальных государств, произошло это и с правовыми институтами, и с принципами»². По словам А.Э. Жалинского, «взаимодействие правовых систем в рамках развития общеевропейского права как

¹ Ph. Heck. Указ. соч. С. 1ff.

² Tomuschat C. *Europäisierung des Rechts*, in *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1993. S. 21.

самостоятельной правовой системы, включение европейских правовых норм в ткань национального права прослеживаются четко. Опираются они на конституционно-правовые основания в законодательстве ФРГ»¹. Однако, проблематичным, в частности, и в Германии является вопрос интеграции (встраивания) права Европейского Союза в классическое национальное учение о формах права.

Международное право включает два типа форм: «общепризнанные нормы международного права» («*allgemeine Regeln des Völkerrechts*») и международные договоры². Согласно п. 1 ст. 38 lit. с-е Статута Международного Суда (*Statut des Internationalen Gerichtshofes*), первые включают, в частности, «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями..., судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм»³. «Общепризнанные нормы международного права» трансформированы в германское право ст. 25 Основного Закона, в которой закреплено, что «общепризнанные нормы международного права являются составной частью федерального права. Они имеют приоритет перед законами и непосредственно порождают права и обязанности для проживающих на территории Федерации лиц». То есть общепризнанные нормы международного права являются составной частью внутреннего права Германии, по рангу они находятся между конституцией и федеральными законами. В решении от 21.05.1987 Федеральный Конституционный Суд установил следующее: «Управленческим органам и судам запрещается согласно ст. 25 Основного Закона давать силу актам не немецкого происхождения, нарушающим общепризнанные нормы международного права»⁴. В свою очередь, международные договоры трансформируются в соответствии со

¹ Жалинский А.Э., Рерихт А.А. Введение в немецкое право. М.: Спарк, 2001. С. 45.

² См.: Herdegen M. *Völkerrecht*. 20. überarb. und erw. Aufl. München: C.H. Beck, 2021. §14.

³ Statut des Internationalen Gerichtshofs (*Anhang zur Satzung (Charta) der Vereinten Nationen*) vom 26. Juni 1945. // <http://www.staatsvertraege.de/uno/gerichtshofstatut45.htm>

⁴ См.: Клёмин А.В. ФРГ: соотношение международного и национального права // Современная Европа. 2017. № 2 (74). С. 77.

ст. 59 (2) Основного Закона: «договоры, регулирующие политические отношения Федерации или относящиеся к вопросам федерального законодательства, требуют одобрения или содействия органов, компетентных в данном случае осуществить федеральное законодательство, в форме принятия федерального закона. К административным соглашениям соответственно применяются предписания о федеральной администрации, и приобретают статус соответствующего национального акта согласия». То есть в данном случае для немецких публичных органов и судов приоритетным является не международный договор, а германский ратификационный закон. В решении Федерального финансового суда ФРГ от 01.02.1989 закреплено следующее: «Ст. 25 Основного Закона не распространяется и на международные договоры в том числе. Они становятся составной частью внутригосударственного правопорядка только на основе ратификационного закона»¹. То есть, как указывает А.В. Клёмин, «если ст. 25 Основного Закона обязывает администрации и суды применять общепризнанные нормы без имплементации и с „преимуществом перед законами“, то для международных договоров требуется ратификация. А о „преимуществе перед немецкими законами“ ничего не сказано»².

Право Европейского Союза можно разделить на первичное и вторичное право Союза. С момента вступления в силу Лиссабонского договора от 1 декабря 2009 г. к первичному праву относится Договор о Европейском Союзе (EUV) и Договор о функционировании Европейского Союза (AEUV). Кроме того, существует договор об учреждении европейского сообщества по атомной энергии (EAGV)³. Договоры в основном состоят из положений об организации европейских институтов и предоставлений полномочий на издание правовых норм. Иногда они также содержат положения, которые имеют непосредственное действие к отдельным гражданам сообщества. Это касается, например, положений о конкуренции статьи 101.102 ДФЕС. Учредительные договорные акты Европейских

¹ BfH, Urteil v. 01.02.1989- I R 74 / 86.

² См.: Клёмин А.В. Указ. соч. С. 78.

³ См.: Streinz R., Ohler Ch., Herrmann Ch. Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU. 3. akt. und erw. Aufl. München: C.H. Beck. 2010; Herdegen M. Europarecht. 23. überarb. und erw. Aufl. München: C.H. Beck, 2022.

сообществ и Евросоюза в целом составляют основную, главную часть – подсистему общей системы источников первичного права. Что же касается другой ее части – другой подсистемы общей системы источников первичного права, то в нее входят все иные договорные акты, с помощью которых вносятся изменения и дополнения в учредительные договоры, а также все сопутствующие принятию и развитию учредительных договоров документы в виде протоколов деклараций и иных приложений, развивающих и поясняющих те или иные положения, которые содержатся в договорных актах¹.

Вторичное право Союза – это право, установленное органами Союза на основе вышеупомянутых договоров. К видам вторичного права Союза ст. 288 ДФЕС относятся регламенты (распоряжения) (*Verordnungen*), директивы (руководящие принципы) (*Richtlinien*) и решения (*Beschlüsse*).

Важным юридическим свойством регламента является его прямое действие как в отношении европейского надгосударственного правопорядка, так и в отношении национальных правовых систем. Касаясь данного вопроса, Европейский Суд (EUGH) установил, что в отношении регламента прямое действие означает «его вступление в силу и его применение в пределах национального права не зависимо от каких бы то ни было мер его адаптации». И далее: «государства-члены обязаны воздержаться от принятия любых мер, препятствующих прямому применению положений, содержащихся в регламенте. Строгое выполнение этих обязанностей является непременным условием единообразного применения регламентов Сообщества на всей его территории»².

В плане более глубокого и разностороннего понимания прямого действия регламента следует заметить, что существующее законодательство Евросоюза и правовая доктрина исходят из того, что: а) регламент не нуждается применительно к национальному праву ни в ратификации, ни в любой иной форме адаптации; б) национальные государства должны воспринимать регламент как данность во всех отношениях, которую нельзя изменять или дополнять; в) в случае коллизий

¹ См.: Марченко М.Н. Европейский Союз и его судебная система: Монография. М.: Проспект, 2012. С.55.

² См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 62.

положений регламента с положениями национального законодательного или договорного акта последний должен быть приведен в соответствие с первым; г) государства не вправе принимать правовые или иные акты, препятствующие применению положений, содержащихся в регламентах, на их территории; д) они не могут также подменять регламенты своими собственными законами; е) регламенты автоматически становятся составной частью правовой системы каждого государства-члена в одно и то же время и в одном и том же виде без каких бы то ни было действий с его стороны; ж) различать «прямое действие» регламента, ассоциирующееся с непосредственным внедрением содержащихся в нем положений в правовые системы национальных государств, и его «прямой эффект», связанный, в частности, с прямым установлением для физических и юридических лиц, определенных прав. Идентифицируя регламент как источник вторичного права Евросоюза, необходимо обратить внимание также на то, что, не смотря на безусловность прямого действия регламента, не нуждающегося в каких-либо имплементационных мерах со стороны государств-членов, тем не менее в отдельных случаях эти меры могут предусматриваться самим регламентом или же «в случае явной необходимости» инициироваться государствами¹.

В связи с этим еще в 1970-е гг. Советом при утверждении одного из регламентов (The Tachograph Regulation) указывалось на то, что «государства-члены могут в свое время и после консультаций с Комиссией принять такие законы, предписания или административные акты, которые могут быть необходимы для имплементации данного регламента»².

Что касается директив, то в соответствии с существующим в каждой стране конституционным порядком и установленной процедурой, государство само решает, как, каким способом и с помощью каких форм и средств будет реализовываться на территории, находящейся под его юрисдикцией, та или иная поступившая от соответствующих институтов Евросоюза директива. При этом в течение всего срока ее реализации, который указывается в директиве и который

¹ См.: Там же. С. 63.

² См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 63.

может исчисляться месяцами и даже годами, государство не может издавать никаких актов, которые бы могли отрицательно сказаться на достижении результатов, обозначенных в директиве. Более того, государство несет ответственность в судебном порядке за ненадлежащее выполнение требований и нарушение сроков реализации директивы. При этом, согласно решению Суда, оно не может ссылаться в качестве оправдания на возникшие в процессе реализации директивы «внутренние трудности»¹.

Решение по своей юридической природе и характеру выступает в качестве индивидуального акта. Оно адресуется конкретному субъекту, каковым может быть отдельное государство или несколько государств, а также юридические и физические лица. Как индивидуальный акт, решение всегда имеет прямое применение и, как правило, принимается по конкретному случаю. Права и обязанности юридических и физических лиц, возникающие на основе того или иного решения, могут служить предметом разбирательства в суде, не предполагая каких-либо особых условий и обязательств².

На протяжении всего периода европейской интеграции среди авторов, занимающихся проблематикой определения правового статуса Европейского Союза, не прекращаются дискуссии по вопросу того, как идентифицировать в политико-правовом плане это надгосударственное, общеевропейское образование³, а также о природе европейского права по отношению к национальным правовым порядкам стран-членов ЕС. В концепциях толкования права Германии европейское право обозначается как «supranational» – «наднациональное».

Таким образом, отдельного внимания заслуживает существующее в современных германских концепциях толкования права разграничение в правоприменительном процессе для установления целей правового регулирования двух видов системного толкования: «systematisch» – «системное», которое устанавливает цель нормы права в рамках норм и принципов национальной

¹ Там же. С. 65.

² Там же. С. 68.

³ См.: Каламкьян Р.А., Капустин А. Я. Европейский Союз: интеграция и право // Государство и право. 2001. № 2. С.125; Юмашев Ю.М. О правовой природе Европейского сообщества // Европейская интеграция: правовые проблемы. Кн. 1М.: Изд-во ИГиП РАН, 1992. С. 23-40.

системы права, и «systemkonform» – «соответствующее системе», которое заключается в установлении целей правового регулирования правоотношений в рамках иерархии норм права, включающей Основной Закон, нормы европейского и международного права. Итак, особенно актуальной данная проблема становится при вопросе о «совмещении» национальных «обычных» законов с Конституцией, с европейским или с международным правом¹.

Отмечается, что эта проверка «совместимости» долгое время относилась к сфере системного толкования, и подчеркивается, что «соответствующее системе» – в отличие от классического системного толкования – не служит, в первую очередь, исследованию исторической цели нормы, более того, оно проверяет, следует ли совмещать и при какой интерпретации спорную норму с «более высоким» правом (конституционным, европейским, международным) с точки зрения «единства правопорядка»². Германские ученые-юристы приходят к выводу, что при наличии возможных противоречий и нескольких возможных вариантов интерпретации следует отдавать предпочтение интерпретации права более низкого ранга, которая позволяет проявиться подлежащей толкованию норме как «соответствующей системе» (= соответствующей Конституции/ европейскому/ международному праву). Если же при установленных противоречиях между правом более высокого и низкого ранга не существует такой, соответствующей системе, возможности толкования, то такая норма не может быть применена. «Соответствующее системе», в отличие от системного толкования, служит установлению и восполнению коллизионных пробелов между двумя различными уровнями права. По мнению Б. Рютерса, восполнение пробелов – это не «толкование», а *развитие права*. При соответствующем системе толковании оно является инструментом отклонения от нормы или отмены нормы. Поэтому его

¹ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 454; Bettermann K.A. Die Verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren. Heidelberg: C.F. Müller, 1986. S. 21.

² См.: Höpfner C. Die systemkonforme Auslegung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020. S. 157ff.

простое отнесение к частному случаю «системного *толкования*» пригодно для того, чтобы скрывать правотворческую функцию¹.

Различие между «истинно системным толкованием», с одной стороны, и развитием права, с другой, из-за обязанности доказательства и самоконтроля правоприменителя при интерпретативном создании новой правовой нормы методически имеет решающее значение. Оно (различие) как в судебной практике, так и в юридической литературе часто не признано или «затуманено». О толковании речь может идти только в том случае, если установленная в результате него цель нормы (Normzweck) может быть отнесена к регулятивной цели законодателя. То, что законодатель не смог урегулировать, например, по причине того, что требующий урегулирования факт (правоотношение) еще вообще не существовал, должно быть вследствие установленного запрета суду отказываться от рассмотрения дела разрешено уполномоченным судом. Но это может происходить только в ходе *судейского развития права*, а не под «этикеткой толкования»².

Федеральный Конституционный Суд применяет многозначное понятие «творческое „нахождение“ права» (schöpferische Rechtsfindung)³. Однако, за этим скрывается, что судья это право не «находит» – его до этого времени не было – а создает его сам⁴. Данная проблема особенно часто возникает как раз при так называемом «соответствующем системе» толковании (толковании в соответствии с Конституцией, европейским, международным правом). Коллизии обычного статутного права с национальными и международными вышестоящими формами права часто не могут быть разрешены в ходе «толкования», а только посредством *судейского развития права*. В этих случаях понятие «толкование» скрывает, как правило, акты *судейского правотворчества* (richterliche Normsetzung)⁵.

¹ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С.455; Dawin M. Ungereimtheiten bei der verfassungskonformen Auslegung. In: Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gesetzesauslegung. Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2003. S. 9.

² См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 446.

³ BVerfGE 3, 225 (243).

⁴ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 446.

⁵ См.: Там же. С. 447.

Одной из разновидностей системного толкования является толкование в соответствии с Конституцией (*verfassungskonforme Auslegung*). В основе данного метода лежит идея о том, что в существующей иерархии законодательных актов нижестоящие нормы не должны противоречить вышестоящим, иначе они признаются ничтожными¹. Такие же правила действуют, в принципе, и в российской правовой доктрине.

Б. Рютерс видит основное значение соответствующего Конституции толкования в ограничении возможного судебного правотворчества тем, что оно (толкование) одновременно укрепляет принцип разделения властей, а также защиту правоотношений и правовые гарантии обеспечения правопорядка². Соответствующее Конституции толкование предполагает возможность различного толкования спорной нормы. В том случае, если возможны несколько значений одного предписания, и одно из них противоречит Конституции, должен быть выбран тот вариант, который позволит сохранить действие нормы. Например, в § 70 УПК Германии установлено, что в случае, если свидетель отказывается от дачи показаний или от принятия присяги без наличия установленного законом основания для такого отказа, на такое лицо может быть наложен штраф или к нему может быть применен арест. Установленный текст присяги до внесения в 2004 г. в закон изменений был составлен исключительно с религиозной формулой. В то же время в абз. 1 ст. 4 Основного Закона Германии закреплена свобода вероисповедания, которая включает в себя свободу не исповедовать никакой религии. § 70 УПК Германии предусматривал основания для освобождения от дачи присяги с религиозной формулой для лиц другого вероисповедания, но не для лиц, не исповедующих никакой религии, поэтому возник вопрос о противоречии § 70 УПК Германии Основному Закону. По решению Федерального Конституционного Суда Германии в этом случае норма должна быть истолкована в соответствии с Конституцией таким образом, что под таким «законодательным основанием»

¹ См.: Bydlinski F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. erg. Aufl. Wien, New York: Springer, 2011. S. 456.

² См.: Rùthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 456; также: Canaris C.-W. *Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre*. In: Honsell, Zäch, Hasenböhler, Harrer, Rhinow (Hrsg.). *Festschrift für E.A. Kramer*. Basel, 2004. S. 141.

должен пониматься сам абз. 1 ст. 4 Основного Закона Германии и освободить от дачи присяги по мотивам неисповедования какой-либо религии. В данном случае Федеральным Конституционным Судом был выбран тот вариант толкования термина «законодательное основание», при котором норма не прекратила своего действия¹. Если же с помощью толкования не удастся найти никаких вариантов толкования, которые бы устраняли противоречие с Конституцией, то такую нижестоящую норму следует признать ничтожной². Целью соответствующего Конституции толкования является сохранение регулятивного замысла законодателя настолько широко, насколько это возможно в соответствии с Конституцией.

Относительно соответствующего Конституции толкования Федеральный Конституционный Суд указал, что «...воля законодателя, однозначно следующая из буквального и исторического толкования права, не допускает дополнительного расширительного толкования нормы судьей, даже в том случае, когда суд захотел бы обосновать принятие того или иного решения возложенной на него обязанностью толкования «в соответствии с Конституцией»³.

Так, Федеральный Конституционный Суд в решении от 7 мая 1953 г. BVerfGE 2, 266 (282)⁴ указал, что «в случае возникновения сомнений необходимо толкование права в соответствии с Конституцией». Однако, суд также указал, что при этом однозначно «нельзя не учитывать цели закона». В деле, по которому принималось решение, суд отказался от расширительного толкования закона, не совместимого с Конституцией, даже если такое толкование – что не требовало рассмотрения – само по себе отвечало бы представлениям законодателя. Вместо этого Федеральный Конституционный Суд признал необходимым более узкое толкование закона, которое в меньшей степени удовлетворяло представлениям законодателя, но соответствовало положениям Конституции. Таким образом, указанное решение по делу сохранило от намерения законодателя максимум того,

¹ BVerfGE 33, 23,34.

² См.: Шмагин А. Указ. соч.

³ BVerfGE 8, 28.

⁴ См.: Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. Сост. Швабе Ю., Гайсслер Т. Москва: Инфотропик Медиа, 2018.

что можно было сохранить в соответствии с Конституцией; нерешенным мог остаться только вопрос о том, не выходили ли намерения законодателя за данные пределы.

В текущем деле рассматривался вопрос о том, в какой мере требование толкования «в соответствии с Конституцией» позволяет судье в целом ограничить или расширить волю законодателя. В решении от 17 июня 1953 г. (BVerfGE 2, 336 (340, 341)) Федеральный Конституционный Суд подтвердил подобную возможность с условием, что согласно законодательным основам, только позитивное регулирование может способствовать становлению принципов равноправия, а это, в свою очередь, соответствует букве закона. Однако, ни при каких обстоятельствах такое толкование «в соответствии с Конституцией» не должно существенным образом упускать из виду или подменять поставленные законодателем цели.

В решении BVerfGE 40, 88¹ (Führerschein / Водительские права) ФКС изложил позицию относительно разграничения компетенции судов. Так, толкование и применение обычных законов (кроме конституционных) относится к компетенции специализированных судов. Федеральный Конституционный Суд, в свою очередь, определяет основанные на Конституции масштабы или пределы толкования права с приданием им обязательной силы. Если Федеральный Конституционный Суд в рамках «конституционного толкования» нормы отмечает, что определенное толкование нормы, возможное как таковое, несовместимо с Основным Законом, ни один другой суд не может считать подобное толкование соответствующим положениям Основного Закона. Федеральный Конституционный Суд определил, что гражданин, имеющий постоянное место проживания (квартиру) и отсутствующий в нем только во время отпуска, не должен предпринимать на указанный период отсутствия каких-либо мер по принятию адресованной ему корреспонденции. Более того, он может рассчитывать на восстановление своего статуса, если в период его отсутствия

¹ См.: Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. Сост. Швабе Ю., Гайсслер Т. Москва: Инфотропик Медиа, 2018.

на его имя будет выслан судебный приказ о наложении штрафа (или уведомление о штрафе), который будет считаться врученным адресату при оставлении его на почте, а адресат пропустит сроки обжалования вследствие того, что он не знал о вручении документа не ему лично. Если земельный суд со ссылкой на решение Высшего суда Западного Берлина от 2 января 1974 г. [...] посчитал возможным отклониться от разработанных в судебной практике Федерального Конституционного Суда принципов восстановления права на правосудие в случае первого обращения, он, нарушая положения Основного Закона, недооценивает пределы действия и обязательную силу данной судебной практики. § 31 ФЗКС (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) связывает суды при постановке вопроса о действии закона решениями Федерального Конституционного Суда. Если Федеральный Конституционный Суд признает то или иное положение закона ничтожным или действующим, его решение по данному вопросу согласно абз. 2 § 31 ФЗКС будет иметь общеобязательную силу. Но и в других случаях решения Федерального Конституционного Суда согласно абз. 1 § 31 ФЗКС обладают преюдициальным характером, выходящим за пределы конкретного дела в том смысле, что суды обязаны во всех последующих делах при толковании Конституции учитывать выводы, сделанные судом в резолютивной части и обосновании решения (BVerfGE 19, 377 [391 и далее]; 20, 56 [87]; 24, 289 [297]). § 31 ФЗКС признает обязательную силу за судебными решениями Федерального Конституционного Суда в той мере, в которой того требует его функция главного толкователя и гаранта Основного Закона. Обязательную силу имеют, соответственно, те части решения, которые касаются толкования и применения Основного Закона. Она не распространяется на пояснения, в которых приводится толкование обычных законов. Толкование и применение обычных законов является компетенцией специальных судов. В отличие от них Федеральный Конституционный Суд определяет с обязательной силой вытекающие из конституционного права масштабы или пределы толкования. Если Федеральный Конституционный Суд в рамках «конституционного толкования» нормы отмечает, что определенное толкование нормы, возможное как таковое, несовместимо

с Основным Законом, ни один другой суд не может считать подобное толкование соответствующим положениям Основного Закона. Напротив, согласно абз. 1 § 31 ФЗКС решение Федерального Конституционного Суда, как обязательной инстанции по конституционно-правовым вопросам, о противоречии нормы положениям Основного Закона имеет обязательную силу для всех остальных судов. С точки зрения цели положений абз. 1 § 31 ФЗКС для других судов не имеет значения, признал ли Федеральный Конституционный Суд ничтожной норму в целом или лишь определенный «вариант нормы», полученный в результате соответствующего толкования.

Особую сложность толкование в соответствии с Конституцией представляет в частном праве. Согласно господствующей в германском праве теории, основные права человека в отношениях между частными субъектами действуют опосредованно (*Drittwirkung der Grundrechte*)¹. В связи с этим реализация конституционных положений и установок осуществляется с помощью толкования неопределенных понятий и общих оговорок. Например, в практике возник вопрос, может ли наймодатель отказать нанимателю в установлении спутниковой антенны на стене дома для просмотра телевизионных программ на родном языке. Согласно предл. 2 абз. 1 ст. 535 ГГУ наймодатель обязан передать вещь нанимателю в состоянии, пригодном для оговоренного пользования. С учетом возникающего нарушения внешнего вида здания такую обязанность в принципе надо отклонить. С другой стороны, каждому человеку согласно абз. 1 ст. 5 Основного Закона Германии гарантируется свободный доступ к источникам информации. Чтобы наниматель мог вообще реализовать свое право, ему требуется установить антенну на свой дом, поэтому из-за отсутствия другой возможности получения данной информации понятие «состояние, пригодное для оговоренного пользования» в ст. 535 ГГУ должно толковаться в соответствии с Конституцией таким образом, что к такому состоянию должна относиться и возможность получения телевизионного сигнала на иностранном языке, включая при необходимости установку

¹BverfGE 7,198, 206; 25, 256,263; 73, 261,269.

телевизионной антенны на стене дома. Подобное решение не приводит к установлению общего правила в пользу нанимателя на установку спутниковой антенны. Оно лишь показывает, что при толковании суд должен учитывать и закрепленные в Конституции права сторон на собственность (наймодатель) и на получение информации (наниматель). В каждой конкретной ситуации суд должен противопоставлять права наймодателя и нанимателя и находить оптимальный вариант решения конфликта именно в рассматриваемой ситуации, изучив, помимо прочего, иные возможности получения информации на родном языке без обязательного ограничения прав наймодателя. С учетом развития информационных технологий и возможностей получения телевизионной картинки, в частности через Интернет, решение схожего конфликта может привести к противоположному результату¹.

Еще одну разновидность системного толкования представляет собой соответствующее европейскому праву толкование (*europarechtskonforme Auslegung*). Абз. 3 ст. 4 Договора о Европейском Союзе (EUV) обязывает страны-участницы ЕС к эффективной реализации права Европейского Союза.

В рамках данной разновидности системного толкования в теории права Германии также проводят различие между непосредственно соответствующим европейскому праву толкованием (*unionrechtskonforme Auslegung*) и соответствующим директивам толкованием (*richtlinienkonforme Auslegung*)².

Соответствующее европейскому праву толкование, в сущности, аналогично соответствующему конституции толкованию в национальном праве. Оно имеет два проявления. Во-первых, вторичное право Союза следует толковать сообразно с нормами первичного права³. Во-вторых, в соответствии с преимуществом применения права Европейского Союза суды, в случае сомнения, обязаны толковать национальное право в соответствии с первичным правом Союза⁴.

¹ См.: Шмагин А. Указ. соч.

² См.: Höpfer C. Die systemkonforme Auslegung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. S. 216ff.

³ См.: EuGH vom 1.04.2004 Slg. 2004 I-3219 „Borgmann“.

⁴ См.: EuGH vom 4.2.1988, Slg. 1988, 673 „Murphy“.

Однако, соответствующее европейскому праву толкование следует строго отличать от преимущественного применения права Европейского Союза. Установление факта невозможности применения национального права в случае несоответствия действующему праву Европейского Союза – это исключительная прерогатива национальных судов, в Германии, в частности, – судов специальной юрисдикции, которые применяют норму права к конкретному случаю. Такое право не может быть предоставлено ни Европейскому Суду (EuGH), так как он не может принимать решение о соответствии национального права праву ЕС, ни, согласно ст. 100 Основного Закона, Федеральному Конституционному Суду, поскольку в этом случае речь не идет о соответствии Основному Закону. Следствием этого является обязанность каждого участкового суда в Германии самостоятельно проверять соответствие нормы праву Европейского Союза и в случае несоответствия не применять германское право, по сути «отменить» его, что приводит к «увеличивающейся правовой нестабильности»¹. Таким образом, можно сделать вывод о необходимости политических действий, чтобы сделать возможной унификацию права и в качестве варианта решения предложить, например, предоставление такого права Федеральному Конституционному Суду путем «расширения» ст. 100 Основного Закона.

От соответствующего европейскому праву толкования следует отличать особую форму соответствующего директивам толкования (*richtlinienkonforme Auslegung*). Это относительно новое направление в немецком праве. Исторически так сложилось, что сначала возникла определенная практика данного вида толкования, а потом правила «стали анализироваться и разрабатываться в догматике»². Директивы проявляют свою юридическую силу в разделенной во времени интенсивности, причем первая ступень начинается с момента вступления директивы в силу, а вторая – с момента истечения срока ее реализации в национальном праве. Согласно абз. 3 ст. 228 ДФЕС директивы являются обязательными относительно их целей уже с момента их вступления в силу.

¹ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 457.

² См.: Леонова Ю.А. Пробелы в праве России и Германии: сравнительный анализ: дисс... канд. юр. наук: 12.00.01 / Леонова Юлия Аркадьевна. М., 2019. С. 173.

Существенные правовые воздействия директив, например, возможность процедуры отступления от условий договора или ответственность государства из-за ненадлежащей реализации, или в исключительных случаях непосредственная возможность применения – наступают, напротив, только после истечения срока трансформации директивы в национальное право¹.

По этой причине в юридической литературе возник спор о начале времени действия обязанности к соответствующему директивам толкованию. Европейский Суд постановил, что обязанность к соответствующему директивам толкованию возникает только с истечением срока их реализации в национальном праве, до этого момента существует только так называемый запрет «вводить в заблуждение» (*Frustrationsverbot*), который запрещает странам-участницам издавать предписания, которые способны поставить под угрозу цели директив².

Толкование и применение национального права является обязанностью и относится к полномочиям исключительно национальных судов. Это положение относится также и к соответствующему директивам толкованию. И все же решения об обязательности содержания права Европейского Союза принимает Европейский Суд. Поэтому соответствующее директивам толкование постоянно требует отношений сотрудничества между национальными судами и Европейским Судом³.

Таким образом, сделан вывод, что в правоприменительном процессе для установления целей правового регулирования различаются два вида системного толкования: «*systematisch*» («системное»), которое устанавливает цель нормы права в рамках норм и принципов национальной системы права, и «*systemkonform*» («соответствующее системе»), которое заключается в установлении целей правового регулирования правоотношений в рамках иерархии норм права, включающей Основной Закон, нормы европейского и международного права. При этом проверку норм национального права на соответствие европейскому праву осуществляет суд, который применяет норму права к конкретному случаю.

¹ См.: Höpfner C. 2008. Указ. соч. С. 272.

² EuGH vom 04.07.2006. Slg. 2006, I-6057 Rn. 108 „Adeneler”.

³ См.: Herrmann C. *Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung*, Schriften zum Europäischen Recht, Bd. 98. Berlin: Duncker und Humblot, 2003. S. 99.

Делается вывод о необходимости строго отличать соответствующее европейскому праву толкование от преимущественного применения права Европейского Союза. Установление факта невозможности применения национального права из-за несоответствия действующему праву Европейского Союза – исключительная задача национальных судов, в Германии, в частности, – судов специальной юрисдикции. Такое право не может быть предоставлено ни Европейскому Суду (EuGH), так как он не может принимать решение о соответствии национального права праву ЕС, ни, согласно ст. 100 Основного Закона, Федеральному Конституционному Суду, поскольку в этом случае речь не идет о соответствии Основному Закону. Таким образом, следствием этого является обязанность каждого участкового суда (Amtsgericht) в Германии самостоятельно проверять соответствие нормы праву Европейского Союза и в случае несоответствия не применять германское право, по сути «отменить» его, что приводит «к увеличивающейся правовой нестабильности»¹. Таким образом, делается вывод о необходимости в юридической науке Германии политических действий с целью сделать возможной унификацию права и в качестве варианта решения предлагается, например, предоставление такого права Федеральному Конституционному Суду путем «расширения» ст. 100 Основного Закона.

§ 3. Соотношение концепций толкования и судебного развития права

В рамках продолжающейся критики объективной концепции толкования права известный немецкий ученый-юрист, профессор, бывший судья Верховного земельного суда в Штуттгарте Бернд Рютерс в своей статье «Государство судей: миф или реальность» («Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht»), характеризуя современное состояние юридической науки и права в Германии, смело заявляет, что «...за последние десятилетия Федеративная Республика

¹ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 457.

Германия прошла путь к скрытым изменениям конституции и превратилась из правового государства, основанного на принципе разделения властей, в „государство судей“. [...] Так называемая объективная теория с якобы „объективно-телеологическими критериями“ для судебных отклонений от закона превращает судей из *служителей* (Diener) закона в *господ* (Herren) правопорядка [...] В результате судебское право действует как высший источник права»¹. Б. Рютерс считает это недопустимым и отстаивает позицию о невозможности того, чтобы «под толкованием скрывалось судебское правотворчество, а именно отклоняющееся от закона „вложение“ (Einlegung) не предусмотренных законом целей регулирования»².

Вопрос судебного правотворчества является актуальным и в современной российской правовой доктрине. Так, д.ю.н., профессор В.В. Ершов жестко отстаивает невозможность признания правотворческой функции судов. Ученый убедительно доказывает два важных тезиса: с теоретических позиций правотворчество органов судебной власти несостоятельно; с практической точки зрения такое контрпродуктивно, поскольку может приводить к нарушению установленных законом прав и правовых интересов³.

Вопрос рассмотрения судебного права как источника права в современной германской правовой доктрине остается спорным, поскольку, как отмечает В.Н. Корнев, «его признание противоречит учению об источниках права»⁴. Подавляющее большинство представителей юридического сообщества Германии отрицает возможность признания судебного права в качестве источника права, основываясь при этом на учении о разделении властей, следуя которому

¹ Рютерс Б. Государство судей: миф или реальность? // Правосудие/Justice. 2019. Том 1, № 2. С. 45,50; см. также: Рютерс Б. Философия права в руинах послевоенного периода: комментарии к докладу Моники Фроммель // Правосудие / Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 223, также Рютерс Б. Какими канонами толкования должен быть связан правоприменитель? // Российское правосудие. 2019. №9. С. 5.

² См.: Существует ли судебское нормотворчество? От редакции // Правосудие/Justice. 2020. Том 2, № 3. С. 31.

³ См.: Ершов В.В. Судебное правотворчество: „pro et contra“ // Правосудие/Justice. Том 2, №1. 2020. С. 7-35; Ершов В.В. Актуальные проблемы правопонимания, правотворчества и правоприменения // Российское правосудие. 2016. №9. С. 14-17; Ершов В.В. Природа «позиций судов»: теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2017. №12. С. 5-15; Ершов В.В. Судебное «правотворчество» в XXI веке // Российское правосудие. 2021. № 2. С. 5-12.

⁴ Корнев, В.Н. Проблемы теории права в романо-германской юридической науке. // Российской правосудие. 2015. № 5. С. 36.

правотворческие акты судебной власти являются «чуждыми системе»¹, «в процессе его рассмотрения в качестве источника права... ничего определенного не имеется ввиду ни относительно природы, ни относительно характера и юридической силы...»². И все же суды высших инстанций в отдельных случаях заявляли противоположное. Так, в годовом отчете Верховного Федерального Суда за 1966 год по этому поводу отмечается следующее: «Не может быть никаких сомнений, по крайней мере среди юристов, что во все обозримые периоды времени применяемое право представляло собой смесь статутного права и судейского права, и что закон, воплощенный в решениях судов, никогда не совпадал во всем с тем правом, которое установил законодатель...»³.

Заслуживает внимания также доклад бывшего президента Верховного Федерального Суда в год десятилетнего юбилея Суда (1960 г.), в котором он провел своеобразную соединительную линию – юридического (*rechtswissenschaftlich*) позитивизма пандектной системы через – законный позитивизм (*Gesetzespositivismus*) в начале XX-го века к – *судейскому развитию права (Rechtsfortbildung)* современности⁴.

О полномочии судов к развитию права высказывал свою позицию и Федеральный Конституционный Суд, в первую очередь, в решении Сорайи (*Soraya Entscheidung, 1973*)⁵. В соответствии с этим решением условием для развития права является то, что писанный закон не выполняет свою функцию решения проблемы, которую предстоит решить, а скорее содержит пробел регулирования. Этот пробел затем должен быть восполнен судебным решением «в соответствии со стандартами практического разума и обоснованными общими идеями справедливости общества». Федеральный Конституционный Суд рассматривает задачу и полномочия судов по «творческому нахождению права» как необходимую

¹ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 150.

² См.: Марченко М.Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 1 (56). С. 6.

³ См.: Mitteilungen zum Jahresbericht des Bundesgerichtshofes 1966, in: NJW 1967, 816f.

⁴ См.: Fischer R. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ein Rückblick auf die ersten zehn Jahre, 1960. Gesammelte Schriften: Grundfragen revisionsgerichtlicher Rechtsprechung und Beiträge zum Gesellschaftsrecht, edited by Marcus Lutter and Walter Stimpel, Berlin, Boston: De Gruyter, 2019. S.3ff.

⁵ BVerfGE 34, 269.

составную часть функции правосудия в соответствии с конституцией. Это подтверждается функцией развития права Больших сенатов высших федеральных судов, которая регулируется процессуальным законодательством. Однако, представляется, что понятие «творческое нахождение права» объединяет противоположные явления: там, где судья сталкивается с пробелом в законе, он не может «найти» право. Он должен установить (создать) его сам. Как отмечает Б. Рютерс, «в пробеле судье не хватает правовых стандартов (*gesetzliche Maßstab*) и, следовательно, возможности понять «чужую» оценку (*Wertung*). Он сам должен принять решение (создать право), которое (в последней инстанции) будет иметь нормативную силу для будущих дел подобного рода. Вот почему актуален термин „судейское право“»¹.

Хотя термин «судейское право» очень часто используется в настоящее время в германской правовой доктрине, нельзя сказать, что он основан на единообразном концептуальном содержании. Проведенный анализ германской научной литературы позволил сделать вывод, что в современной правовой доктрине Германии отсутствует единое понимание самого термина «судейское право». Часть авторов понимают под «судейским правом» «различные проявления судебной практики» (*verschiedene Erscheinungsformen richterlicher Spruchpraxis*)²; другие рассматривают судейское право как вид обычного права (*Gewohnheitsrecht*)³ или как составную часть статутного права (как «живое статутное право» – «*lebendiges Gesetzesrecht*»)⁴; судейское право также используется как синоним «прецедентного права» (*Präjudizienrecht*)⁵. Третьи авторы обозначают как «судейское право» каждое отдельное судебное решение⁶, другие – только результат судебного толкования (*Auslegung*) неопределенных юридических

¹ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 493.

² См.: Biaggini G. *Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1991. S. 51f; Lorenz. *Richterrecht*. // [Электронный ресурс] – Режим доступа <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Richterrecht>; Rütters B. *Unbegrenzte Auslegung*... S. 458f.

³ См.: Barth R. *Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1996. S. 42.

⁴ См.: Esser J. *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, in: FS Fritz von Hippel, Josef Esser/Hans Thieme (Hrsg.). Tübingen: Mohr (Siebeck), 1967. S. 95.

⁵ См.: Bydliniski F. Указ. соч. С. 501 ff.

⁶ См.: Kruse H.W. *Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*. Berlin: Mohr Siebeck, 1971. S. 9.

терминов или генеральных клаузул (Generalklauseln)¹, часть авторов считают «судейским правом» только «противоречащие закону решения» (contra-legem-Entscheidungen)².

Исходя из представления деятельности судьи по нахождению права, которая ведет к вынесению решения по делу, в современной германской правовой доктрине выделяют следующие 4 подхода с критическим мнением по вопросу возможности именовать эту деятельность как «судейское право»:

1) «Subsumtionsautomat»

Во всех случаях, когда судья принимает решение исключительно путем установления фактов и их субсумции под конкретную (однозначную (eindeutig)) норму, результат может быть обозначен как «судейское право» исключительно для характеристики того, что дело было разрешено в результате *судейской деятельности* (richterliche Tätigkeit)³. То есть «судейское право» означает не что иное, как вынесение судебного решения, под ним здесь понимается каждое конкретное решение по делу. Но, как критически отмечает Й. Майер-Ладевиц, «...если судья „не прилагает творческих усилий“ (kreative Zutun des Richters) для вынесения решения, в приговоре отражается только воля законодателя. Помимо осуществления воли законодателя (Umsetzen des Willens des Gesetzgebers), судья не внес никакого вклада, который мог иметь последствия, выходящие за рамки решенного дела»⁴.

Если же судейское право должно стоять наряду с статутным и обычным правом, то смысл его не может заключаться только в *описании деятельности* судьи. Статутное и обычное право – это результаты процесса, который заканчивается чем-то качественно особенным, а именно законом, правом. «Право» описывает формы проявления правопорядка, которые обладают определенным качеством, выражая свое собственное содержательное регулирование. Простое же

¹ См.: Barth R. Указ. соч. С.42.

² См.: Müller F. Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV. Berlin: Duncker und Humblot, 1986. S. 80.

³ См.: Gretscher S. Die «allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts» und die deutsche Rechtsquellenlehre. Eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades doctor iuris (Dr. iur.) // [Электронный ресурс] – Режим доступа https://www.db-thueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt_derivate_00003081/Gretschner.pdf

⁴ См.: Gretscher S. Указ. соч. С. 33.

повторение уже существующего регулирования не должно называться «правом» и соответственно речь не может идти о «судейском праве».

2) Gesetzesauslegung (толкование права)

Второй подход исходит из того, что дела, которые судья может решить в отдельных случаях только путем привлечения методической помощи (*methodische Hilfen*) к применению права, то есть толкует право, ставят перед судьей задачу, в решении которой он творчески выступает наряду с законодателем. Хотя судья «остаётся в рамках закона», он должен прибегать к рассуждениям, выходящим за рамки отдельной нормы, чтобы иметь возможность вынести решение по конкретному делу. В случае неопределённых понятий и генеральных клаузул законодатель дал судьям явное «поручение» к развитию права (*Rechtsfortbildung*)¹.

Таким образом, здесь судьи придают закону конкретную форму, «не выходя за его пределы»². Используя правовые методы, они конкретизируют общую волю законодателя, которая нашла недостаточно полное выражение в отдельных нормах. Законодатели и судьи разделяют задачу создания норм, причем первым создателем является законодатель, «законодательная власть создает законы, судьи наполняют их жизнью, привлекают для решения повседневных проблем»³.

Таким образом, если судья «выполняет поручение по нахождению права» (*Rechtsfindungsauftrag*)⁴, результат его деятельности может быть оправданно назван «судейским правом». Если же судья не только актуализирует (*aktualisiert*) закон, но и вносит в него что-то новое, результат этого творческого процесса больше не может рассматриваться только как применяемое статутное право. Здесь судья *изменяет* существующее право для разрешения конкретного дела⁵.

Стоит отметить, что в противоположность приведенной выше позиции, некоторые авторы⁶ все же не хотят говорить о судейском праве в случаях толкования права. Они рассматривают как судейское право только такой результат судебной

¹ См.: BVerfGE 34, 269; 82, 6 (12).

² См.: Gretscher S. Указ. соч. С. 34.

³ См.: Там же.

⁴ См.: Scheffelt M. Die Rechtssprechungsänderung. Ein Beitrag zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Anwendung der Ergebnisse im Verwaltungsrecht. Konstanz: Hartung-Gorre, 2001. S. 161 ff.

⁵ См.: Gretscher S. Там же.

⁶ См.: Ipsen J. Richterrecht und Verfassung. Berlin: Duncker und Humblot, 1975. S. 26ff.

практики, который заключается в судебском развитии права (*richterliche Rechtsfortbildung*) или правотворчестве.

3) *Lückenfüllung* (восполнение пробелов)

Третий подход исходит из того, что судьи должны подчиняться принципу «запрета суду отказываться от выполнения своих обязанностей» (*Rechtsverweigerungsverbot*)¹. И все же этот запрет не обязывает их к правотворчеству (*Rechtsneuschöpfung*), но, согласно господствующему мнению (*h.M.*), это открывает им свободу «творчески использовать связанность законом и правом» (ст. 20 Основного Закона)². Им разрешено решать дела, которые напрямую не подпадают под какие-либо правовые нормы. В этих случаях устанавливается пробел в регулировании, который восполняется, например, с помощью аналогии.

В отдельных случаях бывает и так, что дело из «чувства справедливости» (*Rechtsempfinden*) сознательно решается вопреки правовому регулированию (*contra legem*)³.

По мнению Р. Циппелиуса, «судья в любом случае изначально исходит из закона. Он «помогает» закону действовать за пределами его предыдущего применения или ограничивает его действие. Акт создания права здесь имеет большую самостоятельность, чем в ранее сформированных категориях: судья не только формирует волю законодателя, но и развивает ее дальше (*weiterbildet*). Он добавляет закону предполагаемую, разумную и справедливую волю законодателя и соответственно таким образом исправляет (*korrigiert*) его»⁴.

Этими действиями судья представляет (*vertritt*) законодателя. Это представительство (*Vertretung*) основано на предположении, что законодатель что-либо упустил или совершил ошибку. Совершенствование законодательного регулирования – независимо от его обоснования (оправдания) – следует называть судебским правом⁵.

¹ BVerfGE 84, 212 (226f.).

² См.: Ipsen J. Там же.

³ См.: Krey V. Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem. In: Juristenzeitung. 1978. 33 Jahrg. № 13. S. 428-432.

⁴ См.: Zippelius R. Einführung in die juristische Methodenlehre. München: Beck, 1971. §13.

⁵ См.: Gretscher S. Указ. соч. С. 35.

4) Rechtsschöpfung (правотворчество)

Согласно четвертому подходу, судьи идут еще дальше, когда создают совершенно новые правовые нормы или институты. В этом случае они перемещаются в (мнимом) пустом пространстве статутного и обычного права. Пытаясь принимать решения даже в тех случаях, когда у них нет возможности использовать ни статутное, ни обычное право, они в конечном итоге становятся «заместителем законодателя» (Ersatzgesetzgeber)¹.

Они больше не действуют как при аналогии и переносят регулирование права на сопоставимые случаи, а заново полностью создают (neubilden) правовые нормы, на основе которых выносят решение по делу. Хотя новые правила не полностью отделены от закона, а сформированы с учетом существующего регулирования, но в итоге создается гораздо более расширенная конструкция, чем в случаях аналогии: создается совершенно новый состав с собственными правовыми последствиями, не только расширяется действие одного (состава). В этом случае создание права является наиболее четкой формой судейского права².

Результаты изучения германской юридической литературы, а также судебной практики позволяют привести следующие примеры:

§50 Гражданского процессуального кодекса ФРГ (ZPO) гласит, что гражданской процессуальной правоспособностью обладает лишь лицо, обладающее правоспособностью. Согласно прецедентному праву Федерального верховного суда, профсоюзы, тем не менее и вопреки §50 ГПК, имели гражданскую процессуальную правоспособность, хотя они организованы как не правоспособные союзы³.

В § 253 Германского Гражданского Уложения (BGB) не упоминаются требования о денежной компенсации за нарушение личных неимущественных прав. Однако, в случае серьезных нарушений личных неимущественных прав суд позволяет потерпевшей стороне требовать денежной компенсации⁴.

¹ Там же.

² См.: Gretscher S. Указ. соч. С. 36.

³ См.: BGHZ 42, 210; 50, 235.

⁴ См.: BGHZ 26, 349.

Большая часть коллективного трудового права (*Arbeitskampfrecht*) не регулируется правом. Закон о забастовках ФРГ (*Arbeitskampfrechtsordnung*) был разработан и изменен в многочисленных, нередко колеблющихся решениях Федерального суда по трудовым спорам (BAG) (а также Федерального Конституционного Суда и Федерального Верховного Суда)¹.

Сами же федеральные суды не признают возможность судебного правотворчества. Так, например, в 1980 году 1-й сенат Федерального суда по трудовым спорам (BAG) вынес три основных постановления, согласно которым работодатели имеют право на защиту от забастовок. Сенат основывал это право не на постоянной судебной практике Федерального суда по трудовым спорам (BAG), а на действующем праве коллективных договоров (*Tarifrecht*). Судейское право как основание полномочия для объявления локаута в мотивировочной части решения он категорически отклонил. С позиции данного дела, Сенат в материальной части причислил свои решения по трудовым спорам, включив их в право коллективных договоров, к действующему федеральному праву, и таким образом отменил запрет на установление локаута в Конституции федеральной земли Гессен².

Также представляется возможным выделить отдельный подход, согласно которому в рассмотрении вопроса судейского права часть авторов воздерживаются от проведения строгого различия между этапами правоприменения в традиционных областях толкования и развития права. В частности, К. Ларенц, К.-В. Канарис говорят о том, что толкование и развитие права не принципиально разные, а лишь различные стадии одного и того же интеллектуального процесса. Также при судейском развитии права речь идет «не только о восполнении пробелов в законе в узком смысле, но и о включении и дальнейшем развитии новых правовых идей (мыслей), на которые, возможно, намекали в самом законе, реализация которых в судебной практике поэтому выходит за рамки первоначального плана закона, более или менее видоизменяет его»³. В «продолжении толкования», таким образом, план судьи заменяет план законодателя. Судам приписывается некий

¹ См.: R uthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 150.

² См.: R uthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 151.

³ Larenz K., Canaris C.-W. 1995. S. 187.

„слепой полет“ над границами между толкованием права и судебским правотворчеством: «...Это говорит о том, что уже простое толкование права судом может представлять собой развитие права, хотя и совсем не осознанное для суда, а также, с другой стороны, что это судебское развитие права за пределами толкования по-прежнему использует интерпретационные методы в более широком смысле. Таким образом, толкование может продолжаться как бы непрерывно в рамках открытого развития права»¹.

Представляется, что причина обозначенной проблемы заключается в отсутствии правового регулирования данного вопроса в Германии. В связи с этим снова обратимся к Швейцарскому Гражданскому Уложению 1907 года, который в действующей редакции в ст. 1 п. 2, 3 устанавливает следующее: : «Если в законе не может быть найдено соответствующее постановление, то судья должен решить дело на основании обычного права, а, при отсутствии и такового, – по праву, которое он установил бы в качестве законодателя. При этом он следует указаниям науки и практики».

Это положение вызвало появление в Швейцарии обширной, выходящей далеко за рамки национальной правовой системы, литературы по судебному правотворчеству в области пробелов. В отношении полученных результатов оно заслуживает международного внимания. Статья 1 Швейцарского Гражданского Уложения разъясняет, что судья в области пробелов при принятии решений по отдельным делам также действует таким способом, который приближается или даже приравнивается к судебному «правотворчеству». Восполнение пробелов в ст. 1 ШВГУ связано с деятельностью законодателя. Судья должен разрешить дело в соответствии с «правилом», которое он установит как законодатель. Это говорит о том, что судебное восполнение пробелов не должно рассматриваться судами изолированно, как отдельные дела. Не должно быть, чтобы «каждое дело имело свой метод»². Суды, скорее, должны ориентировать свое решение на разграничительные группы дел, для которых затем должны быть сформированы

¹ Там же.

² См: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 519.

общие правила¹. Таким образом, суд создает для группы дел, к которой относится решение, новые, связанные с этой группой, универсально действующие правовые нормы. Это формальное требование дополняется содержательной спецификацией. При преобразовании права (*Rechtsneubildung*) пункт 3 статьи 1 ШВГУ устанавливает предел для судебного «законодательства», рамки правотворчества, связывая суды с «проверенными временем (надежными, испытанными) доктринами и традициями (обычаями)». Таким образом, судьи в Швейцарии в процессе преодоления пробела не должны реформировать или модернизировать правовой и социальный порядок и не должны преследовать новые цели регулирования. Им следует только «экстраполировать» существующий, проверенный (временем) правопорядок на неурегулированные интересы и группы дел².

Сопоставимого законодательного определения задач судов в области пробелов в германском праве нет. Это заставляет задуматься, какие выводы можно сделать из конституционной роли судебной власти в выполнении ее задачи в области устранения пробелов. По крайней мере, швейцарское законодательство четко дает понять, что эту роль в восполнении пробелов нельзя назвать «творческим нахождением права». Эта формулировка вводит в заблуждение по двум причинам:

- в пробеле речь идет не о нахождении права, а об установлении права (правотворчестве), потому что там, где по определению отсутствует правовое регулирование, оно не может быть «найдено»;

- слово «творческое» наводит на мысль о свободном творении нового права. Именно это не является задачей судов. Скорее, речь идет о связанном законом и правом судебском правотворчестве в смысле развития права, а не о политико-правовой реконструкции юридических оценок (*gesetzlichen Wertungen*)³.

Область пробелов – важная, но не единственная область применения судебного правотворчества. Существует еще одна концепция, авторы которой

¹ См.: Larenz K. *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen*. Karlsruhe: C.F. Müller, 1965. S. 13.

² См.: Rùthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 520.

³ Там же.

считают, что «...правоприменитель нередко находит правовые нормы для рассматриваемых обстоятельств дела, под которые их можно отнести (subsumieren) и которые должны применяться в соответствии с описанными выше критериями толкования права. Но юридические последствия, которые должны быть вынесены после этого, кажутся ему по веским причинам недопустимыми. Он считает, что не должен подчиняться (следовать) предписанию, содержащемуся в норме. Если он последует своим сомнениям, он покинет свою роль как связанный законом судья»¹. Тогда речь идет уже не о «простом» развитии права (Rechtsfortbildung), а о реформировании права (Rechtsneubildung) через отступление от закона. Это порождает многочисленные и сложные проблемы, которые объединены в вопросе: когда и может ли суд отступить от существующего правового регулирования? Какие для этого необходимы предпосылки?

Высокий конституционный ранг связанности судьи законом (абз. 3 ст. 20, абз. 1 ст. 97 Основного Закона) говорит о том, что отступления судей от закона абсолютно не допустимы. Однако, как утверждают авторы обсуждаемой концепции, распространенная судебная практика говорит об обратном, «...в многочисленных случаях во всех областях права обнаруживаются решения судов высшей инстанции, которые существующие предписания законов «истолковали» не только вопреки дословному тексту, но и вопреки первичной (исходной) цели правовой нормы или признали неприменимой и заместили посредством судебного, связанного с группами случаев (fallgruppenbezogen) правотворчества (Normsetzung), то есть посредством судебного права (Richterrecht)². Рассмотрим некоторые примеры, на которые ссылаются авторы подобных утверждений:

Основание сделки (договора) (Geschäftsgrundlage). Законодатель ГГУ исходил из принципа «pacta sunt servanda» и на фоне непоколебимой уверенности в стабильности и безопасности существующего государственного и общественного строя решительно отвергал идею законодательного закрепления «прекращения действия основания сделки (договора)» (то, что в то время называлось «clausula

¹ См.: Rùthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 494.

² См.: Fischer Ch. Указ. соч. С. 149ff.

rebus sic stantibus»). Б. Виндшайд уже в то время предупреждал, что если „clausula“-Lehre (учению) как законодателю указать на дверь, то оно (учение) войдет обратно через окно»¹. Решающие изменения в социальной жизни в результате проигранной Второй мировой войны, множественных валютных кризисов и системных изменений привели к отказу от ценностей и целей регулирования законодательства ГГУ, которые ориентированы на строгую добросовестность исполнения договорных обязательств («*pacta sunt servanda*»). После Второй мировой войны была, наконец, разработана, с опорой на §242 ГГУ, дифференцированная система критериев оценки для нарушения основания договора. §242 ГГУ в ходе судебного развития «оказался не только окном, но и удобным, широко открытым черным ходом для общего (универсального), не желаемого законодателем в ГГУ „основания договора“»². Судейское право, развитое для основания сделки, было воспринято в ГГУ в своих основных положениях «Законом о модернизации долгового права» в 2002 году как §313.

Неправоспособные союзы (объединения) (*nichtrechtsfähige Vereine*). В соответствии с §54 ГГУ к правоспособным союзам применяются правила о простых товариществах (§§ 705 ff. ГГУ). Цель этого регулирования заключалась в том, чтобы позволить свободное образование юридических лиц, прежде всего для (социалистических) профсоюзов и политических партий, к которым законодательные органы относятся с подозрением, только при определенных нормативных условиях (завуалированная концессионная (разрешительная) система). Партии и профсоюзы должны побуждаться к внесению в реестр объединений и, таким образом, подлежат определенному контролю. Эта регулятивная цель была объективно не достигнута. Поэтому правосудие применяет сегодня к правоспособному некоммерческому обществу, вопреки первоначальной цели §54 ГГУ, в основном не §§ 705 ff. ГГУ, а право зарегистрированного объединения. В юридической литературе также единодушно

¹ См.: Rüthers B. Die unbegrenzte Auslegung... S. 13ff.

² См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 551.

придерживаются мнения, что неправоеспособное объединение несет ответственность за свой совет (правление) (Vorstand) по аналогии §31 ГГУ¹.

Также, в результате анализа судебной практики, возможно привести следующие примеры:

В соответствии с §50 абз.1 ГПК ФРГ обладает процессуальной правоспособностью только тот, кто обладает правоспособностью (дееспособностью). Неправоеспособные объединения имели в соответствии с официально действующей до 29.9.2009 редакции §50 абз. 2 ГПК ФРГ только пассивную, не активную процессуальную правоспособность. Тем не менее, Федеральный Верховный Суд (BGH) уже давно признал за профсоюзами, как бы «росчерком пера замещающего законодателя» (Ersatzgesetzgeber)², вопреки нормативной цели абз. 2 § 50 ГПК ФРГ активную процессуальную правоспособность³.

Денежная компенсация (возмещение) в случае нарушения личных неимущественных прав. Согласно абз.2 §253 ГГУ, возмещение неимущественного вреда в денежной форме может быть потребовано только в предусмотренных законом случаях. Введенный в 2002 году абзац 2 также не предусматривает денежной компенсации за нарушение общих личных неимущественных прав. При принятии ГГУ это было сделано намерено: считалось непристойным требовать денежную компенсацию за материальный ущерб, особенно в случае оскорбления. (В комментариях ссылаются на следующий факт: мужчины высшего общества обычно дрались на дуэлях.)⁴ Таким образом, законодателем не было признано общее личное неимущественное право. Решительные изменения в социальных ценностях, с одной стороны, и коммуникационных технологиях, средствах массовой информации и возникающие в результате угрозы конфиденциальности и защите чести посредством преднамеренного нарушения прав, с другой стороны, побудили Федеральный Верховный Суд со ссылкой на статью 1 (1) в сочетании со

¹ См.: Münchener Kommentar zum BGB. Bd. 1. 6. Aufl. München: Reuter, 2012. §31 Rn. 12ff.

² См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 552.

³ См.: BGHZ 26, 349.

⁴ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 552.

статьей 2 (2) Основного Закона признать общее личное неимущественное право в частном праве. Нарушения этого права, особенно если они совершаются умышленно и неоднократно, Федеральный Верховный Суд, вопреки нормативным целям § 253 ГГУ, санкционирует правом требования денежного возмещения. Это судебское право продолжает применяться даже после принятия новой редакции закона, несмотря на текст § 253 ГГУ.

Как отмечает Б. Рютерс, «„отклонения судей от закона“ не происходят по свободному усмотрению судов. Тот факт, что изменились структуры фактов или общие представления о ценностях, сам по себе недостаточен для оправдания отступлений или отклонений судьей от предписаний закона»¹.

Перед принятием решений, означающих отступление от существующих норм, судья должен учитывать установленные конституцией границы судебной власти по отношению к законодательной. Юридическое сообщество в принципе должно иметь «возможность быть уверенным в том, что суды применяют действующее право»². Подчинение судьи закону является фундаментальным принципом демократического правового государства, которое допускает исключения только при вполне определенных, строго соблюдаемых требованиях. В этой связи не бесспорной представляется позиция Б. Рютерса, А. Бирка, К. Фишера, которые утверждают, что «...судейское отклонение от закона может быть оправдано только в том случае, если судья может быть убежден в том, что законодатель, учитывая конкретные интересы, которые должны быть им урегулированы, в соответствии с (руководящими) правовыми принципами и регулятивными целями, также предусматривало бы иное, чем существующее регулирование»³.

В германской юридической литературе также рассматривается ситуация, которая возникает, когда суды отказываются применять законы, потому что они считают содержание закона в высшей степени несправедливым в соответствии с их

¹ См.: Rüter B. Zwischenruf aus der methodischen Wüste: „Der Richter wird` s schon richten?“ In: Juristenzeitung. 2006. 61 Jahrg. № 19. S. 958-960.

² См.: Rüter B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 559.

³ Там же. С. 560.

собственными критериями справедливости и поэтому объявляют его недействующим. Речь идет о нарушении принципа связанности законом, то есть о «воспрепятствовании закону» (Gesetzesvereitelung) (Ф. Хек) судьей¹. В этом случае, в отличие от судебской корректуры цели нормы, речь идет не об адаптации закона к изменившимся обстоятельствам, а о восстании судьи против воли законодателя (Aufstand der Richter gegen das Gesetz). Но стоит заметить, что такие «восстания судей» против действующего статутного права или бездействующего законодателя крайне редки.

Ярким примером такого восстания судей против закона было так называемое Aufwertungsurteil Имперского Суда Германии по гражданским делам от 28 ноября 1923 года². Этим решением Имперский Суд отменил закрепленный в валютных законах принцип «Марка равна марке» (золотая марка равна бумажной марке). В то время, когда Имперский суд выступил против закона, в результате невообразимого сейчас падения стоимости денег одна золотая марка торговалась за 522 миллиарда бумажных марок. Это означало, что установленные до Первой мировой войны ипотеки, обеспечивающие ссуду, при наступлении срока исполнения могли быть погашены за крошечную долю от их прежней стоимости и можно было требовать их удаления из поземельной книги (земельно-кадастровая книга – Grundbuch). Своим решением, которое было воспринято как революционное, Имперский Суд воспользовался правом установить новый валютный курс вместо бездействующего законодателя, который, по сути, лишал кредиторов права на имущество (экспроприировал деньги кредиторов). При этом в сущности речь шла о конституционном конфликте между законодательной и судебной властью, который возник из-за «угрызений совести»³ (Gewissensnot) судей. Они больше не были готовы, повинуясь закону, разделять ответственность за несправедливые последствия стремительной инфляции. В этих случаях возникает вопрос: когда из-за вопиющей несправедливости закона суд вправе, может ли или даже обязан отказаться от установленной конституцией связанности

¹ Там же. С. 553.

² RGZ 107, 87.

³ См.: Rütters B. Die unbegrenzte Auslegung. S. 66ff.

законом и в нарушении закона утверждать свои собственные представления о справедливости?

Ответ на это вопрос, как представляется, содержится в ст. 100 (1) Основного Закона, согласно которой суд может приостановить производство по делу и передать соответствующий закон для проверки в Федеральный Конституционный Суд или компетентный Конституционный Суд Земли. Таким образом, решительно сглаживается личный конфликт совести судей, когда в случае сомнения в (правовом) качестве закона им приходится выбирать между принципом связанности законом и совестью. Законы, которые судьи считают несправедливыми и, следовательно, неконституционными, должны быть переданы в компетентный Конституционный Суд, их решениями суды связаны.

В остальном судья не вправе ставить свои представления о справедливости на место действующего права и тем самым нарушать волю юридического сообщества. А. Бирк, К. Фишер пишут: «...если совесть запрещает ему подчиняться закону, он должен отказаться от должности судьи. Согласно новой судебной практике Федерального Конституционного Суда, несовместимо с конституцией демократического правового государства, чтобы воля законодательного органа была заменена анархией отдельных судебских представлений о справедливости. Если бы судья счел весь правопорядок в своих основных ценностях несправедливым, он вряд ли избрал бы свою профессию и смог бы принести присягу на Конституции»¹.

Отрицая судебское право как источник права, Б. Рютерс провел исследование не тему: «Фальшивые оправдания (или ложные обоснования) судебного правотворчества» (*Scheinbegründungen richterlicher Normsetzung*)², которое заслуживает определенного внимания. Автор указывает, что судебское правотворчество («развитие права») часто не раскрывается как политико-правовые акты (*rechtspolitische Akte*), а скорее вуалируется псевдонаучными аргументами и выводами. Действующие в судебном решении нормы судебного права

¹ См: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 563.

² Там же. S. 536ff.

обосновываются (оправдываются) не политико-правовыми решающими конструктивными аргументами (целями нормы), а кажущимися логичными и научными аргументами.

В этой связи в качестве новых источников права предлагаются такие понятия, как: «этично-правовые (нравственно-правовые) принципы» (*rechtsethische Prinzipien*), «природа вещей» (*Natur der Sache*), «сущность» (сущее, бытие – «*Wesen*») условий жизни (*Lebensverhältnissen*), «объективно-телеологические» критерии толкования (*objektiv-teleologische Auslegungskriterien*)¹ или даже сама «правовая идея» (*Rechtsidee*), постоянно цитируемая и всегда по-новому толкуемая во времена потрясений². При внимательном рассмотрении в таких моделях аргументации речь не идет о методически (*rechtsmethodisch*) контролируемом и доступном контролю правоприменении. За этими словами, скорее, скрывается политико-правовое нормотворчество их применителей. Часто под прикрытием, казалось бы, «научных» обоснований они отказываются от раскрытия своих ценностных представлений и целей регулирования, значимых для предполагаемого нормирования.

В юридической литературе прямые отклонения от норм и критериев (оценки) иногда выводятся из «правовой идеи» (*Rechtsidee*), из «этично-правовых (нравственно-правовых) принципов», из принципов «справедливости» (*Grundsätzen der Gerechtigkeit*) или из «высших принципов права» (*oberste Grundsätze des Rechts*)³. Эти понятия, из которых должны быть получены непосредственно обязательные критерии (оценки) для неурегулированных сфер жизни или оправданы отклонения от закона, широки и неопределенны по своему смысловому содержанию. В истории права они оказались чрезвычайно изменчивыми, особенно в европейских странах прошлого века. С точки зрения социологии языка, «речь идет об особом типе пустых формул, которые можно

¹ См.: Larenz K., Canaris K.W. Указ.соч. С. 238.

² См: Engisch K. Указ. соч. С. 311.

³ См: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 537.

заполнять. У них нет надежного, intersубъективно действительного (intersubjektiv gültige) смыслового содержания»¹.

Для выведения норм из этих понятий можно сформулировать следующее: никто не может извлечь из них ничего, кроме того, что он прежде в них вложил (hineindacht hat). Тот, кто утверждает в качестве источника нормы правовую идею, этически-правовые принципы, справедливость и тому подобное, не имеет ни «правовой идеи», ни «справедливости» и т. п., а имеет в виду *свою* правовую идею и *свою* справедливость². С точки зрения содержания аргументация такими терминами означает не что иное, как применение субъективных или традиционных нормативно-политических концепций с (необоснованным) заявлением о научно доказанной достоверности. Подтверждение «магической силы волшебной метлы правовой идеи»³ («magische Kraft des Zauberbesens Rechtsidee») и подобных возвышенных, но неопределенных категорий мало что дает для рационального решения проблем судейского развития права.

С другой стороны, эти понятия могут быть пригодны для обоснования судейского правотворчества. Правовая идея, справедливость и аналогичные относительные величины могут обосновывать правотворчество, если участники разделяют общие убеждения относительно их содержания. Их сила убеждения основана не на научном обосновании, а на уже существующем консенсусе, на общем предпонимании (Vorverständnis) или убеждениях. В целом, можно констатировать, что обоснование норм из правовой идеи, справедливости и тому подобного с научной точки зрения можно классифицировать как псевдо-аргументы. Их пользователи апеллируют к желаемому (ожидаемому) консенсусу или, ссылаясь на декларационную лексику, отказываются от фактических обоснований судейского правотворчества. Использование таких терминов обычно указывает на наличие неурегулированных, требующих регулирования правовых проблем⁴.

¹ Там же.

² См: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 537.

³ См: Engisch K. Указ. соч. С. 295.

⁴ См: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 538.

Другим аргументом, охотно используемым при производном судьями или в юридической литературе развитию права, является «природа вещей» (Natur der Sache). Многие известные авторы писали об этом множество книг и статей¹. Термин «природа вещей» расплывчат (не определен) и может означать многое. «Природа вещей» часто используется в качестве аргумента, когда пользователь считает решение юридической проблемы, такое как, например, его предложения по восполнению пробела, убедительным, бесспорным, «разумным» в соответствии с положением дел, то есть intersубъективно приемлемым (intersubjektiv zustimmungsfähig)². Если этот консенсус, предполагаемый или запрошенный пользователем слов (Verwender der Vokabeln), действительно существует, то это не зависит от его обоснования. Предполагаемая «природа вещей» становится синонимом совпадающего правового убеждения заинтересованных сторон. Однако, функция обоснования устраняется, как только представленная правовая позиция оспаривается или отклоняется. Тогда необходимо раскрыть, о какой «природе» идет речь, откуда она исходит, и кто обладает компетенцией определять «природу вещей».

Каждое правотворчество, включая судебское замещающее законодательство (Ersatzgesetzgebung) в области пробелов, должно учитывать заданные факты и взаимозависимости в той сфере жизни, которую оно хочет регулировать. Если оно этого не делает, в случае сомнений будут не достигнуты цели регулирования. Например, правильное регулирование, применение и судебское дополнение в картельно-правовые (антимонопольные) правила предусматривает наличие базовых знаний теории экономической конкуренции и, при необходимости, привлечение подходящих экспертов. Без учета знаний экономической теории, такие термины, как «соответствующий рынок» (relevanter Markt), «доминирование на рынке» и т. д. (см. §§ 1 и след., 19 и след., 35 Закона против ограничений конкуренции (GWB), ст. 101, 102 ДФЕС) не могут быть истолкованы в соответствии

¹ См.: Lanrenz K. Canaris K.W. Указ. соч. С. 236ff; Engisch K. Указ. соч. С. 264; Röhl K.F., Röhl H.C. Allgemeine Rechtslehre. 3. Aufl. Köln.München: Carl Heymanns Verlag, 2008. S.73ff.; Raisch P. Juristische Methoden. Heidelberg: Müller, 1995. S. 176ff.

² См: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 538.

с целью нормы. Опасность смешивания товарных знаков при рекламе продуктов (§14 Abs. 2 Nr.2 Закона о товарных знаках (MarkenG)) можно измерить с помощью эмпирических социальных исследований. Юридические заявления о врачебной халатности или о надлежащем отношении к рискам технических систем (атомной промышленности, авиаперевозок и т. д.) связаны с пониманием медицинских и технических контекстов, которые заданы для правотворца и не могут быть им изменены. То же самое применимо к релевантным для принятия решения, надежным знаниям научных дисциплин (медицина, психология, социология, история, физика, химия и т. д.). Учет таких фактов, взаимосвязей и естественно-научно-технических закономерностей является очевидной задачей любого правотворчества и применения закона. Несоблюдение их было бы равносильно правовой норме, предписывающей «выращивание бананов на Северном полюсе»¹. Эти заданные условия можно назвать «природой вещей». Однако, поскольку этот термин в основном используется в другом значении, в этих случаях имеет смысл лучше говорить о реальной обстановке сферы регулирования и ее заданных контекстах и закономерностях.

Многие авторы и суды ссылаются на «природу вещей», когда хотят оправдать (обосновать) свое регулирование юридически неурегулированной жизненной ситуации авторитетной, традиционной и декларационно звучащей моделью аргументации. При этом часто цитируют формулировку Г. Дернбурга: «Условия жизни, даже если они более или менее развиты, несут в себе свой порядок. Этот присущий вещам порядок называется природой вещей. Думающий юрист должен обращаться к ним, если нет позитивной нормы или если она неполная или неясная»².

Недостающую норму следует считать из «внутреннего порядка», «логических структур» регулируемой жизненной ситуации³. «Природа вещей» в этом смысле скрытого источника права должна иметь «большое значение в связи с

¹ См: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 539.

² Dernburg H. Pandekten. Bd. Allgemeiner Teil und Sachenrecht. 1. Bd. Nabu Press, 2010. S. 84.

³ См.: G. Stratenwerth. Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1957. S. 20.

требованием справедливости относиться равно к равному, неравно к неравному¹. Она рассматривается ее представителями как «объективно-телеологический критерий интерпретации»². Таким образом, «природа вещей» ставится некоторыми ее представителями в непосредственную связь с «этическо-правовыми принципами», в которых смысловая ссылка (Sinnbezug) на правовую идею делается осязаемой»³.

То, что на самом деле там, где законодатель молчит, судья выступает в качестве законодателя, по большей части скрывается при этой терминологии. «Природа» или «сущность» вещей становится маскировочной оболочкой для реально происходящего судейского замещающего законодательства⁴.

Только правоприменитель решает при выводе правовых предписаний из «природы вещей», что такое «природа» и что такое «вещь», а также то, что они обе диктуют. Мировоззренческое предпонимание правоприменителей, их истолкование смысла подлежащей регулированию сферы жизни на фоне их взглядов на человека и мир, могут, как учат история права и сравнительное правоведение, оказывать решающее воздействие на результаты вывода из «природы вещей». Сомнения по поводу такой модели аргументации высказывались еще в 1892 году Э.И. Беккером: «Хуже всего в этом выражении то, что оно не заставляет думать четко, и поэтому оно довольно часто используется как суррогат мысли»⁵.

Э. Фехнер, рассматривая реальную функцию этого аргумента, говорит о «волшебной формуле природы вещей»⁶.

Системную, основательную и неопровержимую критику можно найти в книге Р. Драйера «О понятии „природы вещей“». Он доказывает, что с помощью аргумента, основанного на «природе вещей», делается научно-теоретически

¹ См.: Lanrenz K. Canaris C.-W. Указ. соч. С. 237.

² См.: Rùthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 540.

³ См.: Canaris C.-W. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. 2. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1983. S. 69ff.

⁴ См.: Rùthers B. Wir denken die Rechtsbegriffe um. Weltanschauung als Auslegungsprinzip. Zürich: Ed. Interform, 1987. S. 74ff.

⁵ См.: Rùthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 541.

⁶ См.: Fechner E. Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1962. S. 147.

несостоятельная попытка вывести конкретную обязанность, должное (Sollen) из сущего (Sein) определенной жизненной ситуации. Влияние ценностных и целевых представлений правотворцев становится очевидным за кажущимися «логическими» (logisch), «фактически логичными» (sachlogisch) и «объективными» заключениями и выводами. Реальное судебское правотворчество *Normsetzung* выдается как научно обязательное нахождение нормы *Normfindung*¹.

Теме «природа вещей» уделяется особое внимание потому, что она имеет особую бривантность в теории права и в правовой политике. Сторонники этой аргументации и по сей день избегают всякого содержательного столкновения с обширной критической литературой, в частности, с анализом Р. Драйера.

В истории права аргументация с «природой вещей» или с аргументами сущности (Wesensargumenten) оказалась универсальным оружием для неограниченного судебного правотворчества в служении почти любым политико-правовым целям². При этом можно отметить различные маркировки этой модели обоснования. Под разными названиями право всегда непосредственно вытекает из действительности, должное вытекает из сущего. Особенно четко это сформулировано у А. Кауфманна: «Право – это соответствие должного и сущего»³.

Когда после 1933 года правопорядок, унаследованный от Германской империи и Веймарской республики, должен был быть сломан и переосмыслен для целей национал-социализма, действительность также получила нормативную силу от представителей этого «обновления права» (Rechtserneuerung). Она должна быть подлинным творцом нового права. Как писал К. Ларенц: «Жизненные условия, поскольку они носят общественный характер, уже больше, чем простая реальность; они, таким образом, уже содержат в себе эталон поведения индивида, находящегося в этих жизненных условиях»⁴.

Б. Рютерс отмечает: «Конкретные порядки» условий жизни, описанные в этих предложениях, – это просто еще одно название «природы вещей». Связь

¹ См.: Dreier R. Zum Begriff der Natur der Sache. Berlin: De Gruyter, 1965. 128 S.

² См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 542.

³ См.: Kaufmann A. Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges. Frankfurt am Main: Athenäum. 1972. S. 286ff.

⁴ Lanrenz K. Über Gegenstand und Methode völkischen Rechtsdenkens. In: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Bd. 98. H. 3/4. 1938. S. 735-744.

между выводом новых правовых требований из «природы вещей» и «конкретных порядков» хорошо известна пользователям этих метафор»¹.

Эти юридические значимые фигуры преобразуют методологически неограниченные новые «реальности» (Wirklichkeiten) и новые представления о ценностях в действующее право. Таким образом, это не просто инструменты, с помощью которых можно заполнить пробелы в законе или в праве в смысле соответствующего «установленного (сложившегося)» духа времени. Кроме того, они пригодны для вытеснения существующего правопорядка путем обращения к противостоящим новым порядкам сущего (Seinsordnung). По словам К. Шмитта, «все эти порядки приносят с собой свое внутреннее право ... Наше стремление имеет направление живого роста на своей стороне, и наш новый порядок исходит изнутри нас самих. И далее еще более четко: «Мы переосмысливаем юридические понятия ... Мы на стороне предстоящих (грядущих) вещей»².

Из всего этого следует: аргументация с помощью «природы вещей» и «конкретных порядков» не касается вопросов правоприменения. Скорее, речь идет о разработке новых источников права вне рамок традиционной доктрины источников права. «Правовая идея», «природа вещей», «конкретный порядок», «конкретно-общие термины (понятия)» (konkret-allgemeine Begriffe) и «типологическое нахождение права» (typologische Rechtsfindung) – это обозначения для более или менее сознательно проводимой правовой политики. Вот почему их можно найти не только в литературе, но иногда и в обоснованиях решений высших федеральных судов, не в последнюю очередь Федерального Конституционного Суда³.

Р. Драйер в своей концепции предложил окончательно отказаться от этого псевдо-аргумента. Но в этом предложении явно недооценивается притягательность и полезность «магической формулы» для тех, кто желает и дальше выдавать свою политико-правовую деятельность и спекуляции за «логические» и «научные»

¹ См.: Rütters B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 542.

² См.: Mehring R. Carl Schmitts Schrift „Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft“ // [Электронный ресурс] – Режим доступа https://www.zaoerv.de/77_2017/77_2017_4_a_853_875.pdf

³ См.: BVerfGE 1,14 (52); 3, 427f.; 7, 377 (406); 11, 88 (99); 12; 251; 84, 133 (138); 85, 360 (374).

выводы. Таким образом, задачей критического юридического образования остается раскрытие псевдонаучной структуры и функционирования таких моделей аргументации, а также произвольности «результатов толкования», которые могут быть достигнуты с их помощью. «Природа вещей» – это не средство толкования (*Auslegung*), а скорее, средство вложения (нового смысла) (*Einlegungsmittel*)¹.

Таким образом, на основе результатов анализа концепций толкования права в Германии делается вывод о необходимости строгого разграничения толкования права (*Auslegung*) и судейского развития права (*richterliche Rechtsfortbildung*), являющегося по существу признанием судейского правотворчества (*richterliche Normsetzung*), что является нарушением конституционного принципа разделения властей в правовом государстве.

Установлено, что в современной германской правовой доктрине остается дискуссионным вопрос рассмотрения судейского права (*Richterrecht*) как формы права. Считаем необходимым отрицать возможность признания судейского права как формы права, основываясь на строгой связанности судов законом как центральным составным элементом демократического правового государства с закрепленным в Конституции принципом разделения властей и исключительным правом правотворчества законодательных органов.

Таким образом, во второй главе настоящего исследования при решении пятой задачи проведен сравнительный анализ объективной и субъективной концепций толкования права. Установлено, что субъективная концепция придает определяющее значение регулятивной воле законодателя, должный метод толкования согласно этой концепции – первоначально исследовать историческое предписание и цель нормы (*Normzweck*). Объективная концепция, напротив, исходит из представления о том, что закон с момента публикации «отрывается» от законодателя и отныне самостоятелен, поэтому воля правотворца более не имеет значения. Таким образом, объективное толкование, если оно отклоняется от первоначальной цели нормы, осуществляет *субъективную* регулятивную волю

¹ См: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. S. 543.

правоприменителя. В результате этот процесс означает приближение к методической произвольности, так как то, что определяют «объективно-телеологические» критерии, в значительной степени решает интерпретатор.

При решении шестой задачи проанализированы концепции толкования и развития национального права во взаимосвязи с международным правом. Сделан вывод, что в правоприменительном процессе для установления целей правового регулирования различаются два вида системного толкования: «systematisch» («системное»), которое устанавливает цель нормы права в рамках норм и принципов национальной системы права, и «systemkonform» («соответствующее системе»), которое заключается в установлении целей правового регулирования правоотношений в рамках иерархии норм права, включающей Основной Закон, нормы европейского и международного права. При этом проверку норм национального права на соответствие европейскому праву осуществляет суд, который применяет норму права к конкретному случаю.

При решении седьмой задачи сделан вывод о необходимости четкого отграничения толкования права (Auslegung) от судейского развития права (richterliche Rechtsfortbildung), являющегося по существу признанием судейского правотворчества (richterliche Normsetzung), что является нарушением конституционного принципа разделения властей в правовом государстве.

Заключение

Проведенный анализ теоретико-правовых позиций, изложенных в концепциях толкования права германских ученых-юристов, а также решений Европейского Суда, судебной практики Федерального Конституционного Суда Германии, Федерального верховного суда Федеративной Республики Германия, Федерального финансового суда ФРГ, выработанные автором настоящего диссертационного исследования положения позволили решить поставленные задачи и сделать следующие выводы.

Доктрина толкования права, существующая в германской правовой традиции, представляет значительный интерес для правоприменителей и имеет богатую историю. В результате проведенного исследования сделан вывод, что в конце 1960-х гг. классическое учение в теории толкования права Германии было заменено «linguistic turn» («лингвистическим поворотом»), что было связано с публикацией работ Г.-Г. Гадамера «Истина и метод» (1960), а также концепцией, представленной Л. Витгенштейном в «Логико-философском трактате» (1921), получившей развитие в его труде «Философские исследования» (1953). Эта научная парадигма и до сегодняшнего дня сохраняет свое влияние на процессы, происходящие в юридической науке. Результаты лингвистических исследований в юридической работе с текстом способствуют лучшему пониманию функционирования языковых элементов в сложном, институционально сформированном, предметно-специфическом использовании языка; языковое обоснование имеют все современные концепции понимания и толкования права.

Установлено разграничение понятий «цель» и «средство» толкования права. В результате подчеркивается, что каждое толкование должно служить осуществлению преследуемой нормой цели, остальные критерии (способы) толкования подчинены этой цели и являются вспомогательными средствами, с помощью которых интерпретатор должен попытаться установить цель нормы. Из этого определяется важное отличие цели от средств толкования: цель (Ziel) толкования – это определение и осуществление цели (Zweck) нормы; средства

толкования – (дословный) текст, системное толкование, историческое толкование. В данном случае установленное различие закрепляет одновременно определенную иерархию, которая подчиняет значение средств толкования его цели.

Сделан вывод о проведении в концепциях толкования права в Германии важного различия между понятиями нормы права (Rechtsnorm, Norm) и текста нормы (Normtext). Правовая норма – это нечто большее, чем просто ее дословный текст. Дословный текст выражает – и не всегда исчерпывающе – так называемое правовое предписание (Rechtsbefehl), нормативную программу. К норме все же равным образом относится и область применения нормы (пределы применения – Normbereich), то есть каждый фрагмент социальной действительности в его основной структуре, который норма «подыскивает» себе в качестве области (или пределов) регулирования. Так как норма – это нечто большее, чем просто языковое предложение, закрепленное на бумаге, ее «применение» не может исчерпываться лишь в интерпретации, в толковании текста. Скорее речь идет о связанной с определенным (конкретным) случаем конкретизацией данных, определяемых из программы нормы (Normprogramm), области ее применения (Normbereich) и особенностей обстоятельств (Eigenheiten des Sachverhalts)¹. Исходя из основного положения нетождественности текста нормы и нормы отрицается позитивистское понимание права, которое описывает правоприменение как квазиавтоматическую субсумцию (Subsumtion), если устанавливается только лишь значение точного текста нормы (Normwortlaut) или только закрепленных в нем слов. Вместо этого предлагается понимать применение права как *структурированный процесс*, как часть комплексной (многообразной) практики, в которой текст правовой нормы представляет собой только один из видов исходных данных среди многих. Представленное понимание правоприменительного процесса обозначается в германских концепциях толкования права как «Konkretisierung» («конкретизация»), что не соответствует подходам к определению сущности конкретизации в отечественной юридической науке.

¹ См.: Müller F. Juristische Methodik. 4., neubearb. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1990. S. 74.

Сделан вывод, что по причине отсутствия специального закона в Германии, который как обязательный к исполнению предписывает правоприменителю определенный метод толкования, вопрос выбора метода толкования является предметом острых дискуссий. Критикуется позиция, согласно которой выбор метода предоставляется свободному усмотрению правоприменителя. Отстаивается позиция, что строгая связанность судов законом – центральный составной элемент демократического правового государства с закрепленным в Конституции принципом разделения властей и исключительным правом правотворчества законодательных органов. В правовой доктрине Германии предлагается следовать тому методу толкования, который, согласно Конституции, соответствует принципу демократии и разделения властей, т.е. возможно в высшей степени воплощает связанность судей законом, вопросы выбора метода толкования определяются как конституционные вопросы, касающиеся реального разграничения правотворческой власти в государстве.

В результате проведенного сравнительного анализа субъективной и объективной концепций толкования права в современной германской правовой доктрине установлено, что субъективная концепция придает определяющее значение регулятивной воле законодателя, должный метод толкования согласно этой концепции – первоначально исследовать историческое предписание и цель нормы (Normzweck). Объективная концепция, напротив, исходит из представления о том, что закон с момента публикации «отрывается» от законодателя и отныне самостоятелен, поэтому воля правотворца более не имеет значения. Таким образом, объективное толкование, если оно отклоняется от первоначальной цели нормы, осуществляет *субъективную* регулятивную волю правоприменителя. В результате этот процесс означает приближение к методической произвольности, так как то, что определяют «объективно-телеологические» критерии, в значительной степени решает интерпретатор.

Сделан вывод, что в правоприменительном процессе для установления целей правового регулирования различаются два вида системного толкования:

«systematisch» («системное»), которое устанавливает цель нормы права в рамках норм и принципов национальной системы права, и «systemkonform» («соответствующее системе»), которое заключается в установлении целей правового регулирования правоотношений в рамках иерархии норм права, включающей Основной Закон, нормы европейского и международного права. При этом проверку норм национального права на соответствие европейскому праву осуществляет суд, который применяет норму права к конкретному случаю.

Также делается вывод о необходимости строго отличать соответствующее европейскому праву толкование от преимущественного применения права Европейского Союза. Установление факта невозможности применения национального права из-за несоответствия действующему праву Европейского Союза – это исключительная задача национальных судов, в Германии, в частности, – судов специальной юрисдикции. В данном случае такая возможность не может быть предоставлена ни Европейскому Суду (EuGH), так как он не может принимать решение о соответствии национального права праву ЕС, ни, согласно ст. 100 Основного Закона, Федеральному Конституционному Суду, поскольку в этом случае речь не идет о соответствии Основному Закону. Таким образом, следствием этого является обязанность каждого участкового суда (Amtsgericht) в Германии самостоятельно проверять соответствие нормы праву Европейского Союза и в случае несоответствия не применять германское право, по сути «отменить» его, что приводит «к увеличивающейся правовой нестабильности»¹. Таким образом, делается вывод о том, что в юридической науке Германии существует необходимость политических действий, чтобы сделать возможной унификацию права и в качестве варианта решения предлагается, например, предоставление такого права Федеральному Конституционному Суду путем «расширения» ст. 100 Основного Закона.

Сделан вывод о необходимости строгого разграничения толкования права (Auslegung) и судейского развития права (richterliche Rechtsfortbildung), являющегося по существу признанием судейского правотворчества (richterliche

¹ См.: Rüthers B., Fischer C., Birk A. Указ. соч. С. 457.

Normsetzung), что является нарушением конституционного принципа разделения властей в правовом государстве.

В результате проведенного анализа концепций толкования права установлено, что в современной германской правовой доктрине остается дискуссионным вопрос рассмотрения судейского права (Richterrecht) как формы права. Делается вывод о невозможности признания судейского права как формы права, основываясь на строгой связанности судов законом как центральным составным элементом демократического правового государства с закрепленным в Конституции принципом разделения властей и исключительным правом правотворчества законодательных органов.

Библиографический список**Правовые акты**

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993г.). (с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020). // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102027595>

2. Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 N 1-ФКЗ (ред. от 01.07.2021) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

3. Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 N 1-ФКЗ (ред. от 08.12.2020) «О судебной системе Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

4. Гражданский Кодекс Российской Федерации. Часть 1. От 30.11.1994 г. № 51-ФЗ // СПС «Консультант Плюс».

Правовые акты ФРГ и иные официальные материалы

5. Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949. (BGBl.S.1) (Zuletzt geändert durch das Gesetz vom 29.09.2020. (BGBl Is. 2048) m.W.v. 08.10.2020 bzw. 01.01.2021). // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>

6. Bürgerliches Gesetzbuch vom 01.01.1900 (In der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. IS 42) (Zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2021 (BGBl. IS. 5252) m.W.v. 30.12.2021) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/BGB>

7. Strafgesetzbuch. In der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.11.2021 (BGBl. I S. 4906) m.W.v.

24.11.2021). // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/StGB>

8. Strafprozessordnung. (In der Fassung der Bekanntmachung vom 07. 04.1987 (BGBl. IS. 1074) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2021 (BGBl. IS. 5252) m.W.v. 30.12.2021). // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/StPO>

9. Zivilprozessordnung. (In der Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005 (BGBl. S 3202) zuletzt geändert durch Gesetz vom 05.10.2021 (BGBl. I S. 4607) m.W.v. 01.01.2022 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/ZPO>

10. Bundesverfassungsgerichtsgesetz. (In der Fassung der Bekanntmachung vom 11.08.1993 (BGBl. IS. 1473) zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.11.2019) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/BVerfGG>

11. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. (In der Fassung der Bekanntmachung vom 15.07.2005 (BGBl. IS. 2114), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.07.2021) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/GWB>

12. Markengesetz. (Art.1 des Gesetzes vom 25.10.1994 (BGBl. IS. 3082), in Kraft getreten am 01.11.1994, 01.01.1995 bzw. 20.03.1996. zuletzt geändert durch das Gesetz vom 10.08.2021). // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/MarkenG>

13. Bundesjagdgesetz vom 29.11.1952 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.gesetze-im-internet.de/bjagdg/>

14. Kündigungsschutzgesetz. (In der Fassung der Bekanntmachung vom 25.08.1969 (BGBl. IS. 1317), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.06.2021) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/KSchG>

15. Betriebsverfassungsgesetz. (In der Fassung der Bekanntmachung vom 25.09.2001 (BGBl. IS. 2518), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.12.2021) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/BetrVG>

16. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.gesetze.ch/inh/inhsub210.htm>

17. EU-Vertrag (Vertrag über die Europäische Union) (Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 13) zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m.W.v. 1.7.2013) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/EU>

18. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47) zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m.W.v. 1.7.2013) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://dejure.org/gesetze/AEUUV>

19. Statut des Internationalen Gerichtshofs (Anhang zur Satzung (Charta) der Vereinten Nationen) vom 26. Juni 1945 (seither unverändert). // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.staatsvertraege.de/uno/gerichtshofstatut45.htm>

20. Vertrag von Lissabon P6_TA(2008)0055. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Februar 2008 zu dem Vertrag von Lissabon (2007/2286(INI)) (2009/C 184 E/05) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:184E:0025:0030:DE:PDF>

Материалы судебной практики

21. EuGH vom 1.04.2004 Slg. 2004 I-3219 „Borgmann“. // <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49061&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

22. EuGH vom 4.2.1988, Slg. 1988, 673 „Murphy“ // <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:61986CJ0157>
23. EuGH vom 04.07.2006. Slg. 2006, I-6057 Rn. 108 „Adeneler“ // <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56282&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>
24. BVerfGE 1, 299 (312) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
25. BVerfGE 1,14 (52) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
26. BVerfGE 2, 266 (282) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
27. BVerfGE 2, 336 (340, 341) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
28. BVerfGE 3, 427f. // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
29. BVerfGE 3, 225 (243) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
30. BVerfGE 4, 331-352 // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
31. BVerfGE 7,198, 206 // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
32. BVerfGE 7, 377 (406) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
33. BVerfGE 8, 28 // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
34. BVerfGE 11, 126 (130) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
35. BVerfGE 11, 88 (99) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
36. BVerfGE 12; 251 // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
37. BVerfGE 19, 377 // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
38. BVerfGE 20, 56 [87] // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
39. BVerfGE 24, 289 [297] // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
40. BVerfGE 25, 256,263 // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
41. BVerfGE 34, 269 (287) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
42. BVerfGE 40, 88 // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
43. BVerfGE 73, 261,269 // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
44. BVerfGE 82, 6 (12) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
45. BVerfGE 84, 133 (138) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
46. BVerfGE 84, 212 (226f.) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
47. BVerfGE 85, 360 (374) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>

48. BVerfGE 88, 145 (167) // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
49. BVerfG NJW 2009, 1469, 1476 // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
50. BVerfG, NJW 2011, 836ff. // <https://www.bundesverfassungsgericht.de>
51. BGHZ 4, 153 // <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BGHZ%204,%20153>
52. BGHZ 26, 349 // <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=14.02.1958&Aktenzeichen=I%20ZR%20151/56>
53. BGHZ 42, 210 // <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=06.10.1964&Aktenzeichen=VI%20ZR%20176/63>
54. BGHZ 132, 119, 122 // <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=29.02.1996&Aktenzeichen=IX%20ZR%20153/95>
55. BFH, Urteil v. 01.02.1989- I R 74 / 86 // <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BFH&Datum=01.02.1989&Aktenzeichen=I%20R%2074/86>

Научная литература

56. Васьковский, Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е.В. Васьковский. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — 508 с.
57. Витгенштейн, Л. Логико-философский трактат. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.ict.nsc.ru/jspui/bitstream/ICT/951/3/vit.pdf>
58. Витгенштейн, Л. Философские исследования. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://docs.yandex.ru/docs/view?tm=1635965378&tld=ru&lang=ru&text=витгенштейн%20философские%20исследования&url=https%3A%2F%2Fwww.lib100.com%2Fphilosophy%2Fphil_investigations%2Fpdf%2F&lr=213&mime=pdf&110n=ru&sign=25b05e462a49235729c80c51e1ca2a21&keyno=0&nosw=1&serpParams=tm%3D1

[635965378%26tld%3Dru%26lang%3Dru%26text%3D%25D0%25B2%25D0%25B8%25D1%2582%25D0%25B3%25D0%25B5%25D0%25BD%25D1%2588%25D1%2582%25D0%25B5%25D0%25B9%25D0%25BD%2B%25D1%2584%25D0%25B8%25D0%25BB%25D0%25BE%25D1%2581%25D0%25BE%25D1%2584%25D1%2581%25D0%25BA%25D0%25B8%25D0%25B5%2B%25D0%25B8%25D1%2581%25D1%2581%25D0%25BB%25D0%25B5%25D0%25B4%25D0%25BE%25D0%25B2%25D0%25B0%25D0%25BD%25D0%25B8%25D1%258F%26url%3Dhttps%253A%2F%2Fwww.lib100.com%2Fphilosophy%2Fphil_investigations%2Fpdf%2F%26lr%3D213%26mime%3Dpdf%26l10n%3Dru%26sign%3D25b05e462a49235729c80c51e1ca2a21%26keyno%3D0%26nosw%3D1](https://www.lib100.com/philosophy/phil_investigations/pdf/26lr%3D213%26mime%3Dpdf%26l10n%3Dru%26sign%3D25b05e462a49235729c80c51e1ca2a21%26keyno%3D0%26nosw%3D1)

59. Гадамер, Х-Г. Истина и метод. Основы философской герменевтики. Пер. с нем./Общ. ред. и вступ. ст. Б. Н. Бессонова. — М.: Прогресс, 1988. — 704 с.

60. Головненков, П.В. Уголовное Уложение Федеративной Республики Германия – Strafgesetzbuch (StGB) – Научно-практический комментарий и перевод текста закона. — Universitätsverlag Potsdam, 2021. — 494 с. // https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-hellmann/Forschungsstelle_Russisches_Recht/Neuaufgabe_der_kommentierten_StGB-Übersetzung_von_Pavel_Golovnenkov.pdf

61. Жалинский, А.Э., Рерихт, А.А. Введение в немецкое право / А.Э. Жалинский, А.А. Рерихт. – М.: Спарк, 2001. – 767 с.

62. Завадский, А.В. К учению о толковании гражданских законов: Новейшие течения по этому вопросу в немецкой лит. (шк. свобод. права и др.) / А.В. Завадский. — Изд. посмерт. под ред. [и с предисл.] проф. бар. А. Симолина. — Казань : типо-лит. Имп. ун-та, 1916. — 168, XLI с.

63. Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. Сост. Швабе Ю., Гайсслер Т. — М.: Инфотропик Медиа, 2018. — 1028 с.// https://www.kas.de/documents/278107/5436368/Ausgewahlte+Entscheidungen_Book.pdf/8efadafe-e03e-75c2-66da-e0f976928330?version=1.0&t=1555592705132

64. Клёмин, А.В. Европейское право и Германия: баланс национального и наднационального. Европейское Сообщество, Германия, право: национальный

консерватизм, коллизии и единство / А.В. Клёмин. — Казань: Изд-во Казанск. ун-та, 2004.—588 с.

65. Покровский, И.А. Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://dspace.spbu.ru/bitstream/11701/17698/1/Гражданский%20суд%20и%20закон%20-.pdf>

66. Радбрух, Г. Введение в науку права / Г. Радбрух. — М: Трудъ, 1915. — 139 с.

67. Философские идеи Людвиг Витгенштейна / Под ред. Козловой М.С. — М.: ИФРАН, 1996. — 196 с.

68. Савиньи, Ф.К. фон. Система современного римского права. Т.1. / Пер. с нем. Г. Жигулина. Под ред. О. Кутателадзе, В.Зубаря. — М.: Статут, 2011. — 510 с.

69. Швейцарское гражданское уложение 10 декабря 1907 года / перевод К. М. Варшавского. — Петроград: Типография "Двигатель", 1915. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.prlib.ru/item/699113>

70. Ершов, В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: Монография / В.В. Ершов. — М.: РГУП, 2018. — 628 с.

71. Марченко, М.Н. Европейский Союз и его судебная система: Монография / М.Н. Марченко. — М.: Проспект, 2012. — 288 с.

72. Юридическая герменевтика в XXI веке: монография / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, Ю.Ю. Ветютнева. — Спб.: Алетейя, 2017. — 440 с.

73. Белова, М.А. Философская герменевтика: истоки онтологизации, достижения и критика / М.А. Белова // Философские аспекты развития права и закона в эпоху глобализации: Материалы научно-практической конференции. — М.: РГУП. — 2018. — С.12-29.

74. Белова, М.А. Право и язык / М.А. Белова // Организация учебной и воспитательной работы в вузе. Вып. 9. — М.: РГУП, 2019. — С.466-474.

75. Белова, М.А. Толкование, правоприменение и юридическая герменевтика / М.А. Белова // Российская юстиция. — 2020. — № 3. — С.44-49.

76. Белова, М.А. Теории толкования права в современной германской правовой доктрине / М.А. Белова // Российской правосудие. — 2021. — №9. — С.13-19.

77. Белова, М.А. Цель и средства толкования права в современной правовой доктрине Германии / М.А. Белова // Организация учебной и воспитательной работы в вузе. Вып. 10. — М.: РГУП, 2021. — С.247-253.

78. Бугаевский, А. Судья в роли законодателя. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://jurytrial.ru/media/files/library/file443.pdf>

79. Дубинин, М.Г. Толкование права в романо-германской и англосаксонской правовых семьях (на примере ФРГ и Великобритании) / М.Г. Дубинин // Вестник ННГУ. — 2015. — №3. — С. 131-137.

80. Ершов, В.В. Актуальные проблемы правопонимания, правотворчества и правоприменения / В.В. Ершов // Российское правосудие. — 2016. — №9. — С. 14-17.

81. Ершов, В.В. Природа «позиций судов»: теоретические и практические проблемы / В.В. Ершов // Российское правосудие. — 2017. — №12. — С. 5-15.

82. Ершов, В.В. Судебное правотворчество: „pro et contra” / В.В. Ершов // Правосудие/Justice. — 2020. — Том 2, №1. — С. 7-35.

83. Ершов, В.В. Судебное «правотворчество» в XXI веке / В.В. Ершов // Российское правосудие. — 2021. — №2. — С. 5-12.

84. Каламкарян, Р.А., Капустин, А. Я. Европейский Союз: интеграция и право / Р.А. Каламкарян, А.Я. Капустин // Государство и право. — 2001. — №2. — С.125.

85. Клёмин, А.В. ФРГ: соотношение международного и национального права / А.В. Клёмин // Современная Европа. — 2017. — №2 (74). — С. 77-89.

86. Корнев, В.Н. Понимание, толкование и применение права как герменевтическая проблема / В.Н. Корнев // Российское правосудие. — 2014. — №11. — С. 18-26.

87. Корнев, В.Н. Проблемы теории права в романо-германской юридической науке / В.Н. Корнев // Российской правосудие. — 2015. — №5. — С. 26-38.

88. Корнев, В.Н. Право как языковой феномен / В.Н. Корнев // Государство и право. — 2018. — №6. — С.5-12.

89. Корнев, В.Н., Белова, М.А. Понимающая философия права Артура Кауфмана / В.Н. Корнев, М.А. Белова // Государство и право. — 2019. — №5. — С. 14-17.

90. Марченко, М.Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права / М.Н. Марченко // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2016. — № 1 (56). — С.5-13.

91. Недилько, Ю.В. Особенности толкования права в России и в Германии: взаимодействие теории и практики / Ю.В. Недилько // Евразийский юридический журнал. — 2015. — №10. — С. 88-91.

92. Никитин, А.А. Усмотрение правоприменителя при толковании юридических норм / А.А. Никитин // Вопросы российского и международного права. — 2019. — №9. — С.16-23.

93. Рютерс, Б. Государство судей: миф или реальность? / Б. Рютерс // Правосудие/Justice. — 2019. — Том 1, №2. — С. 45-51.

94. Рютерс, Б. Философия права в руинах послевоенного периода: комментарии к докладу Моника Фроммель / Б. Рютерс // Правосудие / Justice. — 2020. — Т. 2, №3. — С. 213-224.

95. Рютерс, Б. Какими канонами толкования должен быть связан правоприменитель? / Б. Рютерс // Российское правосудие. — 2019. — №9. — С. 5-13.

96. Существует ли судебное нормотворчество? От редакции // Правосудие/Justice. — 2020. — Том 2, №3. — С. 31.

97. Струнский, А. Д. Основные тенденции в развитии учения о правотолковании в немецкой правовой доктрине XIX в. / А.Д. Струнский // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Юридические науки. — 2019. — Т. 5 (71). № 1. — С. 78-86.

98. Шмагин, А. Основы немецкой методики толкования права. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://kniga.seluk.ru/k-filosofiya/1050738-1-osnovi->

nemeckoy-metodiki-tolkovaniya-prava-aleksandr-shmagin-nauchniy-sotrudnik-instituta-inostrannogo-mezhdunaro.php

99. Юмашев, Ю.М. О правовой природе Европейского сообщества / Ю.М. Юмашев // Европейская интеграция: правовые проблемы. Кн. 1. – М.: Изд-во ИГиП РАН. – 1992. – С. 23-40.

100. Леонова, Ю.А. Пробелы в праве России и Германии: сравнительный анализ : дисс... канд. юр. наук : 12.00.01 / Леонова Юлия Аркадьевна. – М., 2019. – 239 с.

Научная литература на немецком языке

101. Barth, R. Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht / R. Barth. – Berlin: Duncker und Humblot, 1996. – 644 S.

102. Bettermann, K.A. Die Verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren / K.A. Bettermann. – Heidelberg: C.F. Müller, 1986. – 58 S.

103. Betti, E. Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften / E. Betti. – Tübingen: Mohr (Siebeck), 1967. – 771 S.

104. Biaggini, G. Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung / G. Biaggini. – Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1991. – 516 S.

105. Brütt, L. Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften / L. Brütt. – Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1907. – 226 S.

[//https://archive.org/details/diekunsterrech00brgoog/page/n29/mode/2up](https://archive.org/details/diekunsterrech00brgoog/page/n29/mode/2up)

106. Busse, D. Historische Semantik / D. Busse. – Stuttgart: Klett-Cotta, 1987. – 334 S.

107. Busse, D. Was ist die Bedeutung eines Gesetzestextes? In: Friedrich Müller (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik / D. Busse. – Berlin: Duncker & Humblot, 1989. – S.93-148

[//https://www.germanistik.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Philosophische_Faku](https://www.germanistik.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Philosophische_Faku)

[Itaet/Germanistik/Germanistische Sprachwissenschaft/Dateien/Busse/Text/Busse-1989-03.pdf](#)

108. Busse, D. Juristische Semantik: Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht / D. Busse. — Berlin: Duncker und Humboldt, 1993. — 318 S.

109. Bydlinski, F. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff / F. Bydlinski. — 2. erg. Aufl. — Wien, New York: Springer, 2011. — 671 S. // <https://www.hjr-verlag.de/out/pictures/wysiwigpro/StudZR%202010%2001%20Die%20verfassungskonforme.pdf>

110. Canaris, C.-W. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz / C.-W. Canaris. — 2. Aufl. — Berlin: Duncker und Humblot, 1983. — 169 S.

111. Canaris, C.-W. Die Feststellung von Lücken im Gesetz / C.-W. Canaris. — 2. Aufl. — Berlin: Duncker und Humblot, 1983. — 219 S.

112. Canaris, C.-W. Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre. In: Honsell, Zäch, Hasenböhler, Harrer, Rhinow (Hrsg.). Festschrift für E.A. Kramer. — Basel, 2004. — S. 141-159.

113. Dawin, M. Ungereimtheiten bei der verfassungskonformen Auslegung. In: Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gesetzesauslegung. — Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2003. — S. 9-19 // https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/4380/file/TdJF_2003.pdf

114. Dernburg, H. Pandekten. Bd. Allgemeiner Teil und Sachenrecht. 1. Bd. — Nabu Press, 2010. — 356 S.

115. Dreier, R. Zum Begriff der Natur der Sache / R. Dreier. — Berlin: De Gruyter, 1965. — 128 S.

116. Dreier, R. Probleme der Rechtsquellenlehre, in: C.-F. Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für H.J. Wolff zum 75. Geburtstag. — München: C.H. Beck, 1973. — S. 3-36.

117. Eckmann, H. Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff der Rechtstheorie H.L.A. Harts. — Berlin: Duncker und Humboldt, 1969. — 137 S. // https://www.duncker-humblot.de/files_media/leseproben/9783428418558.pdf
118. Engisch, K. Die Einheit der Rechtsordnung / K. Engisch. — Heidelberg: Winter, 1935. — 95 S.
119. Engisch, K. Einführung in das juristische Denken / K. Engisch. — 8. Aufl. — Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: W. Kohlhammer, 1983. — 329 S.
120. Engisch, K. Einführung in das juristische Denken / K. Engisch. — 10. Aufl. — Stuttgart: Kohlhammer, 2005. — 282 S.
121. Engisch, K. Einführung in das juristische Denken / K. Engisch. — 11. Aufl. — Stuttgart: Kohlhammer, 2010. — 356 S.
122. Ehrlich, E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. 1903. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/ehrlich1frei.html>
123. Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Herausgegeben von W. Hassemer, U. Neumann, F. Saliger. — Heidelberg: Müller GmbH, 2016. — 480 S.
124. Esser, J. Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: FS Fritz von Hippel, Josef Esser/Hans Thieme (Hrsg.). — Tübingen: Mohr (Siebeck), 1967. — S. 95.
125. Esser, J. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsprechung / J. Esser. — Frankfurt am M.: Athenäum, 1972. — 220 S.
126. Fechner, E. Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts / E. Fechner. — 2. Aufl. — Tübingen: Mohr Siebeck, 1962. — 303 S.
127. Fischer, Ch. Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht / Ch. Fischer. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. — 611 S.
128. Fischer, R. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ein Rückblick auf die ersten zehn Jahre, 1960. Gesammelte Schriften: Grundfragen revisionsgerichtlicher Rechtsprechung und Beiträge zum Gesellschaftsrecht, edited by Marcus Lutter and Walter Stimpel. — Berlin, Boston: De Gruyter, 2019. — S.3-10.

129. Forsthoff, E. Rechtsstaat im Wandel / E. Forsthoff. — Stuttgart: Kohlhammer, 1964. — 227 S.

130. Frommel, M. Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser / M. Frommel. — Ebelsbach: R. Gremer, 1981. — 254 S.

131. Gadamer, H.-G. Wahrheit und Methode; Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik / H.-G. Gadamer. — 4.Aufl. — Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975. — 553 S.

132. Gizbert-Studnicki, T. Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen. In: Rechtstheorie 18. Berlin: Duncker und Humblot. 1987. S. 344-367// https://www.academia.edu/3363926/Das_hermeneutische_Bewusstsein_der_Juristen

133. Gmür, M. Die Anwendung des Rechts nach Art.1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches / M. Gmür. — Bern: Stämpfli & Cie., 1908. — VIII 152 S.

134. Gretscher, S. Die «allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts» und die deutsche Rechtsquellenlehre. Eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades doctor iuris (Dr. iur.). // [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.db-thueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt_derivate_00003081/Gretschner.pdf

135. Hassemer, W. Gesetzesbindung und Methodenlehre. Zeitschrift für Rechtspolitik. 40 Jahrg. H.7. — München: Verlag C.H.Beck, 2007. — S. 213- 219.

136. Hassemer, W. Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik. In: Rechtstheorie. Vol. 39. — Berlin: Duncker und Humblot, 2008. — S.1-22.

137. Hatz, H. Rechtssprache und juristischer Begriff. Vom richtigen Verstehen des Rechtssatzes / H. Hatz. — Stuttgart: W. Kohlhammer, 1963. — 106 S.

138. Heck, Ph. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. 1914. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/heck1ipru.html>

139. Heidegger, M. Sein und Zeit / M. Heideger. — Tübingen: Max Niemeyer, 2002. — 450 S. // https://taradajko.org/get/books/sein_und_zeit.pdf

140. Herdegen, M. Völkerrecht / M. Herdegen. —20. überab. und erw. Aufl. — München: C.H. Beck, 2021. — 538 S.

141. Herdegen, M. Europarecht / M. Herdegen. —23. überarb. und erw. Aufl. — München: C.H. Beck, 2022. — 588 S.
142. Herrmann, C. Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Schriften zum Europäischen Recht, Bd. 98. / C. Herrmann. — Berlin: Duncker und Humblot, 2003. — 274 S.
143. Hillgruber, Ch. Neue Methodik. Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland. In: Juristenzeitung. 63 Jahrg. № 15, 16. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. — S. 745-755.
144. Höpfner, C. Die systemkonforme Auslegung / C. Höpfner. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. — 439 S.
145. Höpfner, C. Die systemkonforme Auslegung / C. Höpfner. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2020. — 439 S.
146. Hruschka, J. Das Verstehen von Rechtstexten: zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts / J. Hruschka. — München: Beck, 1972. — 101 S.
147. Ipsen, J. Richterrecht und Verfassung / J. Ipsen. — Berlin: Duncker und Humblot, 1975. — S. 26ff.
148. Kantorowicz, H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft / H. Kantorowicz. — Heidelberg: C. Winter, 1906. — 52 S.
149. Kaser, M., Knütel, R. Römisches Privatrecht / M. Kaser, R. Knütel. —19. Aufl. — München: C.H. Beck Verlag, 2008. —464 S.
150. Kaufmann, A. Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges / A. Kaufmann. — Frankfurt am Main: Athenäum, 1972. — 395 S.
151. Kaufmann, A. Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik. In: Juristenzeitung. 30. Jahrg., Nr. 11/12 . — Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975. — S. 337-341.
152. Kaufmann, A. Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus / A. Kaufmann. — 2 verb. und erg. Aufl. — Heidelberg: Decker und Müller, 1982. —88 S.

153. Kaufmann, A., Hassemer, W., Neumann, U. Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart / A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann. — 8. Aufl. — Heidelberg: C.F. Müller, 2010. — 515 S.

154. Kelsen, H. Reine Rechtslehre / H. Kelsen. — Studienausgabe der 2. Aufl. 1960. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. — 826 S.

155. Kley, A. Wittgenstein und die moderne juristische Methodik. Recht: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 14(5). — Zürich, 1996. — S.189-199.

156. Kramer, E.A. Juristische Methodenehre / E.A. Kramer. — 3. Aufl. — München : Beck - Bern : Stämpfli - Wien : Manz, 2010. — 329 S.

157. Krey, V. Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem. // In: Juristenzeitung. — 1978. — 33 Jahrg. №13. — S. 428-432.

158. Kruse, H.W. Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts / H.W. Kruse. — Berlin: Mohr Siebeck, 1971. — 20 S.

159. Lanrenz, K. Über Gegenstand und Methode völkischen Rechtsdenkens.// In: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. — Bd. 98. H. 3/4. — 1938. — S. 735-744.

160. Larenz, K. Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen / K. Larenz. —Karlsruhe: C.F. Müller, 1965. — 14 S.

161. Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft / K. Larenz. — 4. Aufl. — Berlin/Heidelberg/New York: Springer Verlag, 1979. — 525 S.

162. Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft / K. Larenz. — 6. Aufl. — Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 1991. — 513 S.

163. Larenz, K., Canaris, C.-W. Methodenlehre der Rechtswissenschaft / K. Larenz, C.-W. Canaris. — 3. Aufl. — Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 1995. — 326 S.

164. Lorenz, Richterrecht. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Richterrecht>

165. Mehring, R. Carl Schmitts Schrift „Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft“. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.zaoerv.de/77_2017/77_2017_4_a_853_875.pdf

166. Mitteilungen zum Jahresbericht des Bundesgerichtshofes 1966. in: NJW. — 1967. — 816f.
167. Möllers, Ch. Nachvollzug ohne Maßstababbildung. Richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Zum Beschluss des BVerfG vom 15. 1. 2009 – 2 BvR. In: Juristenzeitung. Jahrg. 64 Heft 13. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. — S.668-673.
168. Müller, F. Juristische Methodik / F. Müller. — 2., neu bearb. und stark erw. Aufl. — Berlin: Duncker und Humblot, 1976. — 327 S.
169. Müller, F. Strukturierende Rechtslehre / F. Müller. — Berlin: Duncker und Hamblot, 1984. — 457 S.
170. Müller, F. Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV / F. Müller. — Berlin: Duncker und Humblot, 1986. — 140 S.
171. Müller, F. Juristische Methodik / F. Müller. — 4., neubearb. Aufl. — Berlin: Duncker und Hamblot, 1990. — 345 S.
172. Münchener Kommentar zum BGB. Bd. 1. — 6. Aufl. — München: Reuter, 2012.
173. Preuß, H. Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/preuss_konst.html
174. Raisch, P. Juristische Methoden / P. Reisch. — Heidelberg: Müller, 1995. — 265 S.
175. Rüdig, J. Einführung in eine analytische Rechtslehre / J. Rüdig. — Berlin; Heidelberg; New York : Springer, 1986. — 260 S.
176. Röhl, K.F., Röhl, H.C. Allgemeine Rechtslehre / K.F. Röhl, H.C. Röhl. — 3. Aufl. — Köln. München: Carl Heymanns Verlag, 2008. — 697 S.
177. Rückert, J., Seinecke, R. Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner / J. Rückert, R. Seinecke. — 2 Aufl. — Baden-Baden: Nomos, 2012. — 599 S.
178. Rüthers, B. Rechtsordnung und Wertordnung. Zur Ethik und Ideologie im Recht. (Konstanzer Universitätsreden) / B. Rüthers. — Konstanz: Universitätsverlag Konstanz, 1986. — 78 S.

179. Rüthers, B. Wir denken die Rechtsbegriffe um. Weltanschauung als Auslegungsprinzip / B. Rüthers. — Zürich: Ed. Interform, 1987. — 103 S.
180. Rüthers, B., Höpfner, C. Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode. // In: JuristenZeitung (JZ). — 60(1). — 2005. — S. 21-25.
181. Rüthers, B. Zwischenruf aus der methodischen Wüste: „Der Richter wird's schon richten?“ // In: Juristenzeitung. — 2006. — 61 Jahrg. № 19. — S. 958-960// <http://www.richterkontrolle.de/wp-content/uploads/2018/05/Zwischenruf-aus-der-methodischen-Wueste.pdf>
182. Rüthers, B. Das Ungerechte an der Gerechtigkeit / B. Rüthers. —3. überarb. und erg. Aufl. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. —185 S.
183. Rüthers, B. Methodenfragen als Verfassungsfragen? // In: Rechtstheorie. — Vol. 40. — Berlin: Duncker und Humblot, 2009. — S. 253-283.
184. Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A. Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre / B. Rüthers, C. Fischer, A. Birk. — 7. Auflage. — München: C.H. Beck Verlag, 2013. — 598 S.
185. Rüthers, B. Die unbegrenzte Auslegung / B. Rüthers. —8., unveränderte, um ein neues Nachwort erweiterte Aufl. —Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. — 551 S.
186. Säcker, Rixecker, Oetker. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. — 5 Aufl. — München: C.H.Beck, 2006. — Einl.(Rn.129).
187. Scheffelt, M. Die Rechtssprechungsänderung. Ein Beitrag zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Anwendung der Ergebnisse im Verwaltungsrecht / M. Scheffelt. — Konstanz: Hartung-Gorre, 2001. — 328 S.
188. Schiffauer, P. Wortbedeutung und Rechtserkenntnis / P. Schiffauer. — Berlin: Duncker und Humboldt, 1979. — 265 S.
189. Schlesky, H. Einsamkeit und Freiheit / H. Schlesky. — Reinbek: Rowohlt, 1963. — 342 S.
190. Schlossmann, S. Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch: Zugl. e. Beitrag zur Theorie der Gesetzesauslegung / Von Siegmund Schloßmann Jena : G. Fischer, 1903. — VIII, 96 S.

// [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://dlib-pr.mpijpr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22198074%22>

191. Schwacke, P. Juristische Methodik / P. Schwacke. — 5. Aufl. — Stuttgart: Kohlhammer, 2011. — 210 S.

192. Siebert, W. Die Methode der Gesetzesauslegung / W. Siebert. — Heidelberg: Verl.-Ges. Recht u. Wirtschaft, 1958. — 47 S.

193. Stammler, R. Theorie der Rechtswissenschaft / R. Stammler. — Gale, Making of Modern Law, 2013. — 276 S.

194. Stein, E., Frank, G. Staatsrecht / E. Stein, G. Frank. — 20. Aufl. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. — 514 S.

195. Stein, E., Frank, G. Staatsrecht / E. Stein, G. Frank. — 21. Aufl. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. — 525 S.

196. Stratenwerth, G. Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“ / G. Stratenwerth. — Tübingen: J.C.B. Mohr, 1957. — 31 S.

197. Streinz, R., Ohler, Ch., Herrmann, Ch. Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU / R. Streinz, Ch. Ohler, Ch. Herrmann. — 3. akt. und erw. Aufl. — München: C.H. Beck, 2010. — 430 S.

198. Thibaut und v. Savigny; ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von H. Hattenhauer. — München: Verlag Vahlen, 2002. — 310 S.

199. Tomuschat, C. Europäisierung des Rechts, in Europäische Integration und nationale Rechtskulturen / C. Tomuschat. — Köln: Carl Heymanns Verlag, 1993. — 467 S.

200. Wank, R. Die juristische Begriffsbildung / R. Wank. — München: C.H. Beck, 1985. — 175 S.

201. Weinberger, O. Norm und Institution: eine Einführung in die Theorie des Rechts / O. Weinberger. — Wien: Manz, 1988. — 251 S.

202. Windscheid, B. Lehrbuch des Pandektenrechts. — 5. Aufl. — Stuttgart, 1879. — XVII, 816 S. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://dlib-pr.mpijpr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22243107%22>

203. Wurzel, K.G. Das juristische Denken / K.G. Wurzel. — Wien: Verlag von Moritz Perles, 1904. — 102 S.

204. Zippelius, R. Einführung in die juristische Methodenlehre / R. Zippelius. — München: Beck, 1971. — 137 S.