

ТЕОРИИ ПРИНЯТИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО РЕШЕНИЯ В СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЕ ГЕРМАНИИ

© 2020 г. М. А. Белова

Российский государственный университет правосудия, Москва

E-mail: kkp@rsuj.ru

Поступила в редакцию 22.06.2020 г.

Аннотация. В статье представлен обзор основных теорий принятия юридического решения в германской правовой доктрине: прескриптивных и дескриптивных теорий; исследованы схемы принятия юридического решения; раскрыта сущность социологически-эмпирического анализа поведения судьи при принятии решения.

Ключевые слова: решение, прескриптивные (нормативные) теории, дескриптивные теории, схема принятия решения, логические схемы с обратной связью, социологически-эмпирический анализ поведения, герменевтика, аттитюды.

Цитирование: Белова М.А. Теории принятия юридического решения в современной правовой доктрине Германии // Государство и право. 2020. № 10. С. 146–150.

DOI: 10.31857/S102694520012241-6

THEORIES OF LEGAL DECISION MAKING IN MODERN GERMAN LEGAL DOCTRINE

© 2020 г. М. А. Belova

Russian state University of justice, Moscow

E-mail: kkp@rsuj.ru

Received 22.06.2020

Abstract. The article presents an analysis of the main theories of legal decision making in the German legal doctrine: prescriptive and descriptive theories; the legal decision making schemes are investigated; the essence of the sociological-empirical analysis of the judge's behavior when making a decision is revealed.

Key words: decision, prescriptive (normative) theories, descriptive theories, decision-making scheme, logic circuits with feedback, sociological-empirical analysis of behavior, hermeneutics, attitudes.

For citation: Belova, M.A. (2020). Theories of legal decision making in modern German legal doctrine // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 10, pp. 146–150.

Проблема принятия юридических решений в современной германской правовой доктрине все больше актуализируется ввиду того, что результативность данной стадии является необходимым условием эффективности правоприменительной деятельности в целом. Поскольку фактически каждое решение всегда означает необходимость осуществлять выбор между различными альтернативами, цель теории принятия юридических решений представляется в том, чтобы как минимум предоставить юристам широкий

комплекс вариантов действий, вследствие чего они могли бы сознательно сделать выбор и принять решение в результате использования альтернативных вариантов и распознавания влияющих на процесс его (решения) выработки факторов.

Следует отметить, что в современной правовой доктрине Германии существует разнообразный спектр теорий и концепций, которые понимаются как теории принятия решения или же оцениваются как таковые. Более того,

Й. Шнайдер, например, приходит к выводу, что теория принятия решения как таковая в чистом виде не существует, а также не существует универсального понимания решения, которое могло бы лежать в ее основе¹.

То различие внутри концепций юридического решения, которое имеет значение для правовой сферы, как отмечает Й. Шнайдер, восходит к аристотелевскому противопоставлению науки (*scientia*) и нравственного понимания (*sittlicher Einsicht – prudentia*). В то время как наука в этом смысле определяется как «[абстрактное] методическое познание сущего из его принципов», нравственное понимание описывает «взвешенный, разумный выбор в конкретной ситуации»². Аналогичным образом в теории принятия юридического решения в правовой доктрине выделяются два подхода: *прескриптивный* (также называемый *нормативным*) (от *praescribe* – определять, предопределять, регулировать) и *дескриптивный* (от *describere* – описывать).

Прескриптивные (нормативные) теории решения Й. Шнайдер определяет как теории, в которых лицу, принимающему решение, дается указание, как и по каким правилам он принимает решение объективно правильно («*richtig*») или законно, справедливо («*gerecht*»)³.

Однако следует подчеркнуть, что на практике нормативные теории принятия решения не дают ответа на этот вопрос, а устанавливают определенные схемы, прежде всего логическую схему (схематический график последовательности операций процесса принятия решений). Соответственно, все прескриптивные (нормативные) теории характеризуются двумя отличительными признаками: во-первых, процесс принятия решения протекает по определенным фазам (ступеням), а именно по линейной фазовой схеме. Во-вторых, решение по своей сущности упрощается тем, что сводится к выбору между возможными альтернативами.

В германской правовой доктрине не существует также единства мнений относительно структуры схемы принятия юридического решения. Так, Й. Шнайдер выделяет следующие ступени в принятии решения: 1) установление проблемы; 2) поиск информации; 3) поиск возможных вариантов решения; 4) оценка вариантов (возможного решения); 5) выбор стратегии реализации; 6) исполнение⁴.

Еще конкретнее выглядит схема, разработанная Ф. Крюгером: 1) предварительная оценка; 2) определение места; 3) определение альтернатив; 4) оценка альтернатив; 5) результат решения; 6) заключение⁵.

В. Килиан разделяет процесс принятия решения на следующие фазы: 1) постановка проблемы; 2) цели; 3) сбор альтернативных методов; 4) сбор информации; 5) выбор возможных альтернатив; 6) выполнение выбранных альтернатив. В. Килиан отмечает, что тем самым в чисто фазовую схему вводится в качестве существенного дополнительного этапа целеполагание (постановка цели) и поиск цели, чем подразумевается, что лицо, принимающее решение, пытается «воспроизвести для себя последствия возможных

альтернатив действия, для того, чтобы выбрать варианты с благоприятными последствиями»⁶.

Определенное значение для судебной практики представляют собой теории, которые также предполагают прохождение определенных стадий в процессе принятия решения, но тем не менее предусматривают их многократное повторение, например, после проверки результатов предшествующих стадий. Как отмечает Й. Шнайдер, в результате «менее подходящие» или «неподходящие» варианты отбрасываются, а новое прохождение определенной стадии производит, возможно, уже лучшие результаты⁷.

Таким образом, как представляется, от линейной последовательности фаз (стадий) как идеи, которую предполагает нормативная теория решения, следует отказаться, поскольку в том случае если лицо, принимающее решение, после его собственных, предшествующих предположений сталкивается с неприемлемыми (недопустимыми) последствиями, то ему следует снова вернуться, «вступить» в эту схему. По определению Й. Шайдера, в этом случае возникают «циклы с эффектом обратной связи»⁸.

В целом они соответствуют спиралевидным моделям, которые развивались в философии права прежде всего К. Энгисшем, М. Криле, Г. Эссером, А. Кауфманном. И все же такие процессы только лишь по своей *структуре* являются нормативными предписаниями для «правильного» решения. Они не указывают никаких *правил*, когда решение в результате является верным.

Логические схемы с обратной связью разрабатывали К. Адомайт и Т. Вельде⁹. Т. Вельде прежде всего сконцентрировал применение теории решения в «логической схеме аргументации» с 13 ступенями решения от установления проблемы (решения) до самого решения: 1) установление проблемы решения; 2) выявление и построение приемлемых с точки зрения догмы права вариантов; 3) определение последствий: выборка актуальных ожидаемых результатов; 4) уточнение определяющей целевой структуры проблемной области; 5) операционализация целевой структуры: ранжирование / оценочная шкала; 6) оценка вероятности актуальных ожидаемых последствий; 7) оценка возможных результатов возможной стратегии принятия решения посредством операционализированной целевой структуры; 8) оценка возможных результатов на основе фактора неопределенности; 9) процесс выбора на основе процедуры принятия решения; 10) проверка сензитивности; 11) проверка критериев легитимности; 12) проверка критериев функциональности, в особенности посредством вопросов: а) в достаточной ли мере обработана информация? б) имеют ли другие системы принятия решения лучшую информативную способность? в) осуществимо ли решение? 13) обоснование (аргументация, мотивировка)¹⁰. С 10-й, 11-й, 12-й и 13-й стадий схема соответствующим образом допускает возвращение ко второй ступени, кроме того, возможно осуществление обратной связи между различными ступенями.

¹ См.: Hassemer / Neumann / Saliger (Hrsg.) Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. 9. Aufl. Heidelberg, 2016. S. 319.

² Ibid. S. 320.

³ См.: ibid.

⁴ См.: ibid. S. 325.

⁵ См.: Krüger F. Nicht-lineares Information Retrieval in der juristischen Informationssuche. Marburg, 1997. S. 205.

⁶ Kilian W. Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung. Frankfurt a.M., 1974. S. 151.

⁷ См.: Hassemer / Neumann / Saliger (Hrsg.) S. 326.

⁸ Ibid.

⁹ См.: Adomeit K. Methodenlehre und Juristenausbildung, in: ZRP, 1970.

¹⁰ См.: Wälde T.W. Juristische Folgenorientierung. Athenäum, 1979. S. 5.

Такая схема, безусловно, может повлечь за собой положительный результат в том смысле, что лицо, принимающее решение, может выяснить для себя, какими факторами или ожиданиями оно руководствовалось или руководствуется, оценить результаты, однако представляется, что данная схема с обратной связью также не является «сводом правил», не гарантирует «правильное решение».

Определенный интерес представляет теория, разработанная Г. Люббе-Вольфом, где автор отделяет правовые последствия (Rechtsfolgen) от реальных последствий (Realfolgen). По определению Г. Люббе-Вольфа, правовые последствия посредством правовых норм привязаны к наличию более или менее определенных предпосылок, тогда как реальные последствия являются фактическим последствием действия и применения правовых норм¹¹. Внутри реальных последствий Г. Люббе-Вольф проводит различие между последствиями решения и последствиями адаптации: последствия решения устанавливаются и реализуются посредством основного на правовой норме авторитарного решения, к последствиям решения относятся также вытекающие непосредственно из его реализации последствия; последствия адаптации касаются поведенческого влияния правовых норм: действие и применение правовых норм также влияет на то, что субъекты права, чтобы получить преимущества или избежать негативных последствий, ведут себя иначе, чем они могли бы вести себя в условиях другого действующего правила¹². Установленное Г. Люббе-Вольфом различие последствий возможно проиллюстрировать на следующем примере из российской практики: осуждение по ст. 158 УК РФ и возможное отбывание наказания в местах лишения свободы — это последствие решения, в то время как ожидаемая общая превенция была бы последствием адаптации.

Как отмечает Й. Шнайдер, адаптационные последствия часто входят в состав общих масштабов цели (например, общая превенция), но не являются конкретным признаком (элементом) состава преступления. Но решения о вероятности наступления адаптационных последствий оказывают влияние на толкование правовых норм на основе общих критериев, поскольку нормативные правовые акты не содержат общих масштабов цели или выражают их в неявной форме. Тем самым Й. Шнайдер устанавливает принципиальное различие касательно *программирования* решений, а именно финальное (finale) и условное (konditionale) программирование¹³.

Н. Луман отмечает, что нормативная теория принятия решения принципиально исходит из схемы «если — то», т.е. из условного программирования и считает условное программирование функциональным и определяющим для правовой системы. Только этот тип программирования, по мнению Н. Лумана, предоставляет ту степень редукции, которая необходима, «чтобы сложность одного решения приспособить к степени сложности правовой системы»¹⁴. Й. Шнайдер, напротив, не подвергает сомнению тот факт, что в выработке юридического решения немаловажную роль играют *финальные* моменты, особенно в тех случаях,

когда принимается инновационное решение, отличное от существующей догматики¹⁵.

Следует отметить, что это положение является одним из основных противоречий в нормативной теории принятия решения в правовой доктрине: с одной стороны, требуется, чтобы решение «придерживалось» определенных правил, и одновременно в итоге сохраняется схема «если — то»; с другой — признается, что судебная практика изменяется и появляются инновационные решения. Общим положением нормативных теорий является рассмотрение в качестве одного из важнейших этапов принятия решения проявление альтернатив и выбор «правильных» из них, причем добавляется также оценка этих вариантов.

Другой подход в теории принятия решения — дескриптивный — имеет объясняющий характер и пытается описать, как индивиды и группы людей в реальности фактически принимают решения. С помощью эмпирически полученных гипотез о поведении при принятии решения, при условии знания исходной ситуации, дескриптивные концепции пытаются прогнозировать результаты решения.

Дескриптивные теории пытаются, среди прочего, ответить на следующие вопросы:

каким образом индивиды/группы ставят перед собой цели, и как они изменяются в ходе процесса принятия решения?

как индивиды формируют для себя решение о вероятности наступления непредвиденных (неопределенных, неизвестных) обстоятельств?

от чего зависит вклад в решение проблемы и в совместное принятие решения каждого члена группы?

как влияет сбор и обработка информации на процесс принятия решения и на результат решения?¹⁶

Одним из направлений дескриптивных теорий принятия юридического решения в правовой доктрине является социологически-эмпирический анализ поведения судей при принятии решения. Герменевтический анализ процесса понимания и принятия юридического решения задается вопросом об «условиях» решения, причем оказывается, что понимание зависит от предшествующего знания (Vorkenntnisse), от поочередной (взаимной) интерпретации нормы и фактических обстоятельств дела¹⁷. Но тем не менее, как отмечает Й. Шнайдер, на вопрос, *какой* конкретно опыт должен «входить» в процесс принятия юридического решения и при необходимости *как*, герменевтика ответа дать не может¹⁸.

В связи с поиском детерминант юридического решения в правовой доктрине получили развитие юридическо-социологические концепции, которые исходят из того, что полученный в процессе социализации опыт находит отражение в принятом решении. Представителями данной теории являются А. Хельдрих и Г. Шмидхен. Ученые провели исследование социального происхождения молодых юристов и судей в Германии, в результате которого было выявлено, что молодые судьи по своему социальному происхождению относятся к высшему и среднему слоям общества

¹¹ См.: Lübbe-Wolff G. Rechtsfolgen und Realfolgen. Freiburg, 1981. S. 25.

¹² См.: ibid. S. 13.

¹³ См.: Hassemer / Neumann / Saliger (Hrsg.) S. 328.

¹⁴ Reh binder M. Rechtssoziologie, 8. Aufl. München, 2014. S. 138.

¹⁵ См.: Hassemer / Neumann / Saliger (Hrsg.) S. 328.

¹⁶ См.: ibid.

¹⁷ См.: Kaufmann A. Analogie und Natur der Sache; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl. Heidelberg, 1982.

¹⁸ См.: Hassemer / Neumann / Saliger (Hrsg.) S. 328.

и в значительной степени одобряют существующий «политический порядок», в то же время снизилось количество молодых судей, которые происходят из семей чиновников. При этом 2/5 молодых судей поддерживают введение широкого плебисцитного права участия в принятии решений, 3/4 — выступают за расширение участия в управлении делами общества, 1/3 — считают несправедливым существующее распределение доходов и имущества¹⁹.

Однако полагаю, что полученные в результате представленного исследования знания о ценностях и о позиции судей являются общими, чтобы из них можно было бы сделать выводы для оснований принятия конкретных судебных решений. Социальные науки не являются подходящим научным инструментом, чтобы считать правовую оценку «правильной» или «неправильной». Но то, что индивидуальные особенности лица, принимающего решение, оказывают влияние на его действия, не вызывает сомнений. Нормативные теоретические подходы, напротив, пытаются исключить это субъективное участие.

Тем самым соотношение прескриптивных и дескриптивных теорий принятия решения возможно установить как соотношение результатов умственной работы и чувственных впечатлений, определенное И. Кантом: «Мысли без содержания пусты, взгляды без идей слепы... Разум ничего не может созерцать, а чувства мыслить»²⁰.

Теория возможной взаимосвязи между личной ценностной позицией или точкой зрения судьи и его решением нашла свое развитие в концепции, разработанной Й. Шнайдером, в которой автор вводит понятие аттитюдов (*Attitüden*), где решение понимается в схеме *stimulus / response* как реакция (*response*) на определенный стимул (случай) (*stimulus*). Теоретически по тождественным случаям должны приниматься схожие решения. В том случае, если это не так, то между ними (случай — решение) должны находиться позиции судьи (аттитюды), которые являются основой различных решений по схожим случаям. Вследствие этого классическая модель *stimulus / response* в концепции Й. Шнайнера дополняется аттитюдами: S (случай) → A (аттитюд) → R (решение-реакция)²¹.

В развитие данной модели Г. Роттлоитнер предложил проводить различие между S (случаем) и S', где под S' понимается обстоятельство дела, которое судья считает значимым, на которое, в свою очередь, оказывают влияние аттитюды. Модель исследования аттитюдов, предложенная Г. Роттлоитнером, выглядит следующим образом: S (случай) ↔ S' (предполагаемый судьей случай) → A (аттитюд) → R (решение-реакция)²².

Представляется, что в таком случае аттитюды должны были бы «искажать» решение. В предложенных схемах вопрос, как это происходит на практике, остается без ответа.

Попытку продемонстрировать влияние аттитюдов на принятие решения и как следствие искажение фактической ситуации на примере уголовного судопроизводства предпринял Д. Петерс. В результате проведенного исследования она пришла к следующему, полагаю, спорному, выводу: «Характеристика судьями лица, обвиняемого в краже,

корреспондирует с типичными представлениями о низших слоях населения. Например, типичный вор, грабитель представляется как нежелающий работать или не имеющий постоянного места работы, малоквалифицированный, заинтересованный в легкой добыче денег. Принадлежность к низшим слоям общества означает для судей — “люди, которые не желают работать, не имеют профессии, но имеют желание лучшей жизни, полны зависти по отношению к людям, занимающим лучшие позиции в жизни”. Из-за аналогичного определения принадлежности к низшим слоям это может, хотя и не обязательно, но все же, исказить фактические обстоятельства дела. Признание положительного поведения, упорядоченного образа жизни приводит к тому, что обвиняемый рассматривается судом как “совершивший преступление по неосторожности”, поведение тогда определяется как “незапланированное” и без особого противоправного содержания. При признании же “неупорядоченного” образа жизни, отрицательного поведения применяются более суровые санкции. Данные результаты были получены на основании 51 проведенного наблюдения решений судей в зале суда»²³.

Однако, как справедливо отмечает Й. Шнайдер, данные результаты вызывают сомнения в своей объективности, поскольку не указаны критерии, на основании которых сравнивались решения, «из всего выше сказанного вытекает явное указание на значимость определенных социальных факторов, но, тем не менее, не следует определять влияние каждого отдельного фактора на конкретное решение, которое он мог бы предопределить»²⁴.

М. Билер также предпринял попытку продемонстрировать воздействие, которое имеет личное, специфическое, субъективное чувство истинности, справедливости правового решения на процесс поиска решения, определив свою теорию как «психология правотворчества». Эта концепция представляет собой нечто среднее между нормативной теорией (согласно которой нормы управляют поведением судьи) и эмпиризмом. М. Билер рассматривает также вопрос, какую роль играют и должны играть представления справедливости в рамках правосознания в практике конкретизации норм права. Однако данная концепция требует дальнейшей разработки, на что указывает сам М. Билер, определив свою теорию как «дескриптивную, которая еще эмпирически не проверена»²⁵.

* * *

Таким образом, несмотря на возможность формирования собственного основного направления, выходящее за пределы социологии права эмпирическое исследование принятия юридического решения в современной правовой доктрине Германии пока не получило дальнейшего развития.

REFERENCES

1. *Adomeit K.* Methodenlehre und Juristenausbildung, in: ZRP, 1970.
2. *Bihler M.* Rechtsgefühl, System und Wertung. München, 1979. S. 325.

²³ Ibid. S. 333.

²⁴ Ibid. S. 334.

²⁵ *Bihler M.* Rechtsgefühl, System und Wertung. München, 1979. S. 325.

¹⁹ См.: *Heldrich A. / Schmidtchen G.* Gerechtigkeit als Beruf. München, 1982. S. 205.

²⁰ *Hassemer / Neumann / Saliger (Hrsg.)* S. 330.

²¹ См.: *ibid.* S. 332.

²² См.: *ibid.*

3. *Hassemer / Neumann / Saliger (Hrsg.)* Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. 9. Aufl. Heidelberg, 2016. S. 319, 320, 325, 326, 328, 330, 332–334.
4. *Heldrich A. / Schmidtchen G.* Gerechtigkeit als Beruf. München, 1982. S. 205.
5. *Kaufmann A.* Analogie und Natur der Sache; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl. Heidelberg, 1982.
6. *Kilian W.* Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung. Frankfurt a.M., 1974. S. 151.
7. *Krüger F.* Nicht-lineares Information Retrieval in der juristischen Informationssuche. Marburg, 1997. S. 205.
8. *Lübbe-Wolff G.* Rechtsfolgen und Realfolgen. Freiburg, 1981. S. 13, 25.
9. *Rehbinder M.* Rechtssoziologie, 8. Aufl. München, 2014. S. 138.
10. *Wälde T.W.* Juristische Folgenorientierung. Athenäum, 1979. S. 5.

Сведения об авторе

БЕЛОВА Марина Анатольевна — преподаватель кафедры конституционного права им. Н.В. Витрука Российского государственного университета правосудия; 117418 г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69

Authors' information

BELOVA Marina A. — lecturer, Vitruk Department of Constitutional Law of the Russian state University of justice; 69 Novocheremushkinskaya str., 117418 Moscow, Russia