

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ УЧЕНИЯ О ЮРИДИЧЕСКОМ МЕТОДЕ

■
Доктор
Франц БЫДЛИНСКИ*
почетный профессор
Венского университета

Предисловие

Настоящее небольшое издание содержит краткие обобщения моих методологических позиций, которые были развиты в трех книгах и многочисленных статьях. Первоначально эта работа была опубликована в 2003 г. Исследовательским институтом по изучению хозяйственного права Центральной и Восточной Европы при Университете экономики г. Вены как его «рабочие документы» для узкого круга заинтересованных лиц, связанных с указанным институтом. Данное издание основано на курсе лекций, которые я в 2003 г. прочитал по приглашению факультета «Австрийской школы права» и «Чешского общества по изучению права немецкоязычных стран» в Университете г. Брюнна. Организаторами данного цикла лекций выступили Петер Доральт, Ярмила Покорна и Иван Бучков.

В то время неоднократно высказывалось пожелание издать общедоступную публикацию, инициировал же настоящий проект профессор Петер Доральт. Он также способствовал заключению издательского договора. Я очень благодарен ему за деятельный интерес к данной работе, а издательству — за многократную любезность. Быть может, такой вводный курс, как этот, в большей степени, чем объемные и потому редко полностью прочитываемые книги, пригоден для того, чтобы хоть немного привить иммунитет по меньшей мере молодым юристам к многообразным радикальнейшим, искаженным или вызывающим недоразумения, порой, правда, научным, мнениям о задачах, возможностях и пределах методологически выдержанного отправления правосудия.

*Франц Быдлински
Мария Энцерсдорф, июль 2005 г.*

* Франц Быдлински (р. 20.11.1931), Dr. iur., Dr. iur. h. c. mult., emer. o. Prof., один из крупнейших европейских цивилистов, ординарный профессор Венского университета (1967–2000), почетный ординарный профессор гражданского права и юридической методологии университета г. Вена, действительный член Австрийской Академии Наук, член-корреспондент Академии наук в Геттингене, Польской Академии наук (Краков), Баварской Академии наук, автор работ по теории и методологии гражданского права, теории гражданско-правовых сделок, а также по теории права.

А) ВВЕДЕНИЕ. ЧТО ТАКОЕ УЧЕНИЕ О ЮРИДИЧЕСКОМ МЕТОДЕ И КАКОВА ЕГО ЗАДАЧА?

1. Понятие и задача

Описания учения о методе «собственно юриспруденции» (правовой догматики), т.е. не истории права, не социологии права, не философии права, не учения о законодательстве или же политики права, нередко выглядят таким образом, будто речь в данном случае должна идти о «понимании» действующего права или «работе» над действующим правом. Такие описания не ошибочны, но довольно бессодержательны. Ввиду практических потребностей юриспруденции, а точнее, потребностей всего юридического сообщества и его членов, представления которых о праве составляют содержание юриспруденции, будет более точным, с одной стороны, указывать на непосредственный предмет юридической деятельности, именно на право, а с другой стороны, также на задачи научной юриспруденции. Эти задачи состоят в том, чтобы интересующие кого-либо правовые проблемы, уже возникшие или возможно только зарождающиеся, были решены рационально, т.е. правовым, максимально обоснованным способом, поддающимся проверке. (*Систематическая и рациональная деятельность de lege ferenda, т.е. деятельность по улучшению законодательных положений, является очень близкой методологической работе, однако ввиду отсутствия достаточно строгой «привязки» к нормам действующего законодательства отличается от нее.*) Критерии, которые выработаны учением о юридическом методе, дают сведения об аргументации, подходящей для выполнения указанной задачи. При этом «право», как вскоре будет показано, должно трактоваться в широком смысле, т.е. не только включать в себя опубликованные предписания законов по частным вопросам, но охватывать также лежащие в основе этих предписаний цели и принципы правовой системы.

2. Необходимость учения о юридическом методе

Необходимость упорядоченной и контролируемой работы над правом проявляется в применении последнего к таким случаям, единичным фактическим составам или типовым группам случаев, в которых ощутимо наличие правовых проблем. Эта необходимость прежде всего основывается на существовании неизбежной дистанции между конкретным случаем (или группой случаев), с одной стороны, и общими, абстрактными нормами, с другой стороны. Подобный разрыв необходимо по возможности преодолевать посредством рациональной

и корректной по существу аргументацией. Поэтому «исходный материал» юриспруденции не ограничивается одним только правом. Напротив, к такому «сырью» относятся также юридически значимые обстоятельства, включая «общие факты из области применения норм», например: необходимость оказания материальной помощи малолетним детям; основанная на разделении труда организация экономики или нехватка общедоступного жилья.

Содержательные, систематические или словесные ошибки законодателя являются лишь вторичными источниками юридических проблем. Данные ошибки можно лишь минимизировать, но полностью предотвратить их невозможно, особенно если в контексте законодательства преобладают политико-идеологические элементы или «закулисные договоренности».

Цель юридической деятельности состоит в выявлении наилучшим образом обоснованного юридического правила, которое ближе к проблемному фактическому составу, чем первоначально подобранная исходная норма положительного права, и которое способно решить установленную проблему данного конкретного случая. Следовательно, в этом отношении найденное правило должно быть конкретнее, чем предписания законодательного уровня. Примеры будут вскоре нами приведены, в том числе в подтверждение того, что для юридической работы еще недостаточно точного знания закона.

Основной моделью юридической деятельности является в каждом случае методологически упорядоченное соединение потенциально значимых для фактической проблемы элементов права и проблемных элементов фактического состава с целью выведения правила, разрешающего данную проблему.

Поэтому первым шагом к рациональному получению искомого правового правила всегда является максимально полное установление подлежащего квалификации фактического состава с учетом потенциально применимых правовых норм и аналитической обработки юридически значимых, прежде всего проблемных, элементов случая. Впоследствии к этим проблемным элементам методологически применяются соответствующие правовые нормы. Результат такого применения может быть положительным или отрицательным. Подобное аналитическое сближение (сведение) элементов проблемного фактического состава и найденных правовых норм является незаменимым рациональным «первометодом», без которого один лишь интуитивный подход способен дать смутное представление об общих чертах фактического состава. В конечном счете все частные выводы по отдельным проблемным вопросам синтезируются в общий искомый результат. При этом на элементарном уровне полезными могут оказаться уже испытанные в отдельных областях права методики решения правовых казусов. К примеру, метод «проверки наличия требования» в частном праве. Но подробнее об этом здесь не стоит вести речь, поскольку методичес-

кие алгоритмы решения казусов должны быть изложены в соответствующих упражнениях по отдельным дисциплинам.

3. Противоположные подходы

В юриспруденции в сущности все представляется дискуссионным. Однако зачастую такой подход оказывается необоснованным. Например, едва сформировавшимся воззрениям на рациональное учение о юридическом методе противопоставляется со ссылкой на требование стабильности права законодательно-позитивная модель строгой привязанности к закону (строгого следования тексту закона). Однако, разумеется, эта модель может функционировать только в той мере, в какой содержание закона, имеющее отношение к проблеме фактического состава, ясно и не подлежит никакому сомнению. Более того, дифференцированный и подчас сложный юридический метод как универсальный инструмент предлагается заменить простым «судейским усмотрением» или «дискреционной оценкой» других правоприменителей. Подобный подход неминуемо отводит решающую роль личным или групповым предпочтениям компетентных судей, которым подведомственны соответствующие дела. А это в свою очередь означает полный и преждевременный отказ от рационального или по крайней мере понятного обоснования решения, которое получает обязательную силу для третьих лиц. При таком приоритете субъективных оценок компетентных судей совершенно непонятно, насколько выполнимым окажется требование стабильности права, которая дает наибольшую возможность предвидеть исход в решении отдельных случаев. Открытым остается также вопрос о том, каким способом надлежит устанавливать компетентность судей в конкретном изначально неясном деле. Разумеется, опять посредством их собственного дискреционного решения!

Поскольку крайности сходятся, радикальный скепсис нормативного познания в сочетании со склонностью к «правовому реализму» заводит в схожий, даже более безнадежный тупик. В наиболее радикальном случае сомнению может быть подвергнуто даже то обстоятельство, что законы по причине их абстрактности вообще способны иметь распознаваемое содержание, пригодное для применения к конкретным межличностным отношениям. Более того, выдвигается мнение, будто бы применимыми могут быть только некие «приписывания» определенного содержания к текстам законов, осуществляемые при формировании конкретной судебной практики. Разумеется, такие «приписывания» должны осуществляться также при помощи слов и предложений и быть по своему содержанию более общими, нежели описания конкретных фактических составов. Но то, каким образом

подобные словесные «приписывания» в отличие от текста закона получают четко распознаваемое содержание, остается загадкой.

Совершенно ошибочны утверждения о «бесполезности» учения о юридическом методе по причине будто бы некоей «вольности», будто бы обусловленности «выбора метода» (*т.е. одного из подлежащих ниже рассмотрению отдельных методических критериев*) исключительно заранее желаемым результатом. Это мнение выражается обычно следующей формулировкой: среди различных методов должны применяться только те, которые приводят к желаемому правоприменителем результату.

Более подробно наше отношение к высказанному доводу об ошибочности одной раз и навсегда прочно установленной иерархии методов будет изложено позднее при обсуждении этого вопроса. Весьма метким является наблюдение, что в юридической деятельности при решении отдельной проблемы обычно отнюдь не все методы используются со школярской скрупулезностью. Но объясняется это обстоятельство вовсе не зависимостью избираемого метода от желаемого результата, а очевидной бесплодностью всех остальных методов или достаточностью одного метода для решения задачи. Часто вообще ни один из критериев толкования подробно не обсуждается, а его выбор аргументируется только ссылкой на уже имеющуюся доктрину и сложившуюся судебную практику. Впрочем, как правило, в содержание последних необходимые методологические аргументы уже включены.

Совершенно ошибочным является также представление, что каждый правоприменитель с самого начала желает определенного результата и непоколебимо к нему стремится. Юридический опыт показывает, что вопрос о результате долго остается даже на уровне первоначальной субъективной оценки открытым, поскольку зачастую речь идет о необходимости взвесить довольно серьезные аргументы «за» и «против» разных потенциальных решений. Первоначальное же «тяготение» к какому-либо одному определенному решению, будучи нередким явлением у опытных юристов, основывается скорее на неосознанном применении ими своих общих правовых знаний и всегда требует тщательной критической самопроверки. А последняя нередко приводит к изменению первоначальной позиции. Все это давно стало общеизвестным, правда, до сих пор подвергается необоснованным сомнениям.

В последнее время снова стало модным утверждение, что место учения о методе должна занять положительная конституция. Однако ни одна из действующих в настоящее время конституций не содержит каких-либо ясных методологических максим, которые можно без затруднений отыскать в тексте. Конституция, так же как и любой другой положительный материал, сама требует толкования и дополнения. В связи с этим остается непонятным, что именно означает рекомендация заменить конституцией учение

о методе. Методологические критерии вытекают вовсе не из положительных установлений какого-либо формального уровня права, а из фундаментальных принципов идеи права (*справедливости, стабильности права, целесообразности*) в применении к действительным качествам положительного права (*выражение посредством речи, зависимость от контекста, историческое происхождение, типичная направленность на разумные цели и общепризнанные ценности*), а равным образом из тысячелетнего научного опыта. Частичные кодификации норм о толковании, примером которого служит § 6 f ABGB*, вполне могут иметь разъясняющий характер, но, как доказывают опыт почти всех других правопорядков и их научная трактовка, такие кодификации являются в конечном счете излишними¹.

Все «противоположные подходы» имеют лишь некоторое рациональное основание в двояком смысле. С одной стороны, является верным то наблюдение, что некоторые юридические вопросы даже с приложением всех методологических усилий могут быть решены недостаточно убедительно. Это возможно, например, в чрезвычайных или очень сомнительных случаях, а особенно в рамках закрепленных законом неясных «общих оговорок». Поэтому многократно высказываемое утверждение о том, что каждая правовая проблема имеет только одно верное решение, является эмпирически неверифицируемым. В нем также нет никакого смысла, пока упомянутое верное решение не получено по меньшей мере путем наилучшего юридического обоснования. Даже теоретически данное утверждение является в его общей форме неосуществимым, поскольку правовые аргументы могут истолковываться во взаимоисключающих направлениях. Важным и значимым представляется только то, что прежде обращения к судебскому усмотрению следует приступить к максимально интенсивному и тщательному поиску решения, которое будет иметь наилучшее рациональное обоснование. При этом само по себе существование контраргументов не должно приводить к разочарованию, поскольку, как правило, для определенного решения возможно отыскать доминирующие, т.е. более сильные, аргументы, чем те менее веские доводы, которые выдвигаются в пользу противоположных решений.

Только в том случае, когда противостояние аргументов имеет фактически неразрешимый, патовый характер, для окончательного разрешения ситуации можно прибегнуть к «судейскому усмотрению». Но «судейское усмотрение»

* ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich) – Общее гражданское уложение Австрии.

¹ § 6. Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet (Закону при его применении не может придаваться иное значение, чем то, которое явствует из собственного значения слов в их связи и из ясного намерения законодателя).

будет легитимным только при условии, что оно оперирует в рамках, уже образованных рациональными аргументами, т.е. служит лишь заключительным этапом методологической работы. С позиции рациональной, научной юриспруденции обращение к «судейскому усмотрению» является оправданным только в том случае, если такое обращение действительно неизбежно. Таким образом, пренебрежение с самого начала интеллектуальными усилиями по методологическому анализу правовой аргументации недопустимо.

Все сказанное еще не свидетельствует о том, что на практике подобного пренебрежения вовсе никогда не происходит. По известным причинам это отчасти происходит всегда. Однако таким образом нарушается, в частности, долг судьи служить прототипом правоприменителя, который призван по возможности максимально обосновывать свое решение. Данное же нарушение выставляет судью в противоположном свете, недостойном подражания. Мудрый «кади»², который черпает непосредственно из глубин своей мудрости и распределяет права и обязанности между ищущими правосудия сторонами спора, ныне представляет собой сомнительный образец, даже если пронизательный ум и глубокое человеческое понимание присущи некоторым нынешним судьям. Тем не менее сегодня многие судьи сами, даже при образцовом обосновании своих решений, способны нередко проявлять в некоторых вопросах удивительно невежественное, иногда обиденно агрессивное или враждебное отношение, что обусловлено какими-либо политическими взглядами или личной субъективной оценкой. Поэтому не следует еще больше провоцировать подобное поведение судей путем дозволения преждевременного «судейского усмотрения». В противном случае только одно это обстоятельство будет вызывать у «проигравшей» стороны подозрения в нарушении независимости и беспристрастности правосудия. Опыт решения юридических проблем методом рационального обоснования в каждом случае свидетельствует о том, насколько действительно возможным является рациональное разрешение правовых вопросов с помощью методологического подхода. Вскоре такой подход получит всеобщее одобрение среди независимых квалифицированных специалистов. Одобрения же тех, кто «проиграл», разумеется, никогда не будет получено.

4. Учение о юридическом методе для применения права в целом или для отдельных областей права

Применение права вызывает принципиальную проблему сближения абстрактных норм и конкретных обстоятельств дела во всех отделах права. Поэтому,

² Кади (араб.) – в мусульманских странах судья, осуществляющий судопроизводство на основе мусульманского права (шариата). (Примеч. пер.)

как и прежде, надлежит исходить из единства учения о методе. Этот подход представляет собой господствующее мнение. Это подтверждает также единственная в своем роде частичная кодификация норм о юридической методологии, которая содержится в (австрийском) *частном* праве, а именно в §§ 6 ff ABGB, однако, несмотря на это, по общему мнению, соответствующие правила имеют значение также и в других областях права. И действительно, данные правила охватывают вовсе не случайные элементы определенной области права, а имеют глубокое обоснование и коренятся в самой идее права.

Все же именно в частном праве обнаруживается наиболее обширный и дифференцированный методологический инструментарий. В процессе развития права именно в рамках некоторых его областей возникли определенные методологические особенности, выдержавшие последовавшую за этим критику. Впрочем, такие особенности по сути состоят или в акцентировании отдельных методов из всего обширного арсенала либо в отказе от некоторых методов. Частноправовые примеры, приводимые в настоящей работе, взяты из непосредственной практики автора.

Известнейшим из специальных правил является запрет аналогии «*in malam partem*»³, действующий в уголовном праве в пользу обвиняемого. В силу этого составы преступлений в уголовном праве не могут устанавливаться только лишь путем заключения по аналогии или иного восполнения правовых норм, поскольку действует принцип «*nulla poena sine lege*»⁴ (за исключением, пожалуй, оснований для вынесения оправдательного приговора или оснований, исключающих ответственность). Поэтому непременно требуется норма, действовавшая во время совершения деяния и запрещающая данное деяние под угрозой наказания. Конечно, не стоит представлять себе это как нечто исторически или естественно само собой разумеющееся. Однако в развитых правовых системах это объясняется в том смысле, что фундаментальный принцип стабильности права приобретает особенно высокую цену, когда речь идет о связанном с социальным порицанием посягательстве государства на правовые блага индивидов.

Аналогичные ограничения, пожалуй, должны последовательно действовать в области публичного права, нормы которого направлены на ограничение прав и свобод граждан в целях охраны общественного порядка и безопасности, поскольку здесь также имеет силу идея гарантированности правовых благ каждого и их защиты от произвольного вмешательства государственной власти. С этой целью в рамках конституционного права выдвигаются некоторые требования к пределам толкования, с одной стороны, строгие и формалистичные, а с другой — крайне широкие и почти неограниченные. Однако следует согласиться все-таки

³ «*in malam partem*» (лат.) — в сторону ухудшения. (Примеч. пер.)

⁴ «*nulla poena sine lege*» (лат.) — нет наказания без указания на то в законе. (Примеч. пер.)

с тем, что в крайне дискуссионных государственных и политизированных областях права с целью сохранения юридического покоя приоритет должны иметь скорее формальные критерии, такие как буквальный текст закона и исторические аргументы. Подобные аргументы менее всего могут попасть под постоянно возникающие спекулятивные подозрения, сопровождающиеся соответствующим эффектом эмоционального раздражения. Только таким образом можно избежать подозрений, которые во взрывоопасных политических вопросах будут постоянно исходить от «побежденной» стороны, а позднее могут быть высказаны «победившей» стороной уже в превентивных целях.

В некоторых областях права, например в картельном или налоговом праве, под маркой «экономического анализа» пропагандируется интенсивное телеологическое толкование. В частности, это предпринимается с той целью, чтобы как-нибудь прикрепить соответствующую необычайно динамичную правовую материю к весьма неточному и прежде всего недостаточному для специальных целей понятийному аппарату, размещенному в абстрактных формулировках закона. Если «экономический анализ» (который, кстати, в юридическом смысле не способен ничего прояснить) используется не как ширма для произвола, а с целью выяснить существенные соображения относительно целей закона, то такой подход может быть методологически оправданным. Преувеличенное значение и вытекающее из него одностороннее телеологическое толкование с помощью «*effet utile*»⁵ будут критически рассмотрены ниже.

В) ТОЛКОВАНИЕ (В УЗКОМ СМЫСЛЕ)

I. Словесное («грамматическое») толкование

1. Предварительные замечания

Обыкновенно различают несколько (*чаще всего четыре*) методов интерпретации, или «канонов», толкования. Причем во многом отличаются друг от друга как классификации этих методов, так и группировки внутри классификаций. Наиболее целесообразной представляется классификация, проведенная в настоящей работе, поскольку она построена по очевидному основанию, имеющему практическое значение. Речь идет о «материале толкования», который необходимо привлекать при толковании норм для того, чтобы успешно решить поставленную проблему. Известно, что из одних лишь положений закона, подлежащих толкованию, невозможно извлечь больше того, что

⁵ «*effet utile*» (фр.) – принцип полезного эффекта. (Примеч. пер.)

в них содержится. Это касается и поиска аргументации с целью решения проблем толкования. Для решения этих проблем требуются дополнительные предпосылки. Поэтому точка зрения, редуцирующая поле толкования исключительно нормами закона, решительно ничему не способствует. Вскоре это будет продемонстрировано на примерах. Далее отдельные юридические методы будут рассматриваться порознь и поясняться примерами. А об иерархии методов и принципах их комплексного применения в особенно затруднительных случаях речь пойдет позднее.

2. Показательный пример

Не по причине какой-либо особой важности или актуальности, а в силу простоты, иллюстративности и способности к вариациям далее в качестве примера будет использован случай наследства по завещанию § 578 ABGB⁶, фактический состав которого имеет широкое содержание и перед его применением нуждается в толковании. В указанном параграфе предусмотрено, что для действительности составленного без свидетелей письменного завещания необходимо, чтобы наследодатель:

- а) собственноручно выполнил текст завещания и
- б) своим именем
- в) собственноручно подписал завещание.

В дальнейшем будут детально рассмотрены некоторые вопросы толкования различной степени сложности, которые применительно к определенным конфигурациям фактических обстоятельств дела коснутся перечисленных на первый взгляд простых и ясных предписаний.

3. Материал толкования

Ближайшим средством на словесной ступени толкования является общий языковой опыт, который правоприменитель должен использовать в отношении норм, подлежащих применению, а также в отношении словесно описываемого фактического состава. Этот опыт и оказывается здесь привлекаемым материалом толкования. Иногда посредством «легальных дефиниций» законодатель уточняет понятия, использованные в толкуемых нормах. Но подобные уточнения

⁶ § 578. Wer schriftlich, und ohne Zeugen testieren will, der muß das Testament oder Kodizill eigenhändig schreiben, und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen. Die Beisetzung des Tages, des Jahres, und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, ist zwar nicht notwendig, aber zur Vermeidung der Streitigkeiten rätlich (Тот, кто желает составить завещание без свидетелей, должен собственноручно написать завещание и собственноручно своим именем его подписать. Указания дня, года и места изъявления последней воли хотя не являются обязательными, но целесообразны во избежание споров).

могут порождать вопросы их собственного толкования, что придает им ограниченную ценность. Как правило, для определения значения слов и выражений, употребленных в тексте закона, указывается на общее словоупотребление, а под последним в свою очередь нередко подразумевается исключительно господствующее словоупотребление. В тех нормах, адресатами которых являются только определенные группы населения, например охотники или коммерсанты, специальное словоупотребление, присущее этим группам, имеет при толковании приоритет. Именно поэтому в законодательстве таких «классических» отраслей права, как гражданское, уголовное, процессуальное право, функционирование которых в значительной мере опосредуется деятельностью юристов, действует презумпция приоритета специального технического словоупотребления. (По этой же причине, к примеру, под «представителем» в указанных отраслях права понимается не коммивояжер, а лицо, уполномоченное на совершение определенных действий от имени и в интересах другого лица.)⁷

4. Простой случай и простая юридическая квалификация

Применительно к имеющимся в изобилии (о чем нередко забывается авторами «высоких теорий») простым случаям или составным элементам случая говорить о «толковании» можно постольку, поскольку решение проблемы возникает не само по себе, требуя лишь констатации того, что конкретный фактический состав подчиняется соответствующим нормам без видимых затруднений и что правовые последствия, вытекающие из этих норм, могут быть применены без каких-либо препятствий. При толковании непременно требуется логическое заключение, которое в простых случаях очень легко получить методом простой дедукции (квалификации в рамках силлогизма). Общая схема выглядит следующим образом. Регулирующая правовая норма посредством содержащихся в ней фактических признаков (обозначенных выше как а, б, в) образует основную посылку. Подлежащий квалификации конкретный фактический состав в том виде, в каком он был установлен (при необходимости в судебном порядке), образует вторую посылку. При этом обычно именно по вопросам фактического состава разгорается спор между тяжущимися сторонами, выражающими противоположные оценки фактов и доказательств. В нашем случае в качестве таких сторон можно представить предполагаемых наследников по завещанию и предполагаемых наследников по закону, спорящих о действительности завещания. Наибо-

⁷ В немецком языке наряду с общим значением слова «Vertreter», которое аналогично в русском языке значению слова «представитель», одним из специальных значений слова «Vertreter» является также «коммивояжер». (Примеч. пер.)

лее целесообразным описанием фактического состава является то, которое обозначает только юридически значимые элементы. Следовательно, в этом смысле не имеют никакой ценности, к примеру, информация о цвете волос людей, участвующих в споре, или сведения о прежней судимости одного из таких лиц.

В том случае, если содержащееся в правовой норме абстрактное понятие и использованное в описании фактического состава конкретное понятие соотносятся таким образом, что последнее оказывается видовым понятием первого, то можно, выполнив дедукцию, вывести правовые последствия для данного конкретного случая (*действительность завещания*) в качестве искомого логического заключения.

К примеру, установлен фактический состав, из описания которого следует, что Йозеф Навратил шариковой ручкой на листе, вырванном из тетради, написал следующее: «После моей смерти мое имущество должно причитаться Иоганну Поспишиду». Ниже поставлена подпись: «Йозеф Навратил».

Если использовать употребленные нормой понятия в самом узком понимании, то под выражением «собственноручное написание» подразумевается индивидуальное выполнение от руки письменных знаков, а под словом «подпись» имеется в виду написание имени и фамилии. В такой ситуации квалификация фактического состава согласно соответствующей норме закона не представляет никаких трудностей. Завещание Йозефа Навратила (*только в интересующем нас здесь формальном аспекте*) будет признано действительным. Тем самым получено искомое индивидуальное положение права. Кроме того, можно считать найденным правило для решения целого типа сходных случаев, если обобщить признаки фактического состава и включить в него, например, рукописный текст завещания, выполненный с помощью любого пишущего средства (*ручка, перо и пр.*) либо подпись завещателей любыми из встречающихся именами и фамилиями.

То обстоятельство, что качество бумаги является вполне обыкновенным, а также не указаны место и время составления завещания, не может служить препятствием для сделанного вывода. Закон, закрепляя признаки фактического состава, не требует использование бумаги какого-либо определенного качества. А сведения о месте и времени прямо упомянуты в § 578 ABGB в качестве желательных, т.е. не выступающих обязательными условиями действительности завещания. Этот пассаж имеет лишь уточняющее значение. На деле юридически достаточным является факт отсутствия в законе соответствующих требований действительности.

В том случае, если текст завещания написал приглашенный в гости друг наследодателя, то с абсолютной точностью следует заключить, что положительная квалификация случая (*т.е. в пользу действительности завещания*) согласно обсуждаемой правовой норме невозможна. Поэтому завещание,

составленное другом, следует признать в соответствии с § 578 ABGB недействительным в силу несоблюдения формы.

Как видно, применение метода дедукции не только возможно, но и с несомненным успехом ежедневно осуществляется во всем мире в несметном количестве случаев. Поэтому следует отвергнуть неоднократно высказываемые утверждения о невозможности логической дедукции из общих абстрактных норм применительно к более узкому по содержанию конкретному фактическому составу. Вопрос о том, какому именно из утонченных приемов юридической логики следует отдать предпочтение как средству преодоления проблемы «истинности» норм в общепринятом смысле, очевидно, может и должен рассматриваться только в качестве имеющего второстепенное значение. Помочь делу здесь можно путем перевода нормативного положения в описательную фразу («предписывается, что...») с последующим обратным переводом либо путем замены «истинности» специальными нормативными качествами правильности и действительности нормы.

Рассматриваемый применительно к § 578 ABGB пример помимо всего прочего показывает, что вопреки некоторым утверждениям простая дедукция возможна не только из *родовых* понятий, содержащихся в правовых нормах. В вопросе отграничения простых случаев (или простых элементов случая) от сложных наилучший ориентир может дать другой подход. Он заключается в различении «ядра понятия», «периферии понятия» и внешней по отношению к значению понятия области. Определяющую роль при этом играет общее словоупотребление. «Ядро понятия» охватывает все материальные и идеальные объекты, которые принимают за случаи применения соответствующего понятия практически все владеющие языком люди либо (в отношении специальных понятий) круг квалифицированных специалистов. В «периферию понятия» включаются объекты, на которые в конкретном семантическом пространстве значение соответствующего понятия в одних его вариациях распространяется, а в других — нет. В области «периферии понятия» как раз и возникают собственно проблемы толкования. Здесь же впервые и становится возможной квалификация проблемного фактического состава с целью непосредственного решения вопроса толкования, причем решения не «только на основании одного лишь закона». Однако прежде всего этого конкретное правило должно быть выработано для целей указанной квалификации. С другой стороны, в отношении «периферии понятия» исключается («непосредственное») применение толкуемого предписания. (Как видно, при известных условиях, подобное применение все же возможно.)

Например, случай с другом, пишущим текст завещания под диктовку наследодателя, выходит за пределы каждой мыслимой словесной вариации понятия «собственноручно».

Простая квалификация полностью решенного случая является такой легкой потому, что наличествующие в законе предпосылки (*обозначенные выше как а, б, в*) даже в их узком понимании, т.е. областью «ядер понятий», охватывают конкретные признаки случая. Однако в тех ситуациях, которые изначально представляются совершенно ясными, во избежание ошибок следует предложить метод «контрольной проверки». Подобную проверку следует провести с целью выяснения того, не нарушает ли столь просто полученный результат фундаментальные принципы идеи права, вызывая системные противоречия, а также противоречия правовым принципам и существу дела. В приведенном выше примере подобного нарушения не происходит. Однако возможность существования противоположных случаев свидетельствует о том, что одной только простой квалификацией обойтись нельзя.

Если немного видоизменять конкретный фактический состав в различных направлениях, то непременно обнаружится, насколько много вопросов толкования может обнимать область «периферии своих понятий» сама по себе очень ясная и убедительная норма § 578 ABGB. Соответствуют ли нормативному понятию «написать» случаи составления завещания в виде стенограмм или с помощью кириллицы? Является ли достаточным для признания написанным собственноручно того завещания, которое напечатано самим завещателем при помощи пишущей машинки или компьютера? Удовлетворяют ли понятию «подписание» случаи написания только фамилии, только имени, прозвища или псевдонима или вовсе обозначения степени родства («*Ваш отец*»)? Соответствует ли норме тот случай, когда собственноручная подпись наследодателя стоит в начале текста завещания, в то время как в конце помещена лишь заключительная фраза: «*Это моя последняя воля*»?

При изучении некоторых из этих вопросов на сугубо словесном уровне можно выдвигать доводы как в пользу, так и против определенного варианта толкования. Однако такие попытки, пожалуй, не приведут к ясному и убедительному системному решению. Поэтому в любом случае требуется дальнейшая аргументация с помощью последующих методов толкования. Но в этом случае словесный анализ сохранит свое значение для целей четкого формулирования проблемы, уточняющего различные вероятные значения понятий и соответствующие этому вопросы толкования. Так, банальному, широкому значению понятия «собственноручно» в смысле «собственной рукой любым способом» можно противопоставить узкое значение в смысле «рукописно», т.е. «собственной рукой путем личного начертания письменных символов». Общий языковой опыт подтверждает, что в действительности возможны оба значения. Например, когда говорят: «Секретарь господина X заболела, поэтому он вынужден *собственноручно* напечатать письмо на пишущей машинке», опре-

деленно имеют в виду широкий смысл понятия. Напротив, когда говорят: «Знаменитый У прислал мне *собственноручное* письмо», определенно подразумевают понятие в узком смысле. Когда первоначально в голову приходит широкое значение толкуемого понятия и на основе такого значения необдуманно осуществляется простая квалификация, заключительный вывод может быть чрезвычайно ошибочным и совершенно не достигать целей, которые лежат в основе требований к форме сделок. Уже упомянутая выше «контрольная проверка» должна устранять возможность совершения подобных ошибок. Невозможно осуществить корректное словесное толкование, предварительно не представив себе все возможные значения толкуемых понятий.

II. Систематическое логическое толкование

1. Материал толкования

К содержанию другой (*отличной от непосредственно толкуемой и подлежащей применению*) нормы, которая располагается в том же или другом законе и находится в систематической связи с толкуемой нормой, следует обращаться постольку, поскольку указанное содержание способно помочь разрешению проблемы толкования. Систематическая связь помогает выявить многие правила решения уже на основе учета внешней последовательности изложения правового материала, которая создается такой связью. Например, если плата за наем жилого помещения урегулирована нормами обязательственного права, то нельзя вести речь о каком-либо вещном праве. Недостатки вещи (товара) рассматриваются не только по правилам о неисполнении обязательства, а непосредственно на основании специальных правил (§§ 918 ABGB⁸) о гарантиях отсутствия недостатков, влияющих на ценность проданной или переданной вещи. Однако систематическая связь норм, даже если они внешне в законе дистанцированы друг от друга, может вытекать также из того факта, что норма, привлекаемая с целью разъяснить содержание толкуемой нормы, полностью или в части посвящена тому же фактическому составу, что и сама толкуемая норма. При оценке такой связи должна

⁸ § 918. (1) Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären. (2) Ist die Erfüllung für beide Seiten teilbar, so kann wegen Verzögerung einer Teilleistung der Rücktritt nur hinsichtlich der einzelnen oder auch aller noch ausstehenden Teilleistungen erklärt werden ((1) Если возмездный договор не исполнен одной стороной в надлежащий срок, в надлежащем месте или условленным способом, другая сторона может потребовать исполнения договора и возмещения убытков либо объявить об отказе от договора после истечения установленного срока, достаточного для устранения последствий ненадлежащего исполнения. (2) Если исполнение осуществляется по частям, то просрочка исполнения одной части может стать основанием для отказа от исполнения только в отношении отдельной или также всех еще не исполненных частей).

приниматься во внимание накопленная общим опытом совокупность представлений о принципах комплексного изложения правовых идей и, следовательно, текстов комплексного характера. Особенный интерес представляет опыт, связанный с построением правовых систем.

2. Примеры

Для вышеупомянутого варианта случая, когда завещание подписано прозвищем или псевдонимом (*например, знаменитого футболиста «Шнекерль»*), ценный систематический аргумент в пользу достаточности такой подписи поставляет § 43 ABGB⁹. Данный параграф распространяет в отношении псевдонима, приобретенного путем фактического использования, меры защиты права на имя и предусматривает обязанность третьих лиц воздерживаться от совершения действий под чужим псевдонимом и возместить убытки в случае нарушения. (*Напротив, бесполезными являются нормы, регулирующие приобретение «подлинного (настоящего)» имени, поскольку они ровным счетом ничего не упоминают о прозвищах, псевдонимах и т.д.*) Таким образом, юридически признается то, что помимо «официального» имени употребляемое в обиходе прозвище упомянутого футболиста имеет юридическое значение и потому в полном объеме подлежит правовой защите. В связи с этим становится совершенно непонятно, почему псевдоним не может являться достаточным средством идентификации и формой подписи в собственноручном завещании. Различный контекст в содержании норм (*здесь — действительность завещания, там — защита имени*) ничего не меняет в этом вопросе. Тот факт, что слово «псевдоним» воспринимается как «имя», имманентен самому этому слову, даже если в несомненную область ядра этого понятия включаются только «официальное» имя и фамилия. Поэтому прежде всего систематический аргумент имеет для этого вопроса решающее значение. Тем более что никаких сколько-нибудь серьезных телеологических или принципиальных оснований здесь практически невозможно отыскать.

Тот универсальный аргумент, что каждая ясно выраженная вонне последняя воля наследодателя должна иметь значение, независимо от формы подписи завещания, представляется здесь совершенно непригодным,

⁹ § 43. Wird jemandem das Recht zur Führung seines Namens bestritten oder wird er durch unbefugten Gebrauch seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen (Если кому-либо препятствуют в осуществлении права действовать под своим именем или кому-либо будет причинен вред путем неправомерного использования его имени (псевдонима), то потерпевший может требовать от нарушителя воздерживаться от совершения неправомерных действий и при наличии вины нарушителя потребовать также возмещения причиненного вреда).

поскольку этот довод несомненно противоречит требованию действующего закона к форме завещания.

К систематическому толкованию относятся также известные правила разрешения предполагаемых коллизий норм. Речь идет о приоритете специальных норм (*lex specialis*) перед общими (*lex generalis*), а также о приоритете позднее принятых норм (*lex posterior*) перед ранее принятыми (*lex prior*). Данные правила соответствуют обычно предполагаемой воле законодателя в данных случаях, а потому совпадают с (объективно) общепринятым значением норм, вступающих в коллизию.

К разряду систематических относится также правило о том, что толкование не должно приводить к той ситуации, когда определенные нормы вследствие их соотношения с другими нормами остаются вне сферы применения, т.е. становятся вовсе неприменимыми либо необязательными для применения, а значит, бессмысленными. Подобное соотношение норм, возникающее чаще всего из хорошего, но плохо оформленного замысла законодателя по разъяснению, часто обнаруживается с помощью других критериев толкования. Например, имеются многочисленные предписания, которые применительно к всевозможным особым случаям причинения ущерба повторяют общую норму § 1295 ABGB¹⁰ о виновной ответственности. По-видимому, это объясняется намерением сделать соответствующие правовые последствия максимально распознаваемыми применительно к конкретным случаям. Но следует отвергнуть, например, толкование слова «каждый» в § 1295 ABGB в широком смысле, соответствующем обычному словесному восприятию. Такое толкование придавало бы специальным нормам § 1327¹¹ ABGB (*возмещение вреда членам семьи умершего*) любой возможный смысл. Поэтому понятие «каждый» в § 1295 ABGB следует ограничивать непосредственно потерпевшим лицом.

¹⁰ § 1295. (1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. (2) Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen. ((1) Каждый вправе требовать возмещения вреда, причиненного ему виновными действиями нарушителя; вред может быть причинен путем нарушения обязанности по договору либо безотносительно к договору. (2) Также лицо, причинившее вред в результате нарушения добрых нравов, несет ответственность даже в случае нарушения в результате осуществления права, когда такое осуществление права имело выраженную цель причинения вреда другому лицу).

¹¹ § 1327. Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten, sondern auch den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getötete nach dem Gesetze zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden (В случае, если в результате причинения телесных повреждений наступит смерть потерпевшего, должны быть возмещены не только все расходы близким родственникам, которых умерший был обязан по закону содержать, также должно быть возмещено то, что такие близкие родственники утратили в результате смерти потерпевшего).

III. Историческое (субъективное) толкование

1. Спор о «субъективной» и «объективной» целях толкования

Данный спор представляется довольно праздным и в настоящее время по сути устаревшим. В качестве «субъективного толкования» рассматривается поиск имеющего отношение к проблеме замысла (намерения) исторического законодателя. Под «объективным толкованием», напротив, понимают установление содержания закона, имеющего отношение к проблеме, путем тщательной и квалифицированной оценки обнародованного текста закона в его непосредственной связи с ныне существующими конкретными отношениями. Однако в действительности, поскольку задачей юриспруденции в этом аспекте является отыскание наилучшего рационального обоснования решения, всегда следует использовать обе познавательные возможности, выдвигая при этом на первый план тот или другой метод в зависимости от состояния конкретной проблемы. Таким образом, не должно быть места для «эксклюзивности» субъективной или объективной «цели толкования».

Изложенное позволяет сказать, что из всей проблемы остается вопрос, относящийся, по сути, к другой важнейшей проблеме — проблеме приоритета среди юридических методов (*подробнее об этом ниже*). Только в той мере, в какой в современном правовом порядке искомым целью в каждом случае признается максимально обоснованное толкование, можно вести речь о действительном применении права. Эта мысль исключает лишь «зацикленность» на историческом замысле законодателя, но не отрицает значение этого замысла при комплексном применении методов толкования, которые, несмотря на их различный приоритет, требуют совокупного осмысления и оценки (*ср. с дополнением ниже*).

2. Материал толкования

При историческом толковании материалом интерпретации служат все сколько-нибудь содержательные указания на волю или замысел «законодателя», издавшего подлежащие толкованию и применению нормы. То есть речь идет об «историческом» законодателе, выразившем свое отношение к той проблеме, фактический состав которой возник в настоящий момент. В связи с этим предлагаемая некоторыми альтернатива заменить подобного исторического законодателя современным является ошибочной, потому что, как правило, не имеется никаких указаний на замысел ныне действующего законодателя в отношении норм, изданных ранее историческим законодателем (*за исключением вопроса о юридической силе норм*).

Правовая норма представляет собой не только комплекс словесных элементов, но и выражает с помощью таковых нормотворческую человеческую волю. Поэтому коль скоро «объективный» текст остается в той или иной степени неясным, обращение к воле законодателя, способствующей продвижению вперед при решении соответствующей проблемы, является оправданным. *(Но по многим причинам эта мысль не всегда может быть справедливой.)*

Для исследования замысла законодателя помимо прочего может быть интересным состояние права перед изданием толкуемых норм, поскольку сравнение нередко позволяет узнать, должно ли было что-то измениться в регулировании и что именно. *(Например, предписание § 578 ABGB о месте и дате составления заветания как «не обязательных, а желательных» элементах формы становится очевидным только из вышеприведенного анализа по этому поводу.)*

С точки зрения «исторической цели» полезным может быть также сравнение толкуемого закона с научной юридической литературой, существовавшей в период издания этого закона. Причем наиболее ценными являются те научные мнения (отзывы, высказывания), авторы которых оказывали прямое влияние на разработку закона. Продвижению вперед может помочь сравнение изданного закона с его проектами. Обрести некоторые ориентиры позволяет также изучение общих политических целей и установок законодателя *(например, защита прав потребителя или «имплементация» европейских директив в национальное законодательство)*.

Однако наиболее продуктивными чаще всего оказываются «законопроектные материалы», в число которых входят все письменные *(значит, сохранившиеся в неискаженном виде)* сведения о возникновении закона, начиная с первоначальных инициатив или планов проектных работ в органах власти или специальных комиссиях и заканчивая обсуждениями в парламенте. В настоящее время в распоряжении имеются пояснительные записки к проектам соответствующих законов, а также иногда отчеты и доклады парламентских комитетов (комиссий). Эти документы нередко позволяют узнать мнение законодателя, имеющее непосредственное отношение к проблеме, или цели, которые законодатель намеревался реализовать путем принятия закона.

«Целью» является представляемое, желаемое и реализуемое состояние. Изданная норма является средством к достижению этого состояния. Из всех различных вариантов толкования, полученных на стадии словесной интерпретации, наиболее соответствует цели тот вариант, который пригоден для реализации указанного состояния в наибольшей устойчивой мере. Эту пригодность нельзя установить только с помощью словесного разбора. Для этого требуется анализ фактов в ряду предполагаемых (вероятных) практических последствий того или иного варианта толкования. Ставший ныне модным анализ исключительно последствий без их соизмерения с определенными

целями и ценностями и проведения соответствующей селекции не позволяет продвинуться вперед в решении проблемы.

Простое историческое толкование направлено на поиск релевантного проблеме мнения законодателя относительно значения созданных им правовых понятий и правовых положений. Одновременно это позволяет узнать и замысел законодателя, имеющий отношение к конкретной проблеме. Нередко продуктивное историческое телеологическое толкование ставит вопрос о том, почему, т.е. из каких релевантных проблеме оснований, или с какой целью была издана норма. Например, почему § 578 ABGB требует собственноручного написания завещания и подписания его именем. Большинство ответов может быть найдено в протоколах обсуждений проекта ABGB.

3. Примеры

Собственно, и без того сама напрашивающаяся историческая цель фактического признака «собственноручно» отыскивается легко. В целом при обсуждении соответствующей нормы проекта защищался тезис, согласно которому «внешняя форма» завещаний не должна вызывать сомнений в подлинности волеизъявления умершего (*Ofner. Первоначальный проект и протокол обсуждений к австр. ABGB I, 344*). В более поздней редакции § 578 ABGB коммиссионное большинство отклонило предложение вообще упразднить возможность составления без свидетелей простого письменного завещания, аргументированное высокой опасностью подделки (фальсификации) подписи. Отклонение объяснялось тем, что следует отвергнуть чрезмерный формализм, поощряемый за счет обременения юридически подкованных и добросовестных граждан. А основной довод в пользу отклонения заключался в том, что все же чрезвычайно трудно незаметным образом фальсифицировать рукописный шрифт (именно так!) в завещании, состоящем из множества строк (*Ofner. I, 347*). Именно отсюда берет свое начало мнение о том, что «собственноручно» означает «рукописно» и что в качестве цели введения признака «собственноручно» признается обеспечение возможности проверить подлинность завещания на основании самого документа (*в необходимых случаях путем сравнения почерка с помощью графологической экспертизы*).

В связи с этим, исходя из практического опыта, свидетельствующего о том, что машинные и компьютерные тексты не позволяют идентифицировать личность напечатавшего их лица, теперь понятным образом аргументируется недействительность завещаний, составленных указанными способами. Тексты таких завещаний не включают в себе возможность провести прямую проверку подлинности на основании самого документа.

Это никоим образом не связано с одним лишь вопросом доказывания. Вполне возможно случайное присутствие во время составления завещания свидетелей, которые будут утверждать, что наследодатель лично «напечатал» текст завещания. Но! Во-первых, действительность завещания не должна зависеть от такой именно случайности. Во-вторых, показания таких свидетелей как доказательства могут быть поставлены под большое сомнение ввиду вероятности подкупа свидетелей или оказания на них иного влияния. В то же время самого наследодателя уже ни о чем нельзя спросить.

В отношении завещания, составленного стенографическим способом или с помощью кириллицы, напротив, отпадают всякие сомнения. Такое завещание рукописно, следовательно, выполнено с помощью способных к проверке индивидуальных символов почерка.

Что касается «подписи», то, как видно из самого смысла слова, она должна стоять в конце текста (*под* текстом), поскольку только в таком случае понятно, что «текст сделки завершен» (*Ofner*. I, 347; II, 538). В любом случае только подпись может свидетельствовать о том, что рассуждения лица, изъявляющего свою волю, окончены и данное лицо желает придать юридическую силу тексту. Для этих целей, напротив, недостаточным является упоминание имени в начале или в середине текста, поэтому в данном случае речь можно вести лишь о проекте (*Ofner*. II, 539).

На удивление менее содержательными являются материалы для интерпретации признака «своим именем». Первоначальный проект, согласно § 373 (*прототипу* § 578 ABGB), требовал еще и подпись родовой фамилией (родовым именем), что позднее было признано излишне обременительной формальностью. Последовавшее вслед за этим сокращение требования к подписи до выражения «своим именем» оставлено без объяснений. Однако ближайшим является предположение о том что указанное сокращение должно было смягчить строгость формы. Это предположение говорит в пользу достаточности подписи фамилии и, пожалуй, также одного лишь имени. Но тогда ввиду большого числа людей, носящих одинаковые имена, а также с учетом наличия особо популярных имен идентификация личности на основании имени остается проблематичной. Можно еще выдвинуть предположение в том смысле, что под смягчением понималось простое сокращение формулировки закона, под «своим именем» (*в единственном числе!*) подразумевались, как и прежде, полные «официальные» или «гражданские» имена. Хотя имя и фамилия, несомненно, относятся к именам завещателя, а на словесном уровне оба слова допустимо обозначать как имя. Но из этого никоим образом еще не следует, что каждый из трех различных вариантов (*имя, фамилия или оба вместе*) одинаковым образом и в единственном числе может обозначаться как «свое имя». Разумеется, на словесном уровне

допускается понимание в том смысле, что имя и фамилия, несомненно, совпадают по отдельности с понятием имени.

Однако со словесной и (*ввиду разницы формулировок по сравнению с первоначальным проектом*) исторической точек зрения все свидетельствует, пожалуй, в пользу достаточности подписи именем и фамилией. Полностью эта мысль подтверждается путем объективного телеологического толкования, о котором здесь можно сказать, немного забегая вперед. Как имя, так и фамилия используются в обороте как формула, фиксирующая окончание текста. В качестве же средства идентификации имя и фамилия могут служить в сочетании с остальным содержанием завещания и смежными фактическими обстоятельствами (*например, место нахождения завещания*).

4. Кто такой законодатель?

Открытым до сих пор остается вопрос о том, кого или что именуют просто «законодателем». При этом нередко проблему видят в том, что если абсолютный монарх или диктатор является персональным законодателем, то в развитом демократическом правовом государстве в законотворчестве принимают участие много людей, в частности парламентское большинство. Поэтому в последнем случае совершенно невозможно найти ту персону, чья действительная воля имела бы решающее значение. Коллективная же воля представляет собой только конструкцию и ничего действительно в психологическом смысле она не содержит.

С точки зрения юридической практики вся эта проблема надуманна. Абсолютный монарх во время издания ABGB принимал данный закон также своим сознанием и своей волей, но определенно не таким образом, чтобы желать чего-то конкретного в отношении бесчисленных вопросов толкования издаваемых норм. Точно такое же «волевое» значение имеют для правоприменителей в процессе толкования отдельные партии парламентского большинства и его части. Информация об отношении «воли партий» к подлежащему принятию закону, как правило, имеет исключительно общий (глобальный) характер. А парламентское большинство отдает свои голоса за более ограниченные в смысле конкретизации информационные блоки. Интересная для целей толкования детализированная работа над информационным содержанием закона происходила всегда и сейчас происходит в специальных комиссиях (консультативных комитетах) или других учреждениях, включая разрабатывающие законопроекты министерства, в процессе деятельности которых на проекты в свою очередь оказывают влияние и дают им оценки политические и экономические общества, и т.д.

На деле «коллективная воля» является чуждой реальности конструкцией. Но, разумеется, возможна и такая ситуация, при которой индивидуальные воли

некоторых или очень многих людей в отношении определенных вопросов получают одинаковое направление. Кроме того, бывает и так, что люди присоединяются к воле других людей без самостоятельной проверки вопроса, т.е. заимствуют чужую волю и трансформируют ее в собственную. Вовсе нет потребности ни в каких удивительных конструкциях, в которых воля законодателя приравнивается к коллективной воле несуществующего социального образования.

Напротив, необходимо исходить именно из того, что в законотворчестве принимает участие большое количество различных людей, выступающих в различных ролях. Такими участниками являются, в частности, политические, экономические или юридические инициаторы проекта, разработчики, консультанты, эксперты и т.д. Вся эта совокупность является некоей неформальной, но наиболее значимой для толкования инстанцией. А «формальный» законодатель, т.е. предусмотренный в соответствующей конституции законодательный орган, ничтожно мало занят конкретным, имеющим значение для толкования содержанием закона. Но в любом случае именно «формальный» законодатель официально устанавливает переходы к новому регулированию или исправляет прежнее, а в остальном действует (*как и абсолютный монарх*) в качестве позитивирующей инстанции, придавая закону обязательную юридическую силу посредством своего решения.

Поэтому под «законодателем» разумнее всего понимать краткое обозначение всех неформально или формально принимающих участие в соответствующем акте законотворчества реальных людей. «Воля законодателя» — это вполне реальная человеческая воля, а именно воля одного или более людей из того их круга, который принимал участие в законотворческом процессе. Это является компромиссным взглядом между противоположными мнениями по вопросу о законодателе. Не требуется конструировать некие коллективные «существа», таковые неуместны в прикладной (*да и, пожалуй, в каждой*) науке. Не имеет значения вопрос о том, можно ли точно установить лицо, чье именно мнение или намерение изначально или в конечном счете стало решающим.

Проблема, которую видят в том, что «индивидуальный» или только неформальный участник законотворчества может формировать в некоторых случаях замысел законодателя, является не очень страшной в той ситуации, когда речь идет о действительно прочно установившемся влиянии на содержание закона, имеющем значение для толкования. Разрешена эта проблема может быть тем рациональным соображением, что если официальные законодательные инстанции без изменений и без оговорок со своей стороны принимают закон, то следует говорить о том, что разработанный вне законодательного органа проект получает юридическую силу не только как простой текст, заимствованный у разработчиков, но также вкуче с целями и замыслами, составляющими основу текста. В подтверждение этого говорит то, что

«голый» текст закона, т.е. без контекста в виде оснований, намерений и соображений, был бы лишь непознаваемым «скелетом». Еще говорят о «теории пакта» в том смысле, что, принимая закон в неизменном виде, «формальные» законодательные органы заключают своеобразный пакт с разработчиками о принятии (заимствовании) текста проекта и всего его подтекста, если не имеется свидетельств обратного. Разумеется, законодательный орган может также выразить мысль о том, что хотя нормы первоначального проекта остались внешне неизменными, но эти нормы принимаются по иным измененным основаниям и с другими целями. Однако обычно такое «контекстное» изменение нормы представляет собой редкое явление.

IV. Объективное телеологическое толкование

1. «Объективная цель»

Часто встречающееся суждение об объективной цели закона как о противоположности субъективной цели законодателя справедливо подвергается критике за свою парадоксальность. Ведь если целью является некий желаемый и достигаемый результат, то естественно подразумевается и наличие субъекта, который желает и стремится достичь данного результата. Однако вышеуказанный тезис основан все же на вполне рациональном наблюдении. Нередко правовой вопрос не удается убедительно решить с помощью рассмотренного выше метода исторического (субъективного) толкования. Это может объясняться, к примеру, тем, что для решения поставленной проблемы «периферии понятия» в историческом материале невозможно отыскать пригодные представления или цели, поскольку либо исторический материал, имеющий отношение к делу, вообще нельзя найти, либо установленные исторические цели в современном правовом и фактическом контексте являются без сомнения неактуальными (*например, когда речь идет о законодательстве времен нацизма*). Однако независимо от этого судья обязан в любом случае прийти к решению представленного на его рассмотрение спора. (По этому поводу невероятные разногласия существуют также среди интеллигентных людей.) Но было бы необоснованным сразу по исчерпанию рассмотренных выше методов предоставлять компетентной правовой инстанции, которой подведомствен спор, в том числе Верховному суду, право решения дела на основании личных предпочтений или приоритетов. Каждый судья обязан обосновывать свое решение и как представитель правового общества должен максимально последовательно соблюдать эту обязанность. Поэтому всегда следует предпринимать попытку выработать из всех возможных тот вариант толкования, который наилучшим образом соответствует действующей правовой системе. Только если в этом случае попытки окажутся

тщетными, «судейское усмотрение» становится неминуемым, поскольку его необходимо применить во избежание самовольного «осуществления спорного права» (самоуправства) и связанного с этим насилия между спорящими сторонами, и потому законным средством толкования.

Но перед применением этого последнего, требующего рациональной оценки метода следует исходить из предположения, что законы разрабатываются всегда не по принципу произвольной случайности, а для достижения в определенном объеме разумных и потому воспроизводимых (*реконструируемых*) целей. Поэтому, согласно идее права, законы следует и применять соответственным образом.

При невозможности прочей рациональной реконструкции необходимо также исходить из предположения, что вопросы фактов с точки зрения соотношения цели и средств ее достижения законодатель решил объективно правильно или в соответствии с наиболее испытанным («наиболее близким к истине») положением опыта; в необходимых случаях опыта соответствующей специальной науки. Как правило, это соответствует действительности, поскольку в распоряжении законодателя как центральной ветви государственной власти находятся соответствующие вспомогательные средства, как это непременно и должно быть.

2. Основная схема

Итак, с учетом выдвинутых предположений необходимо выяснить, какую именно цель или какие цели следует взять на вооружение в качестве средства толкования, руководствуясь при этом общим наличным знанием обо всех с разумной вероятностью предполагаемых юридических целях в конкретной или же наиболее возможной связи с поставленной проблемой. При этом найденная норма, подлежащая применению, рассматривается как средство. Это позволяет с помощью корректных фактических признаков проверить, для достижения какой цели пригодна данная норма. На обсуждаемой здесь стадии толкования ввиду отсутствия исторических указаний данная проверка должна производиться на основе общего опыта с позиции достаточно хорошо информированного и опирающегося на основы правовой системы судьи, а следовательно, в этом смысле «объективно». Данная проверка должна быть направлена на отыскание таких релевантных предположений (*гипотез*) относительно цели, которые в разумном смысле обладают наибольшей вероятностью.

Некоторым крайним скептикам такой подход может показаться спекулятивным. Однако в свете обязательного требования развернутой аргументации судебного решения он в любом случае более рационален и потому предпочтителен, чем немедленное обращение к «судейскому усмотрению», в котором крайние скептики видят здесь единственный выход.

Таким образом, наряду с выдвинутыми в параграфе 1 настоящей главы предположениями материалом для толкования здесь служит любая информация о целях закона, предполагаемых с разумной вероятностью в качестве возможных в связи с поставленной проблемой, а также любая информация о фактах, которые, будучи изучены с точки зрения соотношения цели и средства, могут помочь в решении проблемы. В таком соотношении известным элементом является средство — подлежащая толкованию норма, а неизвестным — искомая цель. Только те выдвигаемые предположения (гипотезы) относительно цели, где может быть подтверждена способность нормы служить средством достижения данной цели, и образуют узкий круг для выбора толкователем искомой цели.

В связи с этим на объективном телеологическом уровне теряют свой смысл многие гипотезы относительно цели. К примеру, у судьи, в распоряжении которого отсутствует исторический материал для толкования, отпадает такая вероятная гипотеза относительно цели содержащегося в § 578 ABGB фактического признака «собственноручно», согласно которой этот судья должен был бы требовать лишь обыкновенный навык человека в письме. Очевидно, что для этого совершенно непригоден один лишь, хотя и рукописный, документ, который представляет собой завещание. Такая гипотеза абсурдна, а цель заведомо нереализуема уже потому, что несметное число людей вовсе не составляют завещаний, а некоторые делают это однажды или в крайнем случае дважды в их жизни.

Для того чтобы избежать логического круга, следует путем вынесения за скобки отдельных вопросов толкования по возможности ограничить значение подлежащей толкованию нормы узкой областью «ядра понятия», которая не вызывает сомнений при толковании. А затем надлежит приступить к поиску подходящих гипотез относительно цели данной нормы. На основании установленной таким способом цели в благоприятном случае возможно путем дедукции вывести решение проблемы толкования. Возьмем, к примеру, содержащийся в неоднократно дискутируемом предписании о форме завещания признак «собственноручно». Апостериорный вывод относительно заложенной в основе данного признака цели следует делать только после вынесения за скобки критической области понятия «собственноручно». В критическую область в данной ситуации входят случаи составления завещания машинописным и стенографическим способами. Таким образом, сначала следует сделать вывод, принимая во внимание только случаи составления рукописного завещания (пусть даже с использованием различных пишущих средств: ручек, перьев, карандашей и пр.). Этот пример представляет собой (если не принимать в расчет существующий исторический материал для толкования) особенно благоприятный случай, когда только одна единственная гипотеза относительно

цели дает серьезное объяснение значению нормы, «очищенной» от отдельных частных сомнений при толковании. При этом такое объяснение не может быть поколеблено какими-либо соображениями о его системной или предметной противоречивости. Такой единственной гипотезой является та, согласно которой цель понятия «собственноручно» состоит в обеспечении возможности проверять подлинность завещания на основании самого документа, в тексте которого изложена последняя воля наследодателя. В этом и заключается абсолютно достаточное и удовлетворительное объяснение требования о «собственноручности» составления завещания.

Следует также отметить, что аргументированный результат объективного телеологического толкования нормы совершенно не зависит от каких-либо личных предпочтений юриста, который принимает решение по делу. Поэтому, например, на результат не может оказать решительно никакого влияния ни то, что судья является субъективным сторонником максимально широкой свободы формы сделок и потому склонен к более мягкой интерпретации предписаний относительно формы завещания, ни то, что судья испытывает отвращение к неизвестным ему и, следовательно, недоступным для его понимания письменным знакам (стенографическим). Все это не играет никакой роли.

Кроме того, подтверждением справедливости описанного подхода и дополнительным аргументом против крайних скептиков является также то обстоятельство, что в приведенном примере с понятием «собственноручно» результат объективного телеологического толкования совершенно совпадает с результатом исторического («субъективного») толкования.

Значительно более сложной является ситуация, когда при объективном телеологическом толковании одновременно несколько выдвинутых гипотез выявлены в виде альтернативы различные цели, каждая из которых способна служить убедительным основанием толкуемой нормы. (Эту ситуацию следует совершенно отличать от того очень распространенного случая, когда в качестве релевантной и потому методологически оправданной предполагаемой цели следует избрать ту, что представляет собой компромисс между несколькими изначально выдвинутыми более общими предположениями относительно цели нормы.) Итак, в указанной ситуации для того, чтобы среди нескольких гипотез относительно цели нормы выбрать одну решающую, также ни в коем случае не требуется немедленно прибегать к «судейскому усмотрению». К такому стоит обращаться в последнюю очередь. Но прежде надлежит для целей дальнейшего правового отбора гипотез привлечь фундаментальные принципы идеи права, которые, разумеется, будучи значительно опосредованы конкретными правовыми критериями, зачастую позволяют продвинуться вперед в решении проблемы. Для пояснения этого на примерах мы будем вынуждены нередко оставлять в стороне неодно-

кратно нами использованный прежде случай с завещанием, что потребует от нас далее порой более подробного изложения.

3. Телеологическое систематическое толкование

Первым и самым значимым дополнительным критерием выбора между первоначально выдвинутыми пригодными гипотезами относительно цели нормы является фундаментальный принцип правовой системы — принцип справедливости в самом общем и в то же время совершенно непатетическом смысле. Буквально речь здесь идет о принципе соразмерности, согласно с которым к равному применяется равный масштаб, а неравное обсуждается соответственно выявленному неравенству. (Те, кого не смущает логическая редукция, допускаемая, в частности, при распространении значения соответствующих понятий за пределы конституционного права, предпочитают говорить здесь о конституционно-правовом принципе равенства перед законом, представляющем собой одну из форм закрепления в позитивном праве всеобщего принципа справедливой соразмерности.) Очевидная неполнота этого критерия, в котором не содержится точных критериев для определения равного и неравного, является преодолимой. Такое преодоление возможно посредством того, что в качестве ориентира относительно этого (для оценки равного и неравного) принимаются те «установки» относительно цели или ценности норм, которые отыскиваются уже в другом месте правового порядка, а значит, за пределами толкуемого закона. Следовательно, искомым дополнительным материалом толкования здесь является уже не явное содержание других полезных в систематическом плане норм (*сравни выше с разделом III*), а целевые и ценностные основания таких норм. Предметом изучения должны стать тоже цели и ценности, только изначально заложенные именно в основание других найденных норм. Закрепленная в юридической норме отвлеченная форма (состав) фактического отношения имеет своим ядром возникающее между людьми столкновение (соприкосновение) их интересов, как правило, конфликт интересов в некоей типовой форме. В этой другой привлекаемой норме конфликт интересов представлен в точно таком же либо схожем виде, как и в толкуемой норме, но, разумеется, облекается в несколько иной контекст фактических элементов нормы.

При интерпретации необходимо обращать внимание как раз на тот факт, что соответствующая определенной ценности целевая установка, которая заложена в основание другой систематически релевантной нормы и может быть распознана, будет иметь действительное значение также и при толковании нормы, подлежащей применению. Тем самым будет соблюдено и фундаментальное требование соразмерности. При этом в учении о юриди-

ческом методе говорят чаще всего весьма образно о максимально возможном «избегании противоречий с основными ценностями» как о важнейшей цели толкования. Подчеркнутая относительность выражения «максимально возможном» представляется необходимой, потому что точные (очевидные) противоречия ценностям законодательного регулирования не смогут скрыть никакие методологические тернии, так что по поводу противоречия принципу равенства остается только обращаться с запросом к законодателю либо, смотря по обстоятельствам, в конституционный суд.

Возьмем простой пример: в результате аварии погиб один из ее участников, при этом второй участник является виновником данной аварии. В соответствии с § 1327 ABGB¹² лицо, причинившее вред, обязано возместить близким родственникам умершего, которые являются его законными иждивенцами, «то, что таковые утратили в результате смерти потерпевшего». Следовательно, возмещению подлежит то именно материальное содержание, которое погибший более не может обеспечить иждивенцам. Поскольку ребенок погибшего в момент смерти последнего был в состоянии самостоятельно себя содержать, стало быть, он в этот момент фактически и не получал никакого содержания. Однако спустя некоторое время после смерти отца ребенок теряет свою работу, не имея иных доходов, и, следовательно, был бы вынужден снова прибегнуть к иждивению за счет отца, если бы последний был еще жив. В связи с этим возникает вопрос: чем определяется возможность предъявления близким родственником умершего требования к виновному лицу? Формальным ли наличием действительного законного права родственника на материальное содержание в момент смерти или фактическим состоянием имущественных отношений в семье, исходя из чего право родственника на содержание возникает снова всякий раз при наступлении неспособности такого родственника к самостоятельному обеспечению себе средств к существованию? На этот счет § 1327 ABGB не содержит прямого указания. Однако формулировка данной нормы посредством использования глагола прошедшего времени совершенного вида («утратили») говорит все же скорее в пользу того соображения, что следует принимать в качестве подлежащей возмещению только утрату материального содержания, фактически имевшего место на момент смерти кормильца. В этом контексте можно исходить также из момента вынесения решения по

¹² § 1327. Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten, sondern auch den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getötete nach dem Gesetze zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden (В случае, если в результате причинения телесных повреждений наступит смерть потерпевшего, должны быть возмещены не только все расходы близким родственникам, которых умерший был обязан по закону содержать, также должно быть возмещено то, что такие близкие родственники утратили в результате смерти потерпевшего).

делу. Но с принципиальной точки зрения казалось бы подлинным произволом является то, что при абсолютно аналогичном противоположении интересов причинившего вред лица и близкого родственника умершего и прочих равных условиях решающим в деле должно стать то случайное обстоятельство, что близкий родственник умершего непосредственно в момент смерти был способен самостоятельно себя обеспечивать.

Ясность вносит телеологическое систематическое толкование с помощью § 12 Abs. 2 EKGH¹³. Данный закон помимо всего прочего в случае аварии при эксплуатации автотранспортного средства возлагает на владельца такого средства ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, независимо от вины. Приведенная выше норма направлена полностью к пользе близких родственников, находившихся на иждивении умершего. В качестве основания возмещения вреда отчетливо подразумевается именно правовое положение, из которого могло возникнуть право на материальное содержание, а следовательно, отнюдь не фактическая потребность в получении содержания на момент смерти. Таким образом, совершенно очевидно, что целью ставится учет любой потребности в материальном содержании независимо от такого случайного фактора, как фактическая актуальность осуществления права на содержание в тот или иной момент времени.

Однако слабые юристы из разряда «буквоедов-формалистов» склоняются в аналогичных случаях к тому противоположному «доводу», что обязанность возмещать вред при возникающей позднее (после смерти кормильца) потребности иждивенца в получении содержания распространяется-де только на случаи, предусмотренные в EKGH (т.е. при эксплуатации средств автомобильного и железнодорожного транспорта). Поэтому в других случаях причинения вреда, в отношении которых будто и действует § 1327 ABGB, дело как раз обстоит иначе. Это совершенно ошибочный вывод. Вопрос времени в § 1327 ABGB законодатель, несомненно, мог решить противоположным

¹³ EKGH (Eisenbahn- und Kraftfahrzeug-haftpflichtgesetz) – (австрийский) Закон об ответственности за вред, причиненный при эксплуатации средств железнодорожного и автомобильного транспорта.

§ 12. (2) Stand der Getötete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnis, vermöge dessen er diesem kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten insoweit Schadenersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre. Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung gezeugt, aber noch nicht geboren war ((2) Если погибший ко времени причинения ему вреда состоял в таком отношении к третьему лицу, в силу которого он по закону был обязан или мог стать обязанным содержать это третье лицо, и последнее в результате смерти потерпевшего лишилось права на содержание, то несущее ответственность лицо обязано возместить вред данному третьему лицу в таком объеме, в каком погибший в течение предполагаемой продолжительности своей жизни был бы обязан обеспечивать содержание иждивенцу. Обязанность возместить вред наступает также в том случае, когда указанное третье лицо к моменту причинения вреда кормильцу зачато, но еще не родилось).

образом. Но даже не обсуждая, что такое решение было бы вопиющим произволом, следует признать, что законодатель все же не сделал этого, а обсуждаемые здесь вопросы толкования § 1327 ABGB (не решил, но) просто оставил на поверхности. Решающим является тот факт, что конфликт интересов между лицом, причинившим вред, и близким родственником умершего представлен абсолютно одинаковым образом в области применения обеих норм. Поэтому разъясняющая ценность нормы EKGH, согласно которой случайный фактор в виде фактической потребности в осуществлении права на содержание не должен иметь решающего значения, в полном объеме пригодна в отношении нормы ABGB. Следовательно, предложить иной ответ на рассматриваемый здесь проблемный вопрос было бы грубым противоречием ценностям, лежащим в основании нормы. Кроме того, тем самым перед лицами, причинившими вред при эксплуатации своего автомобиля, предоставлялось бы некое абсурдное преимущество лицам, виновным в причинении смерти всеми другими способами.

Таким образом, результат телеологического объективного толкования является определенным — решение рассмотренной нами проблемы не вызывает сомнения по меньшей мере с момента вступления в силу EKGH.

4. Толкование на основании «природы вещей»

Понятие природы вещей используется в различном и порой неясном смысле. В частности, с помощью этого понятия предпринимаются попытки судить о юридических последствиях нормативного характера непосредственно на основании действительного содержания естественных жизненных условий. В итоге дело сводится к ошибочным «натуралистическим» выводам.

Только два значения понятия природы вещей остаются пригодными для его применения. В первом этим понятием можно обозначать случаи, в которых при формировании правового вывода особую роль играет положение права, описывающее «факты из области применения нормы». К примеру, в качестве исходного пункта можно взять положение права, в силу которого при строительстве допустимо использовать только безопасные для здоровья людей строительные материалы, которые предусмотрены договором. (Это положение может быть прямо закреплено в нормативных правовых актах, определяющих строительные нормы и правила, но может просто представлять собой составную часть общих положений права, требующих уважительного отношения к жизни и здоровью других людей.) В том случае, когда в качестве строительного материала, к примеру, поступает асбест и при этом не имеется никаких сомнений в его безвредности для здоровья, то на основании вышеупомянутого положения права и описательного суждения о безо-

пасности асбеста можно сделать вывод о том, что данный материал разрешен к использованию при строительстве. Полученное конкретное (т.е. непосредственно относящееся к проблеме) положение права выведено путем дедукции из исходной нормы права. Но данное конкретное правило будет сохранять силу только до того момента, когда вдруг станет известно об опасности данного асбеста для здоровья людей. С такого момента совершенно без какого-либо изменения исходной нормы следует вывести уже противоположное конкретное положение права о том, что асбест в качестве строительного материала недопустим к использованию. *(Для упрощения дела здесь не принимаются во внимание, например, случаи незначительного и безопасного добавления асбеста в другой строительный материал.)*

В приведенном примере «природа вещей» не имеет самостоятельного нормативного значения. Вследствие обусловленности права фактами действительной жизни действие соответствующих положений права и их обоснование должны быть в наибольшей мере поставлены в зависимость от сведений фактического характера. Последними могут быть, как в описанном случае, сведения об «общих фактах из области применения нормы» или, если речь идет о решении какого-либо конкретного случая, сведения об установленных конкретных (единичных) фактах. Если сведения о фактах окажутся ложными, например, по причине дачи свидетелями ложных показаний в конкретном деле, то ложным следует признать и сам правовой вывод, сделанный на основе таких сведений. Правда, в рамках процессуального права фактически ложный юридический вывод в результате вступления судебного решения в законную силу все же может стать формально неоспоримым. Тем не менее упомянутые посылки при выработке конкретной правовой нормы могут и полностью соответствовать действительности, а потому быть пригодными для обсуждения.

Но обо всем этом речь может идти в том случае, когда «природа вещей» выступает в качестве вспомогательного средства интерпретации. При толковании, а именно при выяснении значений в области «периферии» понятий и выражений, употребленных в норме, природа вещей может также играть фактически разъясняющую роль, если она не приравнивается к простому описанию явления, а раскрывает определенное нормативное содержание этого явления. Однако это возможно только в том случае, когда данное явление представляет собой типичное жизненное отношение. При этом имеется в виду такое жизненное отношение, которое часто и в неизменном виде встречается в действительности человеческого общежития и получило посредством соответствующего регулирования юридическое признание в качестве «правового института». Такими отношениями являются, например, договор, собственность, семья и т.д., но ни в коем случае не дружба, которая не подлежит правовому регулированию и не имеет юридического значения.

Если правовое регулирование вопросов толкования указывает на необходимость объективного телеологического решения, то представляется возможным выделить те мыслимые гипотезы относительно цели нормы, которые согласно общему представлению, в том числе представлению участвующих в споре лиц, наилучшим образом соответствуют положительной функции данного института. Это вполне обоснованно, ибо во всяком случае институт является юридически признанным. Положительная функция в свою очередь позволяет подвести фактическое отношение под те случаи применения института, которые воспринимаются участвующими в отношении лицами как нормальные или по меньшей мере как устойчивые или неискаженные. Согласно общей нормативной максиме о целесообразности рекомендуется выбирать именно то толкование, которое наилучшим образом способствует положительной функции юридически признанного типового жизненного отношения или наименьшим образом ему вредит. Кратко говоря, это определяется характером практических действий самих сторон в рамках существующего между ними отношения.

Некоторые примеры, иллюстрирующие сказанное, весьма банальны. Нигде в законе не предусмотрено, что для договора купли-продажи, заключаемого в магазине, местом исполнения признается именно магазин, а срок исполнения обозначается словом «немедленно». Само собой также понятно, что местом исполнения наемным работником своих трудовых функций в отсутствие иной договоренности является место нахождения организации, в штат которой этот работник зачислен.

Необычный в этом смысле пример дает решение австрийского OGH¹⁴ по вопросу об обязанности представления отчета. В отношении доверенного лица или участника общества, наделенного организационно-распорядительными функциями, а также родителей и опекунов и пр. специальные предписания устанавливают обязанность представления отчета. Все обязывающие к этому специальные нормы выражают общую руководящую идею о том, что каждый, кто уполномочен управлять полностью или же в части чужим имуществом, обязан представлять владельцу данного имущества (с приложением необходимых подтверждающих документов) отчет о совершенных сделках с вверенным имуществом, о состоянии и результате таких сделок. Подобный отчет, как правило, содействует подготовке или ревизии соответствующих имущественных притязаний. Посредством аналогии права, или общей аналогии (*об этом позднее*) обязанность представления отчета распространяется на все случаи, подобные описанным выше, даже если такая обязанность прямо не предусмотрена законом.

В упомянутом конкретном деле также был представлен соответствующий отчет. Однако управомоченный утверждал, будто полученный им от-

¹⁴ OGH (Oberster Gerichtshof) – Верховный суд Австрии.

чет является неверным, и требовал по иску от ответчика представления второго, на сей раз «правильного» отчета. Категорическая ссылка ОГН на природу вещей при отклонении данного иска кажется на первый взгляд довольно неожиданной. Но при критическом разборе ситуации следует признать такое решение правильным. Право требовать представления отчета имеет подготовительный, или служебный (вспомогательный), характер. Подобный отчет должен отражать информацию, которая даст управомоченному возможность, например, узнать о возникновении у него прав на получение доходов или необходимости предъявления требования о возврате вещи (виндикации), а также осведомиться о существующих в отношении его имущества притязаниях или отразить предъявленные к нему требования о возмещении убытков. В случае, если такой управомоченный предъявляет иск об обязанности ответчика представить повторный отчет, то ему необходимо прежде доказать, что именно и в какой мере было неверным в первом отчете. На основании природы вещей в рассматриваемом смысле следует заключить, что если управомоченный сумел доказать эти факты, то он уже обладает необходимым объемом информации и доказательств для предъявления требований о взыскании дохода и т.д. Следовательно, несмотря на полученный неверный отчет, управомоченное лицо уже не нуждается в получении повторного, исправленного. Поэтому хотя содержание обязанности предполагает представление правильного (достоверного) отчета, то даже если таковой не был представлен, при анализе описанной ситуации требование о представлении повторного, исправленного отчета расценивается как бесполезное. В самых крайних случаях такой иск может быть квалифицирован даже как злоупотребление правом. В рамках правоотношения, которое ранее выполняло и сейчас удовлетворительным образом выполняет свою функцию, совершенно естественно могут произойти случайные ошибки, поэтому следует требовать не предъявления повторного отчета, а устранения последствий первого отчета непосредственно путем корректировки расчета требований о взыскании дохода и т.д. К тому же всегда допустимо потребовать возмещения убытков, возникших в результате ошибок в отчете. Таким образом, не проясненный законом вопрос о том, как часто допустимо требовать представления отчета, если существуют сомнения в правильности ранее представленного, следует решать на основании «природы вещей» в пользу однократности представления. Бесполезный иск может с высокой вероятностью уничтожить само по себе хорошо функционирующее правоотношение, по поводу которого и возникает обязанность представления отчета.

Существуют также другие примеры. Предписания об обязанности супругов к совместному проживанию и об обязанностях доверительного характера

в отношениях между участниками общества следует интерпретировать в рамках объективного телеологического толкования в такой мере, которая в каждом случае будет выполнима в действующем браке и соответственно в функционирующем обществе.

5. Толкование с помощью *argumentum ad absurdum*¹⁵

В узком смысле об *argumentum ad absurdum* говорят, когда результат размышления оказывается в противоречии с исходным предположением. Аналогичным образом дело обстоит и применительно к толкованию. Правопорядок представляет собой известное правовое сообщество, а потому отдельные элементы правопорядка должны по возможности находиться в гармонии с господствующим в данном сообществе правосознанием. Критерий подавляющего большинства при отрицании, которое в «плюралистическом обществе» происходит в смысле негативного консенсуса (*negative Konsens*), является здесь достаточным. Так, например, для отрицания достаточно согласия почти всех более или менее разумных и принципиально признающих правопорядок членов правового сообщества без учета их общих идеологических установок. При этом, конечно, должно также подразумеваться, что такой консенсус не является прямым следствием нехватки информации или результатом соответствующего манипулирования со стороны средств массовой информации. Если имеются достаточные основания для принятия такого негативного консенсуса за известный результат толкования, то в процессе толкования допустимо сделать уже упомянутое выше заключение *ad absurdum*. Разумеется, при этом необходимо отдавать себе отчет в том, что здесь речь идет только об отдельной операции в рамках методологической правовой работы, а конкретнее — в рамках объективной телеологической интерпретации определенных предписаний или проблем. Следовательно, не должно быть оснований для опасений, что решающее воздействие при отправлении правосудия могут иметь соответствующие эмоции большинства, подверженного политическому манипулированию или влиянию со стороны СМИ. В пользу признания обсуждаемого критерия толкования, несмотря на его ограниченное соответственно применение, говорит фундаментальный принцип стабильности права в двояком смысле. То, что недвусмысленно отрицается большинством членов правового сообщества, не должно признаваться последствием, вытекающим из их правопорядка. Напротив, подобное последствие будет представляться

¹⁵ *argumentum ad absurdum* (лат.) – заключение по противоположности, или заключение от противного. (Примеч. пер.)

неожиданным и непредвиденным для сообщества. Более того, наличие такого последствия способно настолько исказить общественное правосознание, что это подорвет реальную эффективность правопорядка в целом, а значит, мера соблюдения правопорядка в отсутствие соответствующего принуждения значительно понизится.

Важный пример в этом смысле представляет собой причинная связь как условие наступления ответственности в виде возмещения убытков. Центральная норма об ответственности за причинение вреда (§ 1295 ABGB) определяет, что лицо, действовавшее виновно, обязано возместить все причиненные его виновными действиями убытки. (*Аналогичные положения содержат нормы об ответственности без вины при наступлении соответствующего основания.*) Современное уточненное и принципиально удачно обоснованное понимание причинной связи (каузалитета) как условия ответственности состоит в том, что одно обстоятельство (виновное действие) признается причиной другого обстоятельства (вреда) в том случае, если при мысленном устранении первого второе также отпадает (*conditio sine qua non*¹⁶, или условная связь). Ставшие уже историей представления о причинности, которые первоначально были заложены в основание норм закона и в свое время имели юридическую силу, были довольно туманными и, пожалуй, значительно сужали область применения норм. Об этом, в частности, свидетельствует конструкция «*casus mixtus*», сохранившаяся в § 1311 ABGB¹⁷.

Правда, даже уточненное понятие причинной связи, если его не подвергнуть некоторой корректировке, может привести к весьма странным результатам. Рассмотрим один пример. Участник дорожного движения, совершив небольшую ошибку, оказался виновным в незначительной дорожной аварии. Вследствие возникшей задержки во время поездки у второго участника аварии появляется угроза пропустить срок важной для него сделки. Поэтому он отправляется ближайшим рейсом на самолете, но при посадке в месте назначения с данным пассажиром происходит на борту несчастный случай и он получает травму. В результате прибыльная сделка все же срывается. Позднее на пути домой из больницы вор крадет у этого несчастного бумажник. А один знакомый, навещавший пострадавшего товарища в больнице, зара-

¹⁶ *conditio sine qua non* (лат.) – неперемное условие. (Примеч. пер.)

¹⁷ § 1311. Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt; hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder, sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre (Вред от простого случая падает на того, чье имущество или чья личность такой случай затрагивает. Но если кто-либо обусловил наступление простого случая своим виновным действием, нарушил закон, направленный на предупреждение случайного вреда, либо без необходимости вмешался в чужую сделку, то данное лицо несет ответственность за все негативные последствия сверх тех, которые наступили бы только в результате его действий).



зился там инфекционной болезнью, которая вскоре передалась членам его семьи и коллегам по работе. Поскольку один из заразившихся коллег оказался не в состоянии вовремя навестить своего богатого дядюшку (от которого ждут наследства), то он по этой причине лишился солидного легата. Эта часть наследства в итоге была предоставлена другому племяннику, а последний по случаю такой радости напился сверх меры, что привело к тяжелой автомобильной аварии с многочисленными повреждениями и крупным имущественным ущербом. Эту историю можно продолжать сколько угодно. А вот еще один короткий пример: противоправное виновное поведение некоего А (совершение супружеской измены или изнасилования) приводит к зачатию ребенка. Этот ребенок или его потомки, к примеру, став преступниками, причиняют в течение своей жизни многочисленный ущерб.

Стало быть, виновник первой автомобильной аварии и соответственно отец ребенка обязаны нести ответственность за все указанные негативные последствия? Ведь эти убытки не могли возникнуть, не будь их виновных действий.

Из различных критериев ограничения ответственности в данном случае необходимо прибегнуть лишь к критерию «адекватности» и только ради извлекаемой с его помощью аргументации. Для раскрытия понятия примем во внимание самое существенное. В этом смысле адекватность означает, что последствия в виде причиненного вреда могут быть квалифицированы в качестве основания ответственности только тогда, когда таковые во время их возникновения после совершенного действия рассматриваются (с большой долей вероятности) как первичные (неотъемлемые) следствия этого действия с позиции особо квалифицированного и осмотрительного судьи. Таким образом, данные последствия должны возникнуть не просто вследствие одного лишь совершенно случайного, неожиданного стечения обстоятельств, даже если подобное стечение было обусловлено виновными действиями.

Уже с помощью этой дополнительной ограничительной предпосылки ответственности, которая исключает простую причинность (обусловленность), может быть однозначно отсечено большинство обозначенных выше негативных последствий. Описанные выше и иные многочисленные примеры позволяют также понять, почему критерий адекватности в современной судебной практике относительно редко применяется в его однозначном смысле. Во многих аналогичных и ясных случаях вообще никому в голову не приходит предъявить исходному виновнику требование о взыскании столь «отдаленных» убытков. Начиная приблизительно с третьего в цепочке потерпевшего лица, как правило, никто не знает полной предыстории случившегося. Более того, таким потерпевшим в силу действия принципа адекватности совершенно не требуется интересоваться всей предысторией. Поэтому только согласно точке зрения, которая сводит всю правовую

жизнь к процессу, можно утверждать о ничтожно малом практическом значении критерия адекватности.

На деле эта точка зрения заключается в том, что современное уточненное понятие причинной связи сводит решение вопросов ответственности к множеству неясностей и узким историческим представлениям о непосредственном (ближайшем) причинении вреда. Поэтому такое понимание является продвижением вперед лишь на один мизерный и фрагментарный шаг.

В качестве основного контраргумента против такого толкования понятия причинной связи как условия ответственности обычно непременно подчеркивается, что в противном случае ответственность стала бы безграничной, полностью случайной, а также неконтролируемой и непредсказуемой в ее наступлении. Подобная ответственность стала бы к тому же совершенно несоизмеримой с объективно признаваемой и оттого мотивационно значимой общественной опасностью недозволенного действия (а нередко и с виной лица, причинившего вред).

Однако необходимая часть контраргумента по какой-то причине остается обычно невысказанной. Именно эта безграничность и случайность ответственности находят свое всеобщее отрицание со стороны всех членов юридического сообщества, включая не совсем последовательно и формалистично мыслящих юристов. Мотивом такого отрицания является страх перед угрозой полной капитуляции права перед случайностью.

Таким образом, узкое толкование с помощью критерия адекватности понятия причинной связи как условия ответственности представляет собой сильный и важный пример рестриктивного (ограничительного) объективного телеологического толкования с помощью *argumentum ad absurdum*. В качестве другого примера может служить, в частности, случай возмещения расходов недобросовестным владельцем в соответствии с § 336 ABGB¹⁸. Указание этого параграфа на нормы о ведении дел без поручения при содействии влиятельной доктрины может быть понято таким образом, что с произведшим все необходимые затраты недобросовестным владельцем следует обходиться так же, как с добросовестным. Однако указанным для такого вывода основаниям имманентны ненадежность и неосновательность. Поэтому в данном случае без сомнения имеет силу *argumentum ad absurdum*: ни один разумный человек не мог бы понять и одобрить того, что в упомянутой конкретной ситуации правопорядок обращался бы с недобросовестным лучше, чем с добросовестным.

¹⁸ § 336. Hat der unredliche Besitzer einen Aufwand auf die Sache gemacht, so ist dasjenige anzuwenden, was in Rücksicht des von einem Geschäftsführer ohne Auftrag gemachten Aufwandes in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung verordnet ist (Если недобросовестный владелец понес в связи с вещью расходы, то к нему следует применять правила, предусмотренные в основном разделе о представительстве в отношении лица, действовавшего в чужих интересах без поручения и понесшего соответствующие расходы).

6. Толкование в соответствии с иерархией правовых норм и при коллизии норм

Эта важная разновидность телеологического систематического толкования направлена на согласование подлежащих толкованию норм с формально более приоритетными нормами объективного права. Наиболее ярким примером здесь является толкование «простых» («обычных») законов на их соответствие конституции и интерпретация внутреннего права на его соответствие европейскому праву. Здесь речь идет не просто о недопущении противоречий норм заложенным в их основу ценностям, а о максимально возможном устранении содержательных противоречий между нормами различных уровней формальной иерархии. В коллизию могут вступать не основные ценности, а само содержание норм. Недопущение, насколько это возможно, такой коллизии является здесь главной целью толкования. Эта цель не зависит от конкретных и доказуемых замыслов исторического законодателя, более того, эта цель объективно прочно соединена с выделением уровней позитивного права. Конечно, всегда подразумевается, что подчиненные нормы предоставляют соответствующий простор для толкования таким образом, что найденное решение лежит в пределах границ соответствующего закона. Значит, формально нижестоящая норма способна противоречить вышестоящей только в собственных содержательных пределах ее возможного толкования. Это необходимо учитывать, когда такая нижестоящая норма становится объектом толкования в соответствии с приоритетом норм.

Превышающие такие пределы противоречия, следовательно, не устранимые путем толкования, должны быть первоначально разрешены самим законом и в предусмотренном для этого порядке. Следовательно, устранение таких противоречий определяется посредством исправляющих предписаний о недействительности, отмене или неприменении соответствующих подчиненных норм. Такие предписания нельзя обрекать на тщетность и иллюзорность путем неограниченного «конформного толкования»¹⁹, которое

¹⁹ Конформное **толкование** (от нем. *konforme Auslegung*) представляет собой метод толкования, используемый в случае коллизии норм одинакового формального уровня, ни одна из которых не имеет приоритет в применении перед другой. Суть конформного толкования заключается в том, что приоритет отдается той из норм, которая в наибольшей степени соответствует правовому акту более высокого формального уровня, например конституции. (Примеч. пер.)

Следует отметить, что метод конформного толкования может быть использован при применении российского законодательства. В качестве примера рекомендуемого применения конформного толкования можно привести случай коллизии норм Земельного кодекса РФ и Федерального закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» (далее – Вводный закон), регулирующих статус приобретенных прав на земельные участки. Так, в соответствии с п. 3 ст. 20 Земельного кодекса РФ «право постоянного (бессрочного) пользования находящимися в государственной или муниципальной собственности земельными участками, возникшее у граждан или юридических лиц до введения в действие настоящего Кодекса, **сохраняется**». Однако п. 2 ст. 3 Вводного закона предписывает, что «юридические лица, за исключением указанных в пункте 1 статьи 20 Земельного кодекса РФ юридических лиц, **обязаны переформировать** право постоянного (бессрочного) пользования земельными

в силу такой неограниченности перестает являться собственно толкованием и принимается за изменение содержания подчиненных норм.

Однако в рамках деятельности по толкованию конформной интерпретации следует отдать предпочтение перед недопустимым обращением с подчиненными нормами как с недействительными или их отменой. Конформное толкование позволяет избегать противоречий, но, кроме того, подерживает справедливые надежды юристов на прочность юридической силы квалифицированно разработанной и принятой нормы (стабильность права) и не влечет в правовом порядке никакой ломки в виде неравного обхождения с адресатами норм *до* и *после* отклонения подчиненных норм решением уполномоченной инстанции, в частности конституционного суда (справедливая соразмерность).

Таким образом, речь идет о минимизации трудностей, неизбежно возникающих вследствие наличествующих или пока потенциальных противоречий между нормами, при этом такие противоречия не могут быть сохранены в единой правовой системе. Хотя и является дискуссионным, но не имеет значения вопрос о том, идет ли при этом речь о противоречиях в узко логическом смысле. Поскольку никто не может одновременно следовать противоположным велениям норм, сами противоречивые нормы оказываются вообще неспособными выполнять их главную задачу, а именно служить ориентиром человеческого поведения. Поэтому в юридической непригодности противоречащих друг другу норм сомневаться не приходится.

Сказанное имеет силу также в том случае, если обнаруживается противоречие между формально равноуровневыми (равнозначными) нормами, для кото-

участками на право аренды земельных участков или приобрести земельные участки в собственность, религиозные организации, кроме того – переоформить на право безвозмездного срочного пользования по своему желанию до 1 января 2008 года в соответствии с правилами статьи 36 Земельного кодекса Российской Федерации... При продаже зданий, строений, сооружений, расположенных на земельных участках, предоставленных юридическим лицам (за исключением указанных в пункте 1 статьи 20 Земельного кодекса Российской Федерации юридических лиц) на праве постоянного (бессрочного) пользования, право постоянного (бессрочного) пользования земельными участками подлежит переоформлению на право аренды земельных участков или земельные участки должны быть приобретены в собственность в соответствии с положениями Земельного кодекса Российской Федерации по выбору покупателей зданий, строений, сооружений». Совершенно очевидна прямая коллизия между нормой Земельного кодекса РФ, гарантирующей сохранение приобретенных прав у граждан и юридических лиц, и нормой Вводного закона, обязывающей «переоформить» приобретенные права, т.е. по сути прекратить последние путем замены их новыми. В данном случае обе рассматриваемые нормы закреплены в федеральных законах, находящихся на одном формальном уровне иерархии нормативных правовых актов. Кроме того, ни один из классических приемов толкования фактически неприменим (в том числе, например, «*lex specialis derogat lex generalis*» или «*lex posterior derogat lex prior*»). В данной ситуации именно конформное толкование позволит выявить приоритет одной нормы перед другой. Согласно данному методу предпочтение в применении следует отдать той норме, которая наиболее соответствует Конституции РФ. В силу п. 3 ст. 35 Конституции РФ «никто не может быть лишен своего имущества иначе, как по решению суда». Право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком является имущественным правом, а значит, согласно ст. 128 Гражданского кодекса РФ несомненно, относится к имуществу. Таким образом, норма п. 2 ст. 3 Вводного закона прямо противоречит Конституции РФ, в отличие от «конформного» содержания нормы Земельного кодекса РФ. Поэтому именно последняя должна подлежать приоритетному применению. (Примеч. ред.)

рых не действуют никакие правила устранения коллизии. В данном случае остается только возможность устранить или сократить противоречие с помощью общих правил толкования, поскольку эти правила в конкретной связи могут быть все же полезными. Однако если это не удалось, то обе противоречащие друг другу нормы следует считать неприменимыми. В связи с этим будет целесообразно также квалифицировать эти нормы как недействительные. Юридические теории, которые, не взирая на блокирование функций противоречащих друг другу норм, оспаривают последнюю приведенную квалификацию, несостоятельны с точки зрения выводимых из них практических последствий.

Следует еще отметить, что для толкования европейского права, естественно, не могут быть предложены какие-либо особые методологические правила. Конечно, Европейский суд (EuGH) особенно подчеркивает цель толкования «*effet utile*»²⁰. В этом смысле имеется в виду не что иное, как обыкновенное телеологическое толкование. Однако в европейской судебной практике такое толкование выполняется нередко в централистском смысле, т.е. при широкой компетенции и максимальной возможности решающего влияния европейских инстанций или европейского права, отчасти даже без реального учета кодифицированного национального права и его обязательности. В частности, Европейский суд (EuGH) вопреки четкому различию в «первичном» европейском праве между постановлениями (*Verordnungen*) и директивами (*Richtlinien*), из которых только первые имеют непосредственное действие, а вторые требуют их внутринациональной имплементации, провозгласил, что в отношении отдельных государств могут быть непосредственно применены также и директивы (по слухам, по решению большинства голосов в Европейском суде).

Пожалуй, любое различие правовой регламентации в отдельном государстве по какому-либо поводу, по крайней мере из-за возрастающей информационной потребности, может рассматриваться как препятствие для свободного экономического оборота на внутреннем рынке ЕС. При таком положении правосудие Европейского суда (EuGH) почти не имеет больше видимых очертаний. Стоит надеяться, что от такого, безусловно, односторонне понимаемого телеологического толкования вскоре откажутся и на европейском правовом уровне на фоне уже затихающей эйфории централизации и под давлением возрастающей рабочей нагрузки на суд постепенно перейдут к нормальному телеологическому методу как одному из конструктивных институтов. Максимально возможная компетенция европейских инстанций или максимально возможная сфера их влияния, согласно тексту европейского первичного права и явному намерению его составителя, ни в коем случае не были руководящей правовой целью.

²⁰ *effet utile* (фр.) – принцип полезного эффекта. (Примеч. пер.)

7. Сравнительно-правовое толкование

Если следовать той юридической теории, согласно которой право исчерпывается только автономными продуктами воли определенных государств или надгосударственных объединений и соответственно их законодательных органов, то следует прийти к выводу, что иностранное право, которое ранее рассматривалось некоторыми даже как простой «факт», ничем не может помочь в применении соответственно собственного права. Однако дело все же обстоит иначе, если рассматривать правопорядки как различные попытки конкретизации универсальных фундаментальных принципов правовой идеи, т.е. справедливости, стабильности права и целесообразности. Следом напрашивается мысль о том, что возникающие неясности или пробелы в собственном правопорядке необходимо устранять посредством привлечения ясных и хорошо испытанных конкретизаций других правопорядков к конкретной поставленной проблеме, прежде чем переходить к свободному судебскому усмотрению. Компаративистика в таком смысле может играть еще и солидную методологическую роль в применении права помимо ее сугубо научно-познавательного значения и пригодности в качестве надежного вспомогательного средства рационализации законотворчества. Компаративистика может также получить статус контролирующей и при необходимости подтверждающей инстанции по вопросу о пригодности определенных гипотез толкования с точки зрения всеобщей практической целесообразности, а в сфере родственных сообществ — с оглядкой на имеющееся и потенциальное правосознание коллег по юриспруденции в этих странах. Но рекомендуется быть очень осторожным. Прежде всего не следует поддаваться некоторым сравнительно-правовым искушениям. Так, определенные решения в правопорядках больших и влиятельных государств («правовой империализм») или также просто одинаковые решения в правопорядках математически большего числа государств, возможно переписавших все друг у друга, не следует сходу рассматривать как наиболее предпочтительные. Также недопустимо произвольно привлекать к делу непропорционально обширные правопорядки только потому, что они как раз более знакомы соответствующему компаративисту. Напротив, надлежит искать, насколько это возможно, конструктивное и принципиально лучшее сравнительно-правовое решение, которое вместе с тем может по своему содержанию быть гармонично встроено в систему собственного правопорядка. Сравнительно-правовая аргументация должна привлекаться с решающей целью, а не выполнять одну лишь контрольно-подтверждающую функцию, тем более когда такая аргументация является слишком неясной и противоположной по отношению к коренящимся в собственном правопорядке доводам в пользу отыскания в этой системе более обоснованного решения. В против-

ном случае при привлечении иностранного права существует угроза привнесения в собственный правовой порядок напряженности или противоречий, равно как и эффекта внезапности, что представляет собой большую опасность, чем без этого имеющиеся зачастую исторически выросшие или соответствующие различным национальным предпочтениям либо также основанные на различных уровнях рефлексии международно-правовые различия.

Согласно идеальным представлениям эти различия сами по себе, конечно, образуют камень преткновения. Вероятно, давно отмечен тот поразительный факт, что справедливость (а точнее — конкретизация справедливости) по одну сторону Пиреней бывает совсем иной, чем по другую. Поэтому в данном смысле преимущество правовой унификации положительного материала, обусловленной интенсивными международными экономическими связями и проведенный в соответствующих правовых сферах, несомненно, является значительным. Яркий тому пример представляет собой Венская конвенция²¹. Также здесь следует упомянуть о планах по европейской унификации частного права. При этом речь идет о законах (продуктах законотворчества), а не об интерпретационных анклавах иностранного происхождения. Все же и здесь следует в противовес эйфории отметить, что ценой международно-правовой унификации зачастую может стать внутренняя правовая разобщенность, характеризующаяся множеством пока неунифицированных правовых сфер. Кроме того, существует опасность того, что скорее всего унификацию возможно будет произвести лишь на основе самого минимального общего знаменателя. А такой знаменатель имеет тенденцию сводить все скорее к слишком простым или псевдопрагматическим решениям, нежели к конструктивным, принципиально убедительным и продуманным. Подобные решения облакаются нередко в очень простые формулировки закона. Однако позднее при попытке решить конкретную проблему оказываются чрезвычайно смутными и потому малополезными.

V. Толкование в особо затруднительных случаях

1. Предварительные замечания

Особо затруднительные правовые проблемы характеризуются тем, что значимые аргументы интерпретации, извлекаемые на различных методологических уровнях толкования (а иногда также на одном уровне), включая объективный телеологический, в значительном объеме рассыпаются на множество различных вариантов толкования. При этом подразумевается, что обсуждаемое ниже

²¹ Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.).

соотношение методов интерпретации согласно их приоритету²² само по себе еще не приводит ни к какому пригодному решению, которое, с одной стороны, устраняет проблему неясности соответствующих правовых норм применительно к конкретному фактическому составу, а с другой стороны, не вызывает проблемы противоречия общим целям и принципам права. Простых или вовсе механических рецептов решения сложных проблем здесь, естественно, не существует. Однако прежде чем искать выход из тупика с помощью судебного усмотрения, представляется возможным и обоснованным прибегнуть еще к сводному анализу и проверке всех различных линий правовой аргументации, которые были до сих пор уже намечены или еще могут быть выявлены.

Ударение при этом приходится на слово «правовой». Любая прочая аргументация, которая воспроизводит субъективные личные либо групповые предпочтения (интересы), не основываясь на праве или даже вопреки праву, всегда подавляется путем противопоставления с противоположными предпочтениями того же рода. Поэтому рациональное правосудие является возможным только при соответствующем ограничении круга пригодных для решения спора аргументов. Следовательно, имеющие значение и поэтому подлежащие изучению аргументы нормативного характера должны быть выводимы из всех системных уровней права и при помощи всех методологических критериев. При этом право следует понимать в широком смысле. К нему нужно относить не только закрепленные позитивным правом нормы, но и лежащие в их основе цели, а равно и целые правовые институты и всю юридическую материю высших уровней принципов права, включая фундаментальные принципы «правовой идеи», имеющих универсальное действие и описывающих общие цели права.

С учетом выдвинутых предположений проблема анализа естественным образом смещается на объективный телеологический уровень. К тому же другие методы толкования, как по отдельности, так и комплексно, уже были использованы без достаточного успеха. Разумеется, это относится и к объективному телеологическому толкованию в том смысле, о котором говорилось выше. Следовательно, теперь существует потребность в объективном телеологическом толковании с новым дополнительным критерием качества, более высокого качества. До сих пор мы оперировали понятием «цель закона» в упрощенном практическом смысле. Такой подход возможен, поскольку в целом клубке различных целей, лежащих в основе закона, решение зависит только от одной, имеющей непосредственное значение для проблемы, в то время как другими целями допустимо пренебречь. Одна выделяемая цель вполне может

²² Имеется в виду прием, при котором результат толкования, полученный с помощью одного метода, ставится под сомнение и подвергается необходимой «контрольной» проверке с помощью другого, более приоритетного метода.

стать также компромиссом между намечившимися первоначально противоположными трактовками целей закона. Подобный компромисс способен разъяснить подлежащие толкованию нормы либо интересующий признак фактического состава в содержании нормы. Вследствие этого первоначальные коллизии целей закона и их трактовок можно уже не принимать во внимание.

Рассмотренное упрощение, осуществляемое путем привлечения к решению проблемы одной-единственной релевантной цели закона, должно быть все же отвергнуто в той ситуации, когда проблема попадает в область коллизии большого числа разных исходных ценностей или исходных целей и не может быть однозначно решена на основании толкуемого закона вкупе со всем его систематическим и историческим контекстом. Несмотря на то что закон сам по себе является, несомненно, известным компромиссом, решающий вопрос все же может остаться открытым: в какой мере пользуется приоритетом та или иная ценность, заложенная в основание нормы и вступающая в коллизию с другими, при решении конкретной проблемы? Все это будет вскоре подробнее продемонстрировано на одном примере (имеется в виду пример проблемы фактического состава, а не ее решения). А для решения проблемы будет введено понятие «взвешивание (оценка) принципов» в качестве приема объективного телеологического толкования более высокой пробы.

2. Комплекс спорных вопросов и юридические теории

Прежде следует все-таки отметить, что различные, особенно спорные, юридические вопросы уже на уровне фактического состава распределяются по своеобразным дифференцированным блокам. Это объясняется тем, что решение возникающих конкретных вопросов толкования зависит также от сопряженных с ними предварительных, смежных и последующих частных вопросов, сложность которых сама по себе может быть достаточной, чтобы спровоцировать расхождение мнений. Можно только вообразить, какое поле связанных друг с другом проблем представляют собой нормы о сделках, а особенно договорное право. Не остается ничего другого, как всю совокупность аргументов, выдвигаемых и отыскиваемых в пользу каждого основного варианта решения главной проблемы, скрупулезно примерять ко всем частным проблемам. При этом следует проводить тщательный анализ, чтобы выявить, какая именно часть этой конкурентной совокупности в наибольшей степени гармонирует с неоспариваемым содержанием права и в наименьшей степени вступает в коллизию с нормами и принципами права. В том случае, если в защиту каждого из различных мнений могут быть выдвинуты содержательные правовые аргументы, едва ли возможно избежать упомянутой коллизии при решении того или иного частного вопроса. Потому наиболее обоснованным является

тот вариант толкования, который в наименьшей степени вступает в коллизию с устойчивыми элементами права и, в частности, с имеющими глубокое системобразующее значение принципами права. Более того, даже высококлассные и пронизательные юристы нередко могут быть различного мнения по тому или иному вопросу толкования. Поэтому любой, кому предстоит решать эту проблему, неизбежно должен сформировать собственное юридически обоснованное мнение путем критического анализа состояния соответствующей дискуссии применительно к устойчивому содержанию права.

В тех случаях, когда речь идет о том, чтобы привести основную проблему, включая ее предварительные, побочные и последующие частные вопросы, к единому решению, которое будет системно и содержательно согласовано, принципиальные основания подобного решения, как правило, именуются в юриспруденции (догматическими) «теориями». Теории призваны решать многообразные и обширные вопросы в соответствующей проблемной области на основе согласованных исходных представлений. При этом теории нацелены на то, чтобы, не нарушая содержания правовых норм, объяснять соответствующие решения на основе принципов и целей права и извлекать из последних непротиворечивые и полезные решения дискуссионных проблем.

Противоположные друг другу теории необходимо критически проверять на предмет того, какая из них наилучшим образом соответствует описанным выше требованиям. В этом смысле можно обсуждать существующие: например, в учении о сделке теорию воли, теорию волеизъявления, теорию доверия и комбинационные теории. Из других отделов права можно упомянуть еще теорию адекватности и теорию эквивалентности при исследовании причинной связи как условия юридической ответственности. В том же ключе можно говорить о различных теориях юридических лиц, о теории единства и теории разделения, различающей притязания из неосновательного обогащения в результате исполнения по сделке (*Leistungskonditionen*) и общее притязание из неосновательного обогащения.

Менее пригодными для применения на практике являются решения на основании теории, когда вопросы о формировании и проверке последней являются пока предметом обсуждения и строятся на основе других дискурсивных теорий, пытающихся добыть искомые нормативные тезисы путем свободной полемики (прибегая нередко к мнимым предположениям). Это влечет за собой опасность ухода проблемы в бесконечную плоскость. Разновидность дискурсивной теории, которая в силу следования принципу «связанности правом» понимает юридический дискурс как «особый случай» и состоит из ограничительных правил аргументации, все же необычайно сходна именно с тем общепринятым в юриспруденции подходом к решению особо затруднительных проблем, который описывался ранее. Не может

быть ни малейшего сомнения в том, что широкая дискуссия компетентных лиц является лучшим средством для построения максимально полной аргументации к решению определенной проблемы.

Некоторыми отрицается обоснованность применения понятия «теория» к юридическим усилиям догматического характера. Это мнение иногда несправедливо высказывается также в отношении тех случаев, когда в силу относительной узости проблемы ведут речь о «мини-теориях». Теория представляет собой совокупность положений, которые не противоречат друг другу, одна часть которых выводима из другой части этих положений, при этом такие положения могут быть отчасти проверены. Помимо этого такие положения указывают на проектный характер, т.е. на умозрительный элемент. Наконец, эти положения призваны указать возможный путь к дальнейшему познанию и должны достигать поставленной цели, если и поскольку они впоследствии выдерживают экспериментальную проверку на практике и пользуются последующим признанием.

В юриспруденции система положений теории охватывает идеализированную проекцию соответствующих правовых норм в сочетании с известными целями и принципами права. Такая система формулирует гипотезу относительно цели или принцип разрешения основного вопроса толкования (и, если необходимо, для контекстных вопросов) и обеспечивает дедуктивную выводимость решений в отношении встречающихся конкретных типов фактических составов и (показательного) единичного случая. Вместе с этим для целей такой дедукции отыскиваются необходимые сведения о фактических признаках в области применения норм.

Упомянутые сведения могут быть подвергнуты проверке в той же мере, в какой и прочие утверждения эмпирического характера. В связи с этим, согласно методологическим правилам юриспруденции, сами ссылки на нормы права также могут быть подвергнуты критике. Гипотеза относительно цели и принципов должна подтверждать себя, в частности, тем, что она просто и убедительно объясняет известное правовое положение и применительно к особенно сложным правовым вопросам приводит к результатам, не вызывающим системных противоречий в праве (включая фундаментальный уровень принципов права). Вместе с тем к таким результатам, которые применимы на практике и по меньшей мере кажутся одобряемыми большинством членов общества. При решении тех юридических вопросов, разобраться в которых дилетанты смогут лишь путем скрупулезного и продолжительного обучения, на которое в свою очередь не всякий решится, общество следует представлять в виде круга достаточно квалифицированных юристов.

Все сказанное имеет силу также и для вопроса: «До каких пределов?», который так часто стоит в центре проблемы особенно в сложных правовых во-

просах, т.е. в вопросе о том, какова приоритетная область применения того или иного принципа или вида принципов из тех многих, что очевидно действуют в проблемной сфере, но вступают при этом в коллизию.

3. Пример

Сказанное можно проиллюстрировать снова на простом примере с собственноручным завещанием. Итак, завещание выполнено индивидуальным почерком и скреплено «собственноручной» подписью: «Ваш отец». При абсолютной верности всех других предпосылок действительность данной последней воли завещателя зависит от того, допустимо ли квалифицировать такой способ подписания документа, как подпись «именем» завещателя.

Исходя из словесного анализа в соответствии с общим словоупотреблением, на этот вопрос следует ответить отрицательно, так под «именем» понимается только слово, которое выполняет функцию непосредственной идентификации определенного индивидуума как такового. Понятно, что слово, означающее родство, не подпадает под этот случай. Однако согласно определенной логической трактовке и на основании одного, несомненно, более редкого словоупотребления в качестве «имени» может рассматриваться любое обозначение, которое при определенных условиях способно фактически идентифицировать определенного индивидуума, даже если это не входит в число общих функций данного слова. При обозначении родства это как раз тот случай, когда из содержания завещания и прочих смежных обстоятельств становится однозначно ясно, в отношении кого именно направлена воля завещателя. В свою очередь отец человека, к которому обращено завещание, может быть однозначно идентифицирован путем установления факта родства. К тому же подписание документа с обозначением родства не лишено функции по обозначению завершенности и действительности документа (например, нередко такая подпись используется в переписке между родственниками).

Тем не менее при словесном толковании закона господствующее словоупотребление говорит против признания подобного подписания документа в качестве подписания «именем». Такой вывод в некотором смысле подтверждает систематическое логическое толкование, поскольку соответствующие нормы о приобретении имени и фамилии подразумевают имена в их общеупотребительном смысле. Разумеется, эти нормы касаются совсем других ситуаций, в которых речь идет не о конфликте между различными претендентами на наследство, а просто о непосредственном приобретении общего идентификационного признака.

В рамках исторического толкования можно найти только указание на то, что «подписание» должно производиться таким способом, который «обычно

использует» наследодатель (*Ofner*. I, 347). Это пояснение могло бы подтвердить пригодность подписи, если наследодатель действительно в кругу семьи имел обыкновение так подписываться. Однако это является слабым и на деле противоречивым аргументом, поскольку сводится к обозначению исключительно в семейном кругу, но не в обществе в целом.

Мотив, по которому закреплена обязательность подписи «именем», не обнаруживается в законопроектных материалах. А упомянутые в этих документах функции подписи по обозначению завершенности и действительности завещания очевидным образом могут быть выполнены также посредством других формулировок, к примеру: «Это моя последняя воля» или «Это то, что должно произойти с моим имуществом после моей смерти». Но «подписанное» таким образом завещание признается, несомненно, недействительным вследствие несоблюдения формы, а о подписании «своим именем» в этом случае вообще не может быть речи. С объективной телеологической точки зрения именно из вышеприведенных общих соображений следует, что из такого закреплённого нормой признака фактического состава, как «имя», возможен только один вывод, подтверждающий рациональность предполагаемой при этом цели нормы. От завещателя требуются незначительные усилия по подписанию документа своим «именем» для того, чтобы посредством такой подписи существенно упростить идентификацию составителя текста на основании самого документа. Если имя лица, которому адресованы распоряжения последней воли завещателя, и прочие сведения об этом лице не вызывают никаких сомнений, то обозначение словом «отец» также является однозначной идентификацией завещателя. Пожалуй, этого должно быть достаточно для достижения раскрытой здесь цели нормы.

Исторически основательно аргументированная цель предписаний о форме завещания, направленная на содействие надежной проверке подлинности завещания на основании самого документа, все же вызывает некоторые сомнения. Подпись, которую человек обычно использует, сильнее, чем весь его иной рукописный шрифт, запечатлевает индивидуальность человека. Особенности росчерка укрепляются посредством частого повторения. Значит, собственноручная подпись именем в обычном смысле (росчерк) облегчает проверку подлинности остального собственноручного текста. Всего этого недостает при подписи завещания с помощью слова «отец». Стало быть, цель закона, направленная на максимально возможную проверку подлинности, реализуется не в полном объеме даже в том случае, когда недостаток очень незначителен по сравнению с объемом текста, подвергающегося сравнительному исследованию почерка. (*Само собой понятно, что дело обстоит иначе с текстом, целиком выполненным механическим*

путем, где только подпись является «собственноручной».) Поэтому не понятно, нужно ли следовать упомянутой цели закона, допуская последнее указанное выше последствие. Ведь это может показаться преувеличенным и излишним формализмом.

4. Принципы и коллизии принципов

Если под свободой завещания понимают то, в силу чего каждый имеет возможность и полномочие по своей воле распорядиться собственным имуществом на случай своей смерти, неизбежно появляются основания для некоторых сомнений. То обстоятельство, что этот принцип лежит в основе правового института завещания, является совершенно очевидным. Однако этот принцип непостижимым образом ограничивается принципом предписанной формы завещания. Последний принцип также хорошо обоснован, потому что к общепризнанным мотивам для строгости формы юридических сделок с учетом особенностей наследственного права присоединяется еще то обстоятельство, что после смерти наследодателя невозможно более каким-либо иным способом осведомиться о содержании и завершенности его воли. Следовательно, полная реализация свободы завещания вопреки предписаниям о форме, ограничивающая последние, насколько это возможно, путем толкования, была бы, бесспорно, недопустимой, поскольку представляла бы собой нарушение принципа строгости формы (*Впрочем, обратная расстановка слагаемых привела бы к такому же результату.*) Таким образом, в рассмотренной выше проблеме подписи речь идет лишь о маленьком фрагменте существующей коллизии между свободой завещания и строгостью формы. Причина, по которой критически настроенный правоприменитель не включает в понятие имени слово «отец», руководствуясь при этом тем, что господствующее словоупотребление признает лишь узкое понятие имени, скрывается, естественно, не в области словесной интерпретации. Без особых нормативных оснований редкому и «вырванному» из контекста иному варианту словоупотребления не позволили бы превратиться в этом вопросе в серьезную альтернативу. Проблема заключается в том, что высший принцип свободы завещания должен отступить ради совершенно отдаленного и оттого слабого аспекта требования об обязательности соблюдения формы.

Принципы, т.е. основные ценности права, которые лежат в основе целых правовых институтов или правовых материй, не рассчитаны на их непосредственное применение, подобно нормам права. Принципы не следует

применять настолько последовательно, насколько это возможно. Такое применение невозможно уже в силу частой коллизии принципов. Принципы права представляют собой скорее требования, нуждающиеся в своей оптимизации. Так, в случае коллизии требуется некоторое «взвешивание (оценка)», которое ограничит действие принципа до тех пределов, в которых этот принцип при его противоположности другому принципу окажется необходимым и соразмерным. В нашем вопросе, связанном с проблемой непосредственных целей закона, эти необходимость и соразмерность не являются однозначно предопределенными. И в случае признания подписи «Ваш отец» цели предписаний о форме будут в значительной, хотя и не в полной, мере реализовываться. Их отступление коснется только дополнительного, ни в коей мере не обязательного элемента проверки подлинности. С этой целью за счет строгости формы свобода завещаний будет освобождена от своего чрезмерного стеснения. В отсутствие четких указаний закона относительно вопроса о том, «до каких пределов» простирает свое действие каждый из противоположных принципов, при решении изучаемой проблемы соответствующее «взвешивание (оценка)», по моему мнению, говорит в пользу действительности завещания. Дополнительное ограничение свободы завещания здесь было бы существеннее и потому весомее, чем ограничение отдаленного частного аспекта требования строгости формы.

Полученный на методологически более высоком уровне объективного телеологического толкования результат, т.е. требуемое для решения проблемы конкретное положение права, основанное на только что представленном «взвешивании», гласит: подписание путем обозначения степени родства, которое в силу содержания завещания и других обстоятельств способно однозначно идентифицировать завещателя, признается соответствующим требованию подписания «своим именем».

Тот, кто придает обычной подписи именем большее значение для проверки подлинности, чем это сделано здесь, придет к другому результату. Если в качестве противопоставления приведенной выше теоретической оценке вопроса будут подведены научные основания для большей желательности или даже необходимости обычной подписи для исследования почерка (*а, по утверждению опытных и квалифицированных экспертов по проведению графических экспертиз, указанных оснований, разумеется, не существует*), то только тогда следовало бы присоединиться к этой позиции, отказавшись от здесь и сейчас защищаемого мнения. Правовые вопросы повышенной степени сложности не так уж часто можно решить с вероятностью, граничащей с достоверностью. Однако в каждом случае вышеупомянутые соображения должны показать, что нельзя обойтись ни анализом одного только

господствующего словоупотребления, ни общими соображениями «здравого смысла». Именно юридический анализ необходимо осуществлять настолько, насколько это возможно.

Ничего не меняет также тот бесспорный факт, что в юридической практике (впрочем, как и везде) методологическая аргументация обыкновенно бывает наименее детально и выражено развитой. В рассматриваемой проблеме аргументация может с самого начала концентрироваться на вопросе о том, имеет ли собственноручная подпись в узком смысле существенное или только ограниченное, дополняющее значение для проверки подлинности завещания. Юридический опыт часто способствует возникновению такой сокращенной аргументации. Несмотря на случайное попадание в цель, подобная аргументация может быть полезной только при предположении, что полное методологическое развитие аргументов первоначально обрабатывалось по меньшей мере на моделировании подобных ситуаций. Только в этом случае можно развить в себе достаточное «чутье» для того, чтобы сразу определять собственно ядро проблемы, не отвлекаясь на констатацию естественных или совершенно банальных фактов.

*Перевод с немецкого Е.Ю. Самойлова,
аспиранта кафедры гражданского права
юридического факультета
МГУ им. М.В. Ломоносова*