

Государство судей: миф или реальность¹

Бернд Рютерс*

** Констанцский Университет, г. Констанц, Германия*

За последние десятилетия Федеративная Республика Германия прошла путь к скрытым изменениям Конституции, со стремительной скоростью Германия превратилась из правового государства, основанного на принципе разделения властей, в «государство судей». Действующий правовой порядок почти во всех сферах жизни состоит преимущественно не из законов, а из основных положений решений судов последних инстанций, т. е. федеральных судов и Федерального конституционного суда. Говоря кратко: судейское право действует как высший источник права.

Это развитие имеет две основные причины: динамика технических, экономических и общественных изменений влечет за собой то, что законодательство, даже если оно и призвано их регулировать, часто не успевает за происходящими изменениями. Суды же должны принимать решение, даже если соответствующие нормативные акты отсутствуют (*Rechtsverweigerungsverbot* – запрет суду отказываться от выполнения своих обязательств).

Нередко все бывает иначе: законодатель не хочет или не может касаться определенного, важного вопроса, который признан нуждающимся в регулировании, по политическим причинам. Во многих сферах он преднамеренно перекладывает необходимое нормотворчество (*Normsetzung*) на специализированные суды и Федеральный конституционный суд. Таким образом, в Германии получил развитие новый, общепринятый юридический термин, который в первую очередь применим к гражданину, добивающемуся правосудия. Речь идет о том явлении, которое в 1897 г. судья Верховного суда США О.В. Холмс (*O.W. Holmes*) определил следующим образом:

*Действующее право – это не то, что закреплено в законе, а правильное прогнозирование (*Vorhersage*) того, что решит уполномоченная последняя инстанция.*

¹ Статья представлена г-ном Б. Рютерсом специально для опубликования в журнале «Правосудие/Justice». Перевод с немецкого языка выполнен преподавателем кафедры конституционного права имени Н.В. Витрука Российского государственного университета правосудия М.А. Беловой (*примеч. ред.*).

Там, где молчит законодатель, суды последней инстанции стали его «заместителем» («Ersatzgeber»). Первоначально воспринимаемая как *бремя, политическо-правовая* нормотворческая задача стала вскоре *объектом устремления* из-за связанных с этим политических шансов на будущее. Какая сила собрана в судах последних инстанций, показывают богатые различными приемами борьба и интриги политических партий, если речь идет о назначении на высокие судебские должности. Не лучшие, а «самые преданные» в отдельных случаях не только предлагаются как кандидаты на должность, но и утверждаются вопреки профессиональному мнению соответствующих судов. Имело бы смысла написать скандальные истории о выборах судей: материалов и имен для этого имеется более чем достаточно. Неоспоримая реальность «государства судей» на примере этих злоупотреблений властью становится очевидной для каждого.

Основная проблема государства судей состоит в том, что оно приводит к плавному, неконтролируемому переходу власти от законодателей к судам. Таким образом, речь идет о разделении властей, что является обязательным для правового государства в соответствии с принципом «сдержек и противовесов».

Тот, кто обнаруживает и описывает реальность государства судей в Германии, не встречает радостного одобрения тех, кто в нем участвует, и тех, кого это касается. Авторитетные представители германского судебного корпуса в последнее время заметно часто и с достойными внимания тезисами высказываются по вопросу позиции судебной власти по отношению к законодательной: например, бывший президент Федерального верховного суда профессор, доктор Гюнтер Хирш (Günter Hirsch) в его многочисленных докладах (Карлсруэ, Гамбург, Эрланген, Берлин, Билефельд) и публикациях; кроме того, бывший федеральный судья и в настоящее время министр юстиции Тюрингии Гаральд Шлиманн (Harald Schliemann), а также бывший председатель Германского союза судей и президент Земельного суда Оснабрюк Вольфганг Аренхёфель (Wolfgang Arenhövel). Триада этих голосов может быть понята как индикатор для самооценки конституционно-правовой и конституционно-политической роли правосудия в Германии. Поэтому это заслуживает тщательного анализа.

Предварительное замечание: значение и актуальность темы имеют отношение к методам и функционированию германского правосудия и юриспруденции в многочисленных системных и конституционных изменениях прошлого столетия и обусловленных этим методических последствиях. Мы живем и работаем в Германии с законами, которые были приняты в различные конституционные эпохи; большая часть кодексов, например, еще во времена Империи (Гражданский кодекс (BGB), Торговый кодекс (HGB), Закон о предпринимательской деятельности (GeWO), Уголовный кодекс (StGB), Гражданский процессуальный кодекс (ZPO), Уголовный процессуальный кодекс (StPO). Достаточно

увлекательно наблюдать, как германские суды и юристы, исходя из этих законов, служили правителям каждой из эпох «совместимыми с системой решениями». Они были, по крайней мере внешне, послушными и старательными, иногда даже чрезмерно усердными, упреждающими слугами духа времени и установившейся системной идеологии. Приобретенное во многих системных изменениях ноу-хау иного толкования (переосмысления – *Umdeutung*) законов и целых правовых порядков согласно измененным, провозглашенным государством основным ценностям (новые правовые идеи, общее благо, добрые нравы, верность и вера) под руководством известных представителей юридической методологии они развили в «систему» постоянно возможной, скрытой судебской правовой политики, которую они называли «объективным толкованием» (*objektive Auslegung*)².

Между тем, как указал Федеральный конституционный суд (BVerfGE 1, 299, 312 std. Rspr), этому методу следуют высшие федеральные суды. Это не случайно. Этот метод предоставляет судьям максимально широкую свободу (действий) для отступления от имеющихся целей правовой нормы и целей регулирования законодательства, поскольку он в высшей степени игнорирует историческую цель правовой нормы из соображений толкования. Ведущие научные представители этой теории сыграли важную роль в переосмыслении германского права после нескольких системных и конституционных изменений. Поэтому тем более удивительно, что «достижения» этой теории в извращении правовых порядков ни разу не упоминаются в учебниках и пособиях по истории права нового времени и по юридической методологии.

Германское правосудие и юриспруденция, таким образом, приобрели репутацию признанных юридических «поворотных экспертов». С чисто технической точки зрения они по праву носят это звание. Однако при применении этого метода путь к государству судей – это практически дорога с односторонним движением.

Поскольку это так, то сама эта реальность часто оттесняется или вуалируется. Отклоняется предостережение о противоречащем Конституции и основам правового государства усилении судебной власти за счет законодательной. У Хирша это следует читать *expressis verbis*. Будучи судьей, он не хочет больше быть «слугой» – такая характеристика профессии, как «слуга», вымерла, а хочет быть «строителем» правовой системы. А может ли государство, может ли демократия существовать без судьи как «слуги права»?

² Объективная теория толкования исходит из представления о том, что закон с момента его опубликования «отрывается» от законодателя, становится самостоятельным и независимым и воля законодателя впредь не имеет значения. Закон имеет свою собственную волю и часто становится умнее тех, кто его создал. Объективное толкование не стремится определить исторически реальную волю законодателя, его цель – понять волю закона (*примеч. пер.*).

Интересна самооценка, представленная Гаральдом Шлиманном, министром юстиции Тюрингии, под заголовком «Политический статус третьей власти в Германии» (доклад перед эрфуртским юридическим сообществом 15 марта 2005 г.). В начале он задает вопрос: почему, собственно, судебной власти согласно Конституции предназначается «(только) позиция третьей власти»? «Должна ли посредством данного обозначения устанавливаться иерархия среди властей? Ответ очевиден – нет!..» «Таким образом, согласно воле создателя Конституции, третья власть принципиально равна и равноценна наряду с другими властями». Данное замечание достойно внимания.

Однако Основной Закон устанавливает на этот счет совсем другое решение. В абзаце 3 ст. 20 говорится о распределении задач между тремя властями:

«Законодательная власть связана конституционным порядком, исполнительная и судебная – законом и правом».

Таким образом, в выполнении своих задач они не являются «равными и равнозначными». В вопросах нормотворчества законодательная власть является принципиально вышестоящей по отношению к двум другим властям. При этом она связана только Конституцией, но не действующими законами.

В качестве доказательства своего ошибочного тезиса Шлиманн приводит два решения Федерального конституционного суда (по вопросам налогового права и бюджетного перераспределения между землями). Он не принимает во внимание особое положение этого Суда в конституционном порядке. В вопросах конституционного нормоконтроля именно этот Суд является законодателем, таким образом, его компетенция не может быть распространена на другие суды.

Судейское нормотворчество неизбежно. Судейское право в гораздо больших масштабах, чем то подозревали создатели Основного Закона, – наша судьба. Но именно поэтому следует отметить: суды, также и при судебском усовершенствовании права, в отличие от законодательной власти связаны действующими законами. Корректировка существующих законов разрешена судам только в ограниченном количестве исключений.

Значение связанности судов законом, как явно свидетельствуют работы Шлиманна и Хирша, при подготовке юристов и в практике германского правосудия уже почти систематически упускается из виду и недооценивается. Таким образом, в долгосрочной перспективе правосудие находится в опасном дисбалансе. Абзац 1 ст. 97 Основного Закона гласит:

«Судьи независимы и подчиняются только закону».

Независимость и связанность законом неразделимы. Связанность законом является неотъемлемой основой независимости судей. Это предполагает строгую связанность судей «законом и правом». Обособление

судебной власти, ее отделение от связанности законом подрывает ее независимость.

Представленные Хиршем методические положения отражают состояние «методологического сознания» в высших федеральных судах. При этом, как можно отметить, он еще и защищает устаревшие и давно опровергнутые учения теории знаков (*Andeutungstheorie*) и «доктрины ясного смысла» (*Sens-Clair-Doktrin*).

Особенно интересным это становится применительно к тем положениям, где речь идет о распределении нормотворческих полномочий между законодательной властью и правосудием, т. е. при определении метода толкования. Хирш подчеркнул в конце своей речи в Гамбурге 1 октября 2003 г.:

«Второе ограничение судебской возможности при *толковании* и *усовершенствовании* права состоит в том, что они должны осуществляться по принятым правилам толкования. Установленная методика, т. е. формальная правильность судебного процесса, обеспечивает в определенной степени уверенность в материальной правильности решения и предотвращает произвол. Найти правильный баланс между повиновением закону и корректировкой закона в целях права – вот истинное искусство судьи».

С этими предложениями следовало бы согласиться, если бы принятые «правила толкования», на которые ссылается Хирш, т. е. «установленная методика» практики, удовлетворяли бы научным и конституционным требованиям. Но как раз это не соответствует действительности. При выборе метода он приближается к тезису Шлиманна о равнозначности и равносильности правосудия по отношению к законодательной власти. Хирш считает, что воля законодателя должна рассматриваться как существенный аспект при толковании. Однако в случае коллизии она должна уступить «объективно-телеологическим критериям».

«Таким образом, речь идет не о том, что “законодатель” – кто бы это ни был – “думал” при принятии закона, а о том, что он должен был бы разумным образом подумать».

Если закон больше не соответствует «актуальным представлениям о ценностях или сегодняшним потребностям правового оборота, то объективная теория открывает судьям возможность отклоняться от субъективной воли исторического законодателя. Тогда в этом отношении применимо крылатое выражение, что «закон умнее законодателя».

Важно понимание того, и я повторяю это, что речь идет о распределении полномочий между законодательной и судебной властью. Поэтому мой основной тезис звучит так:

Вопросы выбора юридического метода – это вопросы власти и конституционные вопросы.

Так называемая *объективная теория* с якобы «объективно-телеологическими критериями» для судебных отклонений от закона превра-

щает судей из *служителей* (Diener) закона в *господ* (Herren) правопорядка. Она отказывается от связанности законом. Вместо распознаваемой и установленной объективной регулятивной воли законодателя обязательным должно стать то, что, по мнению соответствующей судебной коллегии, законодатель должен был бы желать «разумным образом» (!). Согласно этой теории «разум» (Vernunft) признается исключительно за соответствующими компетентными судьями. Взгляд как в недавнее прошлое, так и в настоящее правосудия в Германии позволил бы немного скромнее оценить результат принципиального обещания (предсказания) разумности решений судов последних инстанций согласно объективной теории. В лучшем случае она гарантирует ориентирование на соответствующий дух времени, но не на разум, право или справедливость.

Хирш перенимает фикцию «объективистов» о том, что «закон умнее законодателя». На самом деле они сами умнее, чем законодатель. Но это противоречит тому, что установил абз. 3 ст. 20, абз. 1 ст. 97 Основного Закона. Представители объективной теории при более точном рассмотрении больше не занимаются толкованием (*Auslegung*), а вкладывают (*Einlegung*) свои субъективные представления о справедливости в правовой порядок вопреки связанности законом.

Винфрид Хассемер, вице-президент Федерального конституционного суда и председатель его второго Сената, применительно к вопросу выбора метода провозглашает следующий принцип:

«Методически судья свободен в выборе правил интерпретации».

Основной Закон устанавливает иначе: судья подчиняется закону, он должен выбирать метод, который удовлетворяет требованию связанности законом. Ошибочно названный «объективным» метод, который в значительной степени вытесняет волю законодателя, столь же неконституционен, как и принцип свободы выбора метода судьи.

Информация об авторе / Information about the author:

Рютерс Бернд, профессор Констанцкого Университета (78457, Германия, г. Констанц), доктор юриспруденции, почетный доктор, современный немецкий теоретик права [**Bernd Rüthers**, Professor, University of Konstanz (Konstanz, 78457, Germany), Dr. Sci. (Law), Honored Doctor, Modern German Legal Theorist].