



Тезисы о структуре правовых норм¹

Мюллер Ф.²

Фрайбургский университет имени Альберта и Людвиг (Фрайбург-им-Брайсгау, Германия)

Аннотация

Проблема «сущего» и «должного» больше не рассматривается как общее философско-правовое затруднение, а как вопрос о структуре правовых норм в процессе их практического применения. При этом выясняется, что в различных типах норм решающее значение имеет не только приказ должностования («программа нормы»), но и фактическая структура той части социальной действительности, которая стоит за нормой («сфера нормы»). Разделение «права» и «реальности» уступает место более тщательному анализу директивных и формирующих социальную реальность элементов нормативности. Это было особенно подробно рассмотрено на примере основных прав и других положений конституционного права. Однако подобная задача стоит и перед всеми другими областями права: необходимо найти новую форму взаимодействия между применением права на практике (law in action) и результатами социальных наук. Для юридических наук в целом это ставит задачу по-новому осмыслить свое научное и познавательное назначение.

Ключевые слова: теория права, структурирующее учение о праве, норма, правовая норма, герменевтика права, нормативность, структура правовой нормы, программа нормы, сфера нормы.

Для цитирования: Мюллер Ф. Тезисы о структуре правовых норм / пер. с нем. Й. Шнайдер. Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2025. № 3 (25). С. 99–109. EDN: ICFKCK

Благодарность: редакция выражает признательность переводчику Йоханну Шнайдеру³ за выполнение работы по переводу статьи Фридриха Мюллера и введение ключевых категорий его структурирующей теории права в российский научный оборот. Особая благодарность — за ценные консультации и разрешение на публикацию, любезно предоставленные профессором Мюллером.

¹ Müller F. (1970) Thesen zur Struktur von Rechtsnormen // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. No. 4. Pp. 493–509.

² Фридрих Мюллер (род. 22.01.1938, Эггенфельден, Бавария) — выдающийся немецкий правовед, специалист в области теории права, конституционного права и юридической лингвистики. Подробнее с информацией о Ф. Мюллере можно ознакомиться в предисловии к данной статье по ссылке: <https://www.taljournal.ru/jour/manager/files/%D0%92%D0%BA%D0%B0%D1%87%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B5%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%B8%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D1%8F%D0%BA%D0%BF%D0%B5%D1%80%D0%B5%D0%B2%D0%BE%D0%B4%D1%83%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%8C%D0%B8%D0%A4%D1%80%D0%B8%D0%B4%D1%80%D0%B8%D1%85%D0%B0%D0%9C%D1%8E%D0%BB%D0%BB%D0%B5%D1%80%D0%B0.pdf>

³ Йоханн Шнайдер — магистрант кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация (<https://orcid.org/0009-0002-5654-6320>, e-mail: schneider.johann@bk.ru).

Theses on the Structure of Legal Norms⁴

Mueller F.⁵

The University of Freiburg (Freiburg, Germany)

Abstract

The problem of „is” and „ought” is no longer treated as a general philosophical-legal difficulty, but as a question of the structure of legal norms in the process of their practical application. It becomes clear that in different types of norms, the decisive factor is not only the imperative of obligation (the „norm programme”) but also the factual structure of that part of social reality which underlies the norm (the „norm sphere”). The separation of „law” and „reality” gives way to a more thorough analysis of the directive and social reality-shaping elements of normativity. This has been examined in particular detail using the example of fundamental rights and other provisions of constitutional law. However, a similar challenge faces all other areas of law: to find a new form of interaction between the law in action and the findings of the social sciences. For legal sciences as a whole, this poses the task of rethinking their scientific and epistemological purpose.

Keywords: legal theory, structuring theory of law, norm, legal norm, legal hermeneutics, normativity, structure of legal norm, norm programme, norm sphere.

For citation: Mueller F. (2025) Theses on the Structure of Legal Norms / transl. from German by J. Schneider. *Theoretical and Applied Law*. No. 3 (25). Pp. 99–109

Acknowledgments: The editorial board is grateful to the translator Johann Schneider⁶ for his work in translating Friedrich Müller’s article and introducing the key concepts of his structuring theory of law into Russian academic discourse. Special thanks are due to Professor Müller for his kind provision of valuable consultations and publication permission.

I

1. Структура правовых норм во взаимосвязи между «правом» и «действительностью» — в поле «реальных» и «нормативных» элементов — до сих пор рассматривалось как вопрос философии права, а не как проблема практического применения права. Ни взгляды, придерживающиеся канонов юридической методологии Савиньи⁷, ни новые попытки развить традиционное учение о методах юридической науки⁸ не учитывали материальную связь правовой нормы с той частью действительности, которая ею регулируется. Настоящее исследование призвано способствовать такой рефлексии. Вместо противопоставле-

⁴ Mueller F. (1970) Thesen zur Struktur von Rechtsnormen. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. No. 4. Pp. 493–509.

⁵ Friedrich Mueller (born January 22, 1938, Eggenfelden, Bavaria) is an outstanding German legal scholar, specializing in legal theory, constitutional law, and legal linguistics. For more information about F. Mueller, please refer to the preface to this article at the link: <https://www.taljournal.ru/jour/manager/files/%D0%92%D0%BA%D0%B0%D1%87%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B5%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%B8%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D1%8F%D0%BA%D0%BF%D0%B5%D1%80%D0%B5%D0%B2%D0%BE%D0%B4%D1%83%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%8C%D0%B8%D0%A4%D1%80%D0%B8%D0%B4%D1%80%D0%B8%D1%85%D0%B0%D0%9C%D1%8E%D0%BB%D0%BB%D0%B5%D1%80%D0%B0.pdf>

⁶ Johann Schneider is a Master’s student at the Department of Theory and History of State and Law, Saint Petersburg State University, Saint Petersburg, Russian Federation (<https://orcid.org/0009-0002-5654-6320>, e-mail: schneider.johann@bk.ru).

⁷ См., напр.: *Форстхофф Э.* Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. Festschrift für Carl Schmitt. 1959. S. 35; тот же автор: Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961.

⁸ См., напр.: *Эссер.* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. 2-е изд. 1964; тот же автор: Zur Methodenlehre des Zivilrechts // Studium Generale. 1959. S. 97; тот же автор: Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil. 1965; *Лерхе.* Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem. DVBl. 1961. S. 690; *Эмке.* Prinzipien der Verfassungsinterpretation. VVDStRL 20. 1963. S. 53; *Фивез.* Topik und Jurisprudenz. 3-е изд. 1965; *Крипе.* Theorie der Rechtsgewinnung. 1967.

ния «нормы и факта» здесь рассматривается структура правовой нормативности — так, как она проявляется в практическом применении права.

2. Тезисы разрабатываются на основе анализа конституционной юрисдикции. Именно в области конституционного права вопрос о нормирующем праве и нормируемой действительности осознается с особой остротой. Уже первый взгляд показывает, что именно здесь судебная практика часто вынуждена подкреплять интерпретацию правовых предписаний опорой на эмпирически устанавливаемые факты социальной среды или даже определять их содержание исходя из этих фактов⁹. При этом речь идет не о фактических особенностях конкретного случая, подлежащего решению, а о составляющих самой правовой нормы. Соответствующие детали конкретного случая должны во всех юридических дисциплинах исследоваться на предмет того, подпадают ли они — в смысле «субсумпции» — под элементы состава соответствующего предписания. Однако те факторы нормируемой действительности, которые подлежат анализу здесь, различаются по своему происхождению, определенности и степени насыщенности в различных отраслях права и по-разному влияют на содержание правовых правил. То, что разрабатывается здесь для конституционного права, может представлять интерес как постановка вопроса и для других областей права, но не может быть непосредственно и без методологической или догматической адаптации перенесено на другие отрасли.

3. Соотношение между действительностью и правом не может быть адекватно понято ни в контексте общей философско-правовой постановки вопроса, ни только на уровне частных методических приемов разрешения отдельных дел. Обе эти перспективы должны быть соединены герменевтически. При этом «герменевтика» понимается не в смысле общей теории интерпретации, а как технический термин — как рассмотрение основных условий, в которых осуществляется юридическое толкование; как учение о предпосылках юридической методике и догматики, всегда с учетом роли нормируемой действительности для действительности правовой нормы. Таким образом, здесь не предлагается всеобъемлющая теория или полное учение о методологии юриспруденции, а проводится исследование одного из ее основных элементов.

4. Для правоведения, традиционно понимаемого как нормативная гуманитарная наука, обращенная к действительности¹⁰, вопрос о ее объективности и общезначимости предстает в особом свете. От «объективности» естественных наук она отличается своим «историческим» наполнением, а от подхода «понимающих» гуманитарных наук — привязанностью к «действующим» правовым нормам. Однако традиционные критерии противопоставления естественных и гуманитарных наук с точки зрения современных научно-методологических исследований оказались несостоятельными как чрезмерные упрощения¹¹. Даже точные дисциплины не обходятся без качественных предпосылок. И в них формирование понятий зависит от постановки проблемы и систематического предварительного замысла объекта исследования. Последний становится «объектом» естественной науки только благодаря понятийной схематизации, выступая как бы совместно конституируемым результатом исследовательской деятельности ученого. Вместо традиционного поиска абсолютных критериев акцент теперь смещается на более тщательное выявление степеней различий.

Это ставит перед юриспруденцией задачу не столько отграничиваться от способов обращения к действительности, присущих естественным наукам, сколько самостоятельно анализировать специфику правовых норм и выяснять, каким образом элементы социальной действительности становятся актуальными на различных этапах конкретизации права. Требование юридической объективности, таким образом, уже не может выдвигаться в смысле «абсолютного» идеального представления, но вполне уместно как требование проверяемой, обсуждаемой рациональности применения права и его практической обоснованности, то есть связи содержания правовых предписаний с реальностью.

5. Было бы ошибкой обобщать различные типы правовых предписаний в единую «правовую норму» и выводить из такого абстрактного понятия практические следствия. Напротив, нормативность, присущая всем юридическим предписаниям, служит критерием, к которому могут быть соотнесены различ-

⁹ См., напр., решения, проанализированные у Ф. Мюллера: *Normstruktur und Normativität*. 1966. С. 114 и далее; а также у того же автора: *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. 1968.

¹⁰ См.: *Fueeg*. Zur Geisteswissenschaftlichkeit der Rechtsdisziplin. *Studium Generale*. 1958. S. 334, 338, 340; *Hollnerbach*. Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? *AöR* 85. 1960. S. 241, особо — 260.

¹¹ См., например: *Гейзенберг*. *Wandlungen in den Grundlagen der Naturwissenschaft*. 7-е изд. 1947; *Поппер*. *The Logic of Scientific Discovery*. 1959; нем. пер.: *Logik der Forschung*. 1966.

ные направления в методологии права. При этом становится очевидно, что правовой позитивизм — со своим пониманием права как замкнутой, непротиворечивой системы, решения как строго логической субсумпцией и устранением всех элементов социальной действительности, не отраженных непосредственно в тексте нормы, — фактически апеллирует к практически не осуществимой фикции. Еще в утверждении Кельзена о том, что норма и нормируемая действительность существуют совершенно раздельно¹², проявляется заблуждение подхода, безусловно переносающего на право научное понятие, уже устаревшее и для естественных наук, вместо исследования особенностей правовой нормативности на основе конкретной практики применения норм. Такое исследование показывает, что правовую норму, вопреки исходным посылкам позитивизма, нельзя понимать ни как абстрактный приказ должного, ни как гипотетическое суждение, ни как лишенный содержания акт воли. Аксиома о том, что юридические решения могут быть полностью выведены из норм исключительно на основе формальной логики, то есть из языковых конструкций, на самом деле приводит к неявному введению предпосылок, которые становятся неконтролируемыми источниками ошибок — и вследствие этого подрывают не только формалистическую самодостаточность позитивистского идеала применения права, но и рациональность и методическую прозрачность юридической науки в целом. Анализ юридической практики демонстрирует, что, например, грамматическое и системное толкование вынуждены тем или иным образом выходить за пределы текста нормы и его контекста. Далее необходимо отметить, что Савиньи разрабатывал свои правила интерпретации вовсе не применительно к конституционному праву. Конституционная юрисдикция показывает, что подлежащие конкретизации нормы зачастую абсолютно не отвечают тем требованиям, которые формальная логика предъявляет к предпосылкам для проведения силлогистических рассуждений. Конституционные нормы на практике предстают не как «логизированные» гипотетические суждения и не как приказы, полностью совпадающие со своим словесным выражением, а как предписания, для толкования которых требуются многочисленные элементы, заимствованные из нормированной социальной действительности и невыводимые при помощи классических правил толкования ни из самой нормы, ни из ее истории, ни из систематического контекста.

6. Тот факт, что юридическая практика зависит от нормированных частей действительности и, следовательно, необходим дифференцированный подход к этим частям действительности с нормативной точки зрения, закономерно не учитывается позитивистскими и неопозитивистскими направлениями правовой теории. Это ускользает даже и там, где различие между содержательной правильностью и компетенцией к принятию решения доводится до противопоставления субъекта и содержания решения, когда содержимое нормы подменяется самим актом решения, и тем самым связанная с предметом нормативность подменяется исторической властью существующей воли¹³. Подобное также остается вне поля зрения социологической концепции, которая, по сути, отрицает любую самостоятельную нормативность юридических предписаний, ведь рассматривает нормы исключительно как выражение социальной предзаданности¹⁴. Нормативная сила права, однако, — это не просто выбирающая и обобщающая формулировка социально «действующих» смыслов. Нормативная проблема соотношения права и действительности может быть постигнута только в рамках теории правовой (здесь — конституционной) практики, которая задается вопросом об основных условиях осуществления права и не замыкается на анализе только технических подробностей методики.

Поскольку даже общий гуманитарно-научный подход к теории права не способен в полной мере охватить соотношение права и действительности по уже названным причинам, даже если акцентируется принципиальная взаимосвязь нормативности и фактичности¹⁵. Даже в подобных междисциплинарных теориях социологическое и телеологическое содержание остается лишь предпосылкой и предметом правовой нормы, но еще не рассматривается как составляющая самой нормативности. Эти теории позволяют навязать себе основные установки крайних позиций — таких как правовой позитивизм, децизионизм, нормологизм

¹² См. также: Кельзен. Was ist juristischer Positivismus? JZ.1965. S. 465; тот же автор: On the Pure Theory of Law. Israel Law Review. 1966. P. 1.

¹³ Напр., у К. Шмитта. Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 2-е изд. 1934. Напр., с. 42.

¹⁴ См., например: Эрлих. Grundlegung der Soziologie des Rechts. 1913. Новое издание — 1929.

¹⁵ См.: Сменд. Verfassung und Verfassungsrecht. Staatsrechtliche Abhandlungen. 2-е изд. 1968. S. 119; Хеллер. "Staatslehre", 1934; Шиндлер. Verfassungsrecht und soziale Struktur. 3-е изд. 1950; Лайбхольц. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Strukturprobleme der modernen Demokratie. 1958. S. 277; Хецце. Die normative Kraft der Verfassung, 1959; Холлербах. AöR 85. 1960. S. 24.

или социологизм, — прежде всего выражающиеся в неадекватном для практики правоприменения противопоставлении «сущего» и «должного». Лишь позднее они стремятся перевести изначально введенные абстракции в «коррелятивные», «диалектические» либо «полярные» отношения между собой. Между тем важно не противопоставлять право и «ту одну» действительность в общем виде, а, во-первых, рассмотреть социальную действительность как пространство действия права в целом, во-вторых — как именно ту часть действительности, которая предполагается, воспринимается или создается каждой конкретной правовой нормой. Общая до сих пор в правовой теории постановка вопроса о «норме и факте» в корне меняется, если анализировать соотношение и роль этих элементов в процессе конкретизации права.

7. Учение о «нормативной силе фактического»¹⁶, предложение соединить юридическую социологию и технику юридического решения дел вне герменевтической связи¹⁷, попытки идеологической критики¹⁸ и правовой феноменологии¹⁹ — всё это также не выходит за рамки дуализма «сущего» и «должного» в его неокантианской редакции применительно к структуре применения права в конкретном случае, хотя сам неокантианизм с категориями взаимодействия обеих сфер Ласка и трактовкой юридической действительности как направления уже сделал первый теоретический шаг за пределы спекулятивной абстракции²⁰.

С герменевтической точки зрения дело состоит не в том, чтобы субстанциализировать «суть» и затем соотносить ее с некой субстанциальной или логически автономной «нормой», а в том, чтобы изначально рассматривать ее как конституирующую часть правовой нормативности. Отрицательный вывод поэтому справедлив и для всех прежних попыток рационального постижения «сути дела»²¹. Результат этих попыток, заключающийся в том, что «суть дела» как объективно устанавливаемый фактор порядка в существенной степени определяет право, еще не дает ответа на вопрос, каким образом с учетом этого общего положения должна практически меняться конкретизация правовых предписаний и где проходят правовые границы включения «дела» в юридическое мышление. Поэтому неудивительно, что и Федеральный конституционный суд, как это можно увидеть на примере его практики, использует «суть дела» лишь как вспомогательный критерий для конкретизации запрета произвола и системного согласования законодательных норм²².

8. Уже в силу специфики конституционного права и без того ограниченные возможности юридической формальной логики здесь оказываются еще более суженными. Структура нормы и нормативность в различных юридических дисциплинах проявляются по-разному в зависимости от типа нормы. Конституционное право регулирует государственный строй и структуру сообщества в целом. Его предписания не подкрепляются более высокостоящими нормами позитивного права. Структурная открытость многих его правовых положений соответствует широте и динамичности сферы регулирования; общий конституирующий замысел конституционного права, например, находит отражение в основных правах и свободах человека, которые, в отличие от специально-технических законов, не подлежат прямому применению. Уже по этим причинам конституционная герменевтика не может быть адекватно охвачена средствами даже развитой методики гражданского и уголовного права. В целом классические правила толкования оказываются не общезначимыми методами, а вспомогательными ориентирами различной эффективности в зависимости от специфики подлежащих конкретизации правовых положений. Они не поддаются формально-логической систематизации и на практике часто используются неявно, как соби-

¹⁶ *Эллинек Г.* Allgemeine Staatslehre. 3-е изд., 7-й репринт. 1960. Главным образом с. 332 и далее, 337 и след.

¹⁷ См.: *Луман.* Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie. 1965. Напр., с. 39.

¹⁸ См., например: *Топич.* Sachgehalte und Normsetzungen ARSP XLIV. 1958. S. 189.

¹⁹ См. по этому поводу: *Лайхольц.* Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht. Strukturprobleme der modernen Demokratie. 1958. S. 262; там же, S. 277: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit.

²⁰ См.: *Ласк.* Rechtsphilosophie. Gesammelte Schriften. Vol. I, 1923. S. 275; тот же автор: Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre. Gesammelte Schriften. Vol. II, 1923. S. 1.

²¹ См., например: *Майхофер.* Die Natur der Sache. ARSP XLIV. 1958. S. 145; *А. Кауфманн.* Analogie und ‚Natur der Sache‘. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. 1965; *Стратенверт.* Das rechtstheoretische Problem der ‚Natur der Sache‘. 1957; *Вельцель.* Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. 4-е изд. 1962; а также ранее: *Радбрух.* Die Natur der Sache als juristische Denkform. Festschrift für Laun. 1948. S. 157 и след.; *Балльвег.* Zu einer Lehre von der Natur der Sache. 1960; *Шамбек.* Der Begriff der ‚Natur der Sache‘. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung. 1964.

²² См., например: BVerfGE 1, 141; 1, 246 и след.; 6, 77, 84; 7, 153; 9, 349; 11, 318 и след.; 324 и след.; 292 и след.; 318 и след.; 362 и след.; 12, 349; 13, 331. К этому дальше: *Ринк.* Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache.

рательные понятия для аспектов самого разного происхождения. Сам Савиньи справедливо разработал свои каноны не как «виды толкования», а как «элементы» единого процесса толкования, взаимное соотношение которых нельзя установить без учета особенностей конкретного случая по существу²³.

9. Теоретизация результатов анализа судебной практики позволяет прояснить специфику юридической нормативности более адекватно, чем простое перенесение философской герменевтики на юриспруденцию, даже если в таких подходах, где через призму «аппликации» и вовлеченного «предварительного понимания» интерпретатора юриспруденция выступает как образцовая отрасль знания²⁴. Вопрос о специфически юридической объективности, о ее условиях и границах встает при этом как вопрос о практическом соответствии нормативности и структуры нормы в каждой конкретной дисциплине, определяемой по существу иначе. То же относится и к юридической топике, достоинство которой до сих пор обсуждалось преимущественно в отношении гражданского права, однако и там ее значимость оказывается весьма ограниченной²⁵. В силу связи между правовой теорией и судебной практикой проблемный и дедуктивно-понятийный подходы должны дополнять друг друга. Во имя рациональности и надежности юридической догматики «открытая» проблематика гражданского права не может обходиться без определенной, пусть и ограниченной по содержанию, системы логических выводов. Еще в большей мере в конституционном праве, ввиду повышенных требований к обязательности, необходимо сохранять примат конкретизируемой нормы. Ввиду специфики конституции как фундаментального нормативного акта топический подход, предполагающий выход за пределы нормы и последовательный отход от нее, если она, по-видимому, больше не может служить отправной точкой для разумного решения проблемы²⁶, применим к конституционному праву лишь с существенными оговорками. Это следует подчеркнуть и в отношении тех теоретических попыток, которые ставят своей задачей придать нормативности конституции принципиально динамический, подвижный исторический характер²⁷. Здесь акцент должен быть поставлен именно на нормативности конституции; а при исследовании соотношения права и действительности в конституционном толковании — на вопросе о структуре и содержании соответствующих правовых предписаний. Положения топики об относительности системы юридических логических выводов в таком контексте сохраняют значение вспомогательных ориентиров, как и результаты философской герменевтики об эффективности предварительного понимания. Однако философская герменевтика сталкивается с серьезными ограничениями при попытке адаптировать ее к юриспруденции, поскольку применение права — благодаря императивам позитивного права о юридической определенности, ясности и прозрачности методов — предъявляет особые требования к раскрытию неизбежных ценностных решений и выборов, которые по законным и юридически самостоятельным причинам могут прервать герменевтический круг.

II

1. Разработанная постановка вопроса о соотношении права и действительности в конституционной герменевтике оказывается плодотворной основой для всестороннего анализа судебной практики²⁸.

²³ См.: Савиньи Ф. System des heutigen Römischen Rechts. Vol. I. 1840. S. 212, 213, 215; см. также там же, с. 320. То, что каноны не были разработаны для государственного права, ясно вытекает из тех же т. I, S. 2, 23, 39, а также из: Савиньи Ф. Juristische Methodenlehre / под ред. Весенберга. 1951. S. 13.

²⁴ См.: Гадамер. Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 1960. Особенно с. 280, 290 и след., 307 и след.; см. также с. 315, 323.

²⁵ См. в общем, например: Фивег. Topik und Jurisprudenz; Боймлин. Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, 1961, особенно с. 26 и след., 33 и след.; Хеннис. Politik und praktische Philosophie. Eine Studie zur Rekonstruktion der politischen Wissenschaft. 1963. S. 89 и след.; Ларенц. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 1960. S. 133 и след.; Эмке. VVDStRL 20. 1963. S. 53, напр., 55 и след., 60. С оговоркой о необходимости дополнения топического и догматико-системного мышления: Эссер. Grundsatz und Norm, напр., S. 7, 24, 45 и след., 85 с прим., 244, 239, 307 и след.; также там же, с. 193 и след.; тот же автор: Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil. S. 21 и след.; Дидерихсен. Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz. NJW. 1966. S. 697.

²⁶ См. по этому вопросу: Боймлин. Staat, Recht und Geschichte. S. 26 и след.; Эмке. VVDStRL 20. 1963. S. 54 и след., 60, 61 и след., 99; фон Песталоцца. Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der BRD, Der Staat 2. 1963. S. 425, 429.

²⁷ См. у Боймлина: Staat, Recht und Geschichte, passim.

²⁸ См. примеры у Ф. Мюллера: Normstruktur und Normativität, главным образом с. 114 и далее; а также у того же автора, Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, passim.

Результаты такого анализа извлекаются из изучения отдельных судебных решений; здесь они могут быть представлены лишь в обобщенной форме. Ни традиционные правила толкования, к которым Федеральный конституционный суд в своей постоянной практике формально апеллирует, но которые на деле также регулярно преодолевает, ни «суть дела», ни иные аспекты правовой теории недостаточны для подобного анализа. Напротив, необходимо выявлять то нормативное звено, которое определяет исход конкретного дела — зачастую вопреки формулировкам мотивировочной части судебного решения — и без которого принятая позиция принципиально не может быть обоснована. При этом становится очевидно, что под поверхностью традиционной юридической методики действуют многочисленные дополнительные нормативные факторы. Они во многом происходят из той сферы, которую обычно без разбора противопоставляют правовой норме под названием «действительность», но которая в реальном процессе осуществления права должна рассматриваться как элемент определяющей решения нормы. Нормопротивные, неправильные решения здесь не имеются в виду. Также, как уже отмечалось ранее, те элементы действительности, которые рассматриваются как нормативные, не совпадают с признаками конкретного фактического состава; они находятся на уровне более высокой обобщенности, позволяя типизировать обстоятельства отдельного дела и вместе с тем участвовать в определении содержания общего конституционного закона. Такие элементы решения включают, например, осознанное отступление от буквального понимания нормы, обращение исключительно к субъективным представлениям законодателя в рамках устоявшейся методики, а также прямое введение политологических, экономических, социологических, статистических и других фактов и структур в ключевые для решения логические связи и выводы²⁹. Подобные — и аналогичные — соображения пронизывают решения различного рода на всем протяжении практики Федерального конституционного суда. В качестве примера можно упомянуть решения по поводу общего принципа равенства как генеральной оговорки, отсылающей к фактическим обстоятельствам; по специальным конституционным предписаниям о равенстве и запрете дискриминации — таким как принципы равенства избирателей, равных шансов для партий, равноправия, справедливости налогообложения и т. п.; по вопросам изменения норм и конституции в связи со структурными изменениями в соответствующей части действительности; по конкретизации основных норм, например, основного права на свободное развитие личности, понимаемого как общая свобода действий; по вопросам догматического обоснования институциональных гарантий; взаимосвязь гражданско- и уголовно-правового порядка с конституционным правом; принцип соразмерности при реализации и ограничении основных прав законодателем; по особенности структуры партийной демократии; по наполнению оценочных формулировок смыслом на основе конституционно значимых эмпирических данных; по пределам и способам разграничения компетенций, предусмотренных Основным законом; по конкретизации конституционных норм в условиях признанного несоответствия традиционных правил толкования; по нормативной значимости либо незначимости политических соображений и теоретических позиций; по вопросам рационализации сопоставления конституционных благ; по предметной дифференциации, если речь идет о, возможно, положенной в основу Основного закона «объективной системе ценностей»; и, наконец, по предпосылкам конституционно-теоретических подходов к конституционному судопроизводству.

В обобщенном виде анализ случаев позволяет выявить следующие основные черты конституционной герменевтики.

2. С точки зрения практического применения права между «правом» и «действительностью» не существует в общих терминах формулируемого «соотношения» независимых друг от друга сущностей. Напротив, предписание и упорядочиваемое им образуют действенные моменты правовой конкретизации, обладающие лишь относительной самостоятельностью. То, что имеет юридическую нормативную силу, оказывается в каждом конкретном случае результатом взаимодействия факторов, которые в правовой теории предстают как абстрактные метафоры вроде «норма» и «факт» и столь же абстрактное их «соотношение». Социальные отношения, подлежащие регулированию законом и неизменно становящиеся

²⁹ См. напр.: BVerfGE 1, 144, 148 f.; 1, 208, 209; 1, 264, 275; 1, 351, 366 f.; 2, 266, 276; 2, 347, 374 f.; 3, 58, 85; 4, 299, 304 f.; 4, 322, 328 f.; 5, 85, 129 ff.; 6, 132; 6, 309, 349 ff.; 7, 377, 397; 9, 305, 323 f.; а также по вопросам отступления от текста нормы: BVerfGE 8, 210, 221; 9, 89, 104 ff.; 13, 261, 268.

частью судебной интерпретации, через особенности своей структуры оказывают влияние и на нормативное содержание предписания. В той мере, в какой они входят в сферу нормы, они герменевтически становятся составляющей правового регулирования. Как общая правовая норма, она не может быть «автоматически» применена к реальной ситуации. Превращаясь в директивную норму, она регулирует каждый конкретный случай особым, приложимым именно к нему способом. Директивная норма — лишь конкретная форма выражения данной правовой нормы, а не отдельная самостоятельная правовая категория.

3. Сфера нормы проявляется как для общей правовой нормы, так и для директивной нормы не как простая сумма фактов, а только в перспективе того вопроса, который задается правовым предписанием, программой нормы. Поэтому суды, которые на практике рассматривают сферу нормы как нормативную, не впадают в апокрифическую нормативность фактического; поэтому их подход, как и подчеркивает Федеральный конституционный суд, не имеет ничего общего с ненаучной методикой или социологизмом.

Возражение о том, что часть герменевтического подхода уже может быть реализована при помощи традиционных методов, упускает из виду, что на практике каноны постоянно вынуждены лингвистически охватывать материальные элементы сферы нормы, которые выходят за пределы их методических возможностей, и потому простое следование исключительно правилам Савиньи зачастую оказывается фикцией. К тому же «телеологический метод» не входит в число тех правил, что были разработаны Савиньи. В действительности этот метод представляет собой неопределенное собирательное понятие для самых разных материальных аспектов, которые нельзя получить ни из самого текста нормы, ни из ее правового контекста, ни из истории ее возникновения, ни из ее системного положения. Уже ради требования методической ясности, выдвигаемого правовым государством, здесь необходима герменевтическая дифференциация. Каждая норма касается определенных фактических обстоятельств социальной жизни, предполагает их, стремится их подтвердить или изменить. Из всей совокупности реальных обстоятельств, затронутых предписанием, из той части действительности, которую оно призвано регулировать — так называемой предметной сферы, — предписание, истолковываемое преимущественно с опорой на традиционные средства («программа нормы»), выделяет сферу нормы как интегральную часть самого предписания. Следовательно, сфера нормы — это не конгломерат материальных обстоятельств, а формулируемая как реалистически возможная взаимосвязь структурных элементов, которые подбираются и оцениваются программой нормы из социальной реальности и зачастую оказываются уже юридически преобразованными. Таким образом, различие между предметной сферой и сферой нормы исключает возможность появления «нормативной силы фактического» как узурпации нормативного значения самими обстоятельствами дела.

4. Содержательные элементы, коренящиеся в действительности, входят в сферу нормы лишь постольку, поскольку при конкретизации нормы для определенного казуса они оказываются необходимыми составляющими конкретной нормативности. Таким образом, правовая норма понимается как сориентированная на содержание модель порядка, как обязательный проект частичного порядка в правовом сообществе, который языковыми средствами той или иной степени полноты выражается в правовом предписании, где упорядочивающее и упорядочиваемое обязательно связаны друг с другом и на практике реализации права многократно друг друга дополняют. В процессе реализации права норма проявляется как обязательная модель порядка, обусловленного содержанием, хотя и не сводимого полностью к фактическим данным. Такие различия как предметная сфера, сфера нормы, программа нормы, как части сферы нормы, созданной правом, и не созданной правом, — это терминологические сокращения, отражающие развитую концепцию.

5. Эти дополняющие традиционные «методы» и вспомогательные соображения порождают в зависимости от области права различные проблемы. Нормативно значимые данные семейной или экономической социологии, социально-исторически и социологически обоснованная правовая история и сравнительное правоведение в рамках конкретизации положений гражданского права смещают герменевтические и методологические акценты иначе, чем, скажем, интерпретация уголовно-правовых сфер норм с опорой на криминологию и сравнительное правоведение или участие административной

науки, политологии, политической социологии и истории конституционного права в области публичного права, учения о государстве и теории конституции. Различия между дисциплинами в конечном счете обусловлены в том числе и различной степенью содержательной самостоятельности доминирующих в них типов сфер нормы. Сферы нормы во многих случаях не обнаруживаются как самостоятельные элементы, поскольку сами созданы правом — как, например, в случае процессуальных, организационных, отсылочных и компетенционных предписаний, легальных определений или многочисленных норм сугубо правоводогматического или понятийного содержания. В этих случаях сфера нормы, которая, впрочем, даже будучи созданной правом, всё равно остается частью социальной действительности, в процессе правоприменения отступает на второй план перед программой нормы; она не способна предложить практике дополнительную опору. Однако, чем в большей степени предписание связано с конкретным содержанием, тем более оно нуждается в опоре на аспекты своей сферы нормы. В положениях конституционного права сферы нормы особенно богаты и зачастую имеют решающее значение для конкретизации. В этом отношении практика конституционной юрисдикции представляет собой пример особой познавательной ценности для выявления основ юридической герменевтики, которые могут быть выражены в меньшей степени в других отраслях права. На основе конституционно-правовой судебной практики можно проследить ту значимость, которую элементы сферы нормы могут приобретать как для конкретного правового познания, так и для развития конституционно-правовой догматики. На этой практике можно при помощи предложенных структурных понятий также точнее установить, в какой степени суды при обращении к фактическим обстоятельствам действительно опирались на элементы сферы нормы или же привлекали лишь элементы предметной сферы — и, следовательно, выносили решения допустимо, то есть с опорой на норму, либо недопустимо — без таковой.

6. Судебное решение без опоры на норму („*normloses Judizieren*“) может быть налицо, именно в силу герменевтической взаимосвязи между программой нормы и сферой нормы, даже в тех случаях, когда суд, вопреки результатам толкования программы нормы, стремится напрямую положить в основу решения структурные элементы сферы нормы. В конституционном праве особенно важно подчеркнуть незаменимую, проясняющую и стабилизирующую роль словесной формулировки нормы с точки зрения верховенства права, особенно в противоположность топическому подходу к правоприменению, который склонен рассматривать норму, вместе с установленными ее текстом пределами, лишь как отправную точку для решения проблемы, границы которой в конкретном случае могут быть произвольно преодолены, если они не соответствуют восприятию сути дела. Однако именно текст нормы очерчивает внешние границы допустимых смысловых интерпретаций. За эти границы не должны выходить элементы сферы нормы, которые в конституционно-правовых положениях часто лишь схематично обозначены с помощью ключевых слов (например, «брак и семья» — статья 6, абзац 1 Основного закона; «искусство и наука, исследования и преподавание» — статья 5, абзац 3, предложение 1; «объединения и общества» — статья 9, абзац 1; «собственность», «наследование» — статья 14, абзац 1, предложение 1 и т. д.). Элементы за границами сферы нормы не могут превращаться в решающий фактор правоприменения. Иное возможно лишь тогда, когда сам нормотекст явно ошибочен, неудачен или вызывает недоразумения.

7. В целом различение предметной сферы, сферы нормы и программы нормы, их дальнейшая дифференциация в конкретных случаях и работа с этими структурными понятиями не могут гарантировать правильность правовых решений как таковых и не призваны заменить ни традиционные, ни новейшие «методы» правоприменения. Тем не менее они предоставляют дополнительные ориентиры, усиливают рационализирующую составляющую и обоснованную аргументацию, а также накладывают более строгие требования к степени обоснованности и разъяснения, что подтверждается их практической полезностью в конституционном праве при анализе множества судебных решений³⁰. Эти понятия могут

³⁰ Подходы, в рамках которых отобранные с позиции программы нормы структурные элементы социальной действительности в процессе конкретизации права трактуются как нормативные, особенно четко выражены — по вполне убедительным содержательным причинам — в судебной практике по основным правам; ср. на этот счет: *Мюллер Ф.*, прим. 22. Путь поступательной конкретизации от герменевтики через методологию к догматике (в т. ч. основных прав и свобод) прослеживается у того же автора в работах: *Die Positivität der Grundrechte*, 1969 и *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 1969.

быть с пользой применены, например, в административном праве — в вопросах признания судебной практикой «изменения нормы» или «изменения фактической основы», при определении таких понятий, как «пропорциональность» и «общественное пользование», а также для обоснования содержания дискреционных понятий и «неопределенных правовых понятий». Как фундаментальный герменевтический подход с методическими последствиями в частных случаях, эта концепция претендует на значимость и в других догматически-систематических дисциплинах, особенно в уголовном и гражданском праве. Она требует, чтобы история, социология, экономические и социальные науки, криминология и смежные исследовательские области более не рассматривались лишь как «вспомогательные науки», поставляющие «сырой материал», а включались в качестве источника проблематизации и частичных результатов в направлении (частичных) синтезов. Эти синтезы должны черпать свою нормативную направленность и нормативную легитимацию своего формирования из отбирающей перспективы программы нормы как одного из существенных элементов юридической интерпретации.

Список источников / References

1. Ballweg, O. (1960) Zu einer Lehre von der Natur der Sache. *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*. No. 57. Basel, *Helbig & Lichtenhahn*. 75 p.
2. Bäuml, R. (1961) Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung. Zürich, *EVZ-Verlag*. 68 p.
3. Diederichsen, U. (1966) Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz. *Neue Juristische Wochenschrift*. P. 697.
4. Ehmke, H. (1963) Prinzipien der Verfassungsinterpretation. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. No. 20. 288 p.
5. Ehrlich, E. (1913) Grundlegung der Soziologie des Rechts. München, *Duncker & Humblodt*. 409 p.
6. Esser, J. (1959) Zur Methodenlehre des Zivilrechts. *Studium Generale*. No. 12. P. 97.
7. Esser, J. (1964) Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Tübingen, *Mohr Siebeck*. 394 p.
8. Esser, J. (1965) Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil. Karlsruhe, *C. F. Müller*. 28 p.
9. Forsthoff, E. (1959) Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. *Festschrift für Carl Schmitt*. H. Barion et. al. (eds). Berlin, *Duncker & Humblodt*. P. 35ff.
10. Forsthoff, E. (1961) Zur Problematik der Verfassungsauslegung. Stuttgart, *W. Kohlhammer*. 40 p.
11. Gadamer, H.-G. (1960) Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen, *Mohr Siebeck*. 514 p.
12. Heisenberg, W. (1947) Wandlungen in den Grundlagen der Naturwissenschaften. Stuttgart, *S. Hirzel*. 98 p.
13. Heller, H. (1934) Staatslehre. Tübingen, *Mohr Siebeck*. 338 p.
14. Hennis, W. (1963) Politik und praktische Philosophie. Eine Studie zur Rekonstruktion der politischen Wissenschaft. Berlin, *Luchterhand*. 131 p.
15. Hesse, K. (1959) Die normative Kraft der Verfassung. Tübingen, *Mohr Siebeck*. 24 p.
16. Hollerbach, A. (1960) Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? *Archiv des öffentlichen Rechts*. No. 3. Pp. 241–270.
17. Jellinek, G. (1960) Allgemeine Staatslehre. Darmstadt, *Wissenschaftliche Buchgesellschaft*. 837 p.
18. Kaufmann, A. (1965) Analogie und „Natur der Sache“ — zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. Heidelberg, *Decker*. 88 p.
19. Kelsen, H. (1965) Was ist juristischer Positivismus? *JuristenZeitung*. No. 15/16. Pp. 465–469.
20. Kelsen, H. (1966) On the Pure Theory of Law. *Israel Law Review*. No. 1. Pp. 1–7.
21. Kriele, M. (1967) Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. *Schriften zum Öffentlichen Recht*. No. 41. 367 p.
22. Lask, E. (1923) Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre. *Gesammelte Schriften. II. Band*. Tübingen, *Mohr Siebeck*. 463 p.

23. Lask, E. (1923) Rechtsphilosophie. *Gesammelte Schriften. I. Band*. Tübingen, Mohr Siebeck. 356 p.
24. Leibholz, G. (1958) Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. *Strukturprobleme der modernen Demokratie*. Karlsruhe, C. F. Müller. 304 p.
25. Lerche, P. (1961) Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem. *Deutsches Verwaltungsblatt*. No. 76. Pp. 690–701.
26. Luhmann, N. (1965) Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie. *Schriften zum Öffentlichen Recht*. No. 24. 232 p.
27. Maihofer, W. (1958) Die Natur der Sache. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. No. 44. Pp. 145–174.
28. Müller F. (1970) Thesen zur Struktur von Rechtsnormen. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. No. 4. Pp. 493–509.
29. Müller F., Christensen R. (2013) Juristische Methodik. Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis. Berlin, Duncker & Humblot. 701 p.
30. Müller, F. (1966) Normstruktur und Normativität. *Schriften zur Rechtstheorie*. No. 8. 232 p.
31. Müller, F. (1968) Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Schriften zum Öffentlichen Recht*. No. 82. 34 p.
32. Müller, F. (1969) Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik. *Schriften zum Öffentlichen Recht*. No. 100. 151 p.
33. Müller, F. (1969) Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik. *Schriften zum Öffentlichen Recht*. No. 102. 161 p.
34. Popper, K. (1959) The Logic of Scientific Discovery. London, Hutchinson & Co. 513 p.
35. Radbruch, G. (1948) Die Natur der Sache als juristische Denkform. *Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun anlässlich der Vollendung seines 65. Lebensjahres am 1. Januar 1947*. G. C. Hernmarck (ed). Hamburg, Toth. 315 p.
36. Rinck, H. J. (1963) Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache. *JuristenZeitung*. No. 17/18. Pp. 521–527.
37. Pestalozza, C. G. von (1963) Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der BRD. *Der Staat*. No. 4. Pp. 425–449.
38. Savigny, F. C. von (1840) System des heutigen Römischen Rechts. Berlin, Veit & Comp. 489 p.
39. Savigny, F. C. von (1951) Juristische Methodik. G. Wesenberg (ed.). Stuttgart, Koehler. 73 p.
40. Schambeck, H. (1964) Zum Begriff der „Natur der Sache“. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung. Wien, Springer. 153 p.
41. Schindler, D. (1950) Verfassungsrecht und soziale Struktur. Zürich, Schulthess & Co. 162 p.
42. Schmitt, C. (1934) Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. München, Duncker & Humblot. 84 p.
43. Smend, R. (1968) Verfassung und Verfassungsrecht. Berlin, Duncker & Humblot. 178 p.
44. Stratenwerth, G. (1957) Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“. *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*. No. 204. 31 p.
45. Topitsch, E. (1958) Sachgehalte und Normsetzungen. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. No. 44. 16 p.
46. Viehweg, Th. (1958) Zur Geisteswissenschaftlichkeit der Rechtsdisziplin. *Studium Generale*. No. 11. Pp. 334, 338, 340.
47. Viehweg, Th. (1965) Topik und Jurisprudenz. München, C. H. Beck. 75 p.
48. Welzel, H. (1962) Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Göttingen, Vandenhoeck Ruprecht. 200 p.

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.
The author declares that there is no conflict of interest.