

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ЧЕРНІВЕЦЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ЮРІЯ ФЕДЬКОВИЧА**

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

НАСТАСІЙЧУК ОЛЕКСАНДР ВАСИЛЬОВИЧ

УДК 340.143(430)(092)

ДИСЕРТАЦІЯ


ЮРИСПРУДЕНЦІЯ ОЦІНОК КАРЛА ЛАРЕНЦА

081 – Право

08 – Право

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії.

Дисертація містить результати власних досліджень.

Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело  О.В. Настасійчук

Науковий керівник: Максимюк Олександр Дмитрович,
кандидат юридичних наук, доцент

Чернівці – 2024

АНОТАЦІЯ

Настасійчук О. В. Юриспруденція оцінок Карла Ларенца. – *Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.*

Дисертація на здобуття ступеня доктора філософії в галузі знань 08 Право за спеціальністю 081 Право – Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці, 2024 р.

Узагальнений короткий виклад основного змісту дисертації.

В дисертації йдеться про юриспруденцію оцінок (Wertungsjurisprudenz) як одну із традиційних методологічних течій, репрезентовану Карлом Ларенцом (1903–1993). Така юриспруденція при цьому вперше розуміється як аксіологічно-діалектична форма інтегративної теорії юридичної аргументації.

Метою дослідження є подальший розвиток раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца (далі в анотації – юриспруденція оцінок). В процесі досягнення цієї мети, по-перше, традиційні методологічні течії (юриспруденція понять, юриспруденція інтересів, юриспруденція оцінок як така) зведені до спільного аргументативного знаменника; по-друге, експліковано те, як юриспруденція оцінок заповнює так звану прогалину раціональності, тобто дає відповіді на ті питання, які залишають відкритими інші традиційні методологічні течії; по-третє, показано, як аксіологічно-діалектична юриспруденція може бути трансформована в метадеонтологічно-інтегративну юриспруденцію в процесі аргументативної реконструкції юриспруденції оцінок.

Відповідно у 1-му розділі дисертації, який називається *«Головні методологічні течії: евалюативний дуалізм і аргументативний потенціал»*, послідовно проблематизовано і вирішено два питання: по-перше, про філософську і філософсько-правову основу дисертаційного дослідження взагалі та дослідження головних методологічних течій зокрема (питання про системний підхід і евалюативний дуалізм), по-друге, про визначення аргументативного потенціалу згаданих методологічних

течій. В першому випадку за основу взято вітчизняне філософське розуміння «системного підходу», який ґрунтується на аналізі структури, субстрату і концепту системи (А. І. Уйомов), а також філософсько-правове поняття «правової реальності» (С. І. Максимов). В процесі конкретизації першого підходу і узагальнення другого показано існування прогалін раціональності (в термінології Р. Алексі) в кожній із традиційних методологічних течій і констатовано, що вони належно можуть бути заповнені в рамках інтегративної теорії юридичної аргументації, зокрема в рамках теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі. Прогалинами раціональності при цьому вважаються, по-перше, ігнорування відкритої оцінки в юриспруденції понять, недооцінка відкритої оцінки в юриспруденції інтересів і аксіологічно-діалектичний характер оцінки в юриспруденції оцінок.

На такій основі визначено поняття евалюативного дуалізму головних методологічних течій як *аналітично-синтетичного дуалізму*, який характеризується тим, що три методологічні течії можна розділити на дві групи: аналітичну (юриспруденція понять) і синтетичну (юриспруденція інтересів і юриспруденція оцінок) в залежності від того, яку відповідно реконструктивну (репродуктивну, закриту, зв'язану) чи конструктивну (продуктивну, відкриту, вільну) з погляду оцінок судді функцію виконують відповідні течії.

Поняття евалюативного дуалізму поглиблено і розширено: у першому випадку констатується *соціально-моральний дуалізм* синтетичних юриспруденцій, тобто юриспруденції інтересів і юриспруденції оцінок, який відзначений тим, що обидві юриспруденції є насправді двома різновидами юриспруденції оцінок в широкому сенсі, які пріоритетно орієнтовані відповідно або на аналіз соціального ідеалу, або на аналіз ідеалу морального; у другому випадку стверджується, що синтетичні юриспруденції можуть бути доповнені аргументативною юриспруденцією, при цьому за основу береться поділ Г. фон Врігтом так зв. практичних

понять на аксіологічні, деонтологічні і антропологічні.

У подальшому викладі до уваги береться той факт, що методологічні течії можна розглянути зі статичного і динамічного поглядів відповідно як аналіз власне нормативної системи і як аналіз реалізації такої нормативної системи. Цим пояснюється той факт, що аргументативний потенціал головних методологічних течій, який полягає в заповненні згаданих вище прогалін раціональності, визначено з метою порівняння на основі так зв. правило/принципи/процедура-моделі правової системи Р. Алексі.

Головним висновком зі вступного розділу є констатація того факту, що відношення між головними методологічними течіями має не альтернативний, а комплементарний і перехресний характер, причому аналітична юриспруденція (юриспруденція понять) залишає відкриті питання для синтетичних юриспруденцій, а традиційні синтетичні юриспруденції – для інтегративної теорії юридичної аргументації. Юриспруденція оцінок заповнює при цьому прогаліни раціональності юриспруденції понять і юриспруденції інтересів, проте залишає відкритою прогаліну раціональності, яку можна назвати метадеонтологічною, а її заповнення є справою інтегративної теорії юридичної аргументації.

В 2-му розділі – *«Розвиток раціональності юриспруденції оцінок Карла Ларенца»* – юриспруденція оцінок Карла Ларенца розглядається в аспекті еволюції її раціональності, при цьому за основу береться розрізнення імпліцитної раціональності як мінімального ступеня раціональності і експліцитної раціональності як максимального ступеня раціональності. Таке розрізнення дозволяє показати, що авторська юриспруденція оцінок К. Ларенца є імпліцитно-раціональною, причому такий вибір свідомо зроблений самим К. Ларенцом як неогегельянцем, в основі світогляду якого лежить так зване (гегелівське) «конкретно-загальне поняття». Імпліцитний характер юриспруденції оцінок у К. Ларенца на власне нормативному рівні виявляється передусім в розробці ним оригінальної теорії типів, а на рівні реалізації права – переважно у

відмові від можливості використання субсумції для експлікації використання згаданої теорії типів. Юриспруденцію оцінок К. Ларенца у вузькому сенсі можна розуміти під кутом так званих двох «головних помилок» Ларенца (в термінології О. Лібмана, тобто з точки зору характерних особливостей, які можуть і повинні бути модифіковані в процесі подальшого розвитку раціональності юриспруденції оцінок). Такими «головними помилками» вважаються: по-перше, несубсумцієздатність юриспруденції оцінок К. Ларенца у в.с., по-друге, аксіологічно-діалектичний характер такої юриспруденції.

Далі показано, що в рамках наукової школи К. Ларенца на власне нормативному рівні відбувається лише поглиблення вихідного пункту (конкретно-загального поняття) (К.-В. Канаріс, Д. Леєнен та ін.), тоді як на рівні реалізації права має місце істотна новела, яка зводиться до відмови від привнесення в юриспруденцію оцінок ідеї силогізму як синкретичного її поєднання з ідеєю зважування як двома формами застосування права (у сенсі Р. Алексі), В дисертації показано, що таке привнесення здійснено Т. Рімом, учнем К.-В. Канаріса, який був учнем самого К. Ларенца, який, у свою чергу, був учнем неокантіанця, а пізніше неогегельянця Ю. Біндера.

Завершується 2-й розділ розглядом питання про визнання і критику юриспруденції оцінок К. Ларенца поза межами його наукової школи, зокрема, відзначається визнання творчих здобутків К. Ларенца в німецькій судовій практиці і в теорії юридичної аргументації Р. Алексі, до уваги береться гіперкритика К. Ларенца як особистості і критика його юриспруденції оцінок Б. Рютерсом (представником сучасної юриспруденції інтересів), так званий «ревізіоністський» підхід Й. Рюкерса (представника сучасної юриспруденції понять) та ін. У цілому робиться висновок про релевантність зазначеної критики, з одного боку, та апологетики окремих раціональних результатів юриспруденції оцінок К. Ларенца – з іншого. В останньому випадку йдеться про поняття відкритої нормативної системи і деліберативно-субсумтивний спосіб її реалізації в

плюралістичному сучасному суспільстві, яке ґрунтується на існуванні не однієї, а декількох оцінок, між якими судді потрібно вибирати.

В 3-му розділі, який називається *«Аргументативна реконструкція юриспруденції оцінок Карла Ларенца»* викладається те, як заповнюється констатована вище прогалина раціональності юриспруденції оцінок у в.с. і у ш.с. в рамках інтегративної теорії юридичної аргументації.

Йдеться про розгляд юриспруденції оцінок в аналітичному аспекті, а саме з точки зору модальної системи S5 (історичної системи Теофраста, учня Аристотеля), з одного боку, і так зв. арифметичної «формули ваги» Р. Алексі – з іншого. На основі системи S5 показано, як в сучасній нормативній системі можуть співіснувати імперативні і контингентні евалюативні елементи. Формула ваги береться за основу для елементарного пояснення того, як в процесі зважування принципів можна отримати у підсумку так звані норми для вирішення у сенсі Є. Ерліха, які в такому разі можуть називатися не тільки універсальними (В. Г. Савчук), але й евалюативними.

В аплікативному аспекті показано те, які особливості теорія юридичної аргументації вносить в юриспруденцію оцінок, зокрема в ідею деліберативно-субсумтивного дуалізму правозастосування у сенсі Т. Ріма. При цьому вказано, що формування норм для вирішення в рамках поділу на «зовнішнє і внутрішнє виправдання» правового рішення у сенсі Р. Алексі, значно полегшує використання процедури зважування, оскільки воно веде до формування норм, які у результаті можуть бути застосовані у формі субсумції. Так краще виправляється одна із двох «головних помилок» – питання про субсумцієздатність – юриспруденції оцінок К. Ларенца у в.с.

В концептуальному аспекті продемонстровано, як аксіологічно-діалектична юриспруденція оцінок може бути трансформована у метадеонтологічну теорію юридичної аргументації. У підсумку показано, як виправляється друга «головна помилка» – питання про аксіологічно-

діалектичний характер – юриспруденції оцінок К. Ларенца.

Основними висновками проведеного дослідження є положення про те, що інтегративна теорія юридичної аргументації – це евалюативна теорія, тобто теорія закритої і/або відкритої правової оцінки, яка включає або може включати в себе аналітичну і три види синтетичних юриспруденцій, а саме метадеонтологічну (дискурсивну), аксіологічну і антропологічну (телеологічну). Юриспруденція оцінок К. Ларенца *in abstracto* – це аксіологічно-діалектична форма інтегративної теорії юридичної аргументації, а *in concreto* – це одна із традиційних методологічних течій, розвинута К. Ларенцом та його учнями на основі ідей Гегеля, Р. Штамлера, Ю. Біндера, Г.-Г. Гадамера та ін., в центрі уваги якої перебуває питання про критерії і процес відкритого правового оцінювання.

Ключові слова: правова оцінка, юриспруденція оцінок, юридична методологія, теорія юридичної аргументації, реляційна техніка, норма для вирішення, виміри права, аргументативна реконструкція, філософія / аксіологія права, субсумція і зважування (деліберація), імпліцитність і експліцитність, правильне право, Карл Ларенц, Роберт Алексі, Євген Ерліх.

SUMMARY

Nastasiichuk O. V. Jurisprudence of Values by Karl Larenz. – *Qualifying scientific work on manuscript rights.*

Thesis for the degree of Doctor of Philosophy in the field of knowledge 08 Law, speciality 081 Law – Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Chernivtsi, 2024.

Generalized summary of the main content of the thesis.

The Thesis deals with the issue of jurisprudence of values (*Wertungsjurisprudenz*) as one of the traditional methodological trends represented by Karl Larenz (1903–1993). This type of jurisprudence is for the

first time viewed as an axiological-dialectical form of the integrative theory of juridical argumentation.

The objective of the Thesis is to further promote the idea of rationality of K. Larenz's jurisprudence of values. In the course of achieving this goal, firstly, traditional methodological trends (jurisprudence of concepts, jurisprudence of interests, and jurisprudence of values) have been reduced to a common argumentative denominator; secondly, it has been explicated how jurisprudence of values fills the so-called rationality gap, i.e., provides answers to those questions, which are left open by other traditional methodological trends; thirdly, it has been indicated how axiological-dialectical jurisprudence may be transformed into metadeontological-integrative jurisprudence in the process of argumentative reconstruction of jurisprudence of values.

Accordingly, Chapter 1 of the Thesis, "*Basic Methodological Trends: Evaluative Dualism and Argumentative Potential*", consistently regards and resolves two issues: first, the philosophical and legal basis of the research in general and the study of the main methodological trends in particular (the issue of the systemic approach and evaluative dualism), and second, the argumentative potential of the above methodological trends. The former relies on the national philosophical understanding of the "systemic approach", which is based on the analysis of the structure, substrate, and concept of the system (A. Uyomov), as well as on the philosophical-legal concept of "legal reality" (S. Maksymov). In the course of specifying the first approach and generalizing the second one, particular emphasis has been laid on rationality gaps (term by R. Alexy) in each of the traditional methodological trends. Besides, it is claimed that they can be properly filled within the framework of the integrative theory of juridical argumentation, in particular, in terms of R. Alexy's theory of rational legal discourse. At the same time, ignoring the open evaluation within jurisprudence of concepts, underestimating the open evaluation within jurisprudence of interests, and the axiological-dialectical nature of evaluation within jurisprudence of values are considered as the major rationality gaps.

In this way, the Thesis defines the concept of the equivalent dualism of the main methodological trends as *analytical-synthetic dualism*, which is marked with the fact that the three methodological trends can be divided into two groups: analytical (jurisprudence of concepts) and synthetic (jurisprudence of interests and jurisprudence of values). Everything depends on the reconstructive (reproductive, closed, bound) or constructive (productive, open, free) function of the respective trends in terms of judge's evaluations.

The notion of evaluative dualism is deepened and expanded further on. In the first case, the research points out the *social-moral dualism* of synthetic jurisprudence, i.e., jurisprudence of interests and jurisprudence of evaluations. It is marked with the fact that both jurisprudences are actually two types of jurisprudence of values in a broad sense. They are primarily focused on either the analysis of a social ideal or the analysis of a moral ideal. In the second case, it is important that synthetic jurisprudences can be supplemented by argumentative jurisprudence, with G. von Wright's division of the so-called practical concepts into axiological, deontological and anthropological ones.

In the following, we take into account the fact that methodological trends can be viewed from both a static and dynamic perspectives, respectively, as an analysis of the normative system itself and as an analysis of the implementation of such a normative system. This explains why the argumentative potential of the main methodological trends (which lies in filling the above-mentioned rationality gaps) is determined for the purpose of comparison on the basis of the so-called *rule/principles/procedure-models* of the legal system by R. Alexy.

The main conclusion of Chapter 1 is the statement that the relationship between the main methodological trends is not of an alternative, but of a complementary and intersecting nature, with analytical jurisprudence (jurisprudence of concepts) leaving open questions for synthetic jurisprudences, whereas traditional synthetic jurisprudences - for the integrative theory of juridical argumentation. Jurisprudence of values fills in the rationality gaps of the jurisprudence of concepts and the jurisprudence of interests, however, it

leaves open a rationality gap that can be called metadeontological, and its filling is the task of the integrative theory of juridical argumentation.

In Chapter 2, *“Developing the Rationality of Karl Larenz’s Jurisprudence of Values”*, jurisprudence of values by Karl Larenz is considered in terms of the evolution of its rationality, which lies in the distinction between implicit rationality as the minimum degree of rationality and explicit rationality as the maximum degree of rationality. This distinction makes it possible to prove that jurisprudence of values by K. Larenz is implicitly rational, and he made this choice deliberately, being a neo-Hegelian whose worldview rests on the so-called (Hegelian) “specific-general concept”. The implicit nature of K. Larenz’s jurisprudence of values at the normative level is manifested primarily in the development of the original theory of types, while at the level of implementation of law - mainly in the rejection of the possibility of applying subsumption to explicate the use of the above theory of types. In a narrow sense, jurisprudence of values by K. Larenz can be perceived in terms of his so-called two “major mistakes” (the term by O. Liebmann, i.e., in terms of the characteristic features, which can and should be modified in the course of further development of the rationality of the jurisprudence of values). Such “major mistakes” include the non-subsumption of K. Larenz’s jurisprudence of values and its axiological-dialectical nature.

Further on, the research shows that within the framework of the scientific school of K. Larenz, there is only a deepening of the starting point (specific-general concept) (C.-W. Canaris, D. Leenen, etc.) at the actual normative level, whereas at the level of implementation of law, there is a significant novelty, which consists in the denial of K. Larenz’s view on the non-subsumption of jurisprudence of values. The study outlines that this denial was made by T. Riehm, a student of C.-W. Canaris, who was a student of K. Larenz himself, who, in turn, was a student of the neo-Kantian and later neo-Hegelian J. Binder.

In conclusion, Chapter 2 regards the issue of recognition and criticism of K. Larenz’s jurisprudence of values outside his scientific school. Particular

emphasis is laid on the recognition of K. Larenz's accomplishments in the field of German judicial practice, as well as on his contribution to the theory of juridical argumentation by R. Alexy. In addition, the paper takes into account the hypercriticism of K. Larenz as a personality and the criticism of his jurisprudence by B. Rütters (a representative of the modern jurisprudence of interests), the so-called "revisionist" approach of J. Rückert (a representative of the modern jurisprudence of concepts), and others. On the whole, it is concluded that the above criticism is relevant, on the one hand, and certain rational results of K. Larenz's jurisprudence of values are fair enough, on the other hand. The latter refers to the concept of an open normative system and the deliberative-subjective way of its implementation in a pluralistic modern society, which is based on the existence of not one but several evaluations, between which a judge has to choose

Chapter 3, "*Argumentative Reconstruction of K. Larenz's Jurisprudence of Values*", presents the way, in which the above-mentioned rationality gap is filled within the integrative theory of juridical argumentation.

It considers jurisprudence of values in the analytical aspect, to be more specific, from the point of view of the modal system S5 (historical system by Theophrastus, Aristotle's disciple) on the one hand, and the so-called arithmetical "formula of weighing" by R. Alexy on the other hand. The system S5 indicates how imperative and contingent evaluative elements may coexist in the modern normative system. The formula of weighing is taken as a basis for the purpose of the simplest explanation of how to obtain the norms for decision (in the course of weighing principles) in the sense of E. Ehrlich, which, in this case, might be referred to as not only universal (V. Savchuk), but also evaluative units.

In the applied aspect, the research highlights the peculiarities, which the theory of juridical argumentation brings to jurisprudence of values, in particular, to the idea of deliberative-subsumptive dualism of law enforcement in the sense of T. Riehm. It also claims that the formation of norms for decision within the

framework of the division into “external and internal justification” of a legal decision in the sense of R. Alexy greatly facilitates the use of the weighing procedure, since it leads to the formation of norms that can eventually be applied in the form of subsumption. This is how it eliminates one of the two “major mistakes” of K. Larenz’s jurisprudence of values - the issue of non-subsumption.

In the conceptual aspect, the study demonstrates how the axiological-dialectical jurisprudence of values can be transformed into a metadeontological theory of juridical argumentation. It eventually shows how the second “major mistake” of K. Larenz’s jurisprudence of values - the issue of its axiological-dialectical nature - can be corrected by replacing the axiological emphasis with the metadeontological one.

The main conclusions of this study are the obtained provisions that the integrative theory of juridical argumentation is an evaluative theory, i.e., the theory of closed and / or open legal evaluation, which comprises or may comprise analytical and three other types of synthetic jurisprudences, namely, metadeontological (discursive), axiological and anthropological (teleological). K. Larenz’s jurisprudence of values *in abstracto* is an axiological-dialectical form of integrative theory of juridical argumentation, and *in concreto* - one of the traditional methodological trends developed by K. Larenz and his disciples on the basis of the ideas of Hegel, R. Stammler, J. Binder, H.-G. Gadamer and others. This trend focuses on the criteria and process of open legal evaluation.

Key words: **Key words:** legal evaluation, jurisprudence of values, juridical methodology, theory of juridical argumentation, relational technique, norm for decision, dimensions of law, argumentative reconstruction, philosophy / axiology of law, subsumption and weighing (deliberation), implicitness and explicitness, right law, Karl Larenz, Robert Alexy, Eugen Ehrlich

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

**Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати
дисертації:**

***Наукові праці у виданнях, включених до переліку наукових фахових
видань України:***

1. Настасійчук О. В. Зважування благ у Карла Ларенца. *Часопис Київського університету права*. 2021. Вип. 1. С. 65–70.
2. Настасійчук О. В. Зважувальні рішення в науковій школі Карла Ларенца. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету*. Серія : Юридичні науки. 2021. Вип. 9. С. 5–12.
3. Настасійчук О. В. Перехід від імпліцитної до експліцитної юриспруденції оцінок: Карл Ларенц, Клаус-Вільгельм Канаріс, Томас Рім. *Держава та регіони*. Серія : Право. 2021. № 4 (74). С. 123–128.
4. Настасійчук О.В. Об'єктивна аксіологічна система та її пряма і непряма інтерпретація: Ларенц vs Алексі. *Ерліхівський журнал*. 2024. Вип. 8. С. 51–57.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації

5. Настасійчук О. В. Анте- та постдискурсивне літературне поле юриспруденції оцінок Карла Ларенца: неогегельянський вплив Юлія Біндера. *Особливості розвитку законодавства України у контексті євроінтеграційних процесів* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 2–3 червня 2017 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2017. С. 16–19.
6. Настасійчук О. В. Аргументативні можливості юриспруденції інтересів. *Сучасний стан і перспективи розвитку держави і права* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Львів, 16–17 червня 2017 р.). Львів : Західноукраїнська організація «Центр правничих

ініціатив», 2017. С. 16–19.

7. Настасійчук О. В. Визначення юриспруденції інтересів: канон тлумачення, ціль, зважування інтересів, аргументативна предтеча. *Актуальні питання теорії та практики застосування сучасного вітчизняного та міжнародного права* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 9–10 червня 2017 р.). К. : Центр правових наукових досліджень, 2017. С. 7–11.

8. Настасійчук О. В. Визначення юриспруденції оцінок Карлом Ларенцом: правильне право і/або ідея права. *Правова держава: напрямки та тенденції її розбудови в Україні* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, Україна, 12–13 травня 2017 р.). Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2017. С. 15–17.

9. Настасійчук О. В. Визначення юриспруденції оцінок Карлом Ларенцом: чинність права. *Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 19 травня 2017 р.). У 2-х т. Т. 1. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 31–33.

10. Настасійчук О. В. Правова реальність як нормативно-аргументативна система. *Громадянське суспільство в Україні: проблеми забезпечення правотворчої діяльності* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 31 березня – 1 квітня 2017 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2017. С. 9–12.

11. Настасійчук О. В. Соціологія права Євгена Ерліха та юриспруденція оцінок Карла Ларенца: лінії перетину. *Антропосоціокультурна природа права* : збірник матеріалів наукової конференції (Чернівці, 25–27 травня 2016 р.). Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2016. С. 90–93.

12. Настасійчук О. В. Юриспруденція понять та її аргументативні можливості. *Публічне і приватне право: конституційні засади та інноваційні тенденції* : збірник матеріалів Міжнародної юридичної науково-практичної конференції (м. Київ, 22 червня 2017 р.). Київ. :

Видавничий дім «АртЕк», 2017. С. 23–34.

13. Настасійчук О.В. До питання модальної реконструкції юриспруденції оцінок Карла Ларенца. *Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні : питання взаємодії* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Ужгород, 10 – 11 травня 2019 р.). Ужгород : Ужгородський національний університет, 2019. С. 111–114.

14. Настасійчук О.В. Від «Зважування благ Карла Ларенца до «Зважувального вирішення Томаса Ріма : Ідея і Контрідія в рамках однієї наукової школи. *Актуальні питання правової теорії та юридичної практики* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 7–8 серпня 2020 р.). Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2020. С. 6–9.

15. Настасійчук О. В. «Класик за життя» : Карл Ларенц в спогадах своїх учнів. *Особливості розвитку законодавства України у контексті євроінтеграційних процесів* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 31 липня – 1 серпня 2020 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2020. С. 11–15.

16. Настасійчук О. В. Юридична методологія і теорія юридичної аргументації: Карл Ленц про Роберта Алексі *Національні та міжнародні стандарти сучасного державотворення: тенденції та перспективи розвитку* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 6 – 7 серпня 2021 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 10–13.

17. Настасійчук О. В. Імплицитність та експліцитність юриспруденції оцінок як ступені її раціональності. *Гідність – основа прав людини* : збірник матеріалів Всеукраїнського круглого столу (м. Чернівці, 8 грудня 2022 р.). Чернівці : Букрек, 2022. С. 71–74.

18. Настасійчук О.В. Принципи свободи, справедливості та юридичної певності як основа концептуальної реконструкції юриспруденції оцінок.

Свобода – основа прав людини : Збірник матеріалів Всеукраїнського круглого столу (м. Чернівці, 9 грудня 2023 р.). Чернівці : Букрек, 2023. С. 84–90.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації

19. Настасійчук А. В. Определение юриспруденции оценок Карлом Ларенцом: юридический силлогизм, субсумция, правоположение. *Legea și viața*. 2017. № 5/2 (305). С. 95–98. ISSN: 1810-309X
20. Настасійчук О. Творча біографія Карла Ларенца: неогегельянство, чинність права, юриспруденція оцінок, методологія правознавства, правильне право і т. д. *Jurnalul juridic național: Teorie și practică*. 2017. Nr. 2 (24). С. 31–34. ISSN: 2345-1130

ВСТУП	18
РОЗДІЛ 1. ГОЛОВНІ МЕТОДОЛОГІЧНІ ТЕЧІЇ: ЕВАЛЮАТИВНИЙ ДУАЛІЗМ І АРГУМЕНТАТИВНИЙ ПОТЕНЦІАЛ	28
1.1. Евалюативний дуалізм головних методологічних течій та проблема його поглиблення і розширення	29
1.2. Аналітично-аргументативний потенціал юриспруденції понять	43
1.3. Синтетично-аргументативний потенціал юриспруденцій інтересів та оцінок.....	55
<i>Висновки до 1-го розділу</i>	69
РОЗДІЛ 2. РОЗВИТОК РАЦІОНАЛЬНОСТІ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ ОЦІНОК КАРЛА ЛАРЕНЦА	72
2.1. Свідома імпліцитність юриспруденції оцінок К. Ларенца	73
2.2. Деліберативно-субсумтивна експліцитність юриспруденції оцінок К. Ларенца	97
2.3. Визнання і критика раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца	110
<i>Висновки до 2-го розділу</i>	126
РОЗДІЛ 3. АРГУМЕНТАТИВНА РЕКОНСТРУКЦІЯ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ ОЦІНОК КАРЛА ЛАРЕНЦА	129
3.1. Модальна й аплікативна реконструкція юриспруденції оцінок К. Ларенца	131
3.2. Концептуальна реконструкція юриспруденції оцінок К. Ларенца	143
<i>Висновки до 3-го розділу</i>	157
ВИСНОВКИ	160
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	166
ДОДАТКИ	186

Обґрунтування теми дослідження. «Головні методологічні течії» (Ф. Бідлінські) [1, с. 109] – юриспруденція понять (Begriffsjurisprudenz: Ф. К. фон Савіньї та ін.), юриспруденція інтересів (Interessenjurisprudenz: Ф. Гекк та ін.), юриспруденція оцінок (Wertungsjurisprudenz: К. Ларенц та ін.) – послідовно та, з певного часу, в тісному переплетенні репрезентують упродовж ХІХ, ХХ та ХХІ століть традиційну юридичну методологію. З 70-х років минулого століття [2, с. 1–3; 3, с. 11] до них долучається теорія юридичної аргументації (Р. Алексі та ін.), яка стає немов спільним знаменником, на основі якого можна ці течії належно порівняти й дослідити.

Із цих течій юриспруденція оцінок має найяскравіше виражений філософсько-правовий характер у своїй орієнтації на розв’язання насамперед етико-правових (морально-синтетичних) проблем, на відміну від чисто аналітичного характеру юриспруденції понять і переважно соціально-синтетичного характеру юриспруденції інтересів. Юриспруденція оцінок узагалі та юриспруденція оцінок німецького професора Карла Ларенца зокрема все ще залишаються terra incognita для українського праворозуміння, а тому звернення до їхнього розгляду – з акцентом на творчі успіхи і невдачі К. Ларенца – є *актуальною темою* для дисертаційного дослідження.

Стан дослідження юриспруденції оцінок К. Ларенца в Німеччині і Україні різний. В Німеччині така юриспруденція, в якій консолідується філософія і методологія права, а також численні догматичні (цивілістичні) праці зазначеного автора, добре відома. К. Ларенц є, наприклад, самим цитованим автором у фундаментальній праці Я. Шредера «Право як наука. Історія юридичної методології в Новий час (1500–1990)», третє видання якої вийшло друком в 2020 році [4, с. 486; 5, с. 332]. Науковій діяльності К. Ларенца, яка з самого початку відбувалася під знаком аксіологічно-

діалектичного праворозуміння [6, с. 22–41], присвячені дисертації, монографії і окремі статті, що дають вступне і ґрунтовне уявлення про творчий шлях і особистість К. Ларенца якраз в аспекті формування юриспруденції оцінок. Серед них варто виділити передусім дисертаційну монографію Б. Гюперса «Карл Ларенц – Методологія і філософія права в історії і сучасності» (2010) [7], велику статтю К.-В. Канаріса, учня К. Ларенца, «Карл Ларенц» (2010) [8], а також статтю Р. Фрассека «Метод і цивільне право у К. Ларенца (1903–1993)» зі збірника статей про відомих німецьких методологів права і цивілістів «Методика цивільного права – від Савіні до Тойбнера», третє видання якого за ред. Й. Рюкерта і Р. Зайнеке вийшло у 2017 р. [9, с. 241–263]. Проте не ці праці і аналогічні праці таких іноземних авторів, як: Б. Рютерс, Я. Шапп та ін., взяті нами за основу для цієї дисертації, а сформульована Р. Алексі в дисертаційній монографії «Теорія основних прав» (1985) теза про те, що «Теорія принципів – це теорія цінностей, очищена від хистких припущень» [10, с. 18], яку варто узагальнити до тези, яка нами далі захищається, що теорія юридичної аргументації – це юриспруденція оцінок К. Ларенца, очищена від хистких припущень. Те, як таке «очищення» може відбуватися не тільки в Німеччині, але й в Україні, є основним відкритим питанням, на яке далі дається відповідь. Крім того, важливе значення має теза Т. Ріма, представника наукової школи К. Ларенца і автора також дисертаційної монографії «Зважувальні рішення в практичному правозастосуванні. Аргументація, доказ, оцінка» (2006), про «інтеграцію зважування в модель субсумції» [11, с. 6–7], тобто, якщо узагальнити, про те, що юриспруденція оцінок, всупереч думці самого К. Ларенца [12, с. 217, 221 та ін.], є принаймні загалом субсумцієздатною.

В українській юридичній і філософській літературі можна знайти підходи, на які варто опиратися в процесі дослідження юриспруденції оцінок К. Ларенца. Передусім слід згадати про аналіз аксіологічних і деонтологічних практичних понять, який здійснено Н. А. Гураленко [13;

14]. Крім того, важливим є внесок С. І. Максимова в формування належного уявлення про творчі здобутки Р. Алексі [15], які ми взяли за основу, як зазначено вище, для дослідження юриспруденції оцінок К. Ларенца. Істотне значення також має запропоноване С. І. Максимовим поняття правової реальності [16]. Системний підхід А. І. Уйомова (аналіз структури, субстрату і концепту системи) став відправним методологічним пунктом нашого викладу. Дослідження так званих норм для вирішення Є. Ерліха, проведене В. Г. Савчук [17; 18; 19], також містить цікаві аргументи, завдяки яким можна показати суттєві недоліки праворозуміння К. Ларенца. Важливими для розуміння юриспруденції оцінок К. Ларенца є праці на тему теорії принципів (О. О. Уварова, С. П. Погребняк та ін.), теорії юридичної аргументації і юридичної герменевтики (Т. І. Дудаш та ін.), юснатуралізму (С. П. Рабінович, В. М. Косович), теорії оцінок (П. М. Рабінович), теорії права (М. І. Козюбра та ін.), філософії права (А. А. Козловський та ін.), теорії основних норм (В. В. Трутень, А. Г. Павлюк та ін.), реляційної техніки (О. Г. Степенюк та ін.), мобільного (гнучкого, відкритого) поняття юридичної відповідальності (О. Д. Максимюк). Цей ряд, який можна продовжити, підводить до конкретизації основного відкритого питання, як питання, по-перше, про місце юриспруденції оцінок в історії юридичної методології XIX, XX, XXI століть, по-друге, про ступінь раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца у вузькому сенсі (*sensu stricto*), в широкому сенсі (*sensu largo*) і в найширшому сенсі (*largissimo sensu*), тобто в межах відповідно творчості самого К. Ларенца, його наукової школи, а також поза цією школою; по-третє, про особливості трансформації юриспруденції оцінок в теорію юридичної аргументації.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.

Дисертаційне дослідження виконане на кафедрі теорії права та прав людини юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича відповідно до плану наукових досліджень кафедри в рамках кафедральної тематики: «Захист прав

людини»/«Protection of human right» (Номер державної реєстрації: 0121U109357).

Мета і завдання дисертаційного дослідження. Метою дослідження є подальший розвиток раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца.

Досягнення поставленої мети передбачає виконання таких **завдань**:

– визначити місце юриспруденції оцінок в історії юридичної методології ХІХ, ХХ, ХХІ століть, в т.ч.:

– проаналізувати головні методологічні течії під кутом їхнього евалюативного дуалізму;

– загально охарактеризувати юриспруденцію понять і з'ясувати її аналітично-аргументативний потенціал;

– загально охарактеризувати юриспруденцію інтересів і юриспруденцію оцінок і з'ясувати їхній синтетично-аргументативний потенціал;

– визначити поняття юриспруденції оцінок К. Ларенца *in abstracto* та *in concreto*.

– експлікувати ступені раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца, в т.ч.:

– пояснити свідому імпліцитність юриспруденції оцінок К. Ларенца у вузькому сенсі (*sensu stricto*);

– продемонструвати деліберативно-субсумтивну експліцитність юриспруденції оцінок К. Ларенца у широкому сенсі (*sensu largo*) його наукової школи;

– показати, як юриспруденція оцінок К. Ларенца може розумітися схвально або критично в найширшому сенсі (*largissimo sensu*).

– аргументативно реконструювати юриспруденцію оцінок К. Ларенца шляхом трансформації аксіологічно-діалектичної юриспруденції в метадеонтологічно-інтегративну юриспруденцію, в т.ч.:

– запропонувати модальну і аплікативну реконструкцію юриспруденції оцінок К. Ларенца;

– запропонувати концептуальну реконструкцію юриспруденції оцінок К. Ларенца, в т.ч.:

– висвітлити теоретико-прикладний пріоритет метадеонтологічних практичних понять перед аксіологічними практичними поняттями.

Об'єктом дослідження є інтегративна теорія юридичної аргументації.

Предмет дослідження – юриспруденція оцінок К. Ларенца.

Методологія дослідження. Основним дисертаційним методом є системний підхід у сенсі А. І. Уймова, який полягає в аналізі відповідних систем з точки зору їхньої структури, субстрату і концепту. Цей метод використовується для надання дисертаційному дослідженню систематичного (системного) характеру. Він пояснює, зокрема, природу евалюативного дуалізму, тріалізму вимірів права, правової реальності, способів аргументативної реконструкції юриспруденції оцінок К. Ларенца. Основним методом 1-го і 2-го розділів дисертації є історико-критичний метод. Він використовується для аналізу історії і сучасного стану юриспруденції оцінок К. Ларенца у контексті юридичної методології і/або теорії юридичної аргументації. Юридична методологія розуміється при цьому як зворотний бік теорії юридичної аргументації. В 2-му розділі використовується також метод експлікації, який потрібен для належної характеристики ступенів раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца. В 3-му розділі основним методом є метод аргументативної реконструкції, який, будучи особливим випадком системного підходу, потрібен для модальної, аплікативної і концептуальної характеристики юриспруденції оцінок К. Ларенца в процесі її відповідної трансформації.

В дисертації загально-наукові методи дослідження (історичний, порівняльний, логічний аналіз та ін.) використовуються *ad hoc*, наприклад, для створення відповідних класифікацій, визначення понять, доведення головного результату роботи (юриспруденція оцінок – аксіологічно-діалектична форма теорії юридичної аргументації) тощо.

Наукова новизна одержаних результатів. На захист виносяться наступні наукові положення:

вперше:

1. визначено поняття інтегративної теорії юридичної аргументації як евалюативної теорії, тобто теорії закритої і/або відкритої правової оцінки, яка включає або може включати в себе аналітичну і три види синтетичних юриспруденцій, а саме метадеонтологічну (дискурсивну), аксіологічну і антропологічну (телеологічну);

2. визначено поняття юриспруденції оцінок К. Ларенца *in abstracto* та *in concreto*: абстрактно така юриспруденція – це аксіологічно-діалектична форма інтегративної теорії юридичної аргументації, а конкретно – це одна із традиційних методологічних течій, розвинута К. Ларенцом та його учнями на основі ідей Гегеля, Р. Штамлера, Ю. Біндера, Г.-Г. Гадамера та ін., в центрі уваги якої перебуває питання про критерії і процес відкритого правового оцінювання;

3. визначено прогалини раціональності (у сенсі Р. Алексі) традиційних методологічних течій, а саме: ігнорування відкритої оцінки в юриспруденції понять, недооцінка відкритої оцінки в юриспруденції інтересів і аксіологічно-діалектичний характер оцінки в юриспруденції оцінок.

4. встановлено аргументативний потенціал аналітичних і синтетичних методологічних течій на основі поділу практичних понять: юриспруденція понять орієнтується на деонтичні практичні поняття, юриспруденція інтересів – на антропологічні, юриспруденція оцінок – на аксіологічні, а теорія юридичної аргументації – на метадеонтологічні.

5. проведено аналіз аргументативного потенціалу різних форм інтегративної юриспруденції на основі протиставлення норма–процедура і показано, що юриспруденція понять орієнтується на дефінітивні норми і субсумцію, юриспруденція інтересів – на зважування і телеонорми, юриспруденція оцінок – на зважування і аксіонорми, а теорія юридичної

аргументації – на зважування і (мета)деонтологічні норми-принципи.

6. показано розвиток раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца в цілому як перехід від імпліцитної юриспруденції оцінок в вузькому сенсі до частково експліцитної юриспруденції оцінок в широкому сенсі, а потім до власне експліцитної юриспруденції оцінок в найширшому сенсі, тобто від філософсько- і/або методологічно-правової теорії самого К. Ларенца (свідома відмова від формалізації юриспруденції оцінок) до теорії, в якій зробили внесок його наукові учні (формалізація засобами традиційної логіки процесу зважування цінностей Т. Рімом), а потім до теорії оцінок, яка будується з урахуванням теорії зважування принципів Р. Алексі, побудованої засобами сучасної логіки і аналітичної філософії;

вдосконалено:

7. ідею К. Ларенца про те, що юриспруденція оцінок є продовженням тлумачення, і показано, що таке продовження може мати не тільки аксіологічну, але й метадеонтологічну і/або іншу синтетично-інтегративну форму;

8. ідею Р. Алексі про тісний зв'язок юриспруденція оцінок і теорії юридичного дискурсу і встановлено, що відношення між цими теоріями аналогічне відношенню між відповідно етикою добра і етикою обов'язку;

9. теорію зважування як спільного знаменник всіх трьох синтетично-еволютивних юриспруденцій і, зокрема, показано, що існують казуальна теорія зважування (К. Ларенц), інтегративна деліберативно-субсумтивна теорія зважування (Т. Рім), комплементарна теорія зважування (як зовнішнього виправдання на протипагу внутрішньому виправданню, Р. Алексі) та ін.

набули подальшого розвитку:

10. ідея Р. Алексі про взаєморозвиток юриспруденції оцінок і теорії юридичної аргументації. Такий розвиток відбувається шляхом виправлення двох «головних помилок» Ларенца (в термінології О.

Лібмана), а саме: уявлення про несубсумцієздатність відкритої правової оцінки і уявлення про пріоритет в рамках правової оцінки аксіологічних практичних понять перед метадеонтологічними практичними поняттями.

11. деліберативні теорії Т. Ріма і Р. Алексі, зокрема оригінально показано за допомогою кваліфікованої модальної системи S5 Кларенса Льюїса (системи Теофраста) відношення виміру чинності і виміру ваги права як філософсько- і методологічно-правової основи для побудови теорії зважування;

12. ідея права і правильного права, і показано, як в рамках інтегративної теорії юридичної аргументації аксіологічні практичні поняття можуть бути трансформовані в метадеонтологічні практичні поняття, а також як синтетичні практичні поняття в результаті їхньої конвергенції дозволяють здійснити перехід від ідеї права як перманентної практичної проблеми до правильного права як права не тільки справедливого, але й доброго, доцільного тощо.

Практичне значення одержаних результатів. Результати проведеного дослідження мають значення:

– у науково-дослідній діяльності – для поглиблення уявлень про історію і сучасний стан юридичної методології і/або теорії юридичної аргументації в XIX, XX, XXI століттях;

– у правозастосовній діяльності – для формування праворозуміння правозастосовників, яке не обмежується такою формою застосування права, як субсумція, а знає й інші форми, передусім зважування благ і/або принципів, застосування принципу пропорційності тощо;

– у навчальному процесі – при підготовці навчальних і навчально-методичних посібників з дисциплін «Методологія права», «Філософія права», «Теорія норм», «Реляційна техніка і експертний стиль».

Особистий внесок здобувача. Дисертація є самостійним науковим дослідженням автора, оформленим відповідно до встановлених вимог.

Апробація результатів дисертації. Робота підготовлена та

обговорена на кафедрі теорії права та прав людини Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Основні положення дисертаційної роботи представлені автором на 14 міжнародних та всеукраїнських науково-практичних конференціях: *Особливості розвитку законодавства України у контексті євроінтеграційних процесів* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Харків, 2–3 червня 2017 р.; *Сучасний стан і перспективи розвитку держави і права* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Львів, 16–17 червня 2017 р.; *Актуальні питання теорії та практики застосування сучасного вітчизняного та міжнародного права* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Київ, 9–10 червня 2017 р.; *Правова держава: напрямки та тенденції її розбудови в Україні* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Одеса, Україна, 12–13 травня 2017 р.; *Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє*, Міжнародна науково-практична конференція, м. Одеса, 19 травня 2017 р.; *Громадянське суспільство в Україні: проблеми забезпечення правотворчої діяльності* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Харків, 31 березня – 1 квітня 2017 р.; *Антропосоціокультурна природа права* : Наукова конференція, Чернівці, 25–27 травня 2016 р.; *Публічне і приватне право: конституційні засади та інноваційні тенденції* : Міжнародна юридична науково-практична конференція «Актуальна юриспруденція», м. Київ, 22 червня 2017 року; *Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні : питання взаємодії* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Ужгород, 10–11 травня 2019 р.; *Актуальні питання правової теорії та юридичної практики* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Одеса, 7 – 8 серпня 2020 р.; *Особливості розвитку законодавства України у контексті євроінтеграційних процесів* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Харків, 31 липня – 1 серпня 2020 р.; *Національні та міжнародні стандарти сучасного державотворення : тенденції та перспективи розвитку* : Міжнародна науково-практична конференція, м.

Харків, 6–7 серпня 2021 р.; *Гідність – основа прав людини* : Всеукраїнський круглий стіл, м. Чернівці, 8 грудня 2022 р.; *Свобода – основа прав людини* : Всеукраїнський круглий стіл, м. Чернівці, 9 грудня 2023 р.

Публікації. Основні наукові результати дисертації опубліковані в 20 наукових працях, з яких 4 статті у вітчизняних фахових виданнях, 14 стосуються апробації матеріалів дисертації, а 2 статті мають додатковий характер.

Структура дисертації. Робота складається зі вступу, трьох розділів, висновків, списку використаних джерел та додатків. Загальний обсяг дисертації 191 сторінка, список використаних джерел – 191 найменування.

ГОЛОВНІ МЕТОДОЛОГІЧНІ ТЕЧІЇ: ЕВАЛЮАТИВНИЙ ДУАЛІЗМ І АРГУМЕНТАТИВНИЙ ПОТЕНЦІАЛ

Юриспруденція понять, юриспруденція інтересів, юриспруденція оцінок – це «головні методологічні течії» (Ф. Бідлінські) [1, с. 6–7], які формуються послідовно [12, с. 119–125; 20; 21, с. 132–136], частково паралельно та «в боротьбі методів» «з початку юридичного модерну з приблизно 1800 року до сьогодні» (Й. Рюкерт) [9, с. 542–556, 560–562, 564–573, 23]. Ці «традиційні» методологічні напрямки, – як їх називають, наприклад, Г. Кельзен, критично описуючи «традиційну юриспруденцію», тобто юриспруденцію понять, як таку, що «припускає, що закон, будучи застосованим до конкретного випадку, завжди може надати тільки *одне* правильне рішення» [22, с. 349; див. також 12, с. 79], чи Я. Шредер, який характеризує історію юридичної методології в Німеччині після 1945 року як продовження суперечки між так званою «об'єктивною» і «суб'єктивною» теоріями тлумачення, які представлені відповідно юриспруденцією оцінок і юриспруденцією інтересів як двома «традиційними вченнями» [5, с. 180–181], – доповнюються не пізніше 70-х років ХХ ст. [3, с. 9] ще одним, – будемо говорити, сучасним, – напрямком, який отримав найменування теорії юридичної аргументації, репрезентантом якої можна вважати теорію раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі [23; 21, с. 141–144].

Перші три методологічні напрямки утворюють історичний, а разом з останнім – четвертим – напрямком і актуальний контекст для докладного дослідження юриспруденції оцінок К. Ларенца. Саме тому наше дослідження слід розпочати з аналізу творчого здобутку К. Ларенца в окреслених вище рамках, що дозволить поглянути на традиційну і сучасну юридичну методологію як на евалюативно-аргументативну систему, в якій юриспруденція оцінок К. Ларенца отримує своє місце. Під евалюативно-

аргументативною системою буде розумітися при цьому, в термінології І. Канта, єдність багатоманітних знань, об'єднаних однією ідеєю, а саме ідеєю правильної оцінки (евалюації), яка може бути апроксимативно досягнута, зокрема, в процесі раціонального юридичного дискурсу.

1.1. Евалюативний дуалізм головних методологічних течій та проблема його поглиблення і розширення

Для належного розуміння юридичної методології як евалюативно-аргументативної системи, одним з елементів якої є юриспруденція оцінок, яка може розумітися, зі свого боку, як евалюативно-аргументативна підсистема, спочатку зупинимося на питанні про системний підхід як такий.

1. Так, український філософ А. І. Уйомов вважає, що системне зображення предметів включає в себе такі окремі сторони, як структура, субстрат та концепт системи, тобто системний підхід розпадається на три проблеми, які до того ж можна зіставити з основними характеристиками знака, – знак, значення, смисл (сенс) [24, с. 35], – в розробку яких вагомий внесок зробили Г. Фреге, Ч. Пірс, Ч. Морріс та ін.

В контексті юридичного аналізу, як потрібно ще показати, структурний аспект системи має аналітичний характер, субстрат – емпіричний, а концепт – нормативний, або краще сказати – метанормативний. В українській юридичній літературі системний підхід реалізований зразково у праці «Правова реальність: досвід філософського осмислення» (2002) С. І. Максимова, в якій виділяються акі три «шари, або рівні, правової реальності (форми «буття» права):

- а) світ ідей: ідея права;
- б) світ знакових форм: правові норми і закони;
- в) світ взаємодій між соціальними суб'єктами: правове життя» [16, с. 177; 25, с. 130–135]. В такому разі а) – це концепт, б) – структура, в) –

субстрат правової реальності як системи. Варто додати, що юридична методологія К. Ларенца являє собою аксіологічно-діалектичну систему, в якій акцент зроблений на аксіології права як концепті, тоді як телеологія права і структурна (аналітична) методологія в ній також мають місце. Знайшлося в ній місце і для субстрату, проте своєрідного, наприклад, у форму природи справи, або речі.

Щойно викладене слугує і систематичною, і евристичною основою для осягання власне того, що саме розуміється під поняттями структури, субстрату і концепту.

Покажемо інтерпретаційний потенціал викладеного вище системного підходу спочатку на визначенні системи І. Кантом, яке згадане вище: *єдність багатоманітних знань, об'єднаних однією ідеєю*. Так, під багатоманіттям можна розуміти певну структуру, оскільки воно не може існувати без відношень, ідея – це, очевидно, не що інше, як концепт (тип розуміння) системи, а єдність знань – це субстрат системи, оскільки єдність – це те, що протистоїть багатоманіттю як структурі, тобто об'єкт, який слід структурувати під кутом певної ідеї, якщо ми маємо бажання розуміти те, чим цей об'єкт є не тільки *per se* (сам собою), але й як предмет теоретичного або практичного інтересу.

У подальшому в нашій роботі субстратом і водночас об'єктом дослідження буде розрізнення виміру чинності [26, с. 19], або *все-або-нічого-способу* (all-or-nothing fashion) [27, с. 219], і виміру ваги (dimension of weight) права у сенсі Р. Дворкіна чи, переважно, Р. Алексі [27, с. 222], яке до того ж спеціально цікавило й К. Ларенца як автора монографії «Проблема чинності права» (1929) [6], з одного боку, і статті «Методичні аспекти „зважування благ“» (1974) [28] – з іншого: тісне сполучення термінів «вага» і «зважування» не можна не помітити. Цей субстрат буде структурований нами за допомогою двох формальних систем, а саме в частині, що стосується виміру чинності права, з використанням так званої системи S5 Кларенса Льюїса, тобто певної системи алетичних

модальностей, або, як її ще називають, системи Теофраста [29, с. 2], а в частині виміру ваги права – з використанням так званої арифметичної формули ваги Р. Алексі [30]. Що стосується загального концепту нашої роботи, то типом розуміння юриспруденції оцінок К. Ларенца ми обрали поняття «практичних понять» у сенсі Г. фон Врігта, який їх поділяв у своїх викладах з деонтичної логіки, опублікованих у 60-ті роки ХХ століття, – всього на три роки пізніше першого видання основної праці К. Ларенца – «Методології правової науки», яке мало місце в 1960 році [31], – на деонтологічні, аксіологічні й антропологічні поняття: прикладами *деонтологічних* понять є веління, заборона, дозвіл і право на дещо. *Аксіологічні* поняття, всупереч цьому, характеризуються тим, що їхнім основним поняттям є не веління чи належне, а поняття доброго. Розмаїття аксіологічних понять виходить із розмаїття критеріїв, згідно з якими щось можна кваліфікувати як добре. Так, аксіологічні поняття використовуються тоді, коли щось класифікується як гарне, хороше, безпечне, недороге, демократичне, соціальне, волелюбне або характерне для правової держави. Прикладами *антропологічних* понять є поняття волі, інтересу, потреби, рішення і дії [10, с. 126]. До антропологічних понять належить і поняття цілей [10, с. 126] або мети. Надалі ми приділимо особливу увагу деонтологічним і аксіологічним практичним поняттям, а серед антропологічних понять ми зосередимо увагу на репрезентативному понятті мети (цілі). А тому замість антропологічних понять частіше будемо вести мову про телеологічне поняття як про частину замість цілого (*pars pro toto*). Іншим важливим для нашого дослідження антропологічним поняттям буде поняття інтересу. Зазначені три види практичних понять будуть, отже, системою відліку в зазначеному вище сенсі або релевантними точками зору чи формою, яку може набувати евалюативно-аргументативна система.

Отже, системний підхід до юриспруденції оцінок К. Ларенца означає розгляд її як оригінальної і/або дискурсивної евалюативно-

аргументативної системи під кутом проблематики чинності, зважування, модальності, своєрідної (*sui generis*) арифметики та деонтологічних, аксіологічних і телеологічних (чи інших антропологічних) понять. У такому разі юриспруденцію оцінок К. Ларенца попередньо можна визначати як евалюативно-аргументативну систему в оригінальній аксіологічній формі, яка може набути, – як принаймні у пізнього К. Ларенца, так і в цілому і загалом, на думку Р. Алексі [10, с. 125–157], – деонтологічної форми. Так, враховуючи те, що принцип як «веління оптимізації» [32, с. 203] – це ключове поняття теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі, а цінність – це ключове поняття юриспруденції оцінок К. Ларенца, ми схвально ставимося до тези Р. Алексі про те, що «відмінність між принципами і цінностями редукується до одного пункту. Те, що *prima facie* найкраще в моделі цінності, *prima facie* повинне у моделі принципів, а те, що є дефінітивно найкраще у моделі цінності, дефінітивно повинне в моделі принципів. Отже, принципи і цінності відрізняються тільки через їхній деонтологічний характер, з одного боку, і аксіологічний характер – з іншого» [10, с. 133].

Питання про відношення аксіологічної і телеологічної (або ширше: антропологічної) форми евалюативно-аргументативної системи, а також питання, про яку деонтологічну субформу йдеться в попередньому абзаці, тут ми залишили відкритими. Відповідь на них буде надана далі в цьому й наступних підрозділах дисертації.

2. Викладене вище розуміння може бути конкретизоване і адаптоване для досягнення поставлених в цій роботі цілей філософсько-правового осмислення проблематики оцінки, які узагальнено можна сформулювати як визначення контексту, дослідження корпусу текстів і розкриття підтексту юриспруденції оцінок К. Ларенца. Такі конкретизації і адаптації системного підходу можна називати особливими випадками загального системного підходу. Такими особливими випадками в нашій роботі будуть три системи: а) спочатку аналітично-емпірично-

нормативний, а після деякого уточнення – аналітично-емпірично-метанормативний тріалізм вимірів права, б) метанормативно-деліберативний дуалізм оцінки (евалюації) і с) модально-аплікативно-концептуальний тріас як базис для дослідження кореляції оригінальної евалюативної юриспруденції, представлені юриспруденцією оцінок К. Ларенца (аксіологічна юриспруденція), і дискурсивної евалюативної юриспруденції, представлені теорією раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі (деонтологічна юриспруденція). Кожне а), б) і с) питання буде розглядатися в окремому розділі, причому перший розділ ґрунтується на окресленому тріалізмі вимірів права, який якраз і потрібно найперше в цілому і загалом охарактеризувати. Питання б) і с) будуть розглянуті на початку наступних розділів нашої роботи.

Отже, як зазначено вище, юриспруденція оцінок узагалі і юриспруденція оцінок К. Ларенца зокрема – це один із традиційних методологічних напрямів, який формується й існує в певному контексті. Цей контекст не обмежується тільки традиційними головними методологічними течіями, про які говорить Ф. Бідлінські, – до речі, також один із провідних репрезентантів юриспруденції оцінок, автор фундаментальної праці «Юридична методологія і поняття права», перше видання якої мало місце в 1982, а друге в 1991 році [33; 1], який не був представником наукової школи К. Ларенца («об’єктивна» теорія тлумачення) [5, с. 180], – але й своєрідно доповнюється сучасними методологічними напрямками, – Я. Шредер, провідний німецький історик юридичної методології з 1500 року до майже наших днів, автор фундаментальної двотомної монографії «Право як наука. Історія юридичної методології в Новий час (1500–1990)» (2020) [4; 5], називає їх, на противагу традиційним ученням, тобто юриспруденції інтересів і юриспруденції оцінок, «новим «реалістичним» напрямом» [5, с. 182–183], до якого належить і теорія Р. Алексі [5, с. 182], – серед яких особливу увагу привертає теорія юридичної аргументації, а в ній – теорія

раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі: Р. Алексі – автор фундаментальної праці «Теорія юридичної аргументації. Теорія раціонального дискурсу як теорія юридичного обґрунтування», перше видання якої мало місце в 1978 році [34], а останнє, 9-те, – в 2019-му [35], причому починаючи з другого видання від 1991 року [23], яке містить, окрім основного тексту, також додаток «Відповідь деяким критикам», наступні видання стереотипне, що дозволяє при цитуванні не звертати увагу на те, про яке саме видання йдеться, оскільки текст буде збігатися з 2-м виданням.

Так постає питання про пошук системи, яка дозволила б належно описати й охарактеризувати методологічний контекст, в якому має своє місце юриспруденція оцінок К. Ларенца. Такою системою може бути аналітично-нормативно-емпіричний тріалізм вимірів права, на основі якого можна належним чином аналізувати традиційні і сучасні методологічні напрямки.

Зокрема, в підручнику з теорії, (філософії) і методології права, започаткованому Б. Рютерсом, представником сучасної юриспруденції інтересів і гіперкритиком (юриспруденції оцінок і особи) К. Ларенца, мовиться експліцитно про теорію права, а імпліцитно і про філософію права, якщо не вважати філософію права чисто спекулятивною дисципліною, що:

теорія/[філософія] права – це емпірична наука, оскільки вона має предметом дію норм на економіку і суспільство і надає у розпорядження придатні для цього моделі для аналізу. Вона торкається в цій області емпіричних соціальних наук, зокрема соціології і економічних наук;

теорія/[філософія] права є аналітичною наукою, оскільки вона розробляє основи поняття права і його основні структури. Вона сполучена в цій області з аналітичною філософією і з логікою;

теорія/[філософія] права – це нормативна наука, оскільки вона обговорює можливі підстави чинності права і, по-можливості, шукає їхні

обґрунтування. Вона в цій області споріднена з філософською етикою [36, с. 28].

На ці ж виміри опирається й Р. Алексі, коли пише про три виміри правової догматики [10, с. 23]. Реалізацію аналітично-нормативно-емпіричного тріалізму в Р. Алексі доречно продемонструвати на прикладі того, як він класифікує види основної норми. Так, в роботі «Поняття і чинність права» (1992) Р. Алексі зазначає, що незважаючи на різноманітні можливості диференціації, можна розрізнити три види основної норми: аналітичну, нормативну і емпіричну. Найважливіший варіантом аналітичної основної норми можна знайти у Кельзена, найважливіший нормативної – у Канта, а найважливіший емпіричної – у Харта [37, с. 155–197, 155, 186, 194].

На думку Р. Алексі, в *аналітичному* вимірі йдеться, якщо говорити коротко, про понятійно-систематичне освоєння чинного права. Спектр завдань сягає від аналізу основних понять (наприклад, понять норми, суб'єктивного права, свободи та рівності) через юридичну конструкцію до дослідження структури правової системи і правового обґрунтування (наприклад, зважування).

Про *емпіричний* вимір правової догматики можна вести мову в подвійному значенні: по-перше, з огляду на пізнання позитивно чинного права і, по-друге, з огляду на використання емпіричних засновків в юридичній аргументації, скажімо, в рамках аргументу щодо наслідків.

У третьому, *нормативному* вимірі йдеться, поза межами простого повідомлення про те, що саме може бути зібрано в емпіричному вимірі як позитивно чинне право, про керівництво і критику правової практики, передусім практики суддівських вироків. Для нього конститутивне питання, яким є правильне рішення в конкретному випадку в разі взяття за основу позитивно чинного права. У всіх спірних випадках відповідь на це питання включає в себе оцінки того, хто відповідає. Правова догматика в великому обсязі є спробою дати раціонально обґрунтовані відповіді на

питання оцінки, які залишаються відкритими авторитативно даним наперед матеріалом. Це зіставляє правову догматику з проблемою раціональної обґрунтовності ціннісних суджень [10, с. 23–25].

Використання поняття системи, запропонованого А. І. Уйомовим, дозволяє встановити відповідність між загальним системним підходом і аналітично-нормативно-емпіричним тріалізмом вимірів права, яку ми назвали вище особливим випадком. Так, питання понятійного характеру складають аналітичний вимір права, питання соціальної дії (дієвості) – емпіричний вимір, а питання нормативної чинності права – відповідно нормативний вимір. Отже, виникає питання про те, як можна зіставити три виміри права, з одного боку, і традиційні і сучасні методологічні напрями – з іншого. В подальшому, якщо не застережено інше, під традиційними й сучасними методологічними напрямками ми будемо розуміти відповідно юриспруденцію понять, юриспруденцію інтересів, юриспруденцію оцінок, переважно К. Ларенца, а також теорію раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі.

Після деякого уточнення досить істотного характеру *надалі, якщо не застережено інше*, ми розуміємо: по-перше, під аналітичним виміром загальне поняття для позначення такого методологічного напрямку, як юриспруденція понять, а також чистої теорії права Г. Кельзена і юриспруденції принципів у сенсі Й. Рюкерта, – також, як і Я. Шредер, провідного історика юридичної методології, зокрема провідного дослідника творчості Ф. К. фон Савіньї [38; 9, с. 53–95], – як сучасної інтерпретації юриспруденції понять XIX століття [9, с. 542–556, 551–556]; по-друге, нормативний вимір у сенсі, в якому його переважно використовують Р. Алексі або Б. Рютерс, ми будемо називати метанормативним виміром. Це пояснюється тим, що на цьому рівні йдеться про питання оцінки або критики тих аспектів які належать до аналітичного виміру права. Саме на рівні метанормативного виміру в нашій термінології і буде переважно міститися юриспруденція оцінок

взагалі та юриспруденція оцінок К. Ларенца зокрема. Питання, які належать до аналітичного виміру права, після нашого уточнення, можуть називатися такими, що належать до нормативного виміру права. Такий підхід буде відповідати термінології, яка добре відомий в Україні, оскільки, наприклад, підхід Г. Кельзена можна, на нашу думку, називати як аналітичним, – про що свідчить наведена вище класифікація Р. Алексі видів основної норми, в якій основна норма Г. Кельзена називається не нормативною, а аналітичною, – так і нормативним, проте не метанормативним. Однак далі термін «нормативний» поза рамками посилання на Р. Алексі чи Б. Рютерса будемо використовувати обережно, з відповідним застереженням.

По-третє, до емпіричного виміру права ми віднесемо, насамперед, ранню юриспруденцію інтересів Ф. Гекка [39; 40] або, ширше, соціологічну юриспруденцію, наприклад «вільне правознаходження» Є. Ерліха [41; 42; 43] або Е. Штампе [44], соціологію права М. Ребіндера [45; 46; 47] тощо. Питання про належне місце для сучасної юриспруденції інтересів, наприклад, Б. Рютерса, спірне, тому ми відносимо її до *prima facie* емпіричного виміру права, тобто презумптивно.

3. Викладене вище є основою для розрізнення традиційних головних методологічних течій в особливому аспекті, а саме під кутом вирішення в них евалюативного (оцінювального) питання.

Так, три виміри права – аналітичний, метанормативний і емпіричний – можна розділити на дві частини: аналітичну й неаналітичну. Для неаналітичної частини доцільно ввести термін «синтетична частина». Зрозуміло, що до неї будуть належати, як залишок релевантного універсуму міркування, нормативний і емпіричний виміри.

Критерієм для розрізнення аналітичного й синтетичних вимірів права може бути поняття «прогаліни раціональності», яке вводить у науковий обіг Р. Алексі. Так, він вважає, що «як історичний досвід, так й систематичні міркування свідчать, що неможлива жодна законодавча

процедура, яка надає у розпорядження до появи кожного питання права норми, з яких разом з емпіричними засновками або логічно випливає, або може бути безальтернативно обгрунтоване за допомогою вільних від сумнівів правил юридичного методу те, що юридично велено в окремому випадку. Із підстав, які відповідальні за це, слід назвати хоча б три: хиткість мови права, невизначеність правил юридичного методу і неможливість оглянути наперед усі мислимі констеляції випадків. Якщо все ж в кожному випадку повинна бути надана раціонально обгрунтована відповідь на питання, що саме юридично велено, заборонено або дозволено, то ця прогалина раціональності мусить бути закрыта. На це націлений юридичний дискурс» [48, с. 38] і/або – опосередковано – юриспруденція оцінок К. Ларенца.

Вищезазначене розуміння прогалини раціональності можна уточнити так: прогалина раціональності – це характерний для аналітичного виміру права аргументативний недолік, який має бути виправлений за допомогою відкритої оцінки. Під відкритою оцінкою при цьому слід розуміти оцінку, яка не може опиратися на авторитативно дані наперед джерела права, тобто оцінку, яка опирається не на правові, а на позаправові – моральні чи соціальні – джерела позитивного права. Отже, аналітичний вимір права має справу з прогалиною раціональності, а синтетичні виміри права – це способи заповнення цієї прогалини за допомогою розглядової вище відкритої оцінки.

Поділ на аналітичний і синтетичний виміри права веде до різного ставлення до оцінки в цих двох вимірах. Так, аналітичний вимір можна вважати *prima facie*, тобто на перший погляд, таким виміром, що оцінки заперечує, а синтетичний – навпаки – визнає. Проте це відбувається справді тільки на перший погляд, оскільки, при докладнішому розгляді, виявляється, що оцінка має стосунок до всіх трьох вимірів права, однак йдеться про різну оцінку: оцінку законодавця, тобто закрыту для судді, і оцінку судді, тобто відкритую для судді оцінку. Тому складається така

ситуація, що суддя або відтворює оцінку законодавця, або творить нову (власну у підсумку) оцінку.

Якщо це так, то тоді головні методологічні течії можна розділили на дві частини: в юриспруденції понять ідеться (як буде показано в п. 1.2. дисертації) про реконструкцію (репродукцію) суддею оцінки законодавця, тобто про закриту, зв'язану (уже існуючими, даними наперед поняттями) оцінку, без власної оцінки судді. Тому юриспруденція понять може вважатися аналітичною саме в такому розумінні, оскільки суддя нічого в ідеалі не додає до чужої оцінки, а лише її аналізує.

Інша річ, коли суддя не може покладатися – з тих чи інших підстав – на оцінку законодавця – і мусить або додати до неї свою оцінку або створити оцінку вперше. В такому разі правомірно вести мову про суддівську конструктивну (продуктивну) оцінку. Як буде показано далі (п. 1.3, розділ 2 і 3 дисертації), при цьому йдеться, зокрема, про юриспруденцію інтересів і юриспруденцію оцінок.

Отже, в залежності від характеру оцінки, яку здійснює суддя, головні методологічні течії можна розділити на дві частини: аналітичну (юриспруденція понять) і синтетичну (юриспруденція інтересів і юриспруденція оцінок), що дозволяє стверджувати про аналітично-синтетичний евалюативний дуалізм головних методологічних течій.

4. Складний синтетичний вимір права потребує додаткового поділу, який поглиблює згаданий аналітично-синтетичний дуалізм. Так, оцінка може орієнтуватися на два ідеали – на каузальний емпіричний реалістичний соціальний ідеал і на відповідно метанормативний ідеалістичний моральний ідеал. Такий дуалізм ідеалів в юридичній методології веде до двох синтетичних методологічних течій і виявляє себе в тому, що юриспруденція інтересів може стосуватися насамперед емпіричного, орієнтованого на соціальний ідеал виміру права, а юриспруденція оцінок – насамперед метанормативного виміру, орієнтованого на моральний ідеал.

Отже, правомірно вести мову про ще один – соціально-моральний евалюативний дуалізм головних синтетичних методологічних течій, який виявляється в тому, що і юриспруденцію інтересів, і юриспруденцію оцінок у підсумку можна вважати двома типами юриспруденція оцінок в ш.с. Водночас соціально-моральний дуалізм головних синтетичних методологічних течій є антропологічно-аксіологічним дуалізмом.

5. Декілька слів в контексті розширення аналітично-синтетичного дуалізму головних методологічних течій потрібно сказати про теорію раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі як дискурсивну евалюативну теорію. Так, ця теорія, як і теорія юридичної аргументації загалом, виникає тоді, коли – як зазначено вище, не пізніше 70-х років ХХ століття – всі три традиційні «головні методологічні течії» вже набули досить завершеної форми. Це спонукає розглядати особливості взаємовідношення юриспруденції оцінок К. Ларенца і теорії Р. Алексі після того, як будуть окреслені всі ці три «головні течії» взагалі й юриспруденція оцінок К. Ларенца зокрема, що буде відбуватися в кінці 2-го розділу та в 3-му розділі нашої роботи.

У цьому місці слід лише застерегти, що всі синтетичні методологічні напрямки є принаймні потенційно інтегративними напрямками, тобто вони легко можуть притягувати до себе, проте залишати на задньому плані як аналітичний напрямок, так й інший синтетичний методологічний напрямок, аніж той, про який ідеться в найменуванні відповідної синтетичної юриспруденції.

Останнє стосується і теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі, оскільки ця теорія – це інтегративна теорія з явною перевагою синтетичного елемента над аналітичним в рамках викладеного нами вище. Те, що Р. Алексі називає свій підхід нормативно-аналітичним або емпірично-аналітичним [10, с. 32], має значення в дещо іншому контексті, ніж той, який нас тут цікавить, а саме у контексті аналізу так званих основних прав, тобто позитивованих прав людини і громадянина, або

позитивованої моралі.

Водночас теорія раціонального юридичного дискурсу орієнтується на особливе практичне поняття, яке відрізняється і від практичного поняття в рамках юриспруденції інтересів, і від практичного поняття в рамках юриспруденції оцінок. Йдеться про деонтологічне практичне поняття, на противагу телеологічному (антропологічному) й аксіологічному. Натомість деонтологічне поняття в теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі – це переважно синтетичне деонтологічне поняття, а не аналітичне, як це має місце в юриспруденції понять. Відмінність між цими деонтологічними поняттями полягає в тому, що це поняття, які по-різному утворюються. Так, в юриспруденції понять принципи як одне із втілень деонтологічного поняття мають індуктивну природу («за» таку природу Я. Шредер [4, с. 258], «проти» такої природи Г.-П. Гаферкамп [9, с. 113]: ми підтримуємо точку зору Я. Шредера), а в теорії раціонального юридичного дискурсу – не індуктивну, а оптимізаційну, про що буде докладніше сказано далі.

Якщо до аналізу традиційних методологічних течій залучити точку зору теорії юридичної аргументації, а також той факт, що всі чотири методологічні напрями мають справу принаймні з двома питаннями: питанням про норму і питанням про її застосування, то кожний традиційний і сучасний методологічний напрямок може бути розглянутий під кутом наявності або заповнення прогалини раціональності як проблема, в центрі уваги якої перебуває питання про те, як вирішується в ньому питання власне норми і питання її застосування у разі виникнення потреби у відкритій оцінці.

Як підсумок наголосимо, що існують два типи евалюативного дуалізму традиційних головних методологічних течій (юриспруденція понять, юриспруденція інтересів і юриспруденція оцінок), а саме: по-перше, аналітично-синтетичний евалюативний дуалізм, згідно з яким юриспруденція понять має стосунок до аналітичного виміру права, а

юриспруденція інтересів і юриспруденція оцінок – до синтетичного; по-друге, наявний соціально-моральний, або антропологічно-аксіологічний евалюативний дуалізм синтетичних юриспруденцій, тобто юриспруденції інтересів і юриспруденції оцінок.

Останній – антропологічно-аксіологічний – дуалізм може бути розширений до тріалізму синтетичного виміру права, якщо взяти до уваги формування теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі.

Загальною підставою для двох розрізень і розширення є практичні поняття Г. фон Врігта, тобто деонтологічні, аксіологічні й телеологічні (антропологічні) поняття із двома застереженнями, про які докладніше йтиметься далі: по-перше, існують два типи деонтологічних понять, один з яких стосується юриспруденції понять, а другий теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі; по-друге, телеологічні поняття мають тісний стосунок не тільки з іншими антропологічними поняттями (інтерес, потреба, запит тощо), але й з аксіологічними, тобто з цінностями (благами).

На основі розрізнення двох типів евалюативного дуалізму трьох головних методологічних течій можна спочатку показати аргументативний потенціал аналітичної юриспруденції понять, а потім аргументативний потенціал синтетичних юриспруденції інтересів і юриспруденції оцінок. Передумовою такої демонстрації має стати загальна характеристика цих методологічних течій. Загальну характеристику і визначення аналітично- і синтетично-аргументативного потенціалу юриспруденції понять, юриспруденції інтересів і юриспруденції оцінок доцільно уніфіковано виконати за таким планом: спочатку розглядаються відповідні питання власне правової норми, а потім питання її застосування (про правозастосовчу діяльність в Україні загалом інформує Д. Бочаров [49], про застосування принципів – О.О. Уварова [50], про суддівське правопізнання – Н. А. Гураленко [51]), причому будемо використовувати введені в цьому підрозділі й інші розрізнення та поняття.

Мета такого підходу полягає в демонстрації наявності прогалини раціональності в юриспруденції понять і визначенні тих внесків в її заповнення, які робить спочатку юриспруденція інтересів, а потім юриспруденція оцінок.

1.2. Аналітично-аргументативний потенціал юриспруденції понять

Загальна характеристика головних методологічних течій, сама будучи різновидом оцінки, розпадається принаймні і насамперед на два питання: про предмет, який характеризується, і критерій для характеристики. Питання про головний критерій для загальної характеристики традиційної і сучасної юридичної методології, – поділ Г. фон Врігтом практичних понять на деонтологічні, аксіологічні й антропологічні, – було докладно розглянуто в попередньому підрозділі. Тепер потрібно детальніше описати відповідний предмет загальної характеристики: юриспруденцію понять, юриспруденцію інтересів і юриспруденцію оцінок, починаючи з юриспруденції понять і тому, що вона виникає раніше за інші методологічні напрями, – юриспруденція понять – це юриспруденція переважно ХІХ століття, а юриспруденція понять і юриспруденція оцінок – юриспруденція переважно ХХ століття, хоча всі ці три методологічні напрями мають значення і в ХХІ столітті або мають той чи той стосунок до ХІХ століття: про стан методорозуміння в Німеччині впродовж цих трьох останніх століть див. фундаментальну статтю Р. Ціммермана «Юридична методологія в Німеччині» (2019) [52], зокрема про юриспруденцію понять [52, с. 252–254], – і тому, що інші методологічні напрями виникають як реакція на той евалюативно-аргументивний недолік юриспруденції понять, який вище був названий прогалиною раціональності. Загальна характеристика відповідного методологічного напрямку – це основа для визначення його

аргументативного потенціалу.

1. Історія юриспруденції понять цікавила багатьох юристів, зокрема й К. Ларенц й його «Методології правової науки», яка поряд із систематичною частиною містить історико-критичну частину в усіх 6-ти виданнях з 1960 по 1991 рік [31, с. 8–143; 53, с. 9–173; 54, с. 11–161; 55, с. 11–161; 56, с. 11–177; 12, с. 11–185], її не оминув. Так, в останньому 6-му виданні «Методології» юриспруденції понять присвячено перші дві глави: «Методологія Савіньї» і «„Юриспруденція понять“ XIX століття» [12, с. 19–35, 36–83]. Важливо зауважити, що історико-критична частина розпочинається у К. Ларенца з дослідження творчого внеску Ф. К. фон Савіньї, без якого важко уявити не тільки юриспруденцію понять, але й сучасне німецьке або українське правознавство. Наприклад, варто пам'ятати, що систематичний елемент тлумачення «був винаходом Савіньї і пов'язаний з його ідеалістичним поняттям права: якщо все право утворює внутрішньо єдине розумне ціле, систему, то й на окреме правоположення, що підлягає тлумаченню, потрібно дивитися завжди у контексті цього цілого» [4, с. 365]. В наші дні поняття систематичного (системного) тлумачення можна знайти чи не в кожному підручнику з теорії права як у Німеччині [36, с. 447], так й в Україні (систематичне тлумачення [57, с. 473], системне тлумачення [58, с. 253]). Зрозуміло, що розпочатий перелік досягнень Савіньї, а отже, і юриспруденції понять, можна легко продовжити (канони тлумачення, правочин, міжнародне приватне право тощо).

Пізніше й на противагу відносно критичному погляду К. Ларенца та деяких його колег (Ф. Віакер і Г. Бьомер [9, с. 25–26]) на юриспруденцію понять, – що, зокрема, можна пояснити тим, що якби юриспруденція понять мала абсолютний аргументативний потенціал, то юриспруденція оцінок К. Ларенца була б зайвою, – склався так званий «ревізійністський» [52, с. 252] – і до того ж не тільки переважно, але й палко позитивний погляд на історію і значення юриспруденції понять, представлений

насамперед Й. Рюкертом: концепт юриспруденції понять як юриспруденції принципів [9, с. 551–556]: «*Юриспруденція понять та юриспруденція принципів у будь-якому разі є лише двома сторонами одного методологічного та змістовного напрямку, юриспруденцією понять називають сторону, що полемічно заплутує, юриспруденцією принципів – предметно донині релевантне ядро*» [9, с. 556]. Нагадаємо, що Й. Рюкерт – це провідний дослідник творчості Ф. К. фон Савіньї, який до того ж є відповідальним редактором, разом із Р. Зайнеке, такого цікавого й важливого для розуміння історії юридичної методології в Німеччині в останні більш ніж 200 років збірника статей, як «Методика цивільного права – від Савіньї до Тойбнера» (2017) [9], в якому, до речі, знайшлося місце і окремій статті про К. Ларенца, що підготовлена Р. Фрассеком [9, с. 241–263], про К.-В. Канаріса [9, с. 386–423], учня К. Ларенца та також провідного представника юриспруденції оцінок, а також про таких представників юриспруденції понять, як Савіньї, Пухта, Віндшайд та ранній Ієринг [9, с. 53–176]. Напруга між цими двома поглядами – критичним і позитивним, – тобто між поглядами, репрезентованими насамперед К. Ларенцом і Й. Рюкертом, характеризує сучасний стан дослідження історії юриспруденції понять. Водночас існують і питання, які такої напруги не викликають, а отже, мають нейтральний характер.

Так, добре відомо, що юриспруденція понять тісно пов'язана з історичною школою права, яка бере свій початок в 1789 р. та асоціюється з іменами Г. Гуго, А. Гайзе, Савіньї, Пухти та ін. В рамках цієї школи А. Гайзе створює в 1807 році у викладі «Нарис системи загального цивільного права для використання на лекціях про Пандекти» [59] пандектну систему так званого загального права, яке інакше називається сучасним римським правом [60] (Савіньї) чи пандектним правом [61] (Б. Віндшайд), зусилля щодо конкретизації якої стали ядром розвитку юриспруденції понять не лише в змістовному, але й у методологічному плані, які разом мають стосунок до творення, тлумачення і застосування права.

Надалі юриспруденція понять формувалася під значним впливом пандектистики, тобто напрямку в правознавстві Німеччини ХІХ ст., який брав за основу для свого предмета згадану систему А. Гайзе і так зване пандектне право. Як зазначає провідний пандектист Б. Віндшайд, «значення пандектного права полягає насамперед в тому, що воно з законною силою діє для великої частини Німеччини за відсутністю партикулярно-правових визначень, які йому протистоять» [61, с. 17], тобто пандектне право мало субсидіарне значення до набуття чинності нім. ЦК, яке мало місце 1 січня 1900 року. Проте й такого його значення вистачило для того, щоб розвинути методологію творення, тлумачення та застосування права у формі юриспруденції понять.

Провідну ідею юриспруденції понять можна виразити словами Дж. Остіна, відомого англійського юриста ХІХ ст., – «існування закону – одна річ, його достоїнства та недоліки – інша» (The existence of law is one thing; its merit or demerit is another.) ([цит. за: 62, с. 131]), тобто чинність норми та її морально-правова оцінка – різні речі.

Реалізуючи, по суті, цю ідею, Г. Ф. Пухті «вдалося перфекціонувати на основі старого вчення про дух народу техніку і мистецтво абстрагування. Він має значення власне засновника формальної юриспруденції понять, попередниці пізнішого позитивізму. Його «понятійно-юридичний» метод став основою майбутньої правової догматики. Розвинута ним генеалогія понять зробила можливим наукове продукування права лише за допомогою юридичних конструкцій. Суддівське правозастосування обмежувалося чистим розумовим актом» (Г. Шлоссер) [63, с. 133]. Так, як відомо, Пухта вважав, що право є чимось розумним. Саме про таке праворозуміння Ієринг, рання творчість якого також була внеском у розвиток юриспруденції понять, говорив що в такій теорії «поняття – продуктивні, вони паруються і породжують нові» ([цит. за: 21, с. 2]).

Юриспруденція понять тісно пов'язана з виникненням теорії права на

противагу філософії, енциклопедії чи соціології права. Так, підсумовуючи, можна сказати, що на початку XIX ст. вченню природного права (про це докладно С. П. Рабінович (юснатуралізм) [64]) завданий рішучий удар зі сторони представників історичної школи права на чолі з Савіньї та Пухтою. Термін «юриспруденція понять» має своє втілення в наші дні насамперед у теорії права.

Насамкінець зазначимо, що юриспруденція понять має особливість, про яку вже йшлося вище, яку, однак, слід підкреслити. Так, вона є вінцем розвитку континентальної юридичної догматики з часу рецепції римського права, тобто XI–XII століть.

Отже, можна зробити проміжний висновок про те, що юриспруденція понять має більш чи менш безспірний стосунок до історичної школи права, пандектистики, теорії права та правової догматики (переважно цивілістики), будучи їхнім спільним знаменником. Два останні аспекти – теорія права і правова догматика – зберігають своє значення і в наші дні як в Німеччині, так і в Україні. У цілому і загалом, юриспруденція понять являє собою втілення позитивістського погляду на право, який, однак, має не волітивну, а переважно когнітивну природу, про що свідчать наведені вище зауваження про відношення розуму і права.

2. В історії юридичної методології юриспруденція понять є, як уже зазначено, полем напруги між К. Ларенцом і Й. Рюкертом, тому слід зупинитися й на цьому питанні. Так, К. Ларенц під рубрикою «„Юриспруденція понять“ XIX століття» розглядає чотири питання, про які ми вже в основному згадували вище, а саме: «„Генеалогія понять“ Пухти», «Природно-історичний метод» раннього Ієринга, «Раціоналістичний законопозитивізм Віндшайда» і «„Об’єктивна“ теорія тлумачення», які є доповненням до питання про «Методологію Савіньї».

Так, що стосується Савіньї, то К. Ларенц зараховує його до юриспруденції понять тільки із застереженнями [12, с. 18]. Крім того, в першому виданні 1960 року «Методології» він оцінює заслуги Савіньї

вище, ніж в останньому виданні 1991 року, на що звертає увагу Б. Гюперс [7, с. 424], провідний сучасний дослідник творчості К. Ларенца, автор опублікованої в 2010 році ґрунтовної та інформативної монографії «Карл Ларенц – Методологія і філософія права в історії і сучасності» [7]. Так, в першому виданні сказано, що «ми починаємо наш огляд з Савіньї, оскільки в його методології як у «прелюдії» звучать майже всі мотиви, які одразу ж були підхоплені й часто продовжені в односторонній манері, а в деяких випадках (як-от акцент на «правових інститутах») були усвідомлені і заново підхоплені в наш час» [31, с. 6], а в останньому вже читаємо інше: «... методологія Савіньї є першою після прощання із природним правом Нового часу; ... вона глибоко вплинула на сукупну науково-правову літературу ХІХ століття, і також там, де була спрямована проти неї» [12, с. 8]. Відмінність полягає в тому, що спочатку К. Ларенц веде мову про актуальність Савіньї для ХХ ст., а пізніше обмежує його значення ХІХ століттям.

Цікавими є й інші положення, на яких акцентує увагу К. Ларенц, аналізуючи юриспруденцію понять. Зокрема, він пише, що системне мислення було в правознавстві спадщиною доктрини природного права. Але воно ґрунтувалося також на філософії німецького ідеалізму. Фіхте, Шеллінг спробували конструювати світ неначе із однієї точки, із останньої «трансцендентальної» підстави, тобто розуміти обдумано. Гегель розпочав уявляти «істинне» як «ціле» [12, с. 19]. Якщо Віндшайд тримається основного розуміння Савіньї і Пухти, коли він розглядає право як щось історичне і одночасно розумне, то він все ж сприймає розум уже не стільки об'єктивно, – як іманентний сенс правових інститутів, як втілення основоположних правових принципів, які, хоча вони можуть самі бути історично мінливими, все ж як внутрішня влада (об'єктивного) духу з самого початку далекосяжно визначають правове мислення культурної епохи, – а суб'єктивно як «розумну волю» законодавця [12, с. 28]. І як підсумок, в якому констатується характерна особливість юриспруденції:

питання про логічну своєрідність «телеологічного» мислення поставлено не було [12, с. 35].

Зовсім інший підхід до сучасного, тобто для ХХІ століття, значення Савіньї, а отже, і юриспруденції понять, яку він репрезентує, демонструє критик-ревізіоніст поглядів К. Ларенца Й. Рюкерт. Так, він досліджує питання про два типи такого різновиду норм, як принципи, і опирається при цьому на той внесок у теорію принципів, який зробив Савіньї та інші представники юриспруденції понять. Зазначимо, що такий внесок залишається недоторканим і в наші дні, коли яскраво проявляє себе конкуруюча певною мірою з теорією принципів Савіньї теорія принципів як велінь оптимізації Р. Алексі.

Тож Й. Рюкерт пише: «*Юриспруденція понять* була чисто полемічним ярликом (Іеринг), цей ярлик усе ще заплутує. Було незаперечним, що юриспруденція не функціонує без понять і що формальної логіки недостатньо. ... Тому єдиним влучним найменуванням для цього концепту є *юриспруденція принципів* (Савіньї, Пухта, Віндшайд). Принципи тут – це правоположення, а не тільки веління оптимізації» [9, с. 599] у сенсі Р. Алексі. Зауважимо, що слово «тільки» в останньому реченні видається зайвим, якщо «правоположення» розуміти як правила у сенсі Р. Алексі, для чого є всі підстави.

Важливо й те, як Й. Рюкерт характеризує субсумцію як форму правозастосування в Савіньї. Тож він стверджує, – маючи на увазі аналіз так зв. канонів тлумачення Савіньї, тобто граматичного, логічного, історичного і систематичного елементів тлумачення [36, с. 432–433], а також так зв. «дальшого творення права» Савіньї [36, с. 434–435; 65], – що «критика [канонів тлумачення] через брак точності та ієрархії повинна була б взагалі найперше звернути увагу на проблему «законів із недоліками», яку розглядає Савіньї. Тут він насамперед відкидає надмірні очікування і розробляє тільки правила на користь напрямку «справжнього», лояльного тлумачення, на користь обмеженого дальшого

творення і проти «інтерпретаційного» покращення права. Правові питання не можуть бути прораховані або просто субсумовані, але певна надійність може і повинна бути метою» [9, с. 89]. Це положення слід розуміти як бачення проблеми недосконалості субсумції для вирішення питання про дальше творення права. Проте якась методологічна альтернатива при цьому не пропонується. Час зважування ще не прийшов, однак перехід від деонтологічного практичного поняття, який лежить в основі юриспруденції понять, до телеологічного практичного поняття вже відчувається.

Отже, юриспруденція понять, принаймні в особі Ф. К. фон Савіньї, є, на противагу поглядам пізнього К. Ларенца, актуальним методологічним напрямком, в якому питання принципів і субсумції як характерні для аналітичного методологічного напрямку, – яким є юриспруденція понять, або, погоджуючись з Й. Рюкертом, юриспруденція принципів, – аргументативні проблеми знайшли своє належне місце.

3. Для аналізу аргументативного потенціалу традиційних і сучасних методологічних напрямків доцільно обрати модель, яка могла б належно тематизувати цю проблему. Свій вибір ми зупинимо на так зв. правило/принципи/процедура-моделі правової системи Р. Алексі, проте з істотним застереженням, що терміни «правило», «принцип» і «процедура» будуть мати не те значення, яке вкладав у них Р. Алексі, вони будуть розумітися узагальнено. Це спонукає розглянути питання про те, як розумів свою модель Р. Алексі, від якої будемо абстрагуватися.

Так, Р. Алексі розуміє правову систему як систему процедур [48, с. 36–39] і як систему норм [48, с. 39–43], а потім комбінує ці два типи праворозуміння [48, с. 43] (на противагу цьому див. про українське праворозуміння, зокрема, [66; 67; 68; 69; 70; 71; 72; 73; 74; 75]).

У першому випадку йдеться про те, що становим хребтом міркувань Р. Алексі щодо правової системи як системи процедур є чотириетапна процедурна модель. На першому етапі міститься процедура загального

практичного дискурсу, на другому – процедура введення державного права, на третьому – процедура юридичного дискурсу і на четвертому – процедура судового процесу [48, с. 36–37]. Далі нас буде цікавити, якщо не застережено інше, тільки процедура судового процесу, проте узагальнено: як форма правозастосування, причому формами правозастосування будемо вважати, як і Р. Алексі, тільки субсумцію і зважування [76; 77]. Це дозволяє нам говорити замість процедури судового процесу про процедуру застосування права.

У другому випадку правової системи як системи норм Р. Алексі пропонує на розгляд чисту модель правила і правило/принципи модель, а також чисту модель принципів. Нас буде цікавити тільки середня модель як передумова правило/принципи/процедура-моделі правової системи, проте без використання критерію поділу на правила і принципи, який використовує Р. Алексі, тобто лише припускаючи, що є правила, є принципи і є якийсь критерій для поділу норм на правила і принципи.

Так, правило/принципи-модель – це теорія правової системи, згідно з якою така система складається – що стосується рівня норм – як із правил, так з принципів [48, с. 42].

На основі сказаного далі ми будемо розуміти правило/принципи/процедура-модель правової системи як власне комбінацію із трьох абстрактних проблем, а саме питання про правила, про принципи та про застосування правил і принципів у формі субсумції або зважування.

Отже, для того, щоб відповісти на питання про аргументативний потенціал того чи іншого методологічного напрямку, потрібно взяти за основу узагальнену нами правило/принципи/процедура-модель правової системи й належно їх специфікувати. Покажемо, як це відбувається в рамках розгляду аналітично-аргументативного потенціалу юриспруденції понять.

4. Розглянемо спочатку питання про те, як юриспруденція понять

справляється з розрізненням правил і принципів. Для розрізнення правил і принципів в юридичній літературі запропоновані численні підходи. Так, Р. Алексі обмірковує те, що, мабуть, найчастіше піклувалися про критерій генеральності. Згідно з ним, принципи – це норми відносно високого ступеня генеральності, а правила – норми відносно низького ступеня. За критерієм генеральності можна було б подумати про те, щоб класифікувати одну норму як принцип, а іншу – як правило. Як подальші критерії розрізнення дискутуються «визначеність випадків застосування», спосіб виникнення, скажімо, відмінність між «створеними» нормами і нормами, «що вирости», експліцитність ціннісного змісту, посилення на ідею права або на вищий закон права і значення для правопорядку. Принципи і правила розрізняються до того ж згідно з тим, чи є вони підставами для правил або самими правилами, або згідно з тим, ідеться про норми аргументації чи норми поведінки [10, с. 73–74]. Цінність цього переліку в тому, що в ньому міститься критерій, який використовується в юриспруденції понять, а саме критерій генеральності.

Використання цього критерію веде до погодження з тим, що принципи утворюються, як зазначалося вище з посиланням на Я. Шредера, за процедурою повної або неповної індукції. Водночас Ф. Гекк називає таку процедуру «методом інверсії» [1, с. 79, 81, 111]. Ф. Бідлінські розуміє цей метод так, що «юриспруденція понять утворювала на насправді невиясненій основі поверх понять закону абстрактніші догматичні загальні поняття, під які потім обставини справи субсумувалися як під чинне право. Отже, рішення залежало від того, на якому з можливих ступенів абстракції і в який спосіб було утворено міродатне поняття» («метод інверсії») [1, с. 110–111].

Отже, принципи юриспруденції понять, тобто принципи у сенсі Й. Рюкерта, – це власне абстрактніші правила у сенсі Р. Дворкіна чи Р. Алексі, оскільки, якщо під них можна субсумувати, то вони можуть бути або виконані, або не виконані, тобто перебувають у вимірі чинності, а не у

вимірі ваги права, про які йшлося вище, є дефінітивними, а не *prima facie* нормами. Якщо існують тільки такі принципи, то це означає, що юриспруденція понять має справу лише – насправді – з правилами Дворкіна/Алексі, а єдиною формою правозастосування може бути тільки субсумція, оскільки правильне здійснення субсумції означає «застосування конкретної правової норми саме до даного випадку» [24, с. 26].

Як зазначає М. Павчнік, який розуміє правозастосування тільки як субсумцію [21, с. 1], тобто не вважає зважування правозастосуванням, «„правозастосування“ пережило свою «теоретичну найвищу точку» в школі так званої юриспруденції понять. Її перевага полягає в тому, що вона вносить в правове рішення понятійно-нормативні рамки, які дають правовому рішенню потрібну визначеність і надійність» [21, с. 2].

Так виникає перший результат, який дозволяє сказати, що, юриспруденція понять має справу з правовою системою у сенсі моделі правил Р. Алексі, незалежно від того, що частина правових норм називається принципами. Такі принципи можна називати індуктивними або інверсійними принципами, які істотно відрізняються від принципів у сенсі Р. Алексі, який їх вважає веліннями оптимізації, тобто нормами, які можуть бути водночас і чинними, і суперечними [26, с. 19], тоді як правила – це норми, які можуть бути або чинними, або нечинними, тобто у підсумку вони не можуть бути суперечними, оскільки залишається чинною тільки одна норма.

Оскільки переважно вважається, що юриспруденція понять інших, окрім тих, що утворюються шляхом індукції або інверсії, принципів не знає, то аргументативний потенціал такої юриспруденції серйозно обмежений відсутністю принципів у сенсі Р. Алексі. Саме останнє свідчить про наявність на рівні правової системи як системи норм прогалини раціональності. Ця прогалина проявляє себе і в тому, що зважаючи на «близьке споріднення» [10, с. 125] поняття цінності, а отже, і оцінки, і поняття оптимізаційних принципів, юриспруденція понять і справді є

аналітичною юриспруденцією, тобто юриспруденцією як без відкритої оцінки, так і без оптимізаційних принципів.

5. Викладене вище свідчить, що правова система як система процедур може обмежуватися тільки процедурою субсумції і не знати процедури зважування. Пояснити такий стан можна тим, що відсутність оптимізаційних принципів зумовлює й відсутність відповідної їм процедури зважування. Це саме можна виразити і так, що відсутність відкритої оцінки імплікує відсутність процедури зважування, оскільки принципи Р. Алексі й цінності (блага) К. Ларенца як критерій оцінювання і елемент оцінки – це дві сторони однієї речі [10, с. 132] і застосовуються, як буде докладніше показано далі, саме у формі зважування.

Усе це свідчить про наявність прогалини раціональності в юриспруденції понять і на рівні правової системи як системи процедур, оскільки в юриспруденції понять зважування відсутнє, а існує лише субсумція.

6. Така ситуація потребує певного пояснення. Так, той факт, що юриспруденція понять є насправді методологічним напрямком, який опирається на модель правила у сенсі Р. Алексі, мав би означати, на перший погляд, що юриспруденція понять має справу тільки з писаним правом, тобто з текстом норми. І це справді переважно так. Проте поряд із легальним текстом норми особливе значення отримує доктринальний текст норми, особливо текст індуктивних або інверсійних принципів.

Можливість створення текстів останнього роду зменшує двояку – нормативну і процедурну – прогалину раціональності, проте її не закриває. Так постає питання про те, якими іншими засобами можна заповнити прогалину раціональності, що залишається.

Як висновок, зауважимо таке: юриспруденція понять – це справді методологічний напрямок, в якому наявна прогалина раціональності. Прогалина раціональності юриспруденції понять означає відсутність у правовій системі на рівні норм оптимізаційних принципів, а на рівні

процедур – процедури зважування. Якщо це узагальнити, то йдеться про те, що юриспруденція понять ігнорує проблему відкритої правової оцінки.

Аналітично-аргументативний потенціал юриспруденції понять обмежується дефінітивними нормами (правилами), які включають також індуктивні або інверсійні принципи, з одного боку, і субсумцією як корелятивною правилам формою застосування права – з іншого.

Зауважимо, що в сучасній юридичній літературі, присвяченій юридичній методології, категоричність сформульованого нами висновку пом'якшується за рахунок розгляду юриспруденції понять не тільки під кутом одного з видів деонтологічного поняття, а й під кутом залучення до розгляду телеологічного і аксіологічного поняття. Це ще більше свідчить про те, яке значення мають розглядані поняття в сучасній правовій науці.

1.3. Синтетично-аргументативний потенціал юриспруденції інтересів та оцінок

Аналітичний характер аргументативного потенціалу юриспруденції понять проявляє себе в тому, що вона, по суті, має справу з такою моделлю правової системи, як модель-правило/процедура, якщо під правилом розуміти дефінітивні норми, зокрема й «принципи» у сенсі Й. Рюкерта, а під процедурою – тільки субсумцію. Водночас юриспруденція понять намагається вирішувати широке коло питань, для вирішення яких модель-дефінітивна норма/субсумція не пристосована або пристосована погано, оскільки вона при цьому не може поводитися «методично чесно»: «Охоронці протистоять рушіям. Одні підкреслюють конституційно-лояльно нормативну строгість, зв'язаність законом й загальне однакове правило. Інші підкреслюють, навпаки, соціальне відкривання, вільний процес оцінювання й окрему справу. Вони відразу оголошують зв'язаність законом і нормативну строгість ілюзією, яка повинна покидатися методично чесно та реалістично й заповнюватися суддею у ролі

соціального інженера» [78, с. 916]. У нечесності в методі, як правило, звинувачували юриспруденцію понять, або, як її називає М. Ребіндер, «понятійноюрідичну методологію» [46, с. 90–92].

Так постає питання про те, як раціонально, що означає й методично чесно, перейти від моделі-правило/монопроцедура до інтегративної моделі-правило/принципи/біпроцедура, тобто до моделі-дефінітивна норма/prima facie норма/субсумція і/або зважування. В історії юридичної методології такий перехід відбувається як перехід від юриспруденції понять як аналітичного методологічного напрямку до синтетичних методологічних напрямків, а саме до юриспруденції інтересів, а відтак і до юриспруденції оцінок. Тому далі ми визначимо синтетичний аргументативний потенціал спочатку юриспруденції інтересів (I), а потім юриспруденції оцінок як такої (II), тобто як юриспруденції оцінок К. Ларенца, так і юриспруденції оцінок інших її представників знову за планом: загальна характеристика – аргументативний потенціал.

Подальший виклад стане краще зрозумілим, якщо вказати на те, що різні практичні поняття у сенсі Г. фон Врігта, які лежать в основі кожного синтетичного методологічного напрямку, володіють властивістю взаємовизначеності, аналогічній взаємовизначеності деонтичних модальностей між собою і [79, с. 123] і деонтичних та алетичних модальностей. Отже, можна говорити про аналогію взаємовизначеності практичних понять. Це пояснюється тим, що існує можливість перенесення певних характеристик алетичних модальностей на деонтичні модальності (наприклад, алетичне поняття неможливості аналогічне деонтичному поняттю заборони тощо).

Між трьома синтетичними практичними поняттями існує аналогія взаємовизначеності в тому сенсі, що все, що можна виразити за допомогою принципів у сенсі Р. Алексі, – тобто, як ми далі будемо говорити, за допомогою метадеонтологічних практичних понять на противагу деонтологічним поняттям, про які йшлося в рамках аналізу юриспруденції

понять, відступаючи в цьому від термінології Г. фон Врігта і Р. Алексі, – можна виразити або за допомогою цінностей (благ) К. Ларенца, тобто за допомогою аксіологічних понять, або за допомогою таких антропологічних понять, як мета (ціль), інтерес, потреба тощо. Можливі будь-які інші комбінації, тобто те, про що говорить К. Ларенц словами своєї юриспруденції оцінок, можна сказати словами теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі і т.д.

Водночас має прикладне значення як володіння трьома типами практичних понять, так і зведення їх до якогось одного. В нашій роботі будемо намагатися як у подробицях аналізувати аксіологічні практичні поняття, так і зводити їх до поняття принципів у сенсі Р. Алексі, вкладаючи в таке зведення бажання продемонструвати розвиток раціональності евалюативної юриспруденції як теоретично можливий і корисний на практиці перехід від оригінальної евалюативної юриспруденції (юриспруденції оцінок К. Ларенца) до дискурсивної – опосередкованої оптимізаційними принципами – евалюативної юриспруденції (теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі).

Продемонструвати щойно сказане можна на основі практичного поняття свободи, про яке вище стверджував Пухта як про «зародок права»: про свободу можна висловлюватися як про принцип свободи, цінність свободи і свободу як мету, зацікавленість у свободі, потребу свободи тощо. Аналогічно висловлюється й Р. Алексі: «Якщо припустити достатньо широке поняття мети, то стає можливим ... говорити, скажімо, замість про принцип свободи чи свободу як цінність про свободу як мету. Отже, матеріальні теорії основних прав можуть бути сформульовані як теорії цінності або загальні цільові теорії основних прав, а не як теорії принципів» [10, с. 510] і, додамо, навпаки. Важливе й ще одне цікаве спостереження Р. Алексі, яке він передає такими словами: «розвиток від юриспруденції понять через юриспруденцію інтересів до юриспруденції оцінок, який можна зобразити як послідовність примату деонтологічних,

антропологічних та аксіологічних понять» [10, с. 127].

I.1. Загальну характеристику юриспруденції інтересів можна надати на основі періодизації її розвитку, виділяючи передісторію й історію юриспруденції інтересів та розділяючи історію юриспруденції інтересів на два періоди.

Так, до передісторії можна віднести дослідження пізнім Ієрингом проблематики мети в праві, – К. Ларенц називає такий стан справ «поворотом Ієринга до прагматичної юриспруденції» [12, с. 43], – а до історії спочатку діяльність так зв. Тюбінгенської школи [80, с. 17–18], до якої належали Ф. Гекк, засновник юриспруденції інтересів, а також М. фон Рюмелін і Г. Штоль [80, с. 17]. Зазначимо, що Тюбінгенська школа утворює ядро юриспруденції інтересів, проте до юриспруденції інтересів належали й інші автори, наприклад, Р. Мюллер-Ерцбах [80, с. 18; 12, с. 49], пізній, тобто післячернівецький, Є. Ерліх [81, с. 260–290] та ін. Так, Ш. Фогль, автор важливої для розуміння творчості Ерліха і, зокрема юриспруденції інтересів, монографії «Соціальна законодавча політика, вільне правознаходження і соціологічна правова наука у Євгена Ерліха» (2003) [81] називає праворозуміння пізнього Ерліха «юриспруденцією зважування інтересів» (Interessenabwägungsjurisprudenz) (!) [81, с. 260–290]. К. Ларенц називає цей перший етап «Старою „юриспруденцією інтересів“» [12, с. 49].

Другим і останнім етапом, – який триває і до сьогодні, – в розвитку юриспруденції інтересів є юриспруденція інтересів від часу появи в 1955 році статті Г. Вестермана «Сутність і межі суддівського вирішення спорів у цивільному праві» [36, с. 92; 82]. Її головним представником є Б. Рютерс, про якого ми вже згадували як про гіперкритика поглядів К. Ларенца. К. Ларенц, до речі, розглядає питання цього періоду під рубрикою «Від „юриспруденції інтересів“ до „юриспруденції оцінок“» [12, с. 119–125].

На основі такої періодизації історії юриспруденції інтересів коротко зупинимося на деяких важливих для визначення аргументативного

потенціалу цієї юриспруденції особливостях в її розвитку.

Традиційно вважається, що юриспруденція інтересів бере свій початок із праць Р. Ієринга «Дух римського права на різних ступенях його розвитку, «Ціль в праві» та ін. [83]. Підставою для визначення права в суб'єктивному сенсі послужило для зазначеного автора поняття інтересу, а не волі, як це була звичним у той час (йдеться про 1865 рік).

Як зазначає С. В. Савчук, «соціологічний ... позитивізм, на відміну від легізму, тлумачить право як емпірично-досвідний факт соціального життя, а не як систему нормативних приписів державної влади. Саме в його рамках і сформувалися різні концепції соціолого-юридичного праворозуміння, зорієнтовані на вивчення «права в житті», «живого», діючого права як такого, права в його реалізації. При цьому право трактувалося як юридично захищений інтерес» [84, с. 47]. Саме поняття суб'єктивного права як захищеного інтересу і можна вважати одним із двох найбільш важливих внесків Ієринга в створення пізніше в рамках Тюбінгенської школи юриспруденції інтересів.

Далі що стосується першого етапу в розвитку юриспруденції інтересів, то, як говорить М. Павчник, «юриспруденції інтересів підходить заслуга розбити міф про змістовну самовдоволеність закону та відіслати до багатогранних інтересів, які є предметом правового рішення в конкретних випадках. Гекк виразно встановив, що не тільки законодавець, але також й суддя розмежовує інтереси один від одного і вирішує про конфлікт інтересів. Суддя зв'язаний, правда, законом і оцінкою інтересів законодавцем, однак життєва багатогранність інтересів завжди багатша, ніж охоплені законодавцем інтереси. Тому сучасний законодавець не чекає, що суддя сліпо дотримується букви закону. Він стоїть на точці зору, що суддя здійснює «згідну з інтересами покірність», тобто покірність з огляду на інтереси, які є предметом правового захисту. В цій властивості суддя уповноважений «доповнювати» та «поправляти» ті норми закону, які стосовно багатогранності життєвих інтересів конциповані з недоліками або

з прогалинами.

Випадки, в яких суддя повинен «доповнювати» та «поправляти» закони, стосуються заповнення прогалин в праві (через застосування аналогії закону і права), вирішування на вільний розсуд, виявлення невизначених понять і тих легальних дефініцій, які мають ціннісний зміст, та усунення змістовних суперечностей, які містяться в законі. В цьому та в подібних випадках суддя є юридично співтворчим. Юриспруденція інтересів виразно наголошує, що суддя є «лишень» помічником законодавця, який повинен повністю слідувати його ціннісним судженням. Тільки коли закон не пропонує йому ціннісну основу для його вчинків, він сміє субсидіарно також сам вирішувати, однак знову тільки так, як законодавець діяв би, якби він мав перед собою невизначену кількість випадків такого самого роду (див. ст. 1 [швейцарського] ЦК)» [21, с. 132–133].

Енциклопедичним визначенням юриспруденції інтересів, насамперед, першого періоду, можна вважати таке: «Згідно з нею окремий випадок потрібно вирішувати за казуїстично-емпіричним методом під (знаком) зважування точок зору інтересів, які кладуть в основу наміри законодавця і його виражені в правових положеннях оцінки (каузальні фактори правотворення); при цьому потрібно враховувати, однак, також стан інтересів учасників окремого випадку» [85, с. 181].

У формування другого, тобто сучасного, періоду в розвитку юриспруденції інтересів, який полягає в тісному зближенні юриспруденції інтересів і юриспруденції оцінок, великий внесок зробив якраз К. Ларенц, який спочатку в гострій полеміці з Ф. Гекком, а потім інерційно сформулював такі головні недоліки юриспруденції інтересів першого періоду: «На початку цього [XX] століття, як ми бачили, незвичайний успіх випав «юриспруденції інтересів» Філіпа Гекка, щонайменше, у приватному праві. Проте вона страждала від неясного застосування слова «інтерес»: це останнє розумілося, по-перше, як каузальний фактор, який

мотивує законодавця, по-друге, як предмет затіяної ним оцінки й, при нагоді, навіть як мірило для оцінки» [12, с. 119]. І продовжує: «Прихильники юриспруденції інтересів тим часом також усвідомили цей недолік. У такий спосіб один з них, Гаррі Вестерман, підкреслює, що необхідно поняття інтересу «обмежувати уявленнями на основі прагнень, які (уявлення) мають або мусять мати учасники, які беруть участь в правовому спорі, якщо вони добиваються сприятливого для них правового наслідку», і різко відрізнити поняття інтересів у цьому сенсі від законних масштабів для оцінки. Ці останні самі не є знову інтересами, а, врешті-решт, зробленими законодавцем «висновками з ідеї справедливості». ...

Запропоноване розуміння – це розуміння «юриспруденції оцінок», яке визнано щодо цього сьогодні майже безперечно й особливо в судочинстві» (посилання не наведені; в кінці другого речення цитати міститься посилання на згадану вище статтю Г. Вестермана 1955 року; в останньому реченні після слів «юриспруденції оцінок» вміщено посилання, в якому сказано, що при цьому йдеться про «формальну юриспруденції оцінок») [12, с. 119–120].

Зауважимо, що Б. Рютерс говорить про внесок Г. Вестермана, з посиланням на згадану вище його статтю, що юриспруденція інтересів Вестерманом була «точно і ретельно сформульована до рівня юриспруденції оцінок» (*der Wertungsjurisprudenz ausformuliert worden*, букв. була виформульована до юриспруденції оцінок) [36, с. 92].

Отже, потрібно погодитися з К. Ларенцом і Б. Рютерсом і сказати, як підсумок, що юриспруденція інтересів і юриспруденції оцінок сьогодні є досить близькими методологічними напрямками, хоча принципова відмінність – орієнтація на соціальний ідеал в першому випадку й орієнтація на моральний чи етичний ідеал в другому все ж, на нашу думку, залишається. Крім того, існує і та відмінність, що в основі юриспруденція інтересів лежить антропологічне поняття (мета, інтерес, потреба тощо), а в основі юриспруденції оцінок – аксіологічне (цінність і благо чи добро), яке

було відоме і римським юристам, які визначали право як «мистецтво добра і слушності», або справедливості, рівності (*ius est ars boni et aequi*), тобто мистецтво аксіологічних і метадеонтологічних практичних понять, якщо дотримуватися термінології Г. фон Врігта.

I.2. На основі викладеного можна визначити синтетичний, в нашому випадку антропологічний (телеологічний), аргументативний потенціал юриспруденції інтересів на тлі її історичного розвитку.

Так, юриспруденція інтересів має стосунок до правової системи, яка характеризується моделлю-правило/принципи/біпроцедура не в загальному сенсі, а у сенсі Р. Алексі, тобто є інтегративною дисципліною і вже в цьому істотно відрізняється від юриспруденції понять, яка є моделлю-правило/монопроцедура.

Юриспруденція інтересів тісно пов'язана з аналізом мети норми: «Нормами переслідуються певна мета або цілі (*Zwecke oder Ziele*). Норми є веліннями, які мисляться фінально. Мета, якої прагнуть за допомогою веління, є їхньою точкою орієнтування.

Уже Рудольф фон Ієринг сформулював таке:

„Мета – творець всього права“» (*Der Zweck ist der Schöpfer allen Rechts.*) [36, с. 91]. Сказане дозволяє говорити про мету норми як фінальний принцип, незважаючи на те, що таке формулювання є оксюмороном, оскільки в ньому початок і кінець збігаються в дусі Гегеля.

Цікаво, як мета норми, тобто фінальний принцип, співвідноситься з оптимізаційними принципами не тільки в цілому і загалом у формі взаємовизначеності антропологічних (телеологічних) практичних понять і метадеонтологічних практичних понять, а й конкретно. Так, Б. Рютерс (зі співавторами) зазначає, що «внутрішня правова система цілей норм (*Normzwecke*) передбачає свободу від суперечностей та консистенцію цих цілей норм. Системне мислення забороняє очевидні суперечності оцінок» [36, с. 97]. На перший погляд, вищесказане свідчить про те, що принципи Р. Алексі і цілі норм Б. Рютерса як репрезентанта юриспруденції інтересів

– різні речі. Але це не так, оскільки Б. Рютерс далі говорить: «Єдність оцінки, як правило, виробляється лише правозастосовником. Уявлення про єдиний план оцінки законодавця є видом бажаного» [36, с. 97]. Якщо в останній цитаті замість «оцінка» читати «застосування принципів у сенсі Р. Алексі», то мовлене Рютерсом збереже своє значення, якщо не забувати зазначене вище про зближення юриспруденції інтересів і юриспруденції оцінок. Це підтверджує нашу тезу про взаємовизначення метадеонтологічних і телеологічних практичних понять, а отже, і поняття мети норми й оптимізаційних принципів.

Важливо наголосити, що мета норми може мати як деонтологічний, так і метадеонтологічний характер, причому далі нас буде цікавити тільки потенційний – прямий або опосередкований використанням неформальної оцінки, як також можна називати юриспруденцією оцінок К. Ларенца, – перехід від юриспруденції інтересів до теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі, тобто не аналіз власне мети норми, а застосування оптимізаційних принципів.

Отже, як підсумок зауважимо, що аргументативний потенціал на рівні правової системи як системи норм визначається двома моментами: по-перше, орієнтуванням на антропологічні практичні поняття (інтерес, мета тощо), та, по-друге, можливістю перейти – прямо чи опосередковано – від аналізу мети норми до аналізу оптимізаційних принципів. Якщо ще раз узагальнити, то можна сказати, що прогалина раціональності юриспруденції інтересів полягає в недооцінці відкритої правової оцінки, причому такий висновок, який є висновком і К. Ларенца, стосується передусім юриспруденції інтересів Ф. Гекка.

I.2. Останнє пояснюється тим, що всі три синтетичні методологічні напрямки мають тісний стосунок до процедури зважування, причому вона зароджується саме в рамках юриспруденція інтересів (Ф. Гекк) та в рамках іншого напрямку в ранній соціологічній юриспруденції, який був заснований Є. Ерліхом і називався рухом вільного права. Так, в рамках

руху вільного права процедуру зважування розвивав спочатку Е. Штампе [86, с. 37–39], автор статті «Правознаходження за допомогою зважування» (1905) [87], а пізніше, як зазначено вище, і сам Є. Ерліх, переважно в праці «Юридична логіка», в якій він говорив, скажімо, що «незліченні інші питання права, які могли траплятися в правовому спорі, про набуття права, втрату права, про обсяг правезу, заперечення відповідача, само собою зрозуміло, ніколи не були вичерпно передбачені правоположеннями, і якщо не вистачало правоположення, то рішення про це ухвалювалося суддею на підставі вільного зважування інтересів» [88, с. 134] (пор. сучасне розуміння за [89]).

Про історію зважування в Німеччині від юриспруденції інтересів в ш.с., тобто включно з рухом вільного права, не обмежуючись тільки Тюбінгенською школою, можна судити із фундаментальної статті Й. Рюкерта «Зважування – юридична кар'єра неюридичного поняття, або Нормативна строгість і зважування в зміні функцій» (2011) [78], проте з істотним застереженням, що Й. Рюкерт доволі обережно ставиться до такого роду процедури застосування права. Так, він у своїй програмній статті, написаній разом з Р. Зайнеке, «Дванадцять методичних правил для серйозної справи» (в ред. 2017 року) [9] формулює три такі правила щодо зважування, з якими ми в цілому погоджуємося: Обережно з телосом, Розділяй тлумачення і дальше творення права і зважування, Інколи потрібно зважувати [9].

Й. Рюкерт робить такий висновок щодо значення зважування, від якого ми далі будемо критично відштовхуватися: «Отже, історико-критичний аналіз показує умови осмислених і менш осмислених зважувань у правовій системі. Він виявляє їх у неодноразовій зміні функцій «зважування» від неюридичного процедурного принципу до основно-правового, планово-правового, публічно-правового або і зовсім загальноюридичного інструменту. Обоє, нормативну строгість і зважування, потрібно оптимізувати, але кожне на своєму місці й тому

перше передусім. Оскільки функція права означає визначати очікування на тривалий строк, організувати надійність очікування. Це має значення також стосовно юридичної кар'єри неюридичного поняття *зважування*» [78, с. 923].

У цілому зважування нас буде цікавити в трьох аспектах: найменше зважування в рамках юриспруденції інтересів, оскільки порівняння стану розуміння зважування у Ф. Гекка, Е. Штампе чи Є. Ерліха, з одного боку, і, наприклад, Б. Рютерса – з іншого, свідчить про те, що вони не приділяли увагу структурному аналізу зважування засобами сучасної логіки, тобто з використання мови символів. Це стосується і зважування в рамках юриспруденції оцінок взагалі та юриспруденції оцінок К. Ларенца зокрема. Хоча слід сказати, що в рамках розвитку раціональності останньої юриспруденції теорія зважування досягла дуже значного розвитку і без залучення символічної логіки в праці Т. Ріма, учня К.-В. Канаріса, а отже, представника наукової школи К. Ларенца, «Зважувальні рішення в практичному застосуванні права. Аргументація, доведення, оцінка» (2006) [11]. Тому зважування в рамках юриспруденції оцінок нас буде цікавити більше, і ще більше аналіз зважування в рамках теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі, в якій зважування аналізується найкраще і з використанням формальної мови, а саме так зв. формули ваги, про яку вже згадувалося на початку цього розділу.

Отже, аргументативний потенціал юриспруденції інтересів у частині правової системи як системи процедур характеризується тим, що в ній до субсумції вперше «методично чесно» додається процедура зважування. Водночас процедура зважування в рамках юриспруденції інтересів не є формально структурованою, що створює значні труднощі для її правильного розуміння. Водночас це спонукає шукати альтернативні способи викладу процедури зважування, а тому це створює умови для переходу нашого дослідження від юриспруденції інтересів до юриспруденції оцінок, і потім до теорії раціонального юридичного

дискурсу Р. Алексі – трьох евалюативно-аргументативних теорій, об'єднаних ідеєю зважування спочатку інтересів, потім благ, а відтак принципів.

II.1. Для подальшого розгляду юриспруденції оцінок К. Ларенца спочатку достатньо в рамках загальної характеристики юриспруденції оцінок як такої навести періодизацію історії юриспруденція оцінок [78]. Розгляд в наступному розділі дисертації юриспруденції оцінок К. Ларенца дозволить продовжити загальну характеристику юриспруденції оцінок під кутом визнання юриспруденції оцінок К. Ларенца іншими представниками його методологічного напрямку.

Юриспруденція оцінок має історію і передісторію. Історія бере свій формальний початок із 1931 року, коли появився сам термін «юриспруденція оцінок» (Wertungsjuriprudenz), причому його автором був Штоль, представник юриспруденції інтересів [78]. Передісторія розпочинається з трьох праць, що появилися в 80-ті роки ХІХ століття, авторами яких були Біндінг, Вах і Колер [31, с. 31]. Ці роботи закладають методологічний напрямок, який називається об'єктивною теорією тлумачення. Цікаво, що К. Ларенц розглядає цю теорію, беручи слово «об'єктивна» в лапки, під рубрикою юриспруденції понять, тоді як Я. Шредер вважає самого К. Ларенца представником цієї теорії [5], що опосередковано свідчить про тісний зв'язок юриспруденції понять і юриспруденції оцінок.

Історію юриспруденції оцінок можна розділити на два періоди: юриспруденцію оцінок в умовах ідеологічного тоталітаризму в Німеччині (1933–1945) і юриспруденцію оцінок в умовах плюралізму ідей (до 1933 і після 1945 року). Так, К. Ларенц репрезентує розвиток юриспруденції оцінок в обидва періоди, однак нас більше, зрозуміло, буде цікавити тільки ідеологічно-плюралістичний період, незважаючи на те, що між ними в творчості К. Ларенца існує ідейний континуїтет: «Гідні уваги наслідки аж до «юриспруденції оцінок» 1933-х і 1950-х років залишилися

загородженими легендою про натуралізм. «Юриспруденція оцінок» двічі була певною мірою рішучою «позитивною» відповіддю на критику з боку вільного права в начебто сліпому законопозитивізмі, в 1936 році під знаком нових ясних цінностей – і так само в 1950 році, звичайно, під знаком дуже різних цінностей, але все ж структурно надто подібно» [90, с. 252–254].

Як ми вже зауважували, К. Ларенц говорить про сучасну юриспруденцію інтересів як неформальну юриспруденцію оцінок. Не називаючи свою юриспруденцію оцінок неформальною, К. Ларенц, однак, пропонує ті критерії, які дозволяють, як ми це будемо робити далі, протиставляти формальну юриспруденцію оцінок, тобто сучасну юриспруденцію інтересів, і неформальну юриспруденцію оцінок, тобто власне юриспруденцію оцінок як таку і юриспруденцію оцінок К. Ларенца. Критерієм при цьому буде теза, яку можна сформулювати словами К. Ларенца про те, що неформальна юриспруденція оцінок мала б свідчити про те, «чи покладено в основу законам певні («об'єктивні») правові цінності, чи містить конституція ціннісний порядок і як можуть бути пізнані цінності (або «цінне») – питання, які, певна річ, негайно нав'язуються „юриспруденції оцінок“» [12, с. 120].

Так можна сформулювати два відкриті для української правової науки питання про те, що раціонально *являє собою чи може оптимально являти* юриспруденція оцінок К. Ларенца як неформальна юриспруденція оцінок. Відповідь на них дається в двох наступних розділах дисертації.

II.2. Юриспруденція оцінок *per se* (в цілому і загалом) як аксіологічний методологічний напрямок має тісний стосунок до правової системи як системи норм і системи процедур. Те саме можна сказати про юриспруденцію оцінок К. Ларенца як аксіологічно-діалектичну форму інтегративної теорії юридичної аргументації, про що докладно йдеться далі.

Так, у випадку з системою норм можна, з посиланням на Р. Алексі,

говорити про два типи норм: деонтологічні норми, які розпадаються на правила і принципи, і аксіологічні норми, які розпадаються на правила оцінювання і критерії оцінювання (цінності) [10, с. 132]. Отже, цінність – це критерій оцінювання, причому він структурно відповідає оптимізаційним принципам Р. Алексі. Цінність як критерій оцінювання і власне процес оцінювання, тобто узагальнено аксіологічна норма й конкретно процедура зважування, утворюють загальне поняття оцінки. Це означає, що проблематика юриспруденції оцінок розпадається на дві частини: аналіз цінностей як таких або у формі принципів, і аналіз аксіологічного зважування з тенденцією переходу до аналізу метадеонтологічного зважування як найбільш раціональної форми такої процедури.

Юриспруденція оцінок дає оригінальну відповідь на ці питання, оскільки вона орієнтується при цьому не на соціальний ідеал як юриспруденції інтересів, а на моральний ідеал, про що свідчить, зокрема, і той факт, що останньою оригінальною монографією К. Ларенца була книга «Правильне право. Основні риси етики права» (1979) [91].

Отже, як підсумок можна сказати, що аргументативний потенціал юриспруденції оцінок на рівні правової системи як системи норм визначається двома моментами: по-перше, орієнтуванням на аксіологічні практичні поняття (цінність, благо, добро тощо) та, по-друге, можливістю перейти – прямо або опосередковано – від аналізу цінностей як критерію оцінювання до аналізу оптимізаційних принципів.

II.3. Юриспруденція оцінок в частині правової систем як системи процедур, як уже зазначено, ґрунтується на процедурі зважування. Вона немов запозичує її у юриспруденції інтересів і пристосовує до аналізу аксіологічних понять. Показати як це відбувається і як можна перейти від аксіологічного зважування до метадеонтологічного зважування є одним з двох питань – поряд з переходом від аналізу цінності до аналізу принципів – до якого слід відразу перейти (2-й розділ дисертації).

Отже, аргументативний потенціал юриспруденції оцінок в частині правової системи як системи процедур характеризується тим, що в ній процедура зважування набуває аксіологічних рис замість телеологічних.

Якщо вкотре узагальнити, то можна сказати, що прогалина раціональності юриспруденції оцінок зводиться до аксіологічної або аксіологічно-діалектичної у К. Ларенца форми правової оцінки.

Висновки до 1-го розділу

Викладене вище дозволяє зробити наступні висновки до поточного розділу: сучасна юридична методологія розпадається на три головні методологічні течії (юриспруденція понять, юриспруденція інтересів, юриспруденція оцінок). Ці течії репрезентують відповідно аналітичний, емпіричний і нормативний виміри права та розрізняються своїм ставленням до феномена оцінки (нім. Wertung, відкрита оцінка (і Beurteilung, закрита оцінка), англ. evaluation), причому перша юриспруденція залишає відриті питання для другої, а друга для третьої. Тому перш ніж перейти до розгляду власне юриспруденції оцінок, тобто юриспруденції відкритих оцінок (далі під юриспруденцією оцінок, якщо не застережено інше, розуміється тільки юриспруденція відкритих (!) оцінок), потрібно експлікувати типи евалюативного дуалізму цих течій та встановити, на чому ґрунтуються згадані відмінності, тобто дослідити зовнішню структуру юриспруденції оцінок. Спільним знаменником при цьому може бути теорія юридичної аргументації, репрезентована Р. Алексі та ін. Все це дозволяє з'ясувати аналітично- та синтетично-аргументативний потенціал оперування поняттями, інтересами і (відкритими) оцінками в процесі розв'язання правових проблем.

1. Системний підхід (структура, субстрат, концепт системи за А. І. Уйомовим) може бути використаний для експлікації і реконструкції юриспруденції оцінок як нормативно-аргументативної системи: модальна

структура, аплікативний субстрат, дуальність та ідея права (правильне право) як аксіологічний концепт.

2. Евалюативний дуалізм головних методологічних течій – це *аналітично-синтетичний дуалізм*, який характеризується тим, що три методологічні течії можна розділити на дві групи: аналітичну (юриспруденція понять) і синтетичну (юриспруденція інтересів і юриспруденція оцінок) в залежності від того, яку відповідно реконструктивну (репродуктивну, закриту, зв'язану) чи конструктивну (продуктивну, відкриту, вільну) з погляду оцінок судді функцію виконують відповідні течії.

Поняття евалюативного дуалізму можна поглибити і розширити: у першому випадку має місце *соціально-моральний дуалізм* синтетичних юриспруденцій, тобто юриспруденції інтересів і юриспруденції оцінок, який відзначений тим, що обидві юриспруденції є насправді двома різновидами юриспруденції оцінок в широкому сенсі, які пріоритетно орієнтовані відповідно або на аналіз соціального ідеалу, або на аналіз ідеалу морального; у другому випадку синтетичні юриспруденції можуть бути доповнені аргументативною юриспруденцією, при цьому за основу можна взяти поділ Г. фон Врігтом так зв. практичних понять на аксіологічні, деонтологічні і антропологічні.

3. Аргументативний потенціал юриспруденції понять визначається дефінітивними нормами (правилами), які включають також індуктивні або інверсійні принципи, з одного боку, і субсумцією як корелятивною правилам формою застосування права – з іншого. Прогалина раціональності юриспруденції понять полягає в ігноруванні відкритої правової оцінки.

4. Аргументативний потенціал юриспруденції інтересів у частині правової системи як системи процедур характеризується тим, що в ній до субсумції вперше «методично чесно» додається процедура зважування. Водночас процедура зважування в рамках юриспруденції інтересів не є

формально структурованою, що створює значні труднощі для її правильного розуміння. Аргументативний потенціал юриспруденції інтересів на рівні правової системи як системи норм визначається двома моментами: по-перше, орієнтуванням на антропологічні практичні поняття (інтерес, мета тощо), та, по-друге, можливістю перейти – прямо чи опосередковано – від аналізу мети норми до аналізу оптимізаційних принципів. Прогалина раціональності юриспруденції інтересів полягає в недооцінці відкритої правової оцінки.

5. Аргументативний потенціал юриспруденції оцінок в частині правової системи як системи процедур характеризується тим, що в ній процедура зважування набуває аксіологічних рис замість телеологічних. Аргументативний потенціал юриспруденції оцінок на рівні правової системи як системи норм визначається двома моментами: по-перше, орієнтуванням на аксіологічні практичні поняття (цінність, благо, добро тощо) та, по-друге, можливістю перейти – прямо або опосередковано – від аналізу цінностей як критерію оцінювання до аналізу оптимізаційних принципів. Прогалина раціональності юриспруденції оцінок зводиться до аксіологічної або аксіологічно-діалектичної у К. Ларенца форми правової оцінки.

6. Юриспруденція понять та юриспруденція інтересів являють собою аргументативну предтечу юриспруденція оцінок К. Ларенца. Юриспруденція оцінок – це безпосередня методологічна предтеча теорії юридичної аргументації. Відношення між головними методологічними течіями має не альтернативний, а комплементарний і перехресний характер, причому аналітична юриспруденція (юриспруденція понять) залишає відкриті питання для синтетичних юриспруденцій, а традиційні синтетичні юриспруденції – для інтегративної теорії юридичної аргументації.

7. Положення цього розділу викладені в таких статтях: [92; 93; 94; 95; 96].

РОЗДІЛ 2

РОЗВИТОК РАЦІОНАЛЬНОСТІ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ ОЦІНОК КАРЛА ЛАРЕНЦА

Юриспруденція оцінок – це аксіологічний методологічний напрямок, в центрі уваги якого перебуває, отже, поняття відкритої оцінки. Оцінка при цьому розуміється передусім як синтез критерію оцінювання, тобто цінності, і процесу оцінювання. Тому юриспруденцію оцінок К. Ларенца доцільно розглянути з двох точок зору: з погляду поняття цінності як критерію оцінювання і з погляду розуміння процедури зважування як репрезентанта процесу оцінювання. Саме тому зосередимося завперш на цінності й зважуванні.

Юриспруденція оцінок К. Ларенца може бути розглянута в процесі розвитку її раціональності, який виходить за рамки творчості самого К. Ларенца. Це дозволяє розрізнити юриспруденцію оцінок К. Ларенца як аксіологічно-діалектичне праворозуміння самого К. Ларенца; юриспруденцію оцінок К. Ларенца, яка включає розвиток раціональності цієї юриспруденції представниками його наукової школи, насамперед К.-В. Канарісом, Д. Леєненом і Т. Рімом; а також юриспруденцію оцінок К. Ларенца, яка має місце тоді, коли тенденція переходу від переважної опори на аксіологічні практичні поняття до залучення метадеонтологічних понять, характерна вже для самого К. Ларенца, який позитивно ставиться до поняття принципів Р. Алексі як велінь оптимізації [7, с. 475], виходить за рамки творчості як К. Ларенца, так і його учнів. У такому разі можна показати як юриспруденція оцінок К. Ларенца співвідноситься з теорією раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі.

Отже, головна мета нашого розгляду в цьому розділі полягає в демонстрації того, як оцінюється раціональність юриспруденції оцінок К. Ларенца у вузькому сенсі (*sensu stricto*), як розвивається раціональність

юриспруденції оцінок К. Ларенца в широкому сенсі (*sensu largo*) і які передумови ведуть до конвергенції юриспруденції оцінок К. Ларенца і теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі, тобто до взаємодії аксіологічної і метадеонтологічної евалюативної юридичної методології як юриспруденції оцінок К. Ларенца в найширшому сенсі (*largissimo sensu*).

2.1. Свідома імпліцитність юриспруденції оцінок К. Ларенца

Юриспруденція оцінок має своїм предметом оцінку як логічний добуток критерію і процесу оцінювання. Саме тому юриспруденцію оцінок К. Ларенца можна й потрібно розглядати насамперед з цих двох точок зору, тобто з погляду питання цінності як критерію оцінювання і питання зважування благ як репрезентативного процесу оцінювання. Водночас розгляд юриспруденції оцінок може включати й інші аспекти, як-от результат оцінки тощо.

Свою увагу при розгляді критерію оцінювання ми зупинили на двох питаннях, які дозволяють належно охарактеризувати методологічний добуток К. Ларенца з погляду філософії права. Так, важливе значення у контексті критерію оцінювання мають відповіді на питання: по-перше, що собою являє правова система як система об'єктивних і/або інтерсуб'єктивних цінностей, по-друге, як власне у К. Ларенца намічається перехід від переважного аналізу аксіологічних практичних понять до розгляду метадеонтологічних практичних понять, тобто оптимізаційних принципів у сенсі Р. Алексі.

В контексті висвітлення процесу оцінювання найбільше значення мають такі питання: по-перше, як К. Ларенц розуміє значення субсумції в процесі оцінювання, і, по-друге, як він аналізує в процесі оцінювання зважування благ та інші релевантні форми оцінювання.

Передумовою відповіді на ці чотири питання є загальна характеристики творчості К. Ларенца, до якої ми відразу переходимо.

1. Для аналізу раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца введемо розрізнення імпліцитності й експліцитності як відповідно мінімального та максимального ступенів раціональності. Чи не єдиним безсумнівним прикладом ірраціональності юриспруденції оцінок могла б бути її тривіальна суперечливість, тобто або така суперечність у частині аналізу модального характеру правових норм (наприклад, щось дозволено і заборонено водночас), або в частині розгляду змісту правових норм, тобто в частині взяття до уваги правових наслідків (коли з одних і тих самих умов застосування норми випливають два правові наслідки, які суперечать один одному). В основі такого розрізнення лежить важливе для всієї нашої роботи усвідомлення того, що, як вважає, наприклад, Б. Рютерс (зі співавторами), основними елементами правової норми є адресати правових норм, фактичний склад, розпорядження про належне і розпорядження про правовий наслідок [36, с. 84–86]). Таке уявлення, яке ввійшло нині в Німеччині в підручники з теорії права, філософії права і юридичної методології, в цілому опирається на досягнення деонтичної логіки, в якій у нормі розрізняють *змісто, умовами застосування, суб'єкт і характер*. В подальшому ми будемо термінологію теорії права і логіки норм використовувати комбіновано, а саме терміни суб'єкт і адресат, а також умови застосування і фактичний склад норми, а також гіпотеза норми – як синоніми, а от замість розпорядження про належне і розпорядження про правовий наслідок будемо говорити переважно про характер норми і зміст норми.

Відповідно раціональною юриспруденція оцінок буде тоді, коли вона заявляє претензію на правильність (про поняття претензії на правильність у контексті права і її висунення див. [97, с. 4–7]) критерію і процесу оцінювання, тобто, врешті-решт, правильність цінності та правильність зважування.

Експліцитно раціональною юриспруденція оцінок буде тоді, коли

вона не тільки субстанціонально правильно аналізує свій предмет, але й правильно формалізує його, імпліцитною юриспруденція оцінок є тоді, коли вона не приділяє уваги питанню формалізації, але все ж субстанціонально правильно його аналізує. Отже, розвиток раціональності можна показати як перехід від субстанціонально правильного аналізу феномену оцінки не тільки до субстанціонально правильного його аналізу, але й до відповідної формалізації або структуризації.

Філософсько-правовий і методологічний підхід К. Ларенца зводиться до свідомої відмови від формалізації як у рамках аналізу цінностей, так і в процесі оцінювання, про що свідчить його теза про те, якщо говорити узагальнено, що субсумція непридатна у контексті відритої оцінки [12, с. 24, 453, 464 та ін.].

Якщо позначити ірраціональний характер юриспруденції оцінок знаком «-» (мінус), а амбівалентний характер юриспруденція оцінок К. Ларенца у вузькому сенсі знаком «±» (плюс-мінус), то унаочнити сказане можна такою таблицею:

юриспруденція оцінок як така (per se)		
	критерій	процес
оцінювання		
1	-	-
2	±	±

Ірраціональною юриспруденція оцінок була б тоді, коли вона не заявляла б претензію на правильність ні субстанціонально, ні формально, про що свідчать два мінуси. Імпліцитний характер юриспруденції оцінок К. Ларенца, позначений двома «плюсами-мінусами», означає, що К. Ларенц заявляє претензію на субстанціональну – і, як варто додати, функціональну – правильність своєї теорії («+»), але свідомо відмовляється це робити за допомогою формалізації («-»).

Юриспруденція оцінок у рамках наукової школи К. Ларенца цікава тим, що в ній поняття критерію оцінювання, хоч і розвивається у напрямку, – вказаному самим К. Ларенцом [7, с. 421–426], – зважання на не тільки на аксіологічні норми, а й на метадеонтологічні (етико-правові принципи як веління оптимізації у сенсі Р. Алексі [7, с. 475]), проте це відбувається без належної формалізації, що підтверджується, зокрема, її відсутністю в К.-В. Канаріса [98] або Д. Леенена [99]. Однак відповідна формалізація, хоч і без використання досягнень сучасної логіки, проте з опорою на традиційну логіку, відбувається в рамках аналізу процесу зважування (Т. Рім), а саме в процесі «інтеграції зважування в модель субсумції» [11, с. 6–7]. Тому розвиток раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца в широкому сенсі можна передати за допомогою двох знаків: «±» і «+».

Свого апогею розвиток юриспруденції оцінок К. Ларенца досягає за рамками як творчості самого К. Ларенца, – повторимо, в напрямку інтенцій пізнього К. Ларенца, – так і представників його наукової школи в межах теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі, яка є метадеонтологічним різновидом евалюативної юриспруденції, що має справу з проблемами оцінки (евалюації), проте не в прямій аксіологічній формі, а в непрямій метадеонтологічній, тобто у формі принципів як велінь оптимізації: «Теорія принципів – це теорія цінностей, очищена від хистких припущень» (Р. Алексі) [10, с. 18]. Таку теорію можна охарактеризувати двома «+», оскільки Р. Алексі заявляє опосередковану – поняттям оптимізаційних принципів і формули ваги – претензію як на субстанціональну, так і на формальну правильність.

Тому наведену вище таблицю можна доповнити ще двома рядками:

3	±	+
4	+	+

Тепер рядок 1 символічно демонструє можливий ірраціональний характер юриспруденції оцінок, 2 – амбівалентний (трансцендентно-іманентний [7, с. 421]) і свідомий імпліцитний характер юриспруденції оцінок К. Ларенца у вузькому сенсі, 3 – частковий серйозний розвиток раціональності юриспруденції оцінок у частині процесу оцінювання в рамках наукової школи К. Ларенца (Т. Рім), а 4 – продовження розвитку юриспруденції оцінок К. Ларенца, яке виходить і за рамки його наукової школи при субстанціональній конвергенції аксіологічних і метадеонтологічних практичних понять, з одного боку, і формалізації цієї конвергенції – з іншого (Р. Алексі). Наведені нижче положення потрібно розуміти як конкретизацію або інтерпретацію цієї таблиці, спрямовану на підтвердження її адекватного характеру.

Отже, викладене вище дозволяє стверджувати про належний розвиток юриспруденції оцінок тоді, коли відбувається субстанціонально-формальний перехід від імпліцитної юриспруденції оцінок К. Ларенца у вузькому сенсі до частково експліцитної в рамках його наукової школи та повною мірою експліцитної в рамках теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі.

Загальна характеристика творчого доробку К. Ларенца, життєвий шлях якого розгортається впродовж майже всього ХХ століття (К. Ларенц народився в 1903, а помер в 1993 році), стане краще зрозумілою, якщо розділити його наукову діяльність на три частини: ранній, середній і пізній період, взявши за основу дві дати в історії Німеччини, які не могли не плинути на К. Ларенца: 1933 і 1945 рік. Аналогічні дати бере за основу і Б. Гюперс у своєму фундаментальному дослідженні творчості К. Ларенца [7, с. 112, 201], оскільки для цього справді існують й інші вагомні підстави. Принагідно зазначимо, що К. Ларенц був провідним філософом права, методологом і цивілістом, а спільним знаменником для цього якраз була юриспруденція оцінок. Нас далі буде цікавити переважно К. Ларенц як

філософ і методолог права, причому в тісному переплетенні з деякою перевагою методологічних питань.

Отже, що стосується формування філософського правового світогляду К. Ларенца, перший – ранній – період має місце до 1933 року і характеризується переходом К. Ларенца від орієнтування на Р. Штамлера до орієнтування на Ю. Біндера, тобто переходом від неокантіанства до неогегельянства [7, с. 42–65, 65–111]; другий – середній – період 1933–1945 років характеризується активним розвитком К. Ларенцом у галузі права філософського напрямку неогегельянства, репрезентативним представником якого він був уже в цей час [7, с. 148]; третій – пізній – період характеризується зацікавленістю К. Ларенца вже не тільки неогегельянством – інтерес до якого у нього поступово спадав, – але й ще двома новими і одним старим напрямком, а саме: філософською герменевтикою Г.-Г. Гадамера (питання передрозуміння тощо) [8, с. 305; 12, с. 206–211], з одного боку та, з іншого боку, теорією комунікативних дій і консенсусною теорією істини, теорією обґрунтування Ю. Габермаса [8, с. 305; 12, с. 201], продовженням і модифікацією яких є формування теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі (теза Р. Алексі про юридичний дискурс як особливий випадок загального практичного дискурсу) [34, с. 134–177, 251–273; 100, с. 172–174]. Старим напрямком є формальне й неформальне повернення до витоків, а саме до неокантіанської філософії права Р. Штамлера. У цілому можна сказати – менш точно, але більш образно – що філософія права К. Ларенца проходить шлях від Канта до Гегеля і від Гегеля до Канта, проте це коло не було завершено. Нашу роботу ми вважаємо рухом у визначеному К. Ларенцом філософському і філософсько-правовому напрямі.

Що стосується формування юридичної методології права К. Ларенца, то тут достатньо розділити творчий шлях на підготовчий і основний, взявши за основу 1960 рік, коли вийшло друком перше видання

«Методології правової науки», яке потім розвивалося й перевидавалося в 1969, 1975, 1979, 1983 і 1991 році [31; 53; 54; 55; 56; 12], а скорочене *post mortem* видання, підготовлене К.-В. Канарісом, – в 1995 році [101]. Ранній період можна вважати підготовкою до видання «Методології», якщо погодитися з тезою Й. Рюкерта і Р. Фрассека про континуальний характер філософського і методологічного світогляду К. Ларенца до і після 1945 року [90, с. 231; 9, с. 242], а також взяти до уваги такі публікації К. Ларенца після 1945 року, але до 1960 року, як: «Дороговкази до суддівської правотворчості. Юридично-методологічне дослідження» (1958) [102], «Основа угоди і виконання договору. Значення обставин, що змінилися, в цивільному праві» (2-ге вид., 1957) [103; 104] (перше видання мало місце в 1951 році [105, с. 552]), «Дерогуюча сила судового узусу?» (1951) [106], «Соціальнотипова поведінка як підстава зобов'язання» (1958) [107], «„Зміна значення“ правової норми і взяття її до уваги в юдикатурі» (1959) та ін.

Серед робіт, на які ми в основному опираємося, крім «Методології», слід виділити такі: «Проблема чинності права» (1929) [6] як філософсько-правову працю з раннього періоду, в якій К. Ларенц описує підходи до поняття чинності, які сформувалися до нього (психологічний, соціологічний, нормативний, онтологічний [6, с. 9–22]) і пропонує власний діалектичний підхід [6, с. 22–41], далі дві статті з пізнього періоду: «Дороговкази до суддівської правотворчості. Юридично-методологічне дослідження» (1958) [102] і «Методичні аспекти „зважування благ“» (1974) [28], в першій з яких викладаються поняття переважно трансцендентних цінностей (природа речі, порівняння випадків, розвинуте вчення, ідея права, а також основоположення і принципи історичного правового цілого), в другій спеціально аналізується процедура зважування благ. Виділимо ще одну публікацію-монографію, а саме «Правильне право. Основні риси етики права» (1979) [91], в якій К. Ларенц віддає перевагу

аналізу іманентних правових цінностей [105, с. 497].

Зазначені п'ять публікацій утворюють ядро нашого філософсько-правового дослідження юриспруденції оцінок як традиційного методологічного напрямку, оскільки чотири останні публікації охоплюють чотири поставлені нами вище проблеми, а саме питання об'єктивних і інтерсуб'єктивних цінностей під кутом трансцендентних та іманентних цінностей у термінології К. Ларенца, а також питання чинності й питання зважування як питання виміру чинності і виміру ваги права. «Методологія» крок за кроком консолидує і розвиває висловлені в згаданих та інших публікаціях ідеї.

2. Отже, твори К. Ларенца, які стосуються юриспруденції оцінок, мають своїм фундаментом «Методологію правознавства» (1960–1991 рр.), причому юриспруденції оцінок в ній присвячено спеціально два останні розділи. Це спонукає докладно їх описати в цілому і загалом та в тій частині, яка стосується юриспруденції оцінок, оскільки її опублікованого перекладу українською мовою ще немає.

«Методологія» за виданням 1960 року складається із двох частин: історико-критичної та систематичної. Подібну загальну структуру мають усі інші видання. Детальніше розглянути план роботи можна за останнім, шостим, виданням [12, с. XI-XV], Так, історико-критична частина має підзаголовки «Теорія права та методологія з часу Савінії» і складається із 5-ти глав: 1. Методологія Савінії, 2. «Юриспруденція понять» XIX століття, 3. Теорія права та методологія під впливом позитивістського поняття науки, 4. Відвернення від позитивізму в філософії права першої половини XX століття, 5. Дискусія про методи в теперішній час. Саме в цих главах можна знайти відомості про головні методологічні течії, про які йшлося вище, в широкому філософсько-методологічному контексті. Подібний зміст мають також інші видання «Методології», причому останній розділ доповнюється актуальними положеннями, які появились

після виходу у світ попередніх видань, наприклад, тезами про теорію юридичної аргументації, яка активно розвивається тільки з 70-х років ХХ століття: цієї теми ще немає в третьому виданні «Методології» 1975 року, якщо не рахувати «розумоправову аргументацію» Кріле [54, с. 144–147], проте згадується в наступному четвертому виданні 1979 році, коли спеціально, спочатку в додатку-післямові, аналізуються «Праці з юридичної логіки і аргументації» [55, с. 499–505], в т.ч. «Теорія юридичної аргументації» Р. Алексі, яка вийшла друком за рік до того [34], а потім у наступних виданнях переносяться в останній розділ історико-критичної частини, в якому йдеться про розвиток актуальних правових ідей на час видання, в т.ч. у сфері «Топіки і теорії аргументації» [56, с. 140–149]. Тут тепер згадується і Р. Алексі [56, с. 148–149], хоча про принципи як веління оптимізації тут ще не йдеться (про «веління оптимізації» мовиться у шостому виданні 1991 року [12, с. 475], причому в систематичній частині).

Друга – систематична – частина «Методології» становить особливий інтерес. У цій частині, за 6-м виданням 1991 р., 6 глав [12, с. XII–XV]: 1. Вступ: загальна характеристика юриспруденції, 2. Вчення про правоположення, 3. Утворення і правова оцінка (Beurteilung) обставин справи, 4. Тлумачення законів, 5. Методи суддівського дальшого творення права, 6. Утворення поняття та системи в юриспруденції. Відмітимо, що в 3-й главі йдеться про закриту оцінку (Beurteilung), а не про відкриту оцінку (Wertung), яка досліджується в нашій роботі і яка може бути як оцінкою обставин справи (К. Ларенц, питання типів [12, с. 462, 464]), так і оцінкою норм, точніше – оцінкою окремих елементів норми (Р. Алексі, так зване зовнішнє виправдання [108, с. 41–51, 45]).

Особливе значення для розуміння юриспруденції оцінок К. Ларенца при цьому мають дві останні глави, а також глава 4, оскільки К. Ларенц розуміє питання, які об'єднуються під заголовком «юриспруденція оцінок», як продовження тлумачення [12, с. 366–369]. Тож у главі

четвертій – тлумачення законів – йдеться про завдання тлумачення (функція тлумачення в процесі застосування закону, ціль тлумачення: воля законодавця чи нормативний сенс закону?), критерії тлумачення: а) сенс слова, б) взаємозв'язок значень закону, с) намір регулювання, цілі, нормативні уявлення історичного законодавця, d) об'єктивно-телеологічні критерії, е) припис конституційно-конформного тлумачення, f) відношення критеріїв тлумачення один до одного, g) порівняння тлумачення закону з тлумаченням правочинів; тлумачення факторів, які є співвизначальними (прагнення до справедливого вирішення справи, зміна нормативної ситуації), особливі проблеми тлумачення («вузьке» та «широке» тлумачення; тлумачення «приписів-винятків», до тлумачення звичаєвого права та преюдицій, до конституційної інтерпретації) [12, с. 312–365].

П'ята глава – методи суддівського дальшого творення права – стосується таких методологічних аспектів юриспруденції оцінок, як: суддівське дальше творення права як продовження тлумачення, надолуження прогалин закону (іманентне закону дальше творення права): поняття і види прогалин закону, надолуження «відкритих» прогалин, особливо через аналогію, надолуження «прихованих» прогалин, особливо через телеологічну редукцію, інші випадки телеологічно обґрунтованої коректури тексту закону, встановлення прогалин та надолуження прогалин, доповнення прогалин як результат творчого пізнання; вирішення колізій норм та принципів завдяки «зважуванню благ» (Güterabwägung), дальше творення права понад план закону (таке, що перевершує закон дальше творення права): дальше творення права з опорою на потреби правового обігу, «природу речі», етико-правовий принцип, – границі дальшого творення права, яке перевершує закон; значення преюдицій для утворення «суддівського права». Остання шоста глава – понятійне та системне утворення в юриспруденції – висвітлює такі питання, як: «зовнішня» або абстрактно-понятійна система (завдання і можливості

юридичного утворення системи, абстрактне поняття та утворена за його допомогою «зовнішня система», юридична «конструкція» як засіб систематизації, юридичні теорії та їх додаткова перевірка, внутрішньо притаманна абстрагуючому мисленню тенденція спустошення сенсу, екскурс: поділ Гегеля на абстрактні та конкретні поняття), типи та ряди типів (мисленнєва форма «типу» в загальному, значення типу в правознавстві, осягання правових структурних типів, значення останніх для утворення системи (рядів типів)), «внутрішня» система (значення правових принципів для утворення системи, функціонально визначені правові поняття, «відкритий» та «фрагментарний» характер внутрішньої системи) [12, с. 366–436, 437–490]. Зазначимо, що терміну «зовнішня система» у К. Ларенца певною мірою відповідає термін «внутрішнє виправдання» у Р. Алексі, а терміну «внутрішня система» – «зовнішнє виправдання», що є даниною традиції, оскільки К. Ларенц запозичує поділ у Ф. Гекка [12, с. 57], а Р. Алексі – у Є. Врублевські [108, с. 18]. Саме поняття внутрішньої системи і зовнішнього виправдання мають тісний стосунок – відповідно прямий чи опосередкований – до юриспруденції оцінок взагалі і К. Ларенца зокрема.

Найперше, на що слід звернути увагу в цих релевантних в аспекті юриспруденції оцінок розділах «Методології», це питання про об'єктивно-телеологічне тлумачення за К. Ларенцом. Зокрема, в такому разі потрібно взяти до уваги, що «цілі, які законодавець намагається здійснити завдяки закону, є в багатьох, якщо не у всіх випадках, *об'єктивними* цілями права, як-от збереження миру та справедливе вирішення суперечок, «виваженість» регулювання у сенсі оптимального дотримання інтересів, які перебувають у грі. Понад те, ми вимагаємо регулювання, яке є «належним». ...

Тим самим отримуються дві групи об'єктивно-телеологічних критеріїв, які всюди повинні мати вирішальне значення там, де досі ...

критерії (про які згадується вище: сенс слова, взаємозв'язок значень закону, намір регулювання, цілі, нормативні уявлення історичного законодавця. – О.Н.) ще не змогли дати жодної безсумнівної відповіді. По-перше, йдеться про структури врегульованої матеріальної області, фактичні даності, в яких також і законодавець нічого не може змінити; по-друге, про правові принципи, які стоять позаду регулювання, в яких сенсова асоціація (Sinnbezug) такого регулювання вловлюється, висловлюється в ідеї права. Об'єктивно-телеологічними я називаю ці критерії тому, що у них не йдеться про питання, щоб законодавець завжди усвідомлював їх значення (Bedeutung) для ним створеного регулювання» [12, с. 333].

Варто нагадати, що К. Ларенц ставить питання про те, що є ціллю тлумачення: воля законодавця чи нормативний сенс закону? Так, він зазначає, що «в історичній частині ми побачили, що в філософсько-правовій та методологічній літературі уже в другій половині ХІХ століття про ціль тлумачення закону утворилося дві теорії, з яких перша «суб'єктивна теорія», або «теорія волі», ціллю тлумачення вважає дослідження історично-психологічної волі законодавця, друга, «об'єктивна теорія», або теорія іманентного витлумачення закону (Gesetzesdeutung), – розкриття самому закону внутрішньо притаманного сенсу. Як із представниками суб'єктивної теорії тлумачення ми познайомилися, насамперед, із Віндшайдом і Бірлінгом, в певному сенсі також Філіпом Гекком, як з представниками об'єктивної теорії – з Колером, Біндінгом і Вахом, а також пізніше з Радбрухом, Зауером та Біндером. Протилежність обох теорій продовжує існувати, часто навіть в одному й тому самому творі та в (правових) позиціях вищих судів» [12, с. 316]. Сам К. Ларенц, як видно із зазначеного перед цим, дотримується другого підходу. Проте цей підхід компромісний, оскільки об'єктивно-телеологічне тлумачення має у нього субсидіарне, додаткове (адитивне), секундарне значення щодо так

званого буквального та іншого тлумачення.

Із зазначеного можна зробити висновок, що об'єктивно-телеологічне тлумачення є раціональним ядром, суттю юриспруденції оцінок як в вузькому, так і в широкому розумінні, тобто відповідно і тоді, коли юриспруденцію оцінок зводять до об'єктивно-телеологічного тлумачення, і тоді, коли юриспруденцію оцінок розуміють як розширення юриспруденції понять та/або юриспруденції інтересів, які звертають свою увагу на інші різновиди тлумачення, оскільки в обох випадках, коли йдеться власне про юриспруденцію оцінок, акцент робиться на одне й те саме – об'єктивно-телеологічні критерії тлумачення. Проте не лише на них: відбувається перехід до аналізу поняття так званого дальшого творення права, або, що те саме, подальшого розвитку права, розвитку права поза межі тлумачення.

Об'єктивно-телеологічне тлумачення можна вважати передумовою юриспруденції оцінок як такої, точніше – містком між тлумаченням і дальшим творенням права, місцем їх перетину.

Власне в центрі уваги юриспруденції оцінок перебуває певний загальний універсум міркування, а саме дальше творення права, з одного боку, і поняття так званої внутрішньої системи права – з іншого.

Так, що стосується поняття дальшого творення права, то про нього можна судити не лише з тези К. Ларенца – «Суддівське дальше творення права як продовження тлумачення», але й із наступного її розшифрування: «Якщо і утворює тлумачення закону чергове завдання юриспруденції, яке є спорідненим із правовою практикою, то воно все ж цим не вичерпується. Завжди визнається, що закон все ж, як би він не був ретельно обдуманий, не може містити рішення для кожного випадку, який потребує регулювання, і який може бути зарахований до сфери регулювання закону, іншими словами, – що кожний закон невідворотно є «прогальним». Компетенція судів щодо надолуження прогалин закону в будь-якому разі

давно визнана. Тому надати судді в користування методи для цього, за допомогою яких він може виконати це завдання в належний та відтворюваний спосіб, є важливим прагненням юриспруденції. У разі суддівського творення права йдеться, однак, не тільки про надолуження прогалин закону, а й про сприйняття та подальше розгортання нових правових думок, які в будь-якому разі знайшли натяк в самому законі, реалізація яких завдяки судочинству виходить тому за межі первісного плану закону, його більше або менше модифікує. Зрозуміло, що також таке, «що перевершує закон» дальше творення права може відбуватися тільки в злагоді з керівними принципами сукупного правопорядку, та навіть не раз прямо спонукається стремлінням створити чинність (*Geltung*) цим принципам у ширшому обсязі, ніж це відбулося в законі» [12, с. 366]. Отже, К. Ларенц тут говорить про центральне прикладне завдання юриспруденція оцінок, розділяючи його на дві частини, які мають стосунок, – якщо скористатися термінами Б. Гюперса, який веде мову про «трансцендентну і іманентну юриспруденцію оцінок» [7, с. 11], – до «іманентного» і «трансцендентного» дальшого творення права *intra jus*, проте *praeter legem* і *extra legem*, тобто всередині права, однак поряд із законом або за межами закону.

Важливе значення для розуміння сказаного вище має продовження наведеної сентенції: «Тлумачення закону та суддівське дальше творення права не можна розглядати як істотно різні, а тільки як один від одного відмінні ступені одного й того ж самого мисленнєвого процесу. ... Як межу тлумачення у вузькому сенсі ми визнали межу можливого словесного сенсу. Методично проведене дальше творення права понад цю межу, однак ще в рамках первісного плану, телеології самого закону, є надолуженням прогалин, *іманентним* закону дальшим творенням права; дальше творення права ще понад цю межу, але всередині рамок і керівних принципів сукупного правопорядку, є *таким, що перевершує закон*

дальшим творенням права. Для кожного із трьох ступенів типові певні методи; хоча жодних строгих меж не можна провести між ними, рекомендується все ж їх розрізняти. До цього додається те, що суддя, який не може зволікати з рішенням, зобов'язаний у кожному випадку до тлумачення закону і, наскільки закон є прогальним, до надолуження прогалин, тоді як він зважується до такого, що перевершує закон дальшого творення права тільки тоді, коли дуже ґрунтовні підстави вимагають такого дальшого творення права» [12, с. 366–367]. Отже, цим К. Ларенц акцентує часткове й доволі традиційне прикладне значення його юриспруденції оцінок.

Можна зробити проміжний висновок про те, що юриспруденція оцінок у К. Ларенца ґрунтується на тісному переплетінні власне тлумачення права та дальшого творення (розвитку) права в двох його формах, які хоч і можуть виходити за межі закону, але залишаються всередині права. Така ситуація в цілому пояснюється нетотожністю закону і права, яка до того ж знайшла закріплення в Основному законі, тобто конституції Німеччини, в ст. 20, абз. 3: «зв'язаність законом і правом» (див., наприклад, [12, с. 428; 109, с. 11]).

Поняття дальшого творення права суддею у контексті юриспруденції оцінок К. Ларенца доповнюється поняттям внутрішньої системи права.

Поняття «внутрішньої системи» права корелює, крім того, з поняттям «зовнішньої системи». Визначаючи поняття «зовнішньої» (абстрактно-понятійної) системи, К. Ларенц констатує, що «відкриття сенсових взаємозв'язків, в яких знаходяться окремі правові норми і регулювання одні з одними і з керівними принципами правопорядку, і їхній виклад у впорядкований спосіб, який уможлиблює огляд, тобто у формі системи, є одним із найважливіших завдань наукового правознавства» [12, с. 437], і продовжує: «Під час виконання цього завдання швидко проявляються різні можливості. Тільки однією із цих

можливостей є система абстрактно-загальних понять, утворена згідно з правилами формальної логіки, яка лежить в основі систематики численних законів Ця система, яку ми в подальшому називаємо «зовнішньою», ґрунтується на тому, що із фактичних складів, які є предметом регулювання, виділяються певні елементи й узагальнюються. Із них утворюються родові поняття, які впорядковуються в спосіб, при якому завдяки притягненню або відкиданню окремих видовизначальних ознак утворюються різні рівні абстракції. Завдяки тому, що в певний момент «нижчі» поняття, які є тими, що знаходяться на меншому рівні абстракції, субсумуються відповідно «вищим», вдається, зрештою, звести масу правового матеріалу до деяких небагатьох, «найвищих» понять. Такого роду система гарантує найвищою мірою не тільки оглядовість, але й правову певність, оскільки в рамках такої системи, якщо б вона коли-небудь була «повною», можна було б надавати на кожне питання права відповідь єдино у спосіб логічної мисленнєвої операції. Вона гарантує логічну несуперечність усіх висновків, виведених із неї, і тим самим, як здається, «науковість» юриспруденції у сенсі сциєнтичного поняття науки. Це має, однак, і свої недоліки. Оскільки питання про влучну оцінку в такій системі доти, поки залишаються в її рамках, витісняється питанням про влучну субсумцію; формальна логіка приходить на місце телеології та етики права. На багато поколінь юристів ця система накладала навряд чи такі, що можна переоцінити, чари» [12, с. 437–438].

Отже, «зовнішня система» права – це система субсумції, система абстрактних понять, яка має доповнюватися «внутрішньою системою», про яку в К. Ларенца йдеться далі. Зовнішня система є системою насамперед юриспруденції понять, логічно закритою та формально обмеженою.

Що стосується «внутрішньої системи» права, системи відритої, змістовної системи власне юриспруденції оцінок, то К. Ларенц описує її, акцентуючи на понятті принципів: «Характерним для такого роду системи

є, по-перше, наявність певної внутрішньої ієрархії, по-друге, ... не повністю «запрограмована» зіграність різних принципів, що перебувають у рівновазі, на різних ступенях конкретизації» [12, с. 475]. Крім того, підкреслюється сенсова асоціація «етико-правових принципів» з ідеєю права [12, с. 474].

«Принципи права не мають, – на думку К. Ларенца, – характеру дуже загально охоплених правил, під які обставини справи ... могли б субсумуватися. Вони потребують набагато більше без винятку конкретизації. Однак при цьому розрізняються різні ступені конкретизації. На найвищому ступені принцип ще не містить жодного розділення фактичного складу та правового наслідку, а тільки «загальну правову думку», на яку орієнтується подальша конкретизація як на керівну нитку. Остання конкретизація впливає завжди із судочинства з увагою на який-небудь окремий випадок» [12, с. 474]. Такого роду «внутрішня» система права, як зазначає К. Ларенц, є «відкрита» й має фрагментарний характер [12, с. 486–487].

Підкреслимо важливу особливість внутрішньої системи права в порівнянні з дальшим творенням права. Незважаючи на тісне переплетення цих елементів універсуму міркування про юриспруденцію оцінок К. Ларенца на найвищому рівні абстракції, все ж можна запропонувати певну структуру для експлікації їхнього відношення. Йдеться про телеологічну структуру мета-засіб-результат, застосування якої в нашому випадку дозволяє сказати, що внутрішня система права являє собою мету і може бути належним результатом втілення в життя юриспруденції оцінок взагалі і юриспруденції оцінок К. Ларенца зокрема, тоді як дальше творення права є інструментом, який дозволяє здійснити перехід від внутрішньої системи права як мети до внутрішньої системи права як результату. Водночас слід наголосити, що і дальше творення права, і внутрішня система права являють собою тільки концептуальні рамки, які потребують змістового

наповнення. Під час такого наповнення зазначена телеологічна структура розпливається, оскільки всередині й дальшого творення права, і внутрішньої системи права, як їх розуміє К. Ларенц, можна виділити як формальні (процедурні), так і матеріальні (субстанціальні) елементи, тобто в обох випадках йдеться і про цінності як критерії оцінювання, і про процес оцінювання, проте з різним акцентом: дальше творення права має все ж переважно процедурний характер, а внутрішня система права – субстанціальний. Тобто в першому випадку формальні елементи стоять попереду матеріальних, а в другому навпаки.

Отже, постають два наступні питання, на які потрібно відповісти для того, щоб оцінити глибину і ширину концепції «юриспруденція оцінок» у К. Ларенца. Першим є питання про те, які поняття юриспруденції оцінок К. Ларенца можна вважати репрезентативним ядром його юридичної методології, а другим – які інші поняття утворюють ореол або тло для перших понять.

Так, як репрезентативне ядро юриспруденції оцінок можна виділити три поняття: по-перше, що стосується, критерію оцінювання – це можуть бути ідея права і правильне право, а що стосується процесу оцінювання – зважування благ. Ідея права репрезентує трансцендентну юриспруденцію оцінок К. Ларенца, правильне право – його іманентну юриспруденцію оцінок, а зважування (благ, інтересів, принципів) є спільним аргументативним знаменником для всіх синтетичних юриспруденцій, тобто для юриспруденції інтересів, юриспруденції оцінок і для теорії юридичного дискурсу Р. Алексі.

Про ідею права (*Rechtsidee*) у К. Ларенца йдеться переважно у контексті «внутрішньої системи» права в структурі «Методології», а також у статті «Дороговкази до суддівської правотворчості» (1958) [102, с. 304–305]. Про правильне право (*richtiges Recht*) у «Методології» мовиться здебільшого в контексті дослідження творчості Р. Штамлера, який

запропонував поняття «правильне право» у праці «Вчення про правильне право» (1902) [110], а також спеціально в монографії «Правильне право. Основні риси етики права» (1979) [91]. Тобто структурно знову немов у рамках «внутрішньої системи» права й не випадково найменування монографій 1902 і 1979 року частково та істотно збігаються.

Так, стосовно ідеї права, К. Ларенц вважає, що «система правових принципів, іманентних позитивному, живому праву, є не чим іншим, як історично конкретизованою ідеєю права, якщо хочете, «відносним» природним правом історичної епохи. Ідея права є, однак, «формальним» основним принципом, оскільки не містить жодних безпосередньо застосовних норм. Не можна просто підвести справу під ідею права так само, як не можна підвести її під принцип або масштаб, який потрібно заповнити» [102, с. 304]. Водночас К. Ларенц зазначає, що «ідея права не є через це, як часто вважалося, беззмістовною. Вона має певний сенсовий зміст, який можна висловити і який розкрився насамперед у розвитку західної філософії права та природно-правової доктрини» [102, с. 304]. Отже, можна зробити висновок, що ідея права містить формальний і матеріальний потенціал, до розкриття якого ми ще повернемося в подальшому викладі, зокрема в 3-му розділі дисертації.

Щодо правильного права виділимо таку підсумкову сентенцію К. Ларенца: «Принципи позитивного права, також і «етико-правові», не є як такі беззастережно також принципами «правильного права», вони мають чинність згідно з масштабом і у контексті цього позитивного права. Однак тому, що позитивне право націлено на справедливість, вони (принципи позитивного права) відкривають доступ також до пізнання щодо права того, що є правильним» [12, с. 242]. Цим підкреслюється зв'язок ідеї права і правильного права, причому, на нашу думку, правомірно навіть стверджувати, що ідея права – це мета, а правильне право – результат оперування цими поняттями, оскільки ідея права – це найвищий

формальний і матеріальний принцип, здійсненням якого якраз і може бути правильне право.

Зазначимо, що ідею права ми відносимо *prima facie* до трансцендентної юриспруденції оцінок К. Ларенца, а правильне право – до іманентної його юриспруденції оцінок, опираючись при цьому на Б. Гюперса, який спеціально досліджує це питання [7, с. 11] і приходиться до – неоднозначного – результату, що в «Правильному праві» К. Ларенца «правильне право є насамперед чимось правильним в чинному праві» [7, с. 497], тобто є іманентним поняттям. Це можна підтвердити і словами самого К. Ларенца: «„Правильне право“ є ... тільки позитивним правом, яке як ціле відповідає, в своїх керівних принципах та в своєму взаємозв'язку, серед сучасних відносин ідеї справедливого упорядкування. По праву посилається Міттенцвай для цього свого розуміння багаторазово на Гегеля. Ідея права є, згідно із цим, ідеєю спільноти, яка врівноважено здійснює (спільнота) свободу кожного» [12, с. 132].

Ідея права є трансцендентним поняттям принаймні тому, що саме так можна розуміти віднесення Б. Гюперсом «Дороговказів» К. Ларенца, які містять рубрику про ідею права, до «спрямованості до трансцендентної юриспруденції оцінок» [7, с. 375–384, 383]. Певні труднощі виникають при цьому тому, що К. Ларенц не включив рубрику про ідею права в жодному виданні «Методології» до відповідної рубрики, наприклад, про таке, що перевершує закон, тобто трансцендентне дальше творення права. Водночас нашу оцінку підтверджує така теза К. Ларенца, яка стосується аналізу поняття в Гегеля: «Поняття, у сенсі Гегеля, є ... не лише продуктом думки, а діючим, утворюючим і оформлюючим принципом Для сфери духовних творінь, до яких належить також право, ... є влучним те, що тут ідея, концепція, керівна думка перебуває перед окремим виконанням і стає тільки в ньому, також для самого творчо діяльного, повною мірою ясною і збагненою» [12, с. 458–459]. Якщо правильне право є результатом

«окремого виконання», то ідея права до такого виконання перебуває на певній дистанції від свого результату, а тому в такому сенсі трансцендентна. Водночас не можна не сказати, що проти такого розуміння ідеї права в К. Ларенца свідчить тісне зближення ідеї права і правильного права (див. вище тезу К. Ларенца про те, що система правових принципів, іманентних позитивному, живому праву, є не чим іншим, як історично конкретизованою ідеєю права). Тісне зближення, однак, не означає повний збіг цих понять у контексті іманентності й трансцендентності.

Отже, далі ми будемо орієнтуватися на ідею права як трансцендентне *intra jus* поняття і на правильне право як іманентне *intra jus* поняття. Ці два поняття репрезентують юриспруденцію оцінок К. Ларенца в частині критерію оцінювання.

Залишається сказати про зважування благ як репрезентанта юриспруденції оцінок у частині процесу оцінювання. Так, К. Ларенц досліджує це питання, як зазначалося вище, в спеціальній статті «Методичні аспекти «зважування благ» (1974) [28], а також у відповідній рубриці «Методології» [12, с. 404–413], яка знаходиться між іманентним і трансцендентним дальшим творенням права, а тому може вважатися ланкою, яка їх пов'язує.

Так, К. Ларенц вважає, після аналізу релевантних судових рішень, що «для зважування благ із цих рішень можуть бути виведені такі принципи: спочатку все залежить від того, чи може встановлений згідно з вміщеним в Основному законі «ціннісним порядком» однозначний ціннісний пріоритет одного тут зачепленого блага щодо іншого. ... У більшості випадків, однак, мова буде йти або про однорангові права, приміром, про однорідні права особистості, або про блага, диспаритет яких виключає абстрактне порівняння. ... Тоді все залежить насамперед від розміру, в якому взагалі зачеплено захищене правове благо ..., і далі від

ступеня порушення, якого зазнало б те чи інше благо в разі, якби воно мало б відступати на задній план. Нарешті, чинні принципи пропорційності, найбільш щадного засобу або мінімально можливого обмеження. Згідно з цим, порушення блага не може йти далі, ніж це потрібно заради іншої або заради усвідомленої як пріоритетна правової цінності або все ж, щонайменше, є «припустимим». У випадку з принципом пропорційності йдеться про матеріальний правовий принцип, який стає методичним посібником суддівської конкретизації норм» [12, с. 412]. Наведемо й таку підсумкову констатацію: «„Зважування благ в окремій справі“ є методом дальшого творення права тому, що воно служить розв’язуванню нормативних колізій, для яких бракує виразного правила в законі, щоб відмежовувати поміж себе області застосування норм, що перетинаються, і завдяки цьому конкретизувати права, обсяг яких, як-от прав загального права особистості, залишився відкритим» [12, с. 413].

Відзначимо досить лапідарний теоретичний внесок К. Ларенца у формування поняття зважування благ, відсутність формалізації і акцент на аналіз конкретних судових рішень, в яких йдеться про зважування.

Як проміжний підсумок зауважимо, що для розвитку раціональності юриспруденції оцінок найперше слід взяти за основу аналіз трьох таких понять, як ідея права, правильне право та зважування благ. Такий підхід дозволяє глибоко дослідити цю методологічну і філософсько-правову концепцію.

Водночас її можна також розширити за рахунок інших – ореольних в термінології Ф. Гекка – понять. Тут не можна коротко не згадати про два такі – тісно пов’язані один з одним – елементи юриспруденція оцінок, як конкретно-загальне поняття і поняття типу у К. Ларенца.

Так, для юриспруденції оцінок доволі важливе значення мають поняття «Типу та рядів типів», що можна пояснити природою речі, суттю

будь-якої юриспруденції як такої юриспруденції, що постійно потребує конкретизації в процесі застосування права. Вихідним пунктом такої конкретизації і є саме поняття типу та узагальнено рядів типів.

Що стосується поняття типу, то К. Ларенц розміщує розгляд цього питання між розглядом «зовнішньої», закритої, та «внутрішньої», відкритої, системи права. Це може свідчити про те, що досліджувана проблема служить містком, переходом або є спільним знаменником для такого роду систем. Зокрема, він вважає, що «де, абстрактно-загальне поняття та логічна система цих понять сама по собі єдино не є достатньою, щоб схватити життєве явище чи сенсовий взаємозв'язок у повноті їх відчekanень, там пропонується мисленнева форма „типу“» [12, с. 461]. І далі керується основною, медіативною в зазначеному тільки-но вище розумінні, ідеєю (тезою) Енгіша: «Енгіш присвятив «Зверненню до типу в праві та правознавстві» главу своєї книги про «Ідею конкретизації» («в праві та правознавстві». – О.Н.). Згідно з ним, в основі «всіх сучасних розумінь типу», як би вони не були різними в деталях, і «всіх протиставлень типу та загального поняття» лежить думка, що «тип в той чи інший спосіб, але також: в той і інший спосіб (NB, виділення курсивом Ларенцом означає, що *завжди*. – О.Н.), є конкретнішим, ніж поняття» [12, с. 461; 111, с. 237 і наст., 262]. Остання теза саме й пояснює місце розгляду «типу» в «Методології» К. Ларенца, оскільки в такому разі перехід відбувається від формального (абстрактного) до змістовного (конкретного) розгляду питання, причому, можна сказати, «тип» є більш конкретним утворенням (уявленням), ніж «поняття», і більш абстрактним, ніж «принцип», «ідея», «оцінка».

Отже, правомірно зробити висновок, що поняття типу та рядів типів є належною зв'язкою, на думку К. Ларенца, «зовнішньої» та «внутрішньої» системи права.

Що стосується конкретно-загального поняття, яке логічно вважати

найбільш характерним для К. Ларенца як неогегельянця, то тут слід взяти до уваги те, що «якщо деякі форми мислення повинні досліджуватися далі докладніше, якими юриспруденція щораз більше користується поряд із формами мислення абстрактного поняття, а саме форми мислення типу, правового принципу, який потребує конкретизації, й функціонально визначеного поняття, то потрібно рахуватися із відводом, що всі ці форми мислення «ненаукові», тому що вони не узгоджені з елементарними вимогами логіки. Всупереч цьому, видається гідним уваги те, як чудово, що Гегель у своїй «Логіці» скрізь протиставляє «абстрактному поняттю», вкрай необхідну роль якого в мисленні він не недооцінює, цілком іншого роду, «конкретне» або «конкретно-загальне» поняття, яке являє собою центральну форму мислення його філософії, а також його філософії права. Якщо тут потрібно коротко зупинитися на цьому, то саме тому, що тут також ідеться про спробу думати про сповнене сенсом у повноті його відношень домірним йому способом. Виявиться, що форми мислення типу й функціонально визначеного поняття мають деякі спільні риси з «конкретним поняттям» Гегеля, не маючи змоги тому прирівнюватися до нього. Щоразу йдеться про осягання сенсових взаємозв'язків, які відсікаються ізолюючим методом утворення абстрактних понять» [12, с. 457]. Тут цікаво відзначити, що конкретно-загальне поняття має стосунок до ідеї права і правильного права як правових принципів і є для К. Ларенца однієї із філософських основ для їхнього аналізу й розробки.

Отже, К. Ларенц, проблематизуючи ідею юриспруденції оцінок, розглядає три блоки питань: об'єктивно-телеологічне тлумачення як передумову; іманентне і трансцендентне дальше творення права, зокрема ідею права і правильне право, а також поняття внутрішньої системи, типів і загального-конкретного поняття. Саме на них ми будемо більш чи менш опиратися далі. Зауважимо, що в архітектониці «Методології» зважування благ розглядається не як особлива проблема, а як елемент питання про

дальше правотворення у сенсі зв'язуючої ланки. Останнє певною мірою свідчить, що в юриспруденції оцінок питанню критерію оцінювання, до якого якраз і належать всі згадані вище питання, крім зважування, К. Ларенц віддає перевагу перед питаннями процесу оцінювання.

2.2. Деліберативно-субсумтивна експліцитність юриспруденції оцінок К. Ларенца

Відкритість права – це питання, яке цікавить юристів принаймні відтоді, відколи виникає ідея справедливості і добра. Доречну відповідь на нього пропонує так звана юриспруденція оцінок, яка репрезентується переважно школою Карла Ларенца, в рамках якої така юриспруденція розвивається до наших днів. Цей розвиток являє собою перехід від імпліцитного стану праворозуміння, яке стосується субсумції, у К. Ларенца до експліцитного у Т. Ріма. Аналіз і демонстрація того, як відбувається такий перехід, становить особливий інтерес для нашого дослідження, оскільки Т. Рім виправляє так звану «головну помилку» К. Ларенца в його ставленні до методологічного потенціалу субсумції в його співвідношенні зі зважуванням, – ідея інтеграція зважування в модель субсумції Т. Ріма – або, мовою теорії юридичної аргументації, відповідного внутрішнього й зовнішнього виправдання у сенсі Є. Врублевські або Р. Алексі.

Стан дослідження цієї проблеми характеризується великим ступенем невизначеності, оскільки імена К. Ларенца, К.-В. Канаріса, Д. Леенена чи Т. Ріма в Україні маловідомі, хоча про перші два з них досить докладні відомості ще в 60–70-ті роки минулого століття можна було почерпнути із працьт В.В. Лазарєва, а пізніше у Г. Кленнера. В наші дні питаннями юриспруденції оцінок – так чи інакше – займаються такі вчені, як С.І. Максимов (правова реальність), Н.А. Гураленко, В.С. Бігун (судова діяльність), М.І. Козюбра, П.М. Рабінович (правова оцінка), С.П. Рабінович (чинність права), С.П. Погребняк, О.О. Уварова (правові принципи); Д.

Бочаров (правозастосовча діяльність), Р. Алексі, Я. Шредер, Й. Рюкерт, Б. Рютерс та ін. Водночас доречно наголосити, що винесене в заголовок цього підрозділу питання про перехід від імпліцитної юриспруденції оцінок К. Ларенца до експліцитної ще не привертало до себе уваги.

Логічно постає мета цього підрозділу – виклад результатів аналізу окремих особливостей переходу від імпліцитної юриспруденції оцінок до експліцитної в рамках школи К. Ларенца.

Для досягнення поставленої мети розглянемо після вступних зауважень питання, по-перше, про те, чи можливий розвиток раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца в широкому сенсі в рамках аналізу критеріїв оцінювання, тобто цінностей, і, по-друге, як здійснюється розвиток раціональності Т. Рімом у рамках аналізу процесу оцінювання, тобто, інакше кажучи, як з'являється деліберативно-субсумтивна експліцитність юриспруденції оцінок К. Ларенца (в широкому сенсі).

1. Юриспруденція оцінок – це ідея, яка активно розвивається різними авторами в Німеччині від 30-х років минулого ХХ століття до наших днів у рамках наукової школи К. Ларенца та поза рамками цієї школи. Так, сам термін «юриспруденція оцінок» (*Wertungsjurisprudenz*) запропонований не К. Ларенцом, а, як вже сказано вище, в 1931 році Г. Штолем [90, с. 320], який до згаданої школи не належав. Водночас саме ім'я К. Ларенца і певною мірою його учнів у наші дні найтісніше асоціюється з юриспруденцією оцінок, тоді як інші автори немов відступають на задній план.

Юриспруденція оцінок являє собою продовження тенденцій, які виникають на самому початку ХХ століття (докладно про це див. статтю Й. Рюкерта «Від «вільного права» до вільної «юриспруденції оцінок» – історія, сповнена легендами» [90], яка спеціально розглядає це питання), коли різні наукові напрямки починають заново досліджувати питання

відкритості нормативної системи, яке, однак, було відоме навіть стародавнім грекам і римлянам (теорія статусів Гермагора, в якій другий статус (*status definitivus*) ґрунтується на ідеї закритості, а третій (*status qualitatis*) – на ідеї відкритості права, чи риторика в цілому (Цицерон, Квінтіліан [112, с. 135–140] та ін.), до якої ця теорія належить). Під відкритістю нормативної системи розуміється ситуація, коли така система не містить відповідей на всі питання, які ставить перед суддею життя, або містить такі відповіді, які вкрай несправедливі (формула Радбруха), тобто йдеться про стан справ, який прийнято називати суддівським правознаходженням *praeter legem* і *contra legem*, тобто відповідно про правознаходження поряд і всупереч закону, або також *extra legem* (поза законом) (усі три терміни протиставляються правознаходженню *secundem legem*, тобто традиційному тлумаченню).

Перші відповіді на такі питання, особливо питання правознаходження *praeter legem*, були надані в рамках ранньої соціологічної юриспруденції (Є. Ерліх, Е. Фукс та ін.), одним із напрямків якої була так звана юриспруденція інтересів (Ф. Гекк та ін.), до якої, до речі, в пізній період своєї творчості доєднався і Є. Ерліх [113, с. 127 та ін.]. Рання соціологічна юриспруденція, як вважається (К. Рібшлегер) [86, с. 106–109], не дала до 30-х років ХХ століття задовільних у методологічному плані відповідей на питання про те, як потрібно поводитися з відкритим (вільним) правом. Юриспруденція оцінок немов підхоплює естафетну паличку насамперед в юриспруденції інтересів (про відношення юриспруденції оцінок, юриспруденції інтересів, а також юриспруденції понять див. [1, с. 109–139]) і намагається надати взагалі, якщо погодитися з оцінкою К. Рібшлегера, або принаймні кращу, як нам здається, хоч і неповну, часткову відповідь.

Відкрита правова оцінка є водночас конструктивною, вільною і продуктивною в тому сенсі, що суддя мусить сконструювати нову правову

норму, зробити це вільно і продуктивно, а не покладатися на конструкцію законодавця, зв'язаність волею законодавця і на репродукцію запропонованої ним правової норми. Далі нас буде цікавити тільки відкрита правова оцінка, однією із форм якої якраз і є юриспруденція оцінок К. Ларенца, в аспекті раціональності такої юриспруденції.

Для аналізу раціональності юриспруденції оцінок скористаємося введеним вище розрізненням імпліцитності й експліцитності як мінімального та максимального ступенів раціональності відповідно.

Викладене вище дозволяє стверджувати про належний розвиток юриспруденції оцінок тоді, коли відбувається перехід від імпліцитної юриспруденції оцінок до експліцитної. Такий перехід можливий у двох аспектах, якщо взяти до уваги за аналогією традиційну кореляцію *interpretatio – applicatio* [9, с. 59] (тлумачення – застосування права) або відношення питання права (*quaestio juris*) – субсумція (юридичний силогізм) (про співвідношення цих понять див. [24, с. 26]). Це пояснюється тим, що юриспруденція оцінок має своїм предметом саме дві взаємопов'язані проблеми: питання права як таке, з одного боку, і застосування права в цілому – з іншого.

У контексті юриспруденції оцінок К. Ларенца це означає розвиток критеріїв і процесів оцінювання.

До школи К. Ларенца належать К.-В. Канаріс, Й. Грушка, Д. Леєнен, Ю. Прьолсс, Т. Рім та ін. Саме останній автор зробив рішучі кроки на шляху від імпліцитної юриспруденції оцінок до експліцитної в рамках аналізу деліберативно-субсумтивного процесу оцінювання. Проте перш ніж його розглянути, слід відповісти на перше питання про те, який потенціал має розвиток раціональності в частині аналізу критеріїв оцінювання.

2. Розпочинається цей шлях у цілому в далекі 20-ті роки ХХ століття, коли молодий К. Ларенц захопився творчістю Р. Штамлера, насамперед

його «Теорією правової науки», в якій, до речі, докладно викладене поняття юридичного силогізму і субсумції [114, с. 599–601, 640, 672 та ін.], – проте з часом переконався, що неокантіанський підхід Р. Штамлера надто формальний і зацікавився неогегельянським підходом Ю. Біндера, який К. Ларенц розвивав до останніх своїх днів, оскільки доля йому це дозволила, з одним чи двома істотними доповненнями – не заміною (!). Вони мали місце в кінці 60-х років минулого століття і полягають у зацікавленні філософською герменевтикою Г.-Г. Гадамера, з одного боку, а також філософією Ю. Габермаса, а отже, і Р. Алексі – з іншого.

К.-В. Канаріс був, мабуть, найулюбленішим учнем К. Ларенца. Це виявляється в тому, що саме він був, як говорилося вище, *post mortem* редактором «Методології правової науки» (1995) [101]. К.-В. Канаріс є автором двох дисертаційних робіт, монографій і низки цікавих статей. Промоційна і габілітаційна роботи називаються відповідно «Встановлення прогалін у законі: методологічні студії передумов і меж суддівського дальшого правотворення *praeter legem*» (1964/1983) [115; 98] і «Системне мислення і поняття системи в юриспруденції, розвинуте на прикладі німецького приватного права» [116]. Саме вони і будуть становити для нас спеціальний інтерес далі, оскільки в першій із них розвивається поняття іманентної юриспруденції оцінок К. Ларенца, а в другій, зокрема, поняття внутрішньої системи права, тобто обидва елементи універсуму міркування про юриспруденцію оцінок К. Ларенца. Серед праць учнів К. Ларенца так званого першого покоління виділимо також розвідку Детлефа Леенена «Тип і правознаходження: значення типологічного методу для правознаходження, викладене на прикладі договірного права нім. ЦК» (1971) [99], яка стосується питання типів, яке дуже сильно цікавило й самого К. Ларенца ще в середній період його творчості, який припав на період націонал-соціалізму в Німеччині [117].

Власне розвитком юриспруденції оцінок у частині критеріїв можна

вважати такі три випадки: по-перше, в нейтральному сенсі, перестановку акцентів з одних практичних понять на інші в рамках юриспруденції оцінок К. Ларенца, яка є інтегративною, тобто не обмежується лише аксіологічними практичними поняттями, по-друге, в негативному сенсі, відмову від певних практичних понять, і по-третє, в позитивному плані, доповнення новим практичним поняттям.

Аналіз праць, наприклад, К.-В. Канаріса завідчує, що він підтримує в цілому імпліцитне розуміння нормоутворення і принципово нічого не змінює в цьому, у чому переконке, зокрема, той факт, що він не вніс ніяких істотних змін в главу 5 скороченого видання «Методології» в 1995 році, хоча в інших місцях зміни й доповнення були зроблені. Те саме стосується і Т. Ріма, оскільки поняття оцінки (Wertung) винесене вже в заголовок його монографії-дисертації «Зважувальні рішення в практичному правозастосуванні: аргументація, доказ, оцінка» (2006) [11].

Перш за все в творчості К.-В. Канаріса (а також інших представників школи К. Ларенца) не відбувається перестановки акцентів, наприклад, висунення на перший план замість аксіологічних практичних понять, скажімо, метадеонтологічних чи антропологічних. Це не відбувається тому, що таке переміщення означало б принаймні формальну відмову від юриспруденції оцінок. Протецього не відбувається, оскільки той же К.-В. Канаріс, без сумніву, хоч і є представником інтегративної юриспруденції, проте якраз юриспруденції оцінок.

Водночас той факт, що у К.-В. Канаріса можна знайти аналіз також інших практичних понять, окрім аксіологічних, свідчить, що і так званий негативний, або, точніше, редуktivний розвиток, не відбувається.

Що стосується доповнення практичних понять класичної, тобто у сенсі Г. фон Врігта, інтегративної юридичної методології, то таке доповнення також не відбувається, оскільки, здається, воно неможливе взагалі, як свідчить історія методології, оскільки на певному рівні

абстракції аксіологічні, антропологічні й метадеонтологічні практичні поняття вичерпують чи не всі релевантні випадки, де і коли практичні поняття як такі можуть використовуватися.

Доречно зауважити, що амбівалентний або інтегративний характер юриспруденція оцінок К. Ларенца (у в.с.) охоплює як питання власне цінностей, так і питання принципів, тому для учнів К. Ларенца залишився в частині критеріїв оцінювання тільки шлях формалізації, яким вони, як і К. Ларенц, не пішли. Зокрема ми не знаходимо таких кроків і у Д. Леенена, незважаючи на те, що в його праці йдеться, зокрема, про логічну якість типу і поняття, що потребує витлумачення [99, с. 49–62] тощо. Цим шляхом пішов, як ще буде сказано далі, Р. Алексі.

Отже, як проміжний підсумок потрібно визнати, що на рівні питання права юриспруденція оцінок К. Ларенца в широкому сенсі залишається на імпліцитному рівні, тобто на рівні відкритих правових норм, або принципів у термінології Р. Алексі, і про розвиток від неформальної імпліцитності до формальної експліцитності не йдеться, принаймні в частині застосування досягнень не традиційної, а сучасної логіки.

3. Зовсім інша ситуація має місце в частині, яка стосується субсумції. Так, у К. Ларенца можна знайти твердження про те, що відкриті правові норми і субсумція – це несумісні речі [12, с. 157]. Причому він не пропонує жодної іншої настільки ж важливої схеми, яка пояснює, як це має відбуватися. Що стосується К.-В. Канаріса, то здається, що він дотримується в цьому питання підходу К. Ларенца, оскільки в його згаданих вище дисертаціях не вдається знайти відповідного твердження, яке суперечило б підходу К. Ларенца.

По-іншому до цього підійшов Томас Рім, якого потрібно вважати учнем К.-В. Канаріса, тобто опосередкованим учнем К. Ларенца, й належить до другого покоління наукової школи К. Ларенца. Його праця «Зважувальні рішення» є останнім словом у розвитку юриспруденції

оцінок К. Ларенца в частині аналізу процесу оцінювання. Виникає питання: про яку форму субсумції – загальну чи індивідуальну – йдеться у Т. Ріма у контексті застосування відкритих правових норм.

Ця розвідка має такий план [11, с. X-XVIII]: § 1 Вступ, § 2 Зважувальні рішення в процесі правозастосування, § 3 Структура раціонального зважування, § 4 Тягар зважування, § 5 Контроль зважувальних рішень, § 6 Компетенція щодо зважування, § 7 Резюме істотних результатів, Список літератури, Предметний покажчик. Найбільше зацікавлення у контексті проблематики розвитку раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца становить підрозділ 2-го розділу 1. «Субсумція і зважування» § 2. Зважувальні рішення в процесі правозастосування, який включає такі питання, як: зважування в вузькому і в широкому сенсі, конституційно-правове зважування благ (Включення конституційно-правового зважування благ у модель субсумції, структура конституційно-правового зважування благ), зважування і дискурс, зважування як метод правозастосування, які свідчать про те, що цей виклад має перехідний характер від юриспруденції оцінок К. Ларенца, орієнтованої переважно на аксіологічні практичні поняття, до теорії юридичного дискурсу Р. Алексі, незважаючи на те, що Р. Рім досить критично ставиться до окремих тезисів Р. Алексі, наприклад, до двотріадичної шкали Алексі [11, с. 66–68] та ін.

Так, Т. Рім вважає, що, попри розбіжності між субсумцією і зважуванням, «було б занадто поверхово називати обидві операції альтернативними операціями праводобування, з яких залежно від структури відповідної норми може бути застосована то одна, то друга. Радше, як ще потрібно буде показати далі, різні процеси зважування інтегровані в субсумційний процес правозастосування. Модель субсумції уявляється згідно з цим великою лінією правозастосування, яку ми маємо перед собою, незважаючи на всякі зважування, тоді як у разі окремих

кроків – утворення більшого засновку, утворення меншого засновку і субсумції – щоразу можуть бути потрібними деліберативні рішення. Тому обидва методи не є альтернативними методами праводобування або правозастосування на тому самому рівні, а виконують усередині єдиного процесу правозастосування різні завдання й у такий спосіб взаємодоповнюються. Існування зважувальних елементів на всіх рівнях силогізму є причиною поширеного твердження, що правозастосування навряд чи коли-небудь є механічним процесом мислення, а часто містить децизійністський або волітивний елемент» [11, с. 6–7]. Отже, Т. Рім пропонує інтегративну модель процесу правозастосування, в якій субсумція і зважування поєднуються.

Викладене вище нами розуміння зважування як зв'язуючої ланки між двома формами дальшого творення права не може не помітити і Т. Рім, який стверджує, що, «зважаючи на цю інтегративну модель, потрібно розрізнити зважування принципів аргументів у рамках дальшого творення права, яке виходить за межі закону, і зважування для заповнення неповних (або невизначених) правових норм» [11, с. 7].

Т. Рім формулює «наскільки можливо широке поняття зважування. Як зважування ... розуміється всяке рішення, до якого приходять на підставі збирання, визначення ваги і завершального оцінного порівняння поглядів на речі. Протилежність до цього утворює вузьке поняття зважування, згідно з яким зважування є (лише) специфічною формою правозастосування для випадку колізії правових принципів (на противагу правовим правилам). Метою зважування згідно з цим є тільки розв'язання колізії принципів утворенням умовного відношення переваги, тобто вказанням умов, за яких один принцип більш важливий, ніж інший принцип. Цей спосіб розгляду стосується зазвичай врівноважування таких, що колідують позицій щодо основних прав, у рамках конституційно-правового зважування благ» [11, с. 7–8]. Отже, зважування Т. Ріма як

зважування в широкому сенсі істотно – за змістом – відрізняється від зважування у вузькому сенсі, зокрема Р. Алексі, про якого тут імпліцитно йдеться.

У підсумку Т. Рім доходить такого висновку: «тому не тільки зважування благ поміж такими, що розуміються як правові принципи, основними правами або конституційними цінностями є деліберативним рішенням в широкому сенсі, а так само оцінка доказів за допомогою фактичних побічних доказів, тлумачення й дальше творення позитивного права за допомогою методичних аргументів або правова оцінка обставин окремої справи, напр., у разі оцінного припорядкування обставин справи під нормативну ознаку фактичного складу або у разі дискреційного рішення адміністративних органів» [11, с. 8].

У подальшому Т. Рім дуже докладно викладає теорію зважування в широкому сенсі, яка цілком суперечить підходу К. Ларенца про те, що субсумція й оцінка – несумісні речі. Саме за такий підхід, з яким ми не можемо не погодитися в цілому і загалом, ми вважаємо внесок Т. Ріма в юриспруденцію оцінок К. Ларенца в широкому сенсі істотним кроком у розвитку раціональності цієї юриспруденції, незважаючи на те, що Т. Рім використовує досягнення традиційної, а не сучасної (символічної), як це робить Р. Алексі, логіки.

Так, якщо звернути увагу ще раз на зміст § 2: I. Субсумція і зважування; II. Правова норма як вихідний пункт, III. Утворення більшого засновку, IV. Виявлення обставин справи, V. Субсумція обставин справи під більший засновок, VI. Резюме, – який репрезентує хід викладу в дисертації Т. Ріма зважувальних (деліберативних) питань, то відразу впадає в очі, що субсумція і зважування – а це один з елементів юриспруденції оцінок і у К. Ларенца («зважування благ») – амальгамуються, нерозривно зливаються. Це дозволяє узагальнено сказати, що юриспруденція оцінок може бути сумісною із загальною субсумцією. Тобто Т. Рім заперечує тезу

К. Ларенца про неможливість застосування відкритих правових норм у формі субсумції як загальної моделі.

Що стосується індивідуальної субсумції, то ситуація тут складніша. Докладний аналіз відповідних місць свідчить про те, що Т. Ріму добре відомий підхід Г.-Й. Коха і Г. Рюссманна [11, с. 1, 12, 17 та ін.] і він його в цілому і загалом сприймає, про що свідчить, наприклад, така теза: «Типові поняття – це ... правові поняття, які зазвичай не можуть бути конкретизовані у вигляді закритих – тобто таких, що складаються тільки з дескриптивних ознак фактичного складу, – більших засновків, а які залишають елемент оцінки у більшому засновку, який в рамках субсумції робить потрібним різнобічне зважування (або відповідно оцінку) всіх обставин окремої справи» [11, с. 16].

Відмітимо також деякі технічні розробки Т. Ріма, які зовсім не згадуються або згадуються побіжно у К. Ларенца. Так, великий інтерес викликає розробка поняття тягара зважування, де висвітлюються, наприклад, такі проблеми, як: причини для ситуації *non liquet*, зокрема поняття аргументативного пату, відношення ситуацій *non liquet* та «*iura novit curia*», тобто ситуації *не з'ясовано* і принципу *суд сам знає закони*, відношення ситуації *non liquet* та заборони відмови в правосудді та ін.

Покажемо, як Т. Рім вирішує деякі питання зважування на прикладі поняття «фігури тягара зважування». Так, він це робить у три кроки. Спочатку ставить проблему, констатує, що «у разі ситуації *non liquet* раціональне зважування зазнає невдачі ... через відсутнє переконання вирішувача. Якщо вирішувач не переконаний у жодній із мислимих відповідей, то вибір між цими прийнятними відповідями вже не може ґрунтуватися на раціональному деліберативному рішенні. Тому там, де раціональне зважування не приводить до суб'єктивно переконливого результату, також не можна опирати на нього жодне рішення. Якщо, однак, вирішувачу було нав'язано деліберативне рішення, незважаючи на

відсутнє переконання, то воно було б довільним і, отже, суперечним принципу правової держави. Водночас потреба в раціональному *обґрунтуванні* не може бути виконана. Адже вимагати в такій патовій ситуації вказання авторитетних підстав зважування означало б обов'язково вимагати ілюзорного обґрунтування. Оскільки вирішувач все ж не вважає вирішальним жодний погляд на речі і тому не може викласти свої важливі міркування у такий спосіб, щоб він був би переконаний в правильності. Тому в цьому разі від нього можна тільки очікувати, що він назве взяті до уваги погляди на речі і потім відкрито зізнається в тому, що він не зміг утворити за допомогою цих поглядів на речі жодного переконання» [11, с. 122].

Далі Т. Рім розбирає неприйнятні способи розв'язання цієї проблеми, наприклад вирішення жеребом, відмова в правосудді [11, с. 122] тощо. І відтак пропонує оптимальний, на його погляд, розв'язок цієї проблеми, а саме у формі розподілу так званого тягаря зважування: «... примус до вирішування пов'язаний із характерним для правової держави велінням раціонального правозастосування вимагає пошуку правових правил вирішення на випадок ситуації *non liquet*.

Ці правила вирішення можуть ... бути знайдені не завдяки такому самому зважуванню, а мусять певною мірою приходити ззовні, тобто походити з метарівня, маючи стосунок до конкретного завдання зважування» [11, с. 123]. Так, наприклад, у випадку з проблемою ситуації *non liquet* у питанні щодо тлумачення закону, тобто в тому разі, коли компетентний вирішувач взаємно зважив усі методологічно допустимі аргументи, не переконавшись у правильності розв'язання, її потрібно розв'язувати в раціональний спосіб не завдяки (додатковому) зважуванню аргументів, а тільки завдяки застосуванню якогось метаправила. При цьому йдеться про правила щодо розподілу тягаря зважування, які Т. Рім називає у контексті абстрактно-загальної правової аргументації тягарем

аргументування. Ці правила не можуть бути ідентичні з правилами щодо тягара доведення, а мусять походити з метаправового рівня, а саме з методології [11, с. 123–124].

Т. Рім розв'язує в рамках свого деліберативно-субсумтивного підходу і багато інших проблем, які становлять як теоретичний, так і практичний інтерес і свідчать про високий потенціал юриспруденції оцінок К. Ларенца не тільки щодо критеріїв оцінювання, заслуга в розробці якого належить самому К. Ларенцу та учням першого покоління (К.-В. Канаріс, Д. Леенен та ін.), але й стосовно процесу оцінювання.

Отже, у підсумку правомірно стверджувати, що в частині питання права істотного переходу від імпліцитної юриспруденції оцінок до експліцитної у К. Ларенца, К.-В. Канаріса, Т. Ріма не відбувається. Проте такий перехід безсумнівно має місце у Т. Ріма в тій частині, яка стосується субсумції.

Викладене вище дозволяє позитивно ставитися до можливості рецепції юриспруденції оцінок в Україні. В такому випадку за основу потрібно взяти юриспруденцію оцінок у формі, запропонованій Т. Рімом, із залученням окремих здобутків К. Ларенца, К.-В. Канаріса, Д. Леенена та ін. Водночас питання про можливість використання в рамках юриспруденції оцінок К. Ларенца загальної та індивідуальної субсумції може спонукати до подальшого її розвитку у сполученні з теорією юридичної аргументації.

Вищезазначене підтверджує нашу тезу про перехід від імпліцитної юриспруденції оцінок до експліцитної в рамках школи К. Ларенца, на основі аналізу якого правомірно висновувати, що наукова праця Т. Ріма являє собою перехід від імпліцитної юриспруденції оцінок до експліцитної в рамках школи К. Ларенца, який полягає в тому, що відкриті правові норми можуть бути експліковані і застосовані у формі субсумції.

2.3. Визнання і критика раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца

Раціональність юриспруденції оцінок К. Ларенца знайшла як широке (загальне і особливе) визнання, так й зустріла гостру критику. Цікавим фактом є те, що в кожній головній методологічній течії, тобто в рамках традиційної юридичної методології, можна виділити репрезентативного автора, який захищає або критикує юриспруденцію оцінок К. Ларенца. В самій юриспруденції оцінок ідеться передусім про К.-В. Канаріса, в юриспруденції інтересів – про Б. Рютерса, а в юриспруденції понять – про Й. Рюкерта, кожний із яких приділив К. Ларенцу і його юриспруденції оцінок велику увагу. Водночас юриспруденція оцінок К. Ларенца не обійдена увагою і в теорії юридичного дискурсу Р. Алексі, тобто в так званій сучасній юридичній методології, яка має тісний стосунок до аналітичної філософії. Зауважимо, що всі чотири виділені нами автори (К.-В. Канаріс, Б. Рютерс, Й. Рюкерт і Р. Алексі) належать до одного покоління, і тому всі, а не тільки К.-В. Канаріс, могли б бути науковими учнями К. Ларенца, якби їх всіх цікавили переважно аксіологічні практичні поняття, тобто те, що римляни назвали мистецтвом добра на противагу мистецтву слухності, яку часто плутають зі справедливістю як такою. В такому разі раціональність юриспруденції оцінок можна оцінити в цілому і загалом, а також переважно з погляду її внутрішнього і зовнішнього визнання, тобто визнання в рамках формування наукової школи К. Ларенца, в центрі уваги якої перебуває юриспруденція оцінок (К.-В. Канаріс), та поза межами такої школи (Р. Алексі), а також критики юриспруденції оцінок Б. Рютерсом (сучасна юриспруденція інтересів як формальна юриспруденція оцінок) і Й. Рюкертом (сучасна юриспруденція понять як юриспруденція принципів). Відмітимо, що визнання і критика юриспруденції оцінок К. Ларенца, здійснена цими авторами, має взаємний

характер, оскільки К. Ларенц, своєю чергою, також як оцінює традиційні методологічні течії і теорію юридичної аргументації в цілому, так і згадує у своїй «Методології» щойно названих авторів, за винятком Б. Рютерса. Цікаво відзначити, що в *post mortem* виданій К.-В. Канарісом «Методології» (1995) прізвище Б. Рютерса згадується [101, с. 4], а, наприклад, в чотирьох останніх повних виданнях, підготовлених самим К. Ларенцом, а також у скороченому прижиттєвому виданні «Методології» в 1992 році, тобто за рік до смерті К. Ларенца, – Б. Рютерс не згадується [118, с. 4], що пояснюється, мабуть, гіперкритикою Б. Рютерсом не тільки юриспруденції оцінок К. Ларенца, але й його особи, точніше – його діяльності в 1933–1945 рр. і пізніше.

1. Отже, що стосується загального визнання, на противагу особливому репрезентативному визнанню, то тут акцентуємо те, що юриспруденція оцінок і особа К. Ларенца стали предметом спеціальних досліджень і досліджень у рамках історії юридичної методології. Так, у першому випадку слід взяти до уваги праці таких авторів, як Б. Гюперс, Р. Фрассек та ін., у другому – Я. Шредер, Р. Ціммерман та ін.

Так, Б. Гюперс є автором дисертаційної монографії, вперше виданої в 2010 році [7] і перевиданої в 2016 [105], яка називається «Карл Ларенц – методологія і філософії права в історії і сучасності». Провідна ідея її зводиться, як показано вище, до дослідження питання іманентної і трансцендентної юриспруденції оцінок К. Ларенца. Принагідно зауважимо, що провідна ідея нашої роботи може бути сформульована – для порівняння – інакше, а саме як дослідження імпліцитної і експліцитної (раціональності) юриспруденції оцінок К. Ларенца. Особливістю розвідки Б. Гюперса є наявність у ній дуже великого обсягу цитування творів К. Ларенца, а також доволі нейтральний, неупереджений підхід до творчого доробку К. Ларенца на противагу вже згаданому щойно підходу Б. Рютерса. Цю працю, зокрема її провідну ідею, ми взяли за основу для

дослідження юриспруденції оцінок К. Ларенца, проте зі згаданою зміною в постановці питання. Водночас цей виклад дає уявлення не тільки про творчість самого К. Ларенца, але й про його оцінку іншими авторами, як згаданими нами вище, так й іншими: наприклад, Б. Гюперс аналізує попередні німецькі дисертації або монографії, присвячені К. Ларенцу, Й. Кокерта, Р. Фрассека, Ф. Гартмана [7, с. 14–17] та ін.

Скажімо, Р. Фрассек є автором монографії «Від «питомо народного (völkisch) життєвого порядку» до права. Трансформація світоглядної програматики в працях К. Ларенца (1903–1993) з зобов'язального права» (1996) [119], а також низки статей, присвячених К. Ларенцу, в тому числі статті про нього в авторитетному збірнику статей про німецьких авторів, які зробили вагомий внесок у розвиток юридичної методології останніх трьох століть [120, с. 241–263]. Провідна ідея цього автора полягає в тому, що існує континуальність ідей К. Ларенца в усі три періоди його творчості, зокрібно континуальність ідей 1933–1945 рр., з чим не можна не погодитися і на що ми також опираємося в нашій роботі, незважаючи на те, що нас цікавить переважно юриспруденція оцінок у «Методології», тобто після 1960 року.

Коло спеціально присвячених К. Ларенцу праць можна було б продовжити, хоча воно й не є таким вже великим (релевантну бібліографію див. [7, с. 567–619]). Серед спеціальних робіт про К. Ларенца, які появились після виходу у світ монографії Б. Гюперса, – кількість яких в останні роки, як свідчить пошук в електронних каталогах німецьких бібліотек, іде на спад, – вкажемо на статті Й. Бунга «Юридичний силогізм у методології Ларенца» (2012) [121], П. Дерледера «Запізніле лікування коренів. Кільська школа та її значення для повоєнного цивільного права – на прикладі Карла Ларенца та його учня Клауса-Вільгельма Канаріса» (2011) [122], Л. Кунц «Юриспруденція оцінок і об'єктивне ставлення в обов'язок (або в провину, *Zurechnung*) у цивільному праві: вплив Карла

Ларенца на ранню юдикатуру ВС» (Німеччини) (2019) [123] та ін.

Поряд із такого роду спеціальними розвідками в Німеччині існує і низка викладів з історії юридичної методології, які так чи інакше зачіпають питання юриспруденції оцінок К. Ларенца. Серед таких найперше слід ще раз згадати двотомну монографію Я. Шредера «Право як наука. Історія юридичної методології в Новий час (1500–1990)» (2020), перший том якої описує розвиток юридичної методології в 1500–1933 рр., а другий в 1933–1990 рр. [4; 5]. Цікаво відмітити, що К. Ларенц згадується в обох томах [4, с. 486; 5, с. 332], причому в іменному покажчику до другого тому К. Ларенц згадується найчастіше серед інших авторів [5, с. 327–337]. Цікаво, що так само часто згадуються тут й інші представники юриспруденції оцінок або об'єктивної теорії тлумачення (Коїнг, Бідлінські, Канаріс), що опосередковано свідчить про те, що юриспруденція оцінок є доволі авторитетною методологічною теорією.

Так, Я. Шредер відзначає, наприклад, внесок К. Ларенца в розвиток поняття телеологічної редукції [5, с. 242–244], правознаходження *contra legem* [5, с. 247], юридично-наукового утворення поняття і системи [5, с. 359] та ін. Описуючи філософсько-правову основу юриспруденції оцінок К. Ларенца, Я. Шредер зазначає, що «субстанційні поняття намагаються осягати «сутність» (*Wesen*) поняття, його незмінну, часто засновану доюридично сутність (*Essenz*). На захист такого утворення поняття виступають ... передусім представники «юриспруденції оцінок». Так, Карл Ларенц веде далі, з апелюванням до Гегеля, свою відстоювану вже до 1945 року теорію «конкретно-загального поняття» Останнє осягає, на противагу абстрактному поняттю, «повноту сенсу без скорочення в думці», і якраз «не завдяки розташуванню в ряд ознак, а тільки завдяки мисленнєвому розвитку моментів поняття», так «що при цьому кожний момент відсилає до іншого як уперед, так і назад». Ці моменти конкретного поняття мають «внутрішню необхідність» і передають без

скорочення, на протипагу абстрактному поняттю, те, «що мають на увазі під „змістом сутності“, «повний сенсовий зміст або „сутність“». Як приклад Ларенц вибирає поняття «особи». Вона є абстрактно-формально тільки «суб'єктом права», точкою дотику для прав і обов'язків, а конкретно-загально також володарем прав особистості, а саме правежу на «повагу або непорушення особи», «володарем області предметів» (власність) тощо.

Бажаним є, отже, позачасове поняття сутності особи, ідентичність з людиною якої – історично у жодному разі не само собою зрозуміла», – Ларенц вочевидь припускає» [5, с. 264]. Ця теза, якщо говорити загальніше, адекватно передає філософське – гегелівське – кредо, на яке орієнтується К. Ларенц у своїй юридичній методології.

Відмітимо ще одну важливу працю, а саме велику статтю Р. Ціммермана «Юридична методологія в Німеччині» (2019) [52], в якій юриспруденція оцінок К. Ларенца також належно аналізується. Так, цей автор констатує, що «юриспруденція оцінок розуміється як у дусі часу подальший розвиток юриспруденції інтересів і у будь-якому разі невисловлено в цілому і загалом лежить в основі німецької науки цивільного права» [52, с. 254], причому мовиться про юриспруденцію інтересів і юриспруденцію оцінок у ролі панівних методичних основних течій у ХХ столітті (відволікаючись якомсь від правових вчень у період націонал-соціалізму) [52, с. 265]. Важливе значення для розуміння загального методологічного контексту має така теза: «Тоді як суб'єктивна теорія орієнтується на волю історичного нормоустановника, воля нормоустановника для представників об'єктивної теорії є лише більш-менш цікавою інформацією. Радше вони виходять, за часто цитованим виразом, із того, що закон може бути розумнішим за свого автора і щодо цього певною мірою стає самостійним стосовно його уявлень. Об'єктивна теорія відповідає поширеному в приєднанні передусім до Ларенца

розумінню і, мабуть, також практиці» [52, с. 262].

Отже, сказаного достатньо для того, щоб дійти висновку, що юриспруденція оцінок К. Ларенца є і сьогодні актуальним методологічним напрямком так само, як вона була таким і за життя К. Ларенца, тобто до 1993 року.

Так, якщо звернути увагу й на цей період існування юриспруденції оцінок К. Ларенца, то завважимо, що, наприклад, такий відомий у Німеччині юрист, як М. Кріле, віддає данину телеологічній редукції К. Ларенца та багато разів його згадує або цитує у своїй добре відомій в Німеччині праці «Теорія праводобування, розвинута на проблемі інтерпретації конституції», перше видання якої мало місце в 1967, а друге – в 1976 [124; 125, с. 68, 13, 35, 51 та ін.]. Те саме в цілому можна сказати про Ф. Мюллера – автора фундаментальної і оригінальної розвідки «Юридична методика», яка багато разів перевидавалася й істотно доповнювалася з 1971 року [126], – який бере до уваги погляди Ларенца в своїй методології конкретизації права [127, с. 78, 83, 94, 99 та ін.], побудованій на розрізненні програми і сфери норми. Цей ряд можна продовжити, якщо, образно кажучи, не до безкінечності, то до розумної межі, яка визначається метою, предметом та методом дослідження.

Особливо слід підкреслити значення, яке має творчість К. Ларенца для теорії юридичної аргументації. Так, Х. Перельман, класик загальної (риторичної) теорії аргументації та теорії юридичної аргументації, виділяє діалектичний підхід до права К. Ларенца, констатує, що «суперечливі цінності та інтереси не незалежно від юридичної системи можуть втілюватися в правовому рішенні. Суддя повинен цю систему застосувати, якщо проголошує право. Тому також юридичний екзистенціалізм, вільне судження про конкретну ситуацію суддею, недопустимий у теорії права, у випадку якщо ця теорія вміє цінити правову певність та хотіла б по можливості уникнути багатьох довільних рішень.

Сукупна проблематика юридичної та суддівської аргументації згідно з цим спрямовується на цю діалектику» [128, с. 120; 53, с. 227]. Такого роду позиція імпонує своєю зваженістю та здоровим глуздом, тому не викликає у нас заперечень і береться за основу в цьому дисертаційному дослідженні, тим більше що це позиція не тільки Х. Перельмана, але й К. Ларенца, Ю. Біндера та багатьох юристів як минулого, так і теперішнього та майбутнього часу.

Показати, наскільки активно юриспруденція оцінок К. Ларенца безпосередньо або опосередковано бере участь у релевантній науковій дискусії можна на прикладі проблеми тлумачення букви та духу закону, про яку М. Клатт висловлюється так: «Згідно з одним далеко поширеним в юридичній методології сприйняттям, всяке застосування норми є або інтерпретацією, або дальшим творенням права. Межа між обома маркується дослівним текстом (Wortlaut) норми. Всяке застосування, яке виходить поза межі дослівного тексту, є подальшим розвитком права.

Проблема межі дослівного тексту стосується питання, чи може дослівний текст виконати цю приписану йому розмежовуючу функцію» [129, с. 343], і зазначає при цьому там же, що цю проблему досліджували поряд із Ларенцом та його співавтором Канарісом [101, с. 143] такі представники теорії юридичної аргументації і юридичної методології (теорії права), як: Р. Алексі [130, с. 288 і наст.], Н. Кох та Й. Рюсман [131, с. 182], Г. Гассольд [132], К. Енгіш [133, с. 100, 121], В. Фікенчер [134, с. 301], Й. Нойнер [135, с. 184] та ін.

Не залишається К. Ларенц поза увагою і в англomовній теорії юридичної аргументації. Наприклад, Е. Фетеріс не забуває нагадати про «Методологію правознавства» в рамках побудови прагма-діалектичної теорії юридичної аргументації [136, с. 212], хоча й обмежується лише бібліографічною згадкою. Зазначимо, що Т. І. Дудаш, авторка фундаментальної праці «Правова аргументація: загальнотеоретична

характеристика» (2024), значною мірою опирається саме на «прагматдіалектичний підхід» Е. Фетеріс [137, с. 254–274], на відміну від обраного нами підходу Р. Алексі, що називається теорією раціонального юридичного дискурсу. Попередня праця Т. І. Дудаш «Праворозуміння: герменевтичне дослідження» (2010) [138] близька і тематично, і в цілому та загалом до проблематики, яка цікавила К. Ларенца.

Отже, юриспруденція оцінок К. Ларенца, народившись у Німеччині та в рамках загального гегелівського підходу до розуміння права (в рамках головно неогегельянства), виходить за свої межі як у територіальному, так і в теоретичному сенсах, наприклад, знаходить своє вираження в теорії юридичної аргументації.

2. Продовжити й поглибити доволі позитивну в цілому і загалом характеристику юриспруденція оцінок К. Ларенца можна, орієнтуючись на чотири практичні поняття (деонтологічне, метадеонтологічне, антропологічне (телеологічне, пов'язане з інтересами тощо) і аксіологічне), якщо звернути увагу на чотири визначені вище репрезентативні постаті, науковий інтерес яких значною мірою зосереджується на розвитку або критиці юриспруденції оцінок. Ідеться про К.-В. Канаріса, Р. Алексі, Й. Рюкєрта і Б. Рютерса, погляди яких на юриспруденцію оцінок К. Ларенца у в.с. ми розглянемо саме в такій послідовності.

К.-В. Канаріс належить до відносно невеликого, але дуже авторитетного в науковому світі кола представників юриспруденції оцінок, до якого входять К. Ларенц, Г. Ланге, Г. Коїнг, Ф. Бідлінські та ін., чотирьом з яких присвячені окремі статті і збірнику «Методика цивільного права від Савіньї до Тойбнера» (1917) (Г. Ланге, К. Ларенц, К.-В. Канаріс, Г. Коїнг [9, с. 219–240, 241–263, 318–342, 386–423]. Уже цей перелік спонуває стверджувати, що юриспруденція оцінок не обмежується тільки доробком К. Ларенца, а також те, що існує наукова школа К. Ларенца.

У рамках цієї наукової школи К.-В. Канаріс, як один із її представників, досліджує як питання критеріїв, так і процесів оцінювання, проте, як сказано вище, тільки розширюючи і поглиблюючи ідеї К. Ларенца, залишаючись в обох випадках на імпліцитному – у сенсі відсутності належної уваги до коректної формалізації юриспруденції оцінок – рівні раціональності юриспруденції оцінок.

К.-В. Канаріс є автором цікавої великої статті про К. Ларенца [8], в якій він намагається захистити К. Ларенца як людину і як науковця, тобто як діяльність К. Ларенца в 1933–1945 рр., так і його насамперед юриспруденцію оцінок. Ця стаття викликала гостру полеміку – у формі публікації низки статей – між К.-В. Канарісом і Б. Рютерсом (див.: [139] та ін.), який не погодився з такого роду апологетикою й запропонував протилежну оцінку як постаті К. Ларенца, так і юриспруденції оцінок.

Так, К.-В. Канаріс намагається дати пояснення так званому «утягненню в націонал-соціалізм» К. Ларенца та пізнішому – після 1945 року – мовчанню К. Ларенца у своїх працях про свою діяльність у 1933–1945 рр. Це пояснення може здатися цікавим, але не в усьому переконливим (як-от щодо відносин К. Ларенца і В. Альтмана, за допомогою яких К. Ларенц, порушивши мовчання незадовго до своєї смерті, пояснював свою роль за часів націонал-соціалізму). Йдеться про ларенцову «надію, що він може сприяти зв'язуванню націонал-соціалістичної держави певним мінімальним стандартом характерних для правової держави принципів і протидіяти її перверсії до неправової держави; мовою націонал-соціалістів він мусив говорити для того, щоб взагалі мати шанс того, що його думки були б ними сприйняті» [8, с. 272, 270–373]. Тому в цілому підсумкова критика Б. Рютерсом особи К. Ларенца: «достовірної загальної картини життя і діяльності Карла Ларенца, заснованої на фактах, все ще бракує. Канарісу доведеться запитати себе, чи відповідає його портрет Ларенца його власним

академічним стандартам. Своїм портретом він пропонує неправдиву історичну картину правової перверсії за часів націонал-соціалізму. Воно мало багато облич. Саме тому спотворення особистих образів є перешкодою для вивчення історії наступними поколіннями юристів» [139, с. 601], нам здається переконливішою.

Інша ситуація складається в частині формування юриспруденції оцінок, яка, як виявилось, може існувати як у тоталітарній формі, так й у плюралістичній (про окремі проблеми юридичного плюралізму див., наприклад, [140, с. 285]). У своїй апологетиці юриспруденції оцінок К. Ларенца К.-В. Канаріс відзначає, що за вихідний пункт потрібно взяти про те, що Основний закон зв'язує суддю в ст. 20, абз. 3 «законом і правом». В основі нашої конституції лежить, отже, уявлення, що «право» існує по той бік закону. Тому для неї є цілком сторонньою незграбна дихотомія зв'язаності (таким, що має інтерпретуватися «історично») законом, з одного боку, і «власним правоустановленням» судді шляхом «децизії» – з іншого. При цьому «право» виконує не тільки функцію мірила для коректури стосовно – з ним несумісного – закону, але послідовно також і ще більше функцію надолужуючого джерела права у разі відсутності підходящого законного розв'язання. Франц Віакер висунув для цього влучне гасло про «позазаконний правопорядок» („außergesetzlichen Rechtsordnung“, позазаконний правовий устрій). Те, що такий порядок «існує» і його потрібно шукати і (частково) можна знайти передусім на «рівні принципів», давно доведено (також емпірично) і є одним із центральних аргументів проти концепції вузького законопозитивізму. Це відповідає також саморозумінню юдикатури і правознавства; оскільки який суддя, що є сповна розуму, або науковець загально заперечував би там, де він уже не спроможний надати відповідь за допомогою закону, те, що запропоноване ним розв'язання, хай там як, ще є «правовим», і відразу братися за «власну оцінку» або «децизію», неначе

юдикатурі пасувала б компетенція щодо *встановлення* (статуювання, позитивування, а не констатування) права. Пояснити те, як ми можемо добувати і виробляти для себе цей «позазаконний правопорядок», є одним із найбільших завдань для майбутнього правознавства, до подолання якого *Ларенц* у своїй «Методології», а також і в своїй написаній у статусі емерітуса (перебуваючи на пенсії з досягненням 68 років) прекрасній пізній праці «Правильне право» (*richtiges Recht*) як заклав основи, так і надав далекосяжні імпульси [8, с. 302–303]. Цікавим є також той факт, про який згадує К.-В. Канаріс, що деякі ідеї К. Ларенца були сприйняті вищими судовими інстанціями Німеччини, наприклад, поняття «договору з захисною дією для третіх осіб» [8, с. 291] тощо.

Отже, якщо підсумувати, К.-В. Канаріс захищає юриспруденцію оцінок К. Ларенца тим, що перед власною оцінкою судді існує ще деяка оцінка, яка займає стосовно суті проміжну позицію між оцінкою законодавця й оцінкою *ultima ratio*, тобто оцінкою в кінцевому пункті, судді. З цим потрібно погодитися, проте із застереженням, що така проміжна оцінка може відбуватися не тільки у формі використання аксіологічних практичних понять, як це роблять переважно К. Ларенц і К.-В. Канаріс.

Саме те, як можна здійснити цю проміжну оцінку в неаксіологічній формі, і демонструє Р. Алексі, який, як сказано нами вище, розуміє свою теорію юридичного дискурсу, що, поряд із теорією зважування, включає теорію принципів, що є теорією цінностей, очищеною від хистких припущень [10, с. 18], тобто інтегративною евалюативною теорією, на передньому плані якої перебувають не аксіологічні, а метадеонтологічні практичні поняття. Аксіологічні практичні поняття при цьому не усуваються повністю, а відходять на задній план.

Хоча поняття очищення від хистких припущень теорії цінностей, яка є складовою частиною юриспруденції оцінок К. Ларенца, – адже оцінка – це

логічна сума цінності як критерію оцінювання і зважування та ін. як процесів оцінювання за допомогою цього критерію, – можна вважати критикою юриспруденції оцінок, але, на наш погляд, тільки тоді, коли йдеться про субстанціональну і процедурну заміну, а не про трансформацію практичних понять і про використання зважування як спільного знаменника. Але саме останнє – така трансформація і спільний знаменник – і мають місце тоді, коли йдеться про відношення юриспруденції оцінок К. Ларенца і теорії юридичного дискурсу Р. Алексі. Останню теорію можна вважати розвитком раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца за межами його власного доробку та доробку його наукової школи, причому цей розвиток потрібно позитивно оцінити й підтримати.

В подальшому (3-й розділ дисертації) ми докладно зупинимося на питанні, як за допомогою теорії принципів і теорії зважування Р. Алексі можна належно очистити та реконструювати юриспруденцію оцінок К. Ларенца у вузькому і широкому сенсах. Показати, як це очищення і реконструкція відбувається і має відбуватися, становить окреме питання конвергенції або трансформації аксіологічних і метадеонтологічних практичних понять. При цьому можна опиратися на такі, розроблені Р. Алексі, аспекти аналізу практичних понять, як: поняття чинності права [37], поняття правильності права [97], поняття процедурної теорії права [48; 141], поділ норм на правила і принципи [27], субсумція і зважування [76], формула ваги [30] та ін. На передньому плані тут перебувають поняття принципів і поняття їхнього зважування, аналогами для яких в юриспруденції оцінок К. Ларенца є поняття відповідно (цінності або добра чи блага як) критерію і поняття (зокрема, зважування благ як) процесу оцінювання. Зважування принципів і зважування благ – це немов аверс і реверс однієї монети, причому в історії філософії цьому поділу відповідає поділ етики на етику відповідно обов'язку і етику добра (чи блага).

Зокрема, наповнити конкретним змістом нашу постановку проблеми можна шляхом узагальнення пропонованого Р. Алексі (і Р. Дворкіним) розрізнення так званих правил і принципів. У своїй програмній статті «Логічний аналіз юридичних рішень» Р. Алексі констатує, що у контексті утворення нової правової норми можливе таке відношення правил і принципів: правила – правила, принципи – правила [108, с. 32–33]. Наприклад, в останньому випадку «федеральний конституційний суд обґрунтовує шляхом зважування благ нову універсальну норму, під яку може бути субсумований випадок» [108, с. 32].

Правила – це закриті правові норми, а принципи – відкриті, тобто в першому випадку – це норми, які вже містять визначені законодавцем елементи фактичного складу, а в другому – ще не містять, проте можуть і будуть містити в рамках певної процедури, а саме зважування принципів, яке здійснюється суддею, який не може відмовитися від вирішення судової справи у разі відсутності або помилковості правової норми. В такому разі можна, з одного боку, говорити про а) відношення закриті правові норми – закриті правові норми та б) відношення відкриті правові норми – закриті правові норми. Ці два типи відношень можна доповнити третім типом: в) відкриті правові норми – відкриті правові норми.

Відношення а) і б) ми будемо називати експліцитним, а відношення в) – імпліцитним (потенційно експліцитним). Далі на основі такого розуміння і термінології можна буде показати, як насправді відбувається чи може відбуватися розвиток раціональності юриспруденції оцінок за межами школи К. Ларенца.

Водночас слід сказати, що зважування принципів як відкритих норм є раціональним процесом, особливо тоді, коли він піддається формалізації, як це має місце в Р. Алексі (формула ваги).

Як підсумок можна сказати, що своєрідне – в рамках теорії юридичного дискурсу – визнання Р. Алексі юриспруденції оцінок

К. Ларенца потенційно може бути взяте за основу і продовжене в запропонованому ним напрямку – переорієнтації з пріоритету аксіологічних практичних понять на метадедентологічні практичні поняття, проте без усунення, а тільки пересуненням перших із них, з одного боку, і формалізації засобами сучасної логіки і/або арифметики застосування таких практичних понять, тобто принципів як велінь оптимізації, яке відбувається у формі їхнього зважування.

Погляди і К.-В. Канаріса, і Р. Алексі, будучи інтегративними теоріями, тяжіють до так званої об'єктивної теорії (тлумачення), яка в свою чергу має тісний стосунок до етики права, тобто орієнтується на моральний ідеал. Проте поряд зі взяттям до уваги в праворозумінні морального ідеалу існує можливість або взагалі обійтися без ідеалу, або орієнтуватися на соціальний ідеал. У такому разі виникає підґрунтя для критики юриспруденції оцінок (і, потенційно, теорії юридичного дискурсу), яке і відбувається в рамках так званої суб'єктивної теорії (тлумачення), що включає юриспруденцію понять, яка намагається обходитися якнайбільше без ідеалів і яку репрезентує Й. Рюкерт. і юриспруденцію інтересів, яку репрезентує Б. Рютерс і яка орієнтується на переважно соціальний ідеал.

Й. Рюкерт є автором низки статей і монографій, аналіз яких дозволяє зрозуміти, чому його підхід прийнято називати «ревізійоністським» [52, с. 252] у контексті аналізу значення юриспруденції оцінок К. Ларенца. Так, Й. Рюкерт доволі скептично оцінює значення зважування в правознавстві взагалі, а отже, і в юриспруденції оцінок К. Ларенца. Зокрема, він пише в спеціально присвяченій цій темі статті «Зважування – юридична кар'єра неюридичного поняття або: Суворість норм і зважування в зміні функцій» (2011) [78], що «політико-правове зважування ... не може дотримуватися нормативно більш-менш фіксованих правил. Це якраз характерна риса політичних рішень. [3]агалом можна говорити, що в сучасній, такій,

що так сильно, як ніколи стала предметом права системі певного правового добробуту, у якій так багато громадян прямо або непрямо, усвідомлено або неусвідомлено змушені обходитися правовими позиціями, правова впевненість повинна була б бути по можливості високою. Тому правова система повинна ставити собі завдання полегшувати орієнтування. Це відбувається, звісно, не завдяки рішенням-зважуванням залежно від обставин окремих справ Отже, завданням тут є не тільки вирішувати як-небудь справедливо, а надавати завжди одночасно нове конкретне орієнтування за допомогою загальних правил. Тому віддавати перевагу потрібно розвинутій для цього протягом сторіч техніці фактичного складу. Вона спонукає юристів пропонувати, хоч і по можливості, ясні якщо-то-орієнтування» [78, с. 922–923].

Сказане слід розуміти насамперед разом зі згаданим вище правилом, яке формулює Й. Рюкерт разом із Р. Зайнеке: «Розділяй тлумачення і далі творення права і зважування», а саме «у ролі правила впливає: розділяй тлумачення і далі творення і будь обережним із далішим творенням. Воно веде завжди понад чинне право – питанням є куди? Це, врешті-решт, (юридично-)політичне питання.

... Це змінює також межі тлумачення і дальшого творення права. Чим суворіші методичні правила, тим вузьчий простір для тлумачення.

Знову це буде інакше у разі **зважування**. Якщо все практичне вирішування розуміється як зважування, то таких меж не існує. Такі зважувальні блага, як свобода думки, свобода власності тощо, оптимізуються, не тлумачаться – конкретно, на справі. У разі тлумачення і дальшого творення права можна окреслити простір для дальшого творення права за допомогою образу прогалини закону. Цей образ відмовляє у разі зважування. При цьому виходять не із законних правил і нерегульованих прогалин, а вважають загальні цінності і блага даними, наприклад в основних правах. Вони мусять стати зваженими тільки з огляду на справу,

отже, приведеними в зважувальне співвідношення. У разі зважування ніколи не бракує дечого, все завжди вже в наявності» [9, с. 47–48]. Отже, Й. Рюкерт критично ставиться як до зважування як такого, так і до критеріїв, які беруть участь у зважуванні.

Дещо інша ситуація має місце у випадку з Б. Рютерсом, оскільки юриспруденція інтересів не тільки визнає поняття зважування, але його вперше вводить у поле правової науки. Тому критика Б. Рютерса спрямована не проти зважування як такого, а проти критеріїв оцінювання.

Так, основна критика представниками юриспруденції інтересів юриспруденції оцінок узагалі і К. Ларенца зокрема стосується не тільки відношення телеологічних і аксіологічних практичних понять, оскільки вони сьогодні достатньо зблизилися, а того, що юриспруденція оцінок, яка претендує бути об'єктивною, насправді суб'єктивна: «„Суб'єктивне“ тлумачення намагається дослідити об'єктивні факти, а саме первісну мету норми. Нібито „об'єктивне тлумачення“ натомість є суб'єктивною судовим нормоустановленням, вкладанням замість тлумачення (Einlegung statt Auslegung). Отже, суб'єктивне тлумачення об'єктивне; об'єктивне тлумачення суб'єктивне» [36, с. 509, 501–502].

До того ж, говорячи про «ілюзію аполітичності застосування права» в підручнику з «Теорії права і юридичної методології» (2022), який свого часу започаткував Б. Рютерс, сказано, що «методичні патерни аргументації, які неодноразово перетворювали юристів на чарівників тлумачення права замість служителів вірного закону тлумачення, досі фігурують у підручниках і посібниках як надійні інструменти начебто об'єктивного застосування права в умовах правової держави. Це стосується, наприклад, «об'єктивного» тлумачення, «мислення конкретного порядку», «конкретно-загальних» понять, «типологічного» знаходження права для виведення правових наслідків з «ідеї права», «природи» речей, «сутності» інститутів або правових фігур, навіть

«об'єктивного духу» правового порядку та подібних посилань на уявні сутності. Як правило, вони спрямовані на те, щоб суб'єктивні цінності інтерпретатора виглядали як науково визначений об'єктивний зміст права. Ці вкорінені в науці та практиці моделі аргументації рідко піддаються критичному аналізу. Таким чином, зрозуміло, що значна частина юридичної науки, а також практика вищих федеральних судів рухається на досить скромному рівні юридичної методологічної обізнаності» [36, с. 404].

З такою критикою не можна не погодитися, оскільки вона всього лише визнає той факт, що суддівська правотворчість, якій К. Ларенц приділяв велику увагу [142; 102; 143; 144], набуває в сучасному суспільстві дуже великого значення. Однак слід додати, що юриспруденція оцінок може бути все ж інтерсуб'єктивною.

У підсумку постає питання, якому підходу до аналізу практичних понять потрібно віддати перевагу. Ми зупинили свій вибір на поєднанні аксіологічних і метадементологічних понять, як уже здійсненому частково самим К. Ларенцом й представниками його наукової школи, а також Р. Алексі. Викладене вище праворозуміння можна взяти за основу для подальшого розвитку раціональності юриспруденція оцінок К. Ларенца в такому напрямі.

Висновки до 2-го розділу

Викладене вище дозволяє зробити наступні висновки: 1. Імпліцитна раціональність юриспруденції оцінок К. Ларенца (у в.с.) визначається в аспекті правової системи як системи норм багатоманіттям нормативних форм (тип, конкретно-загальне поняття, принцип тощо), причому всі такі форми є – свідомо – несубсумцієздатними. Раціональність в аспекті правової системи як системи процедур визначається також багатоманіттям

прийомів (зважування благ, долучення до типу тощо), причому вони всі є неформалізованими. Такий стан справ пояснюється головню філософсько-правовою позицією К. Ларенца, а саме використанням ним «конкретно-загального поняття» в сенсі Гегеля.

Юриспруденція оцінок К. Ларенца (у в.с.) має інтегративний (діалектичний) характер, з одного боку, і тільки переважно аксіологічний – з іншого. Це означає, що К. Ларенц не ігнорує ні антропологічні, ні деонтологічні практичні поняття. «Головними помилками» Ларенца, в сенсі О. Лібмана, є уявлення про несубсумцієздатність юриспруденції оцінок, а також аксіологічно-діалектичний характер такої юриспруденції.

2. В науковій школі К. Ларенца виправляється тільки одна «головна помилка», а саме уявлення про несубсумцієздатність юриспруденції оцінок. Здійснює це Т. Рім, який пропонує досконалу процедуру, в якій інтегруються зважування і субсумція. В частині правової системи як системи норм наукова школа К. Ларенца залишається переважно в рамках його ідей.

3. Юриспруденція оцінок все ще перебуває у боротьбі з іншими традиційними методологічними течіями, які сьогодні репрезентуються такими іменами, як Б. Рютерс (юриспруденція інтересів) або Й. Рюкерт (юриспруденція понять). Ця боротьба не може бути завершена, оскільки вона має світоглядний характер і залежить від відповідей на два такі питання: чи юрист може обмежуватися тільки закритою правовою оцінкою? Чи правова оцінка повинна мати історичний або актуальний характер? К. Ларенц на перше питання відповідає заперечно і будує свою юриспруденцію відкритих оцінок, а при відповіді на друге питання він робить свій вибір на користь актуальної правової оцінки, тобто правової оцінки, яка враховує стан справ на момент застосування відповідної правової норми.

4. Існує тісний зв'язок між юриспруденцією оцінок і теорією

юридичної аргументації, особливо теорією раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі. По суті, йдеться про два сучасні методологічні напрями, які істотно відрізняються тільки своїм акцентуванням на різні практичні поняття: аксіологічні, у першому випадку, і метадеонтологічні, у другому. Крім того, теорія юридичної аргументації активно послуговується засобами сучасної логіки і теорії науки. Відношення між юриспруденцією оцінок і теорією юридичного дискурсу аналогічне відношенню між відповідно етикою добра і етикою обов'язку.

5. Юриспруденція оцінок К. Ларенца є тим кристалічним ядром, навколо якого формується сучасна юриспруденція оцінок як теорія правового значення в модальному сенсі, а також у сенсі визначення дієвості та легітимності позитивного права, як відкрита теорія застосування права, тобто теорія застосування правових норм в широкому сенсі, не лише норм позитивного права, та як теорія, яка описує, пояснює та прогнозує значення ідеї та дуалізму права з погляду поняття правильного права.

13. 6. Інтегративна теорія юридичної аргументації – це евалюативна теорія, тобто теорія закритої і/або відкритої правової оцінки, яка включає або може включати в себе аналітичну і три види синтетичних юриспруденцій, а саме метадеонтологічну (дискурсивну), аксіологічну і антропологічну (телеологічну). Юриспруденція оцінок К. Ларенца *in abstracto* – це аксіологічно-діалектична форма інтегративної теорії юридичної аргументації, а *in concreto* – це одна із традиційних методологічних течій, розвинута К. Ларенцом та його учнями на основі ідей Гегеля, Р. Штамлера, Ю. Біндера, Г.-Г. Гадамера та ін., в центрі уваги якої перебуває питання про критерії і процес відкритого правового оцінювання.

7. Положення цього розділу викладені в таких статтях: [145; 146; 147; 148; 149; 150; 151; 152; 153; 154; 155].

РОЗДІЛ 3

АРГУМЕНТАТИВНА РЕКОНСТРУКЦІЯ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ ОЦІНОК КАРЛА ЛАРЕНЦА

У попередніх розділах дисертації юриспруденція оцінок К. Ларенца як така розглядається переважно з погляду того, якою вона була і є. Проте це не виключає можливості поглибити загальне досліджуване питання за рахунок підпитання про те, якою вона повинна бути, зокрема і особливо, якщо її тісніше зблизити з теорією юридичної аргументації, репрезентованої Р. Алексі і його науковим колом. У такому разі можна не лише, якщо скористатися термінами К. Ларенца, дослідити юриспруденцію оцінок «історико-критично», але й «систематично», тобто також з погляду її структури, субстрату і концепту, проте не дескриптивно, а прескриптивно.

Якщо вище реконструкція юриспруденції оцінок К. Ларенца відбувалася переважно з метою передати оригінальні погляди К. Ларенца і деяких його наукових учнів на основоположні питання, об'єднані під рубрикою юриспруденції оцінок, то продовження такої філософсько- і методологічно-правової реконструкції як відтворення можливе у формі реконструкції як перетворення, яке може відбуватися як трансформація або як конвергенція й інтеграція юриспруденції оцінок К. Ларенца в системі традиційних і сучасних методологічних напрямків. За такої умови доцільно орієнтуватися не тільки на власне наукову позицію К. Ларенца, підтриману або змінену і розвинуту в рамках його наукової школи, але й на обрану нами дослідницьку програму, яка опирається на аналіз і синтез чотирьох видів практичних понять у сенсі Г. фон Врігта (аксіологічні, антропологічні, передусім телеологічні, пов'язані з інтересами, потребами тощо, і деонтологічні практичні поняття) з уточненням про поділ деонтологічних практичних понять на власне деонтологічні й

метадеонтологічні.

Уже після формування в своїй основі юриспруденції оцінок (головно у 60-ті роки минулого століття) активно розвивається теорія юридичної аргументації (з початку 70-х років минулого століття), тобто теорія юридичної аргументації немов бере естафетну паличку в юриспруденції оцінок, дозволяючи поглянути на неї під відповідним кутом зору. В такому разі юриспруденція оцінок стає синкретичною не тільки з погляду того, що в її розвиток зробив внесок не один К. Ларенц, тобто не тільки з персональної точки зору, але й в теоретичному сенсі, оскільки сучасна юриспруденція оцінок та юриспруденція оцінок у цілому буде розумітися в рамках тісного переплетення з теорією юридичної аргументації.

У цьому ракурсі проблема філософсько- і методологічно-правової реконструкції юриспруденції оцінок стає проблемою аргументативної реконструкції такого роду юриспруденції. Така реконструкція в свою чергу може бути двох видів: з погляду автора (авторів) юриспруденції оцінок та з погляду дослідника такого роду юриспруденції, який може триматися при цьому не власне авторського підходу, зокрема в царині термінології, вибору підходу тощо, а брати до уваги точки зору, які могли з'явитися пізніше, які не використовувалися з тих чи інших причин самим автором (авторами), які термінологічно та понятійно відмінні і навіть такі підходи, які відкидалися чи не сприймалися в авторському творчому процесі.

У першому випадку можна було б ще поглибити той матеріал, який викладено в попередніх розділах дисертації, в другому ж можна як поглибити, так і розширити понятійно-категорійне поле та на новій основі перебудувати юриспруденцію оцінок, надавши їй, по можливості, більш сучасних рис та ознак, насамперед ознак актуальної аргументативної юриспруденції. Далі ми під філософсько- і методологічно-правовою реконструкцією розуміємо лише дослідницьку реконструкцію правової теорії, відомої під назвою юриспруденції оцінок. Отже, реконструкція як

така в такому випадку розуміється як відтворення форми та змісту певної теорії з певної точки зору, яка може не збігатися з авторським (оригінальним) підходом. Проте такий збіг повністю не виключається. У цілому йдеться про погляд на евалюативну проблему як аксіологічно, так і метадеонтологічно або інтегративно.

3.1. Модальна й аплікативна реконструкція юриспруденції оцінок К. Ларенца

Об'єктом нашого дослідження є відношення виміру чинності та виміру ваги права у сенсі Р. Дворкіна і Р. Алексі, причому переважно у сенсі Р. Алексі, а також, якщо абстрагуватися від деяких термінологічних питань, і в розумінні К. Ларенца. Ці два виміри можна розглянути з двох точок зору: з погляду формальної системи, або структури, і з погляду її інтерпретації, або субстрату. В такому разі можна запропонувати як формалізацію цих двох вимірів, так і релевантну й адекватну її інтерпретацію. Причому у випадку виміру чинності права можна говорити більш загально про питання модальності та конкретніше у межах виміру ваги про аплікацію (застосування) права у формі зважування, тобто розглянути питання про структуру і субстрат належної юриспруденції оцінок у процесі її модальної і аплікативної реконструкції.

При цьому потрібно і можна відповісти на два такі питання: по-перше, як певна модальна система може з логічною необхідністю обґрунтувати можливість доповнення виміру чинності права виміром ваги права, і, по-друге, як у правовому контексті можна найкраще на сьогоднішній день формалізувати процедуру зважування, до якої можна звести вимір ваги. Відповідь на ці питання орієнтується на дві формальні системи, а саме: формальну систему S5 Кларенса Льюїса [29, с. 115-121] і так звану формулу ваги Р. Алексі [30], яка є не тільки арифметичною, але й логічною формалізацією. Покажемо, що це за системи і як вони можуть

бути використані в окресленому щойно контексті.

У рамках інтегративної теорії юридичної аргументації, тобто евалюативної методологічно-правової теорії, яка має справу не з одним практичним поняттям, а з кількома або усіма, проблема модальності отримує вираження в поняттях обґрунтованості, переконливості, надійності тощо, які є кінцевою метою, яка ставиться перед аргументатором. Для наших цілей достатньо показати, як модальність як така і система S5 зокрема дозволяє пояснити, що право з логічною необхідністю має згадані вище виміри: чинності й ваги.

Традиційно вважається, що певна соціальна поведінка з погляду права взагалі чи, що те саме й іншими словами, правового значення може бути належною або неналежною. Це означає, в кінцевому рахунку, що якась одна поведінка людини може бути або обов'язковою, або забороненою. Проте вона може бути також дозволеною (відносно дозволеною), причому може бути відносно дозволено щось робити і відносно дозволено щось не робити. Якщо ж вона абсолютно дозволена, тоді ставиться в один ряд з обов'язком та заборонаю, і система норм стає з погляду своїх модальних (деонтичних) характеристик розширеною системою. На основі цього можна поставити питання: чи не існує якась система, яка формалізує щойно сказане, тобто дозволяє розуміти його як поки що імпліцитну інтерпретацію такої системи.

І справді така система існує. Це розширена (і деякою мірою звужена) система S5, яку ми далі будемо називати кваліфікованою системою S5. Отже, для того, що показати, як система S5 може бути використана для логічної експлікації вимірів чинності і ваги права, спочатку слід показати що собою являє проста система S5 і як її потрібно розширити для реалізації наших цілей.

Система S5 є формальною системою, яка, за Р. Фейсом, інтерпретується на основі 6 незвідних алетичних модальностей: чотири з

них являють собою власні модальності, які мають перший ступінь, а саме:

«можливо» ($\diamond p$) і «неможливо» ($\sim \diamond p$ або $\Box \sim p$);

«необхідно» ($\Box p$) та «не необхідно», або «випадково» ($\sim \Box p$ або $\diamond \sim p$). В доповнення до цього мають місце:

дві модальності нульового ступеня: p та $\sim p$.

Три модальності позитивні, імплікація між ними:

$\Box p \Rightarrow p \Rightarrow \diamond p$.

Три модальності негативні; імплікація між ними:

$\sim \diamond p \Rightarrow \sim p \Rightarrow \sim \Box p$ [29, с. 116]. У цілому символи тут означають: \Box –

необхідність, \diamond – можливість, \sim – не, \Rightarrow – якщо ..., то ..., (далі \rightarrow), класична аксіоматика наведена у Р. Фейса [29, с. 115-121]).

Якщо відволіктися від модальностей нульового ступеня p і $\sim p$, то решта модальностей утворює так званий алетичний квадрат:

необхідність – неможливість

можливість – не-необхідність.

Модальні відношення між цими всіма та чотирма останніми алетичними модальностями якраз і визначається експліцитно в рамках системи S5. Проте потенціал цієї систем містить також імпліцитні елементи, один із яких має прямий стосунок до відповіді на поставлене на початку цього підрозділу перше питання про відношення двох вимірів права. Покажемо, як його можна експлікувати.

Система S5 може бути перетворена у кваліфіковану систему S5 у кілька етапів.

Так, по-перше, потрібно сказати, що модальності нульового ступеня в юридичному аналізі можуть виявлятися непотрібними, що, з одного боку, відсилає до відомої (ще Канту) проблеми Юма, тобто до модальності першого ступеня $\Box p$, – а з іншого боку, дозволяє ad hoc відмовитися від їх використання в рамках відповідного аналізу, отже, залишаючи їх латентно чинними, проте незастосовними. Останнє дозволяє спростити дві згадані

Фейсом імплікації так: $\Box p \rightarrow \Diamond p$; $\sim \Diamond p \rightarrow \sim \Box p$.

По-друге, звернемо увагу на те, що Р. Фейс ототожнює поняття «не-необхідності» і «випадковості». Це справді можна робити, але це робити не обов'язково. Далі в поняття «випадково» будемо вкладати інший сенс, який не збігається з «не-необхідно», причому у контексті алетичної та деонтичної логіки ми вживатимемо узагальнений для «випадковості» термін «контингентності» або «контингенції».

Після такої редукції і термінологічної конвенції можна адаптувати алетичну систему S5 до завдань логіки норм і оцінок, тобто до деонтичної в підсумку логіки. Це відбувається так.

По-третє, на основі ідеї Г. фон Врігта про аналогію взаємовизначеності між алетичними і деонтичними модальностями, яку ми вище використали за аналогією для формулювання гіпотези про аналогію взаємовизначеності між синтетичними практичними поняттями і яка була відома, наприклад, і Лейбніцу, можна перетворити алетичний квадрат у деонтичний:

веління – заборона

дозвіл – не-веління.

По-четверте, логічна сума, тобто диз'юнкція, веління і заборони утворює поняття імператива, а логічний добуток, тобто кон'юнкція, дозволу і не-веління – не-імператива, або, узагальнено, контингенції, про яку йшлося вище.

У такому разі деонтичний чотирикутник перетворюється на деонтичний шестикутник, який можна знайти у Р. Алексі [10, с. 185], Я. К. Йордена [156, с. 205], В.В. Навроцького [79, с. 123–129] та ін., а саме:

імператив

веління – заборона

дозвіл – не-веління

не-імператив.

Кваліфікована – вже не алетична, а деонтична – система S5 має якраз таку шестикутну форму. Не-імператив може розумітися як контингенція (випадковість).

По-четверте, кваліфіковану систему S5 можна певною мірою «арифметизувати», – принаймні зовні так, як це робить Р. Алексі у випадку зі своєю формулою ваги, – якщо взяти до уваги матрицю істинності із «Логіко-філософського трактату» Л. Вітгенштейна.

У такому разі ми спочатку отримаємо, якщо замінити символи і (істинно) і х (хибно), які використовує, якщо перекласти з німецької мови, Л. Вітгенштейн, на відповідно 1 і 0, шестикутну структуру:

1001
1000 0001
1110 0111
0110.

Цю структуру для наочності й елементарності можна спочатку спростити до:

101
100 001
110 011
010,

а потім використати для пояснення релевантних юридичних проблем.

При цьому можна і потрібно користуватися стандартними значеннями для логічних констант «і», «і/або», «якщо ..., то ...» і «еквівалентно», а саме: «і» істинне тоді, коли істинне і a , і b , «і/або» – неістинне тільки тоді, коли a хибне і b хибне, «якщо ..., то ...» – неістинне тільки тоді, коли a істинне, а b хибне, а a і b еквівалентні тоді, коли і a і b істинні, або і a і b хибні. Заперечення при цьому експлікується так: якщо a істинне, то b хибне, і навпаки.

Тепер кваліфіковану систему S5 можна протестувати на наведеному

вище прикладі про відношення між дозволами, заборонаю і велінням. Так, відношення між заборонаю і велінням контрарне, відношення між заборонаю і дозволом щось робити – контрадикторне, відношення між велінням і дозволом щось не робити – також контрадикторне, відношення між велінням і дозволом щось робити – відношення підпорядкування (про нього в цілому йшлося у Р. Фейса: $(\Box p \Rightarrow p \Rightarrow \Diamond p)$) і так далі. Це все, так звані тавтології у сенсі Вітгенштейна або логічні закони системи S5, які легко довести, якщо взяти до уваги наведені вище значення логічних констант. Про те, як використовуються філософські константи, уявлення дає зразкова праця А. А. Козловського «Право як пізнання: Вступ до гносеології права» [157, с. passim], також його статті, зокрема «Антиномії права» [158] та ін.

Серед цих тавтологій (логічних законів) кваліфікованої системи S5 є ще принаймні одна формула, яка нас має особливо цікавити, якщо ми бажаємо показати, що в праворозумінні є місце для розуміння права у вимірі чинності та вимірі ваги. Йдеться про відношення контрарності між велінням, заборонаю і не-імперативом, яке добре відоме ще з початку ХХ століття.

Формально мовиться про таку формулу, яку ми будемо називати формулою вимірів: $\sim (a \vee b) \leftrightarrow c$,

де a означає веління, b – заборону, c – не-імператив, \sim – не, \vee – і/або, \leftrightarrow – еквівалентно. Ця формула тоді читається так: не-імператив має місце тоді і тільки тоді, коли не мають місце ні веління, ні заборона. Напівформально це експлікується так: a має в кваліфікованій системі S5 значення 100, b – 001, c – 010, тоді диз'юнкція a і b має значення 101, її заперечення 010, але 010 збігається з 010 як значенням c , що і потрібно довести.

Покажемо, чому формула $\sim (a \vee b) \leftrightarrow c$ є формулою вимірів.

Р. Алексі розрізняє вимір чинності і вимір ваги так, що вимір

чинності має стосунок до норм, які можуть бути або виконані, або не виконані, тобто до так званих правил, а вимір ваги – до норм, які можуть бути виконані різною мірою, тобто до так званих принципів. Принципи при цьому розуміються як веління оптимізації, тобто як норми, які взаємно оптимізуються, або зважуються з метою визначення, який із них має перевагу для того, щоб умови, які ведуть до переваги, перенести у фактичний склад норми-правила, зберігши при цьому правовий наслідок пріоритетного принципу.

На наш погляд, що збігається і з позицією Р. Алексі, коли мова йде про правила, то «все-або-нічого-вимога» (контрадикторна суперечність), яка у випадку з ними реалізується, означає, що якщо є чинною норма-веління (зобов'язувальна норма) щось робити, то суперечна (контрадикторно) їй норма-не-веління, яка дозволяє це не робити, є нечинною. Другим випадком є випадок, коли одна норма забороняє дію, а інша дозволяє. Прикладом першої норми може бути норма, яка на федеральному рівні в Німеччині зобов'язує до одного, а на земельному дозволяє це не робити. Практичне значення така ситуації має не тільки у сенсі відношення вищого за рангом правила і нижчого за рангом правила взагалі, але у сенсі чинності: друга норма нечинна, а тому вона, наприклад, не може автоматично відновитися після втрати чинності нормою вищого рангу. Прикладом другої норми є норма, яка в подібній ситуації є не нормою ведінням, а заборонною нормою.

Отже, контрадикторне відношення в рамках деонтичного чотирикутника між нормами-веліннями, дозвільними нормами щось не робити, заборонними нормами і дозвільними нормами щось робити утворюють логічну структур виміру чинності права у сенсі Р. Алексі.

Але як бути у випадку, якщо не існує ні норми-веління, ні заборонної норми, тобто якщо не існує імператива ні у формі веління, ні у формі заборони, тобто існує дозвіл щось робити і дозвіл те саме не робити?

Відповідь на це запитання в рамках кваліфікованої системи S5 проста й однозначна: оскільки імператив – це логічна сума (диз'юнкція) веління і заборони, то в такому разі буде мати місце не-імператив. Цей не-імператив можна називати по-різному: абсолютним дозволом, контингенцією тощо, а у підсумку – виміром ваги, оскільки тоді йдеться про те, що відсутність дозволу і заборони еквівалентне логічному добутку щось робити і не робити, причому одна норма може дозволяти щось робити, інша – дозволяти це не робити і обидві норми будуть при цьому чинними, але виконуватися різною мірою. Саме так можна описати норми, які Р. Алексі називає принципами: два принципи можуть суперечити один одному, їх можна зважувати, після зважування (оптимізації) обидва принципи залишаються чинними, але один із них отримує перевагу над іншим або виникає ситуація деліберативного (зважувального) пату.

Як підсумок можна сказати, що кваліфікована система S5 дозволяє належно показати існування поряд із виміром чинності права, який стосується відношень між нормами-імперативами, з одного боку, і двома типами відносних дозвільних норм, існує вимір ваги, який, з одного боку, є контрадиктивно суперечним логічній сумі двох типів імперативних норм, а з іншого, є логічним добутком двох типів дозвільних норм. Цей вимір ваги являє собою ігровий (вільний) простір для співіснування норм-принципів як велінь оптимізації (зважування, деліберації, балансування, юридичної пропорційності). Кваліфікована система S5 адекватна для експлікації відношення виміру чинності і ваги модальною структурою, а ці два виміри є субстратом, що свідчить про те, що питання про виміри ваги і чинності розглянуто системно у сенсі відношення структура–субстрат А. І. Уйомова.

Отже, можна відмітити, що вимір чинності – це з формальної точки зору аспект модального імперативу (в двох варіантах: експліцитному й імпліцитному), а вимір ваги – це контрпоняття до цього аспекту, який має

місце тоді, коли імперативи не застосовуються, а застосовуються одночасно, але по-різному відносно дозволи. Цей вимір ваги має ідеальний некогерентний характер, який означає право як щось робити, так і не робити, як – більш загально – чинність (існування) одного права, так і чинність (існування) іншого права, яке йому суперечить. Щоправда, тільки *prima facie*.

Вимір ваги доцільно звести, тобто конкретизувати, до питання про процедуру зважування як аплікативний субстрат і формулу ваги Р. Алексі як його аналітичну структуру. В такому разі можна приділити більшу увагу аплікативному аспекту відношення модальність–аплікація.

Як перейти від цього *prima facie* до дефінітивної норми якраз і показує формула ваги, яка містить у Р. Алексі як експліцитні, так і імпліцитні аспекти. А такому разі експліцитно ця формула має арифметичну форму, і імпліцитно логічну. Покажемо це докладно.

Що стосується арифметичного боку, формули ваги Р. Алексі, то тут слід взяти до уваги те, що «існують дві основні операції правозастосування: субсумція і зважування. Тоді як субсумція відносно добре досліджена, у зважуванні, як і раніше, відкрито багато питань. При цьому йдеться про три проблеми: про проблему структури, проблему раціональності і проблему легітимності. Між цими проблемами існують тісні взаємозв'язки. Легітимність зважування залежить від його раціональності. Чим раціональніше зважування (*Abwägung*), тим легітимніший хід зважування (*Abwägen*). Про раціональність зважування вирішує, однак, його структура. Якщо її аналіз покаже, що процес зважування може бути не чим іншим, як довільним вирішуванням, то разом із раціональністю зважування була б водночас поставлена під сумнів його легітимність у правозастосуванні, зокрема в конституційній юдикатурі. Тому ядро проблеми зважування в праві утворює проблема структури зважування» [30, с. 771]. Власне існування формули ваги та її

прикладне значення свідчить, що зважування є раціональною процедурою, а оскільки всі практичні поняття, як показано вище, можуть бути застосовані у формі зважування, то це означає, що всі синтетичні методологічні напрямки раціональні, хоч і по-різному. Формула ваги, на наш погляд, пропонує найбільш раціональний підхід до зважування (деліберації).

Експліцитно в спеціальній статті «Формула ваги» (2003) Р. Алексі розуміє під формулою ваги, врешті-решт, те, що «повна формула ваги набуває таку форму:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Р. Алексі так пояснює цю формулу: I – це інтенсивність втручання в інший принцип, G – це абстрактна вага, а S – надійність наших знань.

Так, для простого і скороченого прикладу Р. Алексі говорить: нехай в обох випадках абстрактні ваги (G_i , G_j) будуть однаковими, що спрощує справу. В першому випадку йдеться на обох сторонах про тяжке (s) втручання, яке наставало б у разі проведення заходів у випадку з P_i і у разі утримання у випадку з P_j . Тяжке втручання в P_i було б, щоправда, певним (g), втручання в P_j , всупереч цьому, можна тільки припускати (p). $G_{i,j}$ визначається тоді так:

$$G_{i,j} = \frac{4 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 2.$$

Отже, P_i перевершує» [30, с. 790]. Тобто певним характеристикам, з якими часто мають справу юристи, наприклад, легко, середньо, важко, можна присвоїти певні числові значення, приблизно так, як ми використали для експлікації деонтичних модальностей, для того щоб мати можливість підставити їх у формулу, яку Р. Алексі називає формулою ваги. У підсумку можна отримати, з одного боку, надійні результати, а з іншого боку, показати тісний стосунок юриспруденції оцінок і теорії юридичного дискурсу, оскільки хоч і можна за допомогою формули ваги виконати

певні арифметичні дії, але оцінка чогось як легкого, середнього або важкого відбувається вже не дискурсивно, а радше інтуїтивно й аксіологічно.

Для унаочнення сказаного про формулу ваги варто навести якийсь яскравий приклад, який наводить Р. Алексі. Таким прикладом може бути справа, в якій йдеться про класичну колізію між свободою думки і правом особистості. Широко розповсюджений сатиричний журнал «Титаник» (TITANIC) назвав офіцера запасу, який страждає на поперечний мієліт і який успішно пройшов призов на військові навчання для резервістів, спочатку «природж. вбивцею» (geb. Mörder), а потім, у пізнішому номері, «калікою» (Körper). Верховний суд землі Дюссельдорф присудив «Титанику» за скаргою офіцера запасу до виплати грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків у розмірі 12.000 НМ. «Титаник» подав конституційну скаргу. Федеральний конституційний суд займається «співвіднесенням з випадком зважуванням» між свободою висловлювання думки на боці компаньйонів журналу (ст. 5, абз. 1, речення 1 Оsn3) і загальним правом особистості офіцера запасу (ст. 2, абз. 1 у сполученні зі ст. 1, абз. 1 Оsn3). З цією метою визначається і співвідноситься інтенсивність умалення цих прав. Присудження грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків класифікується як «стійке», отже, *тяжке* втручання в свободу думки, навіть якщо воно (sc. втручання) відбувається не за допомоги рішення кримінального суду, а тільки за допомоги рішення цивільного суду. Це обґрунтовується передусім тим, що грошове відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків могло б зменшити майбутню готовність зачеплених осіб компонувати свій журнал так, як вони це робили дотепер. Найменування «природж. вбивця» потім поміщається в контекст опублікованої «Титаником» сатири. В ній кілька осіб у «помітно несерйозний» спосіб, на який наклала свій відбиток гра, називаються якимось природженими. Такий

контекст виключав би вбачання в цьому найменуванні «недозволеного, тяжкого, протиправного порушення права особистості». Отже, умаленню права особистості відміряється принаймні *середня*, можливо, навіть тільки *мізерна* інтенсивність. Цьому відповідає *середня*, можливо тільки *мізерна* важливість захисту особистості офіцера запасу за допомоги призначення грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків. Згідно з такими градаціями, твердо встановлюється перша частина рішення. Для того щоб виправдати присудження грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків як тяжке втручання в основне право свободи думки, умалення права особистості, яке повинно врівноважуватися за допомоги грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків, мусило б бути принаймні також тяжким. Проте таким воно, за оцінкою Федерального конституційного суду, не є. Але тоді втручання в свободу думки непропорційне, що означає, що за називання офіцера запасу «природж. вбивцею» не можна було б накласти грошове відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків.

Іншим повинен бути стан справ, щоправда, у випадку з називанням офіцера запасу «калікою». Таке найменування ображало б того, хто страждає на поперечний мієліт, «*тяжко* в його праві особистості». Отже, важливість захисту офіцера запасу за допомоги призначення грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків велика. Це обґрунтовується тим, що називання того, хто отримав тяжке тілесне ушкодження сьогодні «калікою», загалом «розуміється як приниження» і виражає «зневагу». Тяжкому втручання в свободу думки протистоїть, отже, висока важливість захисту особистості. В такій ситуації Федеральний конституційний суд доходить висновку, що не можна усвідомити «жодного хибного визначення ваги на шкоду свободі висловлювання думки». Тому конституційну скаргу «Титаник» обґрунтував тільки тією мірою, якою було накладено стягнення грошового

відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків за називання «природж. вбивцею». Тією мірою, якою воно мало стосунок до називання «калікою» [30, с. 774-777].

Поряд із цим існують і імпліцитні – формальні – складові формули ваги. Так, формула ваги є розвитком так званого колізійного закону Р. Алексі, який в свою чергу, з логічної точки зору є вираженням логіки відношень, зведеної до формули «чим ... , тим ...».

Отже, кваліфікована система S5 дозволяє показати логічну необхідність існування поряд із виміром чинності права виміру ваги права, а формула ваги Р. Алексі має не тільки експліцитну арифметичну форму, але й імпліцитну логічну форму, яка опирається на логіку відношень.

3.2. Концептуальна реконструкція юриспруденції оцінок

Відомо, що «правила тлумачення розрізняються в аспекті їх визначального концепту. При цьому йдеться про контекст інтересів, семіотичний (лінгвістичний), логіко-аргументативний, юридично-догматичний і предметний. Цим контекстам відповідають телеологічне, інтересів, оцінююче, функціональне, історичне, мовне, логічно-аргументативне і систематичне тлумачення, так само як тлумачення згідно з природою речі» (М. Павчнік) [21, с. 63]. Оскільки юриспруденція оцінок, яка показано вище, є продовженням тлумачення, то сказане про визначальний концепт стосується в цілому і її. Проте йдеться про інший контекст, а саме контекст ідеї права, правильного права і теорії юридичної аргументації, яка дозволяє належно поєднати ідею права та правильне право.

Розгляд юриспруденції оцінок під кутом такого роду концептів, зведений до аналізу гасамперед ідеї права як регулятивної ідеї, і далі результативного значення правильного права, отже, стає концептуальною реконструкцією юриспруденції оцінок, в якій теорія юридичної

аргументації в різних її виявах (аксіологічному, метадеонтологічному і телеологічному) стає якщо не конститутивною ідеєю, то принаймні засобом переходу від ідеї права до правильного права.

Ідея права переважно розуміється як регулятивна ідея у сенсі І. Канта, тобто як певний орієнтир, який може мати різний склад, проте практично завжди до нього включається дві цінності, які набувають форму принципів, а саме принцип справедливості та принцип правової певності.

Традиційно ідея справедливості є постійним елементом ідеї тих авторів, які спеціально зверталися до її аналізу (Р. Штамлер, Г. Радбрух, Ф. Бідлінські та ін.). Справедливість (комутативна та дистрибутивна) в такому разі визначається, в кінцевому рахунку і традиційно, відповідно принципами формальної рівності (*aequitas*) та кожному своє (*suum cuique*).

Проте виникає запитання, які інші загальні принципи права потрібно включати до змісту ідеї права? К. Ларенц додає як пару до справедливості принцип правового миру, який, зокрема, включає принцип правової певності (визначеності, безпеки). Інші автори до ідеї права зараховують принципи свободи, доцільності, прямо юридичної певності та ін.

Ми далі зупинимося на тому, що ідея права оптимально складається принаймні із двох принципів – справедливості та правової певності (як інкарнації принципу логічної закритості права в кореляції з принципом відкритості права), тобто принципу правової певності в широкому сенсі. Це не виключає включення до складу ідеї права інших цінностей або принципів, проте вже це дозволяє говорити про два типи евалюативної юриспруденції, а саме про аналітичні евалюативну юриспруденцію, що орієнтується на принцип правої певності, і синтетичну евалюативну юриспруденцію, яка орієнтується на принципи справедливості. Якщо все ж потрібно розширити склад ідеї права, то першим кандидатом буде така цінність, як добро, якщо нагадати і про визначення права римськими юристами (мистецтво добра і слушності як різновиду справедливості), так і

про існування поряд з метадеонтологічними практичними поняттями, орієнтованими на справедливість, аксіологічних практичних понять, орієнтованих на добро або благо.

У цілому така схема пояснюється тим, що застосування справедливості у стосунках можливе лише у вільних стосунках (якщо стосунки не вільні, то йтиметься радше не про справедливість, а про милосердя, гуманність тощо). В такому разі справедливість стає способом, інструментом досягнення вільного стану особистості. В свою чергу, інструментом, проте не єдиним, для досягнення справедливості є принцип правової певності, тобто такі його субпринципи, як загальна заборона зворотної дії закону, захист законних очікувань тощо. Отже, цей останній принцип опосередковано є способом реалізації індивідуальної та колективної свободи.

Ідея права в двох чи трьох згаданих вище своїх іпостасях, доповнених принципом свободи, стала основою для розбудови так званих трьох європейських просторів: свободи, безпеки та справедливості (англ. *area of freedom, security and justice*; франц. *espace de liberte, de securiteet de justice*), які є надійним орієнтиром для вдосконалення власне вітчизняного українського правового простору (див. докладно працю М.М. Гнатівського [159]). Це ще один аргумент на користь саме такого розуміння ідеї права.

Отже, можна зробити висновок, що за основу для визначення змісту ідеї права, завдяки якому можна концептуально реконструювати юриспруденцію оцінок як втілення правильного права, можна взяти два принципи: справедливості та правової певності, які можуть бути доповнені іншими принципами або цінностями, і не тільки добра (блага), свободи, але й доцільності, правового миру тощо.

Зібрані під рубрику «ідея права» принципи справедливості та правової певності можуть мати в різних теоріях регулятивне або

конститутивне значення в розумінні, запропонованому І. Кантом, а пізніше неокантіанцями, неогегельянцями і т.д. Можна сказати, що конститутивний принцип є вираженням каузальності і його символом є поняття «джерела», а регулятивний – (у Канта – об'єктивної, проте умовної) телеологічності, а його символом стає поняття «орієнтира».

У свою чергу, для неокантіанців ідеї розуму набувають суто методологічного характеру. В унісон з ними подібні погляди характерні й для Гегеля та неогегельянців, зокрема для К. Ларенца, оскільки поняття іманентності, про яке вони постійно говорять, явно (ідеально)-телеологічне, а тому конститутивне.

Водночас таке сприйняття можна дещо модифікувати, якщо розмежувати ідеї розуму і способу досягнення такого роду ідей. У такому разі регулятивний характер ідеї, зокрема ідеї права, стає синонімом перманентної проблеми, тобто проблеми, яку постійно потрібно ставити й апроксимативно, тобто шляхом наближення, вирішувати. Це дозволяє поглянути на правильне право в новому світлі.

Потрібно спершу сказати, що правильне право може, як і будь-яке поняття, розумітися вузько й широко. У вузькому сенсі воно знаходиться в опозиції до позитивного права, і тоді об'єктивне право, яке потребує реалізації, буде складним предметом, у рамках якого існує немов пунктирна лінія, яка позначає поле компетенції для одного й для іншого права. Послідовно проведений такого роду поділ потребував би виключення із ідеї права принципу правової певності, оскільки це явно принцип позитивного, а не правильного права у вузькому сенсі.

У широкому сенсі правильне право охоплює якщо не все, то частину, – практично значущу, – позитивного права. Це дозволяє говорити про те, що ідея права включає і принцип правової певності, тобто ідея права стає просто орієнтиром для формування правильного права і в частині принципу правової певності, і в частині принципу справедливості.

Правильне право в такому разі можна розуміти як проміжний результат на шляху до реалізації права.

Отже, результативне значення правильного права в сучасному праворозумінні стає, з одного боку, вихідним пунктом для формування об'єктивного права як такого права, що, – для того щоб виконувати функцію джерела, – включає не лише позитивне право, а з іншого боку, правильне право є надійним критерієм для реалізації та розвитку права як такого, тобто такого роду право здатне виконувати функцію ідеального й реального водночас результату втілення в життя ідеї права.

Можна зробити загальний висновок, що ідея права та правильне право виражають загальний підхід до розуміння права, згідно з яким ідея права є регулятивною ідеєю, тобто орієнтиром або кінцевою метою на шляху до добра, справедливості, певності тощо, а правильне право – це віхами на цьому шляху.

Викладене вище свідчить про те, що між ідеєю права і правильним правом є певна дистанція, яка має бути проаналізована. Саме на цій дистанції і знаходять своє модифіковане конститутивне значення всі види евалюативної юриспруденції, в тому числі юриспруденція оцінок К. Ларенца. Покажемо, як це має оптимально, на наш погляд, відбуватися.

Юриспруденція оцінок заслуговує не тільки на загальну філософсько-правову характеристику, про яку переважно йшлося вище, але й на методологічно-правовий аналіз, який консолідує поняття критеріїв і процесів оцінювання. Саме тому розглянемо юриспруденцію оцінок К. Ларенца спочатку під кутом того, як в ній К. Ларенц вирішує питання про об'єктивний характер ціннісного порядку. При цьому ми будемо керуватися таким розумінням відношення правового порядку і ціннісного порядку: правовий порядок хоч і включається повністю в ціннісний порядок, але є відносно самостійним. Отже, ціннісний порядок ширший за правовий порядок. Інакше кажучи, якщо під ціннісним порядком розуміти

моральний порядок, то правовий порядок, хоч і є особливим випадком морального порядку, але відносно самостійним, оскільки суперечність між правом і мораллю, за винятком крайнього випадку (формула Радбруха), вирішується *prima facie* і, як правило, дефінітивно на користь права. По-друге, не вся мораль позитивується, а тому існує більш чи менш моральне право і мораль як окремі феномени.

З'ясуємо, як на питання про об'єктивний чи, можливо, інтерсуб'єктивний ціннісний порядок, тобто про значення моралі для права, відповідає К. Ларенц.

За основу нашого розгляду візьмемо провідну ідею монографії Б. Гюперса «Карл Ларенц ...», яка полягає в тому, що розвиток філософсько-правового і методологічного світогляду К. Ларенца відбувається від трансцендентної юриспруденції оцінок до іманентної юриспруденції оцінок [105, с. 375–475]. В термінології ціннісного порядку це означає, що К. Ларенц віддає перевагу спочатку екстра-законному ціннісному порядку, а потім інтра-законному, проте в обох випадках інтра-правовому, ціннісному порядку, або, як можна ще сказати, спочатку непозитивному моральному праву, а потім позитивному моральному праву. Тобто в термінології Р. Алексі можна сказати, що К. Ларенц передусім орієнтується так чи інакше на помірну інклюзивну модель відношення права і моралі. При цьому йдеться про те, що такий «інклюзивний непозитивізм не стверджує ні того, що моральні дефекти завжди заперечують юридичну чинність, ні того, що вони цього ніколи не роблять. Дотримуючись формули Радбруха, інклюзивний непозитивізм стверджує, що моральні дефекти підривають юридичну чинність тоді й тільки тоді, коли перейдений поріг крайньої несправедливості. Несправедливість нижче цього порога включена в поняття права як дефектного, але дійсного (valid) права. Отже, обидві сторони дуальної природи права набувають належного значення» [160, с. 319–321]. Формула

Радбруха при цьому виходить з того, що суддя має право відмовлятися від виконання тих чинних законів, які настільки кричущо несумісні зі справедливістю, що фактично повністю її заперечують. Йдеться про те, що конфлікт між справедливістю й правовою певністю міг би бути вирішений у тому розумінні, що позитивне й наділене владною санкцією право має пріоритет навіть тоді, коли воно по змісту несправедливе й недоцільне. Винятки становлять лише ситуації, коли чинний закон стає настільки екстремно (Р. Алексі) несумісним зі справедливістю, що закон як «несправедливе право» заперечує справедливість (докладно про це див. [161]).

Водночас для всього цього є й інша філософська основа, яка полягає в тому, що визнається буття цінностей у сенсі Шлегеля і Гартмана, яке можна простежити до Гегеля, прихильником і новатором якого був К. Ларенц, а також формується позитивне ставлення К. Ларенца до філософської герменевтики Г.-Г. Гадамера.

Так, відмітимо, що «„правильне право“ є ... тільки позитивним правом, яке як ціле відповідає, в своїх керівних принципах та в своєму взаємозв'язку, серед сучасних відносин ідеї справедливого упорядкування. По праву посилається Міттенцвай для цього свого розуміння багаторазово на Гегеля. Ідея права є згідно з цим ідеєю спільноти, яка врівноважено здійснює (спільнота) свободу кожного» [12, с. 132], а також: «Однак й філософська система за прикладом гегелівської „Філософії права“ сьогодні уже не може бути представлена. Щоправда, ця система не відділяє ціннісні відносини, оскільки саме гегелівське „поняття“ ціннісно забарвлене і розгортання понятійних моментів у системі означає не що інше, ніж поступово здійснювану конкретизацію основної цінності (здійсненої в співжитті свободи). Але на претензію на абсолютність цієї системи – як і систем усіх послідовників – історія не звернула уваги; ми більше не в змозі вірити, що остаточне пізнання можливе хоч скільки-небудь того, що при

сьогоднішніх умовах справедливе «саме по собі», без сумніву, „правильне“. Ми спроможні принаймні разі вірити, що час від часу отримаємо відрізок ниті, кінець якої знаходиться для нас у пільмі. Якщо це так, то так само для правознавства, як і для «практичної» філософії (тобто для етики й філософії права) „відкрита“ і до такої міри в собі самій „рухлива“ система, яка ніколи не закінчується й все знову і знову ставитися під сумнів, є єдино ще можливим видом системи, яка роз'яснює „внутрішню розумність“, керівні цінності й принципи права. Пошук такої системи і орієнтування в ній в принципових питаннях є невід'ємною складовою частиною юридичної роботи» [12, с. 173].

Об'єктивний ціннісний порядок може протиставлятися суб'єктивному або інтерсуб'єктивному ціннісному порядку, якщо під першим розуміти позитивований і когерентний, тобто взаємоузгоджений, зокрема і передусім несуперечливий ціннісний порядок, під другим – непозитивований, сформульований в голові певної особи ціннісний порядок як такий, а в третьому випадку – некогерентний ідеальний ціннісний порядок, який у процесі раціонального аргументування (дискурсу) може стати когерентним реальним, тобто юридично-релевантним, ціннісним порядком.

Питання про суб'єктивний ціннісний порядок в описаному нами вигляді нехарактерне для розуміння К. Ларенца, оскільки він, навпаки, є прихильним об'єктивно-телеологічного тлумачення. Водночас критика юриспруденції оцінок з боку представників юриспруденції інтересів головно зводиться до того, що будь-яке об'єктивно-телеологічне тлумачення є насправді суб'єктивним тлумаченням, тому і юриспруденція оцінок не об'єктивна, а суб'єктивна. Адже про неї можна сказати, що вона використовує «засоби, за допомогою яких дальші творення права щоразу об'єктивно маскуються» [162, с. 8], а отже, її ціннісний порядок є суб'єктивним порядком. На наш погляд, така критика неточна, оскільки

справді суб'єктивна якась теорія тільки тоді, коли вона не користується жодним раціональним методом. Тоді як юриспруденція оцінок користується принаймні одним раціональним методом – зважуванням благ, а тому вона раціональна і потенційно об'єктивна або інтерсуб'єктивна. Отже, ні сама юриспруденція оцінок, ні її предмет не суб'єктивні. Проте сумніви щодо об'єктивного характеру ціннісного порядку як предмета юриспруденції оцінок К. Ларенца, незважаючи на те, що така позиція збігається з позицією німецького конституційного суду, не зникають, а тому слід особливу увагу звернути на питання про інтерсуб'єктивний характер ціннісного порядку.

Так, Б. Гюперс акцентує, крім тенденції переходу від трансцендентної юриспруденції оцінок до іманентної, також амбівалентний характер в останньому виданні «Методології» розуміння К. Ларенцом ціннісної системи: з одного боку, він вважає її об'єктивною, тобто не суб'єктивною, але з іншого – розвиває поряд із теорією цінності теорію принципів, в якій прихильно ставиться до теорії принципів як велінь оптимізації Р. Алексі [105, с. 436].

Отже, позиція К. Ларенца щодо природи ціннісного порядку амбівалентна й у ще одному аспекті, тісно пов'язаному з трансцендентно-іманентним дуалізмом юриспруденція оцінок К. Ларенца. Так, він бере до уваги одне з рішень Федерального конституційного суду, згідно з яким у Німеччині існує об'єктивний ціннісний порядок, що значною мірою опирається на ст. 20 Основного закону, тобто конституцію Німеччини, яка розрізняє поняття закону і права [12, с. 210, 234, 247 та ін.]. Такий підхід можна називати субстанціональним, особливістю якого є те, що такий ціннісний порядок має або повинен мати когерентну природу, тобто бути взаємоузгодженим принаймні в ідеї чи ідеалі права.

У другому випадку К. Ларенц опирається на теорію принципів Р. Алексі [12, с. 475], яка є процедурною теорією, для якої ціннісний

порядок має не когерентну, а, навпаки, некогерентну природу. Когерентним, або правильним, може бути тільки результат оперування принципами. Правова система в такому разі набуває рис не об'єктивної, а інтерсуб'єктивної правової системи.

Так, К. Ларенц пише, що «принципи права не мають характеру дуже загально охоплених правил, під які обставини справи рівним чином дуже загального виду могли б субсумуватися. Вони потребують набагато більше без винятку конкретизації. При цьому розрізняються, однак, різні ступені конкретизації. На найвищому ступені не містить принцип ще жодного розділення фактичного складу та правового наслідку, а тільки „загальну правову думку“, на яку орієнтується подальша конкретизація як на керівну нитку. Такого виду, приміром, принцип правової держави, принцип соціальної держави, принцип поваги гідності людини, самовизначення та персональної відповідальності. На перші підходи до розділення фактичного складу та правового наслідку і тим самим до початку утворення правила вказують такі принципи, як припис правового рівного поводження з однаковими обставинами справи, принцип довіри в своїх різних напрямках, як-от заборона зворотної дії обтяжуючих законів чи основа „відповідальності з довіри“ в приватному праві, припис дотримуватися в усіх правових особливих стосунках добросовісності (Treu und Glauben). Такі «субпринципи», однак ще далеко від того відсунуті, щоб являти собою правила, із яких могло б безпосередньо отримуватися вирішення окремого випадку. Більше того для цього потрібна подальша конкретизація, яку насамперед вперше вчинив законодавець. Остання конкретизація впливає завжди із судочинства з увагою на який-небудь окремий випадок» [12, с. 474].

Теорія принципів як велінь оптимізації може називатися такою, що ґрунтується на інтерсуб'єктивному характері ціннісної системи – як іманентної, так і трансцендентної – в тому сенсі, що вона розуміє норми як

prima facie норми, тобто принципи, а потім у процесі раціонального юридичного дискурсу, або аргументації намагається сформулювати на основі зважування принципів дефінітивні норми, причому обидва принципи залишаються чинними, але у разі суперечності формулюється тільки одна чинна дефінітивна норма, яка долучається до чинного правопорядку. Отже, незалежно від того, чи має норма-принцип об'єктивний (іманентний ціннісний порядок), чи інтерсуб'єктивний (іманентний і/або трансцендентний ціннісний порядок), у підсумку має місце одна й та сама раціональна операція зважування, а відмінність полягає тільки в тому, що у разі зважування іманентних принципів проблема чинності вирішується інакше, ніж у разі зважування трансцендентних принципів. У першому випадку зважуються два чинні й суперечні один з одним принципи, а метою зважування є формування дефінітивної норми, правовий наслідок якої збігається з правовим наслідком одного із принципів, що зважуються, а фактичний склад являє собою умови переваги одного принципу над іншим, а саме того принципу, правовий наслідок якого виявляється чинним.

Отже, в методологічному сенсі визначення об'єктивного чи необ'єктивного характеру ціннісної системи не має прикладного значення у разі застосування раціональної процедури оцінювання або застосування принципів у формі зважування.

Як проміжний підсумок, слід сказати, що юриспруденція оцінок К. Ларенца, по-перше, справді має амбівалентний характер у частині ставлення до ціннісного порядку як до об'єктивного і як до необ'єктивного (інтерсуб'єктивного). При цьому ціннісний порядок юриспруденції оцінок К. Ларенца є, на його думку, не суб'єктивним порядком, а тому й не ірраціональним, інтуїтивним тощо.

Такі попередні зауваження дозволяють докладніше зупинитися на питанні про те, як перейти від регулятивної ідеї права до правильного

права. Існують три відповіді на це питання: по-перше, для такого переходу більш-менш достатньо юриспруденції оцінок взагалі і юриспруденції оцінок К. Ларенц зокрема; по-друге, для такого переходу в багатьох випадках має сенс трансформувати юриспруденцію оцінок К. Ларенца в теорію юридичного дискурсу Р. Алексі; по-третє, юриспруденцію оцінок К. Ларенца потрібно конвергувати з іншими синтетичними евалюативними юриспруденціями, тобто з дискурсивною і телеологічною юриспруденцією. І знову покажемо, як це має відбуватися в другому і третьому випадках, оскільки про те, як це має відбуватися в першому випадку, на думку К. Ларенца і його учнів, йшлося в попередньому розділі дисертації.

Щодо згаданої вище трансформації, то зауважимо, що амбівалентне розуміння ціннісного порядку в юриспруденції оцінок К. Ларенца веде до комбінування аксіологічних і метадеонтологічних практичних понять в юриспруденції оцінок К. Ларенца, що виявляє себе в тому, що К. Ларенц хоч і переважно аналізує поняття цінності як критерію оцінювання, проте прихильно ставиться і до оптимізаційних принципів Р. Алексі. Водночас таке розуміння створює певну напругу, оскільки ґрунтується на різному характері ціннісного порядку: об'єктивному в випадку з аксіологічними поняттями й інтерсуб'єктивному у випадку з метадеонтологічними поняттями.

Зважування займає відносно незначне місце в творчості К. Ларенца. Так, воно розчиняється серед інших доволі невизначених форм поводження з правом, наприклад, аналізом природи речі, типологічним мисленням, конкретизацією [12, с. 404–413 та ін.] тощо.

Значною мірою такий стан речей визначається свідомою відмовою від формалізації процесу оцінювання взагалі й зважування як репрезентативної процедури оцінювання зокрема.

Так, поняття цінності у К. Ларенца у принципі несубсумційне

[12, с. 439, 453 та ін.], що веде до того, що залишається незрозуміло, як у деталях має відбуватися та до чого має вести процедура зважування благ. Відповідь на ці питання ми отримуємо в рамках наукової школи К. Ларенца у Т. Ріма, а також – за рамками цієї школи – у Р. Алексі.

Відмітимо, що серед інших форм оцінювання, які є корелятивними до тих питань, які розглядає К. Ларенц у «Методології» під рубрикою дальшого творення права або під рубрикою аналізу типів, немає жодного, який би був краще роз'яснений за поняття зважування благ.

Це веде до висновку про те, що в юриспруденції оцінок К. Ларенца питання процесу оцінювання вторинне, й набагато менше розроблене, ніж питання критерію оцінювання. Відмову від можливості експлікувати процес оцінювання в кінцевому підсумку на понятті кваліфікованої субсумції, як це пізніше зробить Т. Рім, можна вважати «головною помилкою» – у сенсі О. Лібмана [163, с. 14–15, 51–52, 69] – К. Ларенца, повне виправлення якої, однак, можливе тільки в рамках переходу від юридичної методології, орієнтованої на аксіологічні практичні поняття, до юридичної методології, орієнтованої метадеонтологічно. Зрозуміло, такий перехід призводить до співіснування юриспруденції оцінок К. Ларенца і теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі, як двох боків однієї речі, зважаючи на сформульований нами вище тезис про «аналогію взаємовизначеності» відповідних практичних понять. Юридична матерія може мати різну форму, а тому юристові потрібні вміння працювати як з аксіологічною, так і з метадеонтологічною формою, проте остання форма і більш прийнятна для нього, і насправді краща.

Отже, юриспруденція оцінок К. Ларенца і теорія юридичного дискурсу Р. Алексі – це дві сторони однієї медалі, причому в основі їх диверсифікації лежить відношення етики добра (К. Ларенц) і етики обов'язку (І. Кант, Р. Алексі). Водночас так само, як неможливо дивитися одночасно на обидві сторони медалі, так само, якщо потрібно, вибрати з

двох синтетичних евалюативних юриспруденцій якусь одну, то з погляду пересічного і непересічного юриста слід віддати перевагу теорії юридичного дискурсу, яка є теорією правових норм як правил і принципів, а не теорією цінностей, з якими юристові працювати досить складно, про що й свідчить імпліцитний в цілому і загалом характер раціональності юриспруденції оцінок К. Ларенца.

Субсидіарний потенціал юриспруденції оцінок К. Ларенца проявляє тоді, коли має місце не трансформація, а конвергенція різних методологічних напрямків. Це насамперед пояснюється інтегративним характером усіх синтетичних евалюативних юриспруденцій.

Так, можна поставити по-новому питання про відношення аналітичної і синтетичних евалюативних юриспруденцій і дати на нього відповідь: аналітична юриспруденція має пріоритет перед синтетичними юриспруденціями, а серед синтетичних юриспруденцій на перше місце слід поставити метадементологічну юриспруденцію, після неї аксіологічну, репрезентовану юриспруденцією оцінок К. Ларенц, а потім антропологічну (телеологічну тощо).

Все згадане вище підводить до питання про те, як на практиці можна скористатися досягненнями юриспруденції оцінок К. Ларенца – як в безпосередній, так й у опосередкованій формі. На наш погляд, така юриспруденція може використовуватися насамперед в рамках побудови в Україні юридичної методології із залученням реляційної техніки, яку досліджував О. Г. Степенюк [164; 165; 166; 167], В.А. Вдовічен [168], О.В. Щербанюк [169], М. Бліхар, В. Бліхар [170], О.М. Балинська [171; 172] та ін. Відомо, що сучасний стан реляційної техніки у Німеччині характеризується тим, що відповіді на питання правознаходження в ній даються переважно в рамках юриспруденції понять, про яку йшлося вище, [173, с. 73-98; 174, с. 47-66; 175; 176]. Отже, ситуація з юриспруденцією оцінок подібна у цих двох країнах.

Основою для подальшого розвитку подій може бути той факт, що у разі виправлення принаймні однієї із двох «головних помилок» Ларенція – уявлення про несубсумцієздатність відкритої правової оцінки – можна було б у підсумку опиратися на поняття основних норм (Б. Віндшайд [177], Я. Шапп, Г. Даубеншпек, В. В. Трутень [178], А. Г. Павлюк [179; 180], Р. Циппеліус [181, с. 46-58] та ін.

Поряд з реляційною технікою юриспруденція оцінок К. Ларенца може використовуватися і в рамках так званого експертного стилю опрацювання правової справи [182; 183; 184]. Для цього потрібно погодитися з тим, що зважування благ має переходити у зважування принципів як велінь оптимізації в сенсі Р. Алексі. Після цього можна сформулювати норму для вирішення в сенсі Є. Ерліха і Р. Алексі [185]. Це можливо, зрозуміло, після виправлення другої «головної помилки» Ларенца – акцентування уваги на аксіологічній складовій юридичної методології. Зазначене має особливе значення в контексті формування мобільного поняття юридичної відповідальності (О. Д. Максимюк) [186; 187].

Такий практично орієнтований підсумок нашого дослідження пояснюється тим, що, по-перше, і справді існує визначена нами на початку дослідження аналогія взаємовизначеності синтетичних практичних понять, по-друге, серед синтетичних практичних понять метадеонтологічні практичні поняття у формі теорії принципів для юриста-практика і юриста-теоретика найбільш зрозумілі й близькі.

Висновки до 3-го розділу

Викладене вище дозволяє зробити наступні висновки:

1. Кваліфікована модальна система S5 К. Льюїса дозволяє оригінально і логічно продемонструвати, чому порядок із виміром чинності

існує вимір ваги в сенсі Р. Дворкіна чи Р. Алексі. Це пояснюється тим, що правила як дефінітивні (остаточні) норми являють собою сукупність імперативів або відносних дозволів. Сукупності імперативів протиставляється контингентне право як сукупність абсолютних дозволів або принципів (велінь оптимізації), які можуть суперечити один одному. Імперативи співвідносяться з виміром чинності, а принципи – з виміром ваги. Вимір чинності – це заперечення виміру ваги, а вимір ваги – це заперечення виміру чинності.

2. Формула ваги Р. Алексі є основою для елементарного пояснення того, як в процесі зважування принципів можна отримати у підсумку так звані норми для вирішення у сенсі Є. Ерліха, які в такому разі можуть називатися не тільки універсальними (В. Г. Савчук), але й евалюативними.

Формування норм для вирішення в рамках поділу на «зовнішнє і внутрішнє виправдання» правового рішення у сенсі Р. Алексі, значно полегшує використання процедури зважування, оскільки воно веде до формування норм, які у результаті можуть бути застосовані у формі субсумції. Так краще виправляється одна із двох «головних помилок» – питання про субсумцієздатність – юриспруденції оцінок К. Ларенца у в.с.

3. В концептуальному аспекті аксіологічно-діалектична юриспруденція оцінок може бути трансформована у метадеонтологічну теорію юридичної аргументації. Це дозволяє показати, як виправляється друга «головна помилка» – питання про аксіологічно-діалектичний характер – юриспруденції оцінок К. Ларенца. Ідея права може служити основою для такої реконструкції. Правильне право в сучасному праворозумінні отримує конститутивне значення. Модальна, аплікативна та концептуальна реконструкція юриспруденції оцінок дозволяє констатувати, що остання являє собою правову систему, яка, по-перше, може бути побудована в рамках аналізу правового значення на основі модальної системи S5 К. Льюїса, по-друге, формула ваги Р. Алексі є

основою для раціонального розуміння процесу зважування, по-третє, можливість трансформації аксіологічної юриспруденції і метадеонтологічну пояснюється можливістю взаємно визначати відповідна практичні поняття..

4. Положення цього розділу викладені в таких статтях: [188; 189; 190; 191].

ВИСНОВКИ

Викладене вище дозволяє зробити такі висновки:

1. Системний підхід (структура, субстрат, концепт системи за А. І. Уйомовим) може бути використаний для експлікації і реконструкції юриспруденції оцінок як нормативно-аргументативної системи: модальна структура, аплікативний субстрат, дуальність та ідея права (правильне право) як аксіологічний концепт.

2. Евалюативний дуалізм головних методологічних течій – це *аналітично-синтетичний дуалізм*, який характеризується тим, що три методологічні течії можна розділити на дві групи: аналітичну (юриспруденція понять) і синтетичну (юриспруденція інтересів і юриспруденція оцінок) в залежності від того, яку відповідно реконструктивну (репродуктивну, закриту, зв'язану) чи конструктивну (продуктивну, відкриту, вільну) з погляду оцінок судді функцію виконують відповідні течії.

Поняття евалюативного дуалізму можна поглибити і розширити: у першому випадку має місце *соціально-моральний дуалізм* синтетичних юриспруденцій, тобто юриспруденції інтересів і юриспруденції оцінок, який відзначений тим, що обидві юриспруденції є насправді двома різновидами юриспруденції оцінок в широкому сенсі, які пріоритетно орієнтовані відповідно або на аналіз соціального ідеалу, або на аналіз ідеалу морального; у другому випадку синтетичні юриспруденції можуть бути доповнені аргументативною юриспруденцією, при цьому за основу можна взяти поділ Г. фон Врігтом так зв. практичних понять на аксіологічні, деонтологічні і антропологічні.

3. Аргументативний потенціал юриспруденції понять визначається дефінітивними нормами (правилами), які включають також індуктивні або

інверсійні принципи, з одного боку, і субсумцією як корелятивною правилам формою застосування права – з іншого. Прогалина раціональності юриспруденції понять полягає в ігноруванні відкритої правової оцінки.

4. Аргументативний потенціал юриспруденції інтересів у частині правової системи як системи процедур характеризується тим, що в ній до субсумції вперше «методично чесно» додається процедура зважування. Водночас процедура зважування в рамках юриспруденції інтересів не є формально структурованою, що створює значні труднощі для її правильного розуміння. Аргументативний потенціал юриспруденції інтересів на рівні правової системи як системи норм визначається двома моментами: по-перше, орієнтуванням на антропологічні практичні поняття (інтерес, мета тощо), та, по-друге, можливістю перейти – прямо чи опосередковано – від аналізу мети норми до аналізу оптимізаційних принципів. Прогалина раціональності юриспруденції інтересів полягає в недооцінці відкритої правової оцінки.

5. Аргументативний потенціал юриспруденції оцінок в частині правової системи як системи процедур характеризується тим, що в ній процедура зважування набуває аксіологічних рис замість телеологічних. Аргументативний потенціал юриспруденції оцінок на рівні правової системи як системи норм визначається двома моментами: по-перше, орієнтуванням на аксіологічні практичні поняття (цінність, благо, добро тощо) та, по-друге, можливістю перейти – прямо або опосередковано – від аналізу цінностей як критерію оцінювання до аналізу оптимізаційних принципів. Прогалина раціональності юриспруденції оцінок зводиться до аксіологічної або аксіологічно-діалектичної у К. Ларенца форми правової оцінки.

6. Юриспруденція понять та юриспруденція інтересів являють собою аргументативну предтечу юриспруденція оцінок К. Ларенца.

Юриспруденція оцінок – це безпосередня методологічна предтеча теорії юридичної аргументації. Відношення між головними методологічними течіями має не альтернативний, а комплементарний і перехресний характер, причому аналітична юриспруденція (юриспруденція понять) залишає відкриті питання для синтетичних юриспруденцій, а традиційні синтетичні юриспруденції – для інтегративної теорії юридичної аргументації.

7. Імплицитна раціональність юриспруденції оцінок К. Ларенца (у в.с.) визначається в аспекті правової системи як системи норм багатоманіттям нормативних форм (тип, конкретно-загальне поняття, принцип тощо), причому всі такі форми є – свідомо – несубсумцієздатними. Раціональність в аспекті правової системи як системи процедур визначається також багатоманіттям прийомів (зважування благ, долучення до типу тощо), причому вони всі є неформалізованими. Такий стан справ пояснюється головно філософсько-правовою позицією К. Ларенца, а саме використанням ним «конкретно-загального поняття» в сенсі Гегеля.

Юриспруденція оцінок К. Ларенца (у в.с.) має інтегративний (діалектичний) характер, з одного боку, і тільки переважно аксіологічний – з іншого. Це означає, що К. Ларенц не ігнорує ні антропологічні, ні деонтологічні практичні поняття.

«Головними помилками» Ларенца, в сенсі О. Лібмана, є уявлення про несубсумцієздатність юриспруденції оцінок, а також аксіологічно-діалектичний характер такої юриспруденції.

8. В науковій школі К. Ларенца виправляється тільки одна «головна помилка», а саме уявлення про несубсумцієздатність юриспруденції оцінок. Здійснює це Т. Рім, який пропонує досконалу процедуру, в якій інтегруються зважування і субсумція. В частині правової системи як системи норм наукова школа К. Ларенца залишається переважно в рамках

його ідей.

9. Юриспруденція оцінок все ще перебуває у боротьбі з іншими традиційними методологічними течіями, які сьогодні репрезентуються такими іменами, як Б. Рютерс (юриспруденція інтересів) або Й. Рюкерт (юриспруденція понять). Ця боротьба не може бути завершена, оскільки вона має світоглядний характер і залежить від відповідей на два такі питання: чи юрист може обмежуватися тільки закритою правовою оцінкою? Чи правова оцінка повинна мати історичний або актуальний характер? К. Ларенц на перше питання відповідає заперечно і будує свою юриспруденцію відкритих оцінок, а при відповіді на друге питання він робить свій вибір на користь актуальної правової оцінки, тобто правової оцінки, яка враховує стан справ на момент застосування відповідної правової норми.

10. Існує тісний зв'язок між юриспруденцією оцінок і теорією юридичної аргументації, особливо теорією раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі. По суті, йдеться про два сучасні методологічні напрями, які істотно відрізняються тільки своїм акцентуванням на різні практичні поняття: аксіологічні, у першому випадку, і метадеонтологічні, у другому. Крім того, теорія юридичної аргументації активно послуговується засобами сучасної логіки і теорії науки. Відношення між юриспруденцією оцінок і теорією юридичного дискурсу аналогічне відношенню між відповідно етикою добра і етикою обов'язку.

11. Юриспруденція оцінок К. Ларенца є тим кристалічним ядром, навколо якого формується сучасна юриспруденція оцінок як теорія правового значення в модальному сенсі, а також у сенсі визначення дієвості та легітимності позитивного права, як відкрита теорія застосування права, тобто теорія застосування правових норм в широкому сенсі, не лише норм позитивного права, та як теорія, яка описує, пояснює та прогнозує значення ідеї та дуалізму права з погляду поняття

правильного права.

12. Інтегративна теорія юридичної аргументації – це евалюативна теорія, тобто теорія закритої і/або відкритої правової оцінки, яка включає або може включати в себе аналітичну і три види синтетичних юриспруденцій, а саме метадеонтологічну (дискурсивну), аксіологічну і антропологічну (телеологічну). Юриспруденція оцінок К. Ларенца *in abstracto* – це аксіологічно-діалектична форма інтегративної теорії юридичної аргументації, а *in concreto* – це одна із традиційних методологічних течій, розвинута К. Ларенцом та його учнями на основі ідей Гегеля, Р. Штамлера, Ю. Біндера, Г.-Г. Гадамера та ін., в центрі уваги якої перебуває питання про критерії і процес відкритого правового оцінювання.

13. Кваліфікована модальна система S5 К. Льюїса дозволяє оригінально і логічно продемонструвати, чому поряд із виміром чинності існує вимір ваги в сенсі Р. Дворкіна чи Р. Алексі. Це пояснюється тим, що правила як дефінітивні (остаточні) норми являють собою сукупність імперативів або відносних дозволів. Сукупності імперативів протиставляється контингентне право як сукупність абсолютних дозволів або принципів (велінь оптимізації), які можуть суперечити один одному. Імперативи співвідносяться з виміром чинності, а принципи – з виміром ваги. Вимір чинності – це заперечення виміру ваги, а вимір ваги – це заперечення виміру чинності.

14. Формула ваги Р. Алексі є основою для елементарного пояснення того, як в процесі зважування принципів можна отримати у підсумку так звані норми для вирішення у сенсі Є. Ерліха, які в такому разі можуть називатися не тільки універсальними (В. Г. Савчук), але й евалюативними.

Формування норм для вирішення в рамках поділу на «зовнішнє і внутрішнє виправдання» правового рішення у сенсі Р. Алексі, значно полегшує використання процедури зважування, оскільки воно веде до

формування норм, які у результаті можуть бути застосовані у формі субсумції. Так краще виправляється одна із двох «головних помилок» – питання про субсумцієздатність – юриспруденції оцінок К. Ларенца у в.с.

15. В концептуальному аспекті аксіологічно-діалектична юриспруденція оцінок може бути трансформована у метадеонтологічну теорію юридичної аргументації. Це дозволяє показати, як виправляється друга «головна помилка» – питання про аксіологічно-діалектичний характер – юриспруденції оцінок К. Ларенца. Ідея права може служити основою для такої реконструкції. Правильне право в сучасному праворозумінні отримує конститутивне значення. Модальна, аплікативна та концептуальна реконструкція юриспруденції оцінок дозволяє констатувати, що остання являє собою правову систему, яка, по-перше, може бути побудована в рамках аналізу правового значення на основі модальної системи S5 К. Льюїса, по-друге, формула ваги Р. Алексі є основою для раціонального розуміння процесу зважування, по-третє, можливість трансформації аксіологічної юриспруденції і метадеонтологічну пояснюється можливістю взаємно визначати відповідна практичні поняття.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- 1 Bydlinski F. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. 2., erg. Aufl. Wien ; New York : Springer, 1991. XV, 671 S.
- 2 Neumann U. Juristische Argumentationslehre. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986. VII, 136 S.
- 3 Kreuzbauer G. Der juristische Streit Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik ; [Beiträge ... anlässlich der 10. Jahrestagung des Jungen Forums Rechtsphilosophie vom 25. bis 27. April 2003 an der Universität Salzburg]. Stuttgart : Steiner, 2004. 166 S.
- 4 Schröder J. Recht als Wissenschaft Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990) Band 1 1500–1933. 3., überarbeitete und wesentlich erweiterte Auflage. München : C.H. Beck, 2020. XX, 511 S.
- 5 Schröder J. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990). Bd. 2: 1933–1990. 3., überarb. u. wesentlich erw. Aufl. München : C.H. Beck, 2020. XVIII, 347 S.
- 6 Larenz K. Das Problem der Rechtsgeltung. Berlin : Junker und Dünnhaupt, 1929. 41 S.
- 7 Hüpers B. Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart. Berlin : Berliner Wissenschafts-Verl., 2010. XXVI, 646 S.
- 8 Canaris C.-W. Karl Larenz. Stefan Grundmann & Karl Riesenhuber (Hrsg.): *Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*. Bd. 2. Berlin, 2010. S. 263–308.
- 9 Rückert J. Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner. 3., erw. Aufl. Baden-Baden : Nomos, 2017. 659 S.
- 10 Alexy R. Theorie der Grundrechte. Baden-Baden : Nomos-Verlagsgesellschaft, 1985. 548 S.

11 Riehm T. Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung Argumentation, Beweis, Wertung. München : Beck, 2006. XVIII, 281 S.

12 Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6., neu bearb. Aufl. Berlin etc. : Springer, 1991. XVIII, 494 S.

13 Гураленко Н. А. Аксіологічні основи сучасної реляційної техніки. Правові новели. 2023. № 20. С. 258–266. .

14 Гураленко Н. А. Деонтологічні основи сучасної реляційної техніки. *Наукові записки*. Серія Право. 2023. Вип. 14. С. 344–351.

15 Максимов С. І. Філософія права Роберта Алексі. *Вісник НЮА імені Ярослава Мудрого*: Серія: Філософія, Філософія права, Політологія, Соціологія 1 (28). С. 89–97. 2016.

16 Максимов С. И. Правовая реальность : опыт философского осмысления : монография. Харьков : Право, 2002. 328 с.

17 Савчук В. Г. Норми для вирішення в світлі нормативного виміру права. *Київський часопис права*. Київ : Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана, 2021. №4. С. 49–58,.

18 Савчук В. Г. Норми для вирішення в універсумі аналітичного виміру права. *Baltic Journal of Legal and Social Sciences*. 2021. № 3. р.167–176.

19 Савчук В. Г. Аналітична, нормативна і емпірична правильність ідеї норм для вирішення. *Право і суспільство*. 2022. № 6. С. 51–58.

20 Petersen J. Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz : dargestellt an Beispielen aus dem deutschen Privatrecht. 1. Aufl. Tübingen : Mohr Siebeck, 2001 : XI, 104 S.

21 Pavčnik M. Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung ; ein Beitrag zur Argumentation im Recht. Wien : Springer, 1993. X, 182 S.

22 Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2., vollst. neu bearb. u. erw. Wien : Österr. Staatsdr., 1992. XII, 404.

23 Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1991. 435 S.

24 Логіка : підруч. / за заг. ред. В. Д. Титова. Харків : Право, 2005. 208 с.

25 Філософія права : підруч. / за ред. докт. філос. наук, проф. О. Г. Данильяна. Харків : Право, 2009. 208 с.

26 Alexy R. Ideales Sollen und Optimierung. Rechtsstaatliches Strafrecht : *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag* / Saliger, Frank. Heidelberg, 2017. S. 17–30.

27 Alexy R. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. Alexy R. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden, 2003. S. 217–233.

28 Larenz K. Methodische Aspekte der "Güterabwägung". *Festschrift für Ernst Klingmüller*. Karlsruhe, 1974. S. 235–248.

29 Feys R. Modal logics. Louvain [u.a.] : Nauwelaerts [u.a.], 1965. XIV, 219 S.

30 Alexy R. Die Gewichtsformel. Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein : 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000 / Jickeli, Joachim. Berlin, 2003. S. 771–792.

31 Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin : Springer, 1960. XI, 381 S.

32 Alexy R. Zum Begriff des Rechtsprinzips. Alexy R. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main, 1995. S. 177–212.

33 Bydlinski F. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. Wien [u.a.] : Springer, 1982. XV, 667 S.

34 Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main, 1978. 396 S.

35 Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung : Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker. 9. Auflage. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 2019. 435 S.

36 Rüthers B. Rechtstheorie und juristische Methodenlehre. 12., überarb. Aufl. München : C.H. Beck, 2022. XXVIII, 627 S.

37 Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. Erweiterte Neuausgabe. Freiburg im Breisgau : Verlag Karl Alber, 2020. 250 S.

38 Rückert J. Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny. Ebelsbach, 1984. XV, 487 S..

39 Heck P. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen : Mohr, 1914. VII, 319 S.

40 Heck P. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen : Mohr, 1932. VIII, 228 S.

41 Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft : Vortrag gehalten in d. Jur. Ges. in Wien am 4. März 1903. Leipzig : Hirschfeld, 1903. VI, 40 S.

42 Маник А. З. Зв'язане та вільне правознаходження в світлі теорії норм для вирішення. *Юридичний науковий електронний журнал*. Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2022. № 9. С. 660–662.

43 Марчук В. П. Соціологічні теорії права в Німеччині. Історія і сучасність. Чернівці, ЧДУ, 1998. 127 с.

44 Stampe E. Rechtsfindung durch Interessenwägung. *Deutsche Juristen-Zeitung*. 1905. Jg. 10. S. 713/714 – 717/718.

45 Rehbinder M. Rechtssoziologie ein Studienbuch. 8., neu bearbeitete Auflage. München : C.H. Beck, 2014. XIV, 222 S.

46 Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. 2., völlig neu bearb. Aufl. Berlin : Duncker & Humblot, 1986. 147 S.

47 Salagean E. Leben und Werk von Eugen Ehrlich und Manfred Rehbinder. Raimund Jakob, Martin Usteri & Robert Weimar (Ed.), *Recht & Psychologie: gelebtes Recht als Objekt qualitativer und quantitativer Forschung* Recht & Psychologie, Bern: P. Lang, 2006. S. 73–96.

48 Alexy R. Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems. *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*. Stuttgart, 1991. S. 30–44.

49 Бочаров Д. Правозастосовча діяльність: поняття, функції та форми: Проблемні лекції. Дніпропетровськ : АМСУ, 2006. 73 с.

50 Уварова О. О. Принципи права у правозастосуванні : загальнотеоретична характеристика. Харків : Друкарня МАДРИД, 2012. 196 с.

51 Гураленко Н. А. Суддівське правопізнання: праксеологічний вимір. Чернівці : Технодрук, 2013. 351 с.

52 Zimmermann R. Juristische Methodenlehre in Deutschland. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2019. Vol. 83. Iss. 2. S. 241–287.

53 Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2., neu bearb. Aufl. Berlin : Springer, 1969. 507 S.

54 Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3., völlig neu bearb. Aufl. Berlin, 1975. XVIII, 489 S.

55 Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 4., erg. Aufl. Berlin [u.a.] : Springer, 1979. XX, 525 S.

56 Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 5., neu bearb. Aufl. Berlin : Springer, 1983. 483 S.

57 Теорія держави і права. Академічний курс / за заг. ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. 2-е вид., перероб. і допов. К. : Юрінком Інтер, 2008. 688 с.

58 Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К. : Вайте, 2015. 392 с.

59 Heise G. A. Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen. Heidelberg : Mohr und Zimmer, 1807. VI, 105 S.

60 Savigny F. C. v. System des heutigen römischen Rechts. In 8 (9) Bdn. Bd. 1. Berlin : Veit u. Comp., 1840. L, 429 S.

61 Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., unter vergleichender Darst. des dt. bürgerlichen Rechts bearb. von Theodor Kipp, (der Neubearb. 2., verb. und verm. Aufl.). Frankfurt am Main : Rütten & Loenig, 1906. XX, 1256 S.

62 MacCormick D. N. Law, morality and positivism. Legal Studies. 1981. vol. 1. iss. 2. p. 131–145.

63 Schlosser H. Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte ein Studienbuch. 8., völlig Neubearb. und erw. Aufl. Heidelberg : Müller, 1996. XX, 285 S.

64 Рабінович С. П. Юснатуралізм у приватному праві: (західноукраїнська традиція). Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. 136 с.

65 Bühler A. Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung bei Friedrich Karl von Savigny. *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie* : Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 29. September bis 1. Oktober 1999. Stuttgart, 2001. 2001. S. 329–337.

66 Праворозуміння: матеріали до бібліографії наукових і навчальних праць (Україна, Росія) / Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України. / Редкол. : П.М. Рабінович (гол. ред.). Львів, Київ : ДОК, 2011. 105 с.

67 Козловський А. А. Гносеологічна природа права (філософсько-правовий аналіз) : Автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.12; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. К., 2000. 40 с.

68 Рабінович П. М. Праворозуміння "природне" та "легістське": неминучість співіснування. *Право України*. 2009. № 3. С. 65–70.

69 Косович В. М. Оцінювання й оцінки у національному й міжнародному правозахисті ; праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. Львів, 2006. 251 с..

70 Бехруз Х. Праворозуміння, розуміння права і правова система. *Право України*. 2010. № 4. С. 143–147.

71 Дудаш Т. Праворозуміння як прояв оцінювального пізнання: герменевтичний підхід. *Актуальні проблеми державного будівництва: Збірник наукових праць*. Одеса, 2008. № 40. С. 75–82.

72 Заєць А.П. Світоглядні основи праворозуміння. *Вісник Академії правових наук України*. 1997. № 12 (9). С. 4–9.

73 Львова О.Л. Сучасне праворозуміння у світлі ціннісних орієнтацій права. *Держава і право. Юрид. і політ. науки: зб. наук. пр.* 2009. Вип. 45. С. 42–49.

74 Погребняк С. Ознаки права в контексті сучасного праворозуміння. *Право України*. 2010. № 4. С. 164–169.

75 Теплюк М. Дія права і дія закону в сучасному аспекті праворозуміння. *Право України*. 2010. № 4. С. 182–190.

76 Alexy R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris* 16 (2003), S. 433–449.

77 Stück H. Subsumtion und Abwägung. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. 1998. vol. 84. iss. 3. p. 405–419.

78 Rückert J. Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel. *JuristenZeitung*. 2011. Vol. 66. Iss. 19. S. 913–923.

79 Вступ до сучасної юридичної логіки / за ред. М. І. Панова та В. Д. Титова. Харків : Ксилон, 2001. 198 с.

80 Dombek B. Das Verhältnis der Tübinger Schule zur deutschen Rechtsprechung. Berlin, 1969. 99 S.

81 Vogl S. Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich. 1. Aufl. Baden-Baden : Nomos-Verl.-Ges., 2003. 396 S.

82 Westermann H. Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht. Münster (Westf.) : Aschendorff, 1955. 40 S.

83 Jhering R. v. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung erster Theil. Leipzig : Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1852.

84 Савчук С. В. Юридична соціологія : предмет та місце в системі юридичних наук. Чернівці : Рута, 2003. 240 с.

85 Creifelds C. Rechtswörterbuch. 17., neubearb. Aufl. München : Beck, 2002. 1754 S.

86 Riebschläger K. Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule. Berlin, 1968. 124 S.

87 Stampe E. Rechtsfindung durch Interessenwägung. *Deutsche Juristen-Zeitung*. 1905. Jg. 10. S. 713/714 – 717/718.

88 Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen : Mohr, 1918. VII, 337 S.

89 Козловський А. А. Юридична логіка. Програма курсу. Робочий план. Практичні завдання. Бібліографія. Чернівці : ВКФ "БУТ" ЛТД, 1997. 35 с.

90 Rückert J. Vom „Freirecht“ zur freien „Wertungsjurisprudenz“ – eine Geschichte voller Legende. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*. 2008. 125. 1. 199.

91 Larenz K. Richtiges Recht Grundzüge einer Rechtsethik. München : Beck, 1979. 207 S.

92 Настасійчук О. В. Аргументативні можливості юриспруденції інтересів. *Сучасний стан і перспективи розвитку держави і права* : Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 16–17 червня 2017 р. Львів : Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2017. С. 16–19.

93 Настасійчук О. В. Правова реальність як нормативно-аргументативна система. *Громадянське суспільство в Україні: проблеми забезпечення правотворчої діяльності* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Харків, 31 березня – 1 квітня 2017 р. Х. : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2017. С. 9–12.

94 Настасійчук О. В. Юриспруденція понять та її аргументативні можливості. *Публічне і приватне право: конституційні засади та інноваційні тенденції* : збірник матеріалів Міжнародної юридичної науково-практичної конференції «Актуальна юриспруденція», м. Київ, 22 червня 2017 року. Тези наукових доповідей. К. : Видавничий дім «АртЕк», 2017. С. 23–34.

95 Настасійчук О. В. Соціологія права Євгена Ерліха та юриспруденція оцінок Карла Ларенца: лінії перетину. *Антропосоціокультурна природа права* : матеріали наукової конференції (Чернівці, 25–27 травня 2016 р.). Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2016. С. 90–93. .

96 Настасійчук О. Творча біографія Карла Ларенца: неогегельянство, чинність права, юриспруденція оцінок, методологія правознавства, правильне право і т. д. *Jurnalul juridic național: Teorie și practică* =

Национальный юридический журнал: Теория и практика. 2017. Nr. 2 (24).
С. 31–34.

97 Alexy R. Recht und Richtigkeit. The reasonable as rational? On legal argumentation and justification ; *Festschrift for Aulis Aarnio* / ed. by Werner Krawietz ... Berlin, 2000. S. 3–19.

98 Canaris C.-W. Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem. Berlin, 1983. 219 S.

99 Leenen D. Typus und Rechtsfindung : die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB. Berlin ; München : Duncker & Humblot, 1971. 204 S.

100 Alexy R. Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses. Alexy R. *Recht, Vernunft, Diskurs* : Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main, 1995. S. 165–174.

101 Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft : [Studienausgabe]. 3., neu bearb. Aufl. Berlin ; Heidelberg : Springer, 1995. XII, 325 S.

102 Larenz K. Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung. Eine rechtsmethodologische Untersuchung. *Festschrift für Arthur Nikisch*. Tübingen, 1958. 1958. S. 275–305.

103 Larenz K. Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung 'veraenderter Umstaende' im Zivilrecht. 2., neubearb. und erw. Aufl. Muenchen : Beck, 1957. XI, 195 S.

104 Larenz K. Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung die Bedeutung "veränderter Umstände" im Zivilrecht. 2., neubearb. und erweiterte Aufl. München : Beck, 1957. 195 S.

105 Hüpers B. Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart. Berlin, 2016. XXVI, 646 S.

106 Larenz K. Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs? *NJW* 1951, S. 497–500.

107 Larenz K. Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund. *DRiZ* 1958, S. 245–248.

108 Alexy R. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. Alexy R. *Recht, Vernunft, Diskurs* : Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main, 1995. S. 13–51.

109 Alexy R. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 2002. Bd. 61. S. 7–33.

110 Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin : Guttentag, 1902. VIII, 647 S.

111 Engisch K. Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. 2., erg. Aufl. Heidelberg : Winter, 1968. 323 S.

112 Колотілова Н. А. Риторика. Центр учбової літератури, 2007. 232 с.

113 Ehrlich E. Die juristische Logik. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1917. 115. S. 125–439.

114 Stammler R. Theorie der Rechtswissenschaft. Halle a.d.S. : Buchh. des Waisenhauses, 1911. VII, 851 S.

115 Canaris C.-W. Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem. Berlin : Duncker & Humblot, 1964. 219 S.

116 Canaris C.-W. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. Berlin : Duncker & Humblot, 1969. 169 S.

117 Larenz K. Typologisches Rechtsdenken: Bemerkungen zu V. Tuka: Die Rechtssysteme. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1940. 34. S. 20–30.

118 Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2., neubearb. Aufl., verkürzte Studienausg. der 6. Aufl. Berlin [u.a.] : Springer, 1992. XII, 383 S.

119 Frassek R. Von der "völkischen Lebensordnung" zum Recht. Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz (1903 – 1993). Baden-Baden, 1996. 216 S.

120 Frassek R. Methode und Zivilrecht bei Karl Larenz (1903–1993). Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner. Baden-Baden, 2017. S. 241–263.

121 Bung J. Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre von Larenz. Subsumtion. Tübingen, 2012. 2012. S. 215–225.

122 Derleder P. Verspätete Wurzelbehandlung. Die Kieler Schule und ihre Bedeutung für das Nachkriegszivilrecht – am Beispiel von Karl Larenz und seinem Schüler Claus-Wilhelm Canaris. Kritische Justiz. 2011. 44. 3. S. 336–342.

123 Kunz L. Wertungsjurisprudenz und objektive Zurechnung im Zivilrecht : der Einfluss von Karl Larenz auf die frühe Rechtsprechung des BGH / Hähnchen, S. Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk, 2019. 12 S.

124 Kriele M. Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. Berlin, 1967. 334 S.

125 Kriele M. Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. 2., durch e. Nachw. erg. Aufl. Berlin : Duncker & Humblot, 1976. 366 S.

126 Müller F. Juristische Methodik. Berlin : Duncker & Humblot, 1971 : 202 S.

127 Müller F. Juristische Methodik / Müller, F. ; h. v. R. Christens. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin : Duncker und Humblot, 1997. 443 S.

128 Perelman C. Juristische Logik als Argumentationslehre. Freiburg im Breisgau : Verlag Karl Alber, 1979. 259 S.

129 Klatt M. Die Wortlautgrenze. Kent D. Lerch (Hg.): Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Bd. 2. Berlin: Walter de Gruyter, 2005. S. 343–368.,.

130 Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main, 1996. 435 S.

131 Koch H.-J. Juristische Begründungslehre eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft. München : Beck, 1982. 383 S.

132 Hassold G. Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Claus-Wilhelm Canaris/Uwe Diederichsen (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*. München 1983, 211, 219; .

133 Engisch K. Einführung in das juristische Denken. 9. Aufl. Stuttgart etc. : Kohlhammer, 1997. XXII, 279 S.

134 Fikentscher W. Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Bd. IV. Tübingen : Mohr Siebeck, 1977.

135 Neuner J. Die Rechtsfindung contra legem. München, 1992. 208 S.

136 Feteris E. T. Fundamentals of legal argumentation a survey of theories on the justification of judicial decisions. Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1999. 225 S.

137 Дудаш Т. І. Правова аргументація : загальнотеоретична характеристика. Львів : ЛНУ ім. Івана Франка, 2024. 744 с.

138 Дудаш Т.І. Праворозуміння : герменевтичне дослідження. Львів, 2010. 248 с.

139 Rüthers B. Personenbilder und Geschichtsbilder Wege zur Umdeutung der Geschichte? Anmerkungen zu einem Larenz-Portrait. Juristenzeitung. 2011. 66. S. 593–601.

140 Seinecke R. Richtige Reinheit oder reine Richtigkeit? Rechtslehren nach Hans Kelsen und Karl Larenz. *Juristenzeitung*. 2010. Vol. 65. S. 279–287.

141 Alexy R. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft. *Rechtssystem und praktische Vernunft* ; Vol. 1. Stuttgart, 1993. S. 11–29.

142 Larenz K. Der Richter als Gesetzgeber? Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Berlin [u.a.], 1974. 1974. S. 31–45.

143 Larenz K. Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem. *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973*. Göttingen, 1973. S. 291–309.

144 Larenz K. Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 19. Oktober 1964. Karlsruhe : Müller, 1965. 14 S.

145 Настасійчук О. В. Зважування благ у Карла Ларенца. *Часопис Київського університету права*. 2021. № 1. С. 65–70.

146 Настасійчук О. В. Зважувальні рішення в науковій школі Карла Ларенца. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету*. Львів : Вид-во Львівського торговельно-економічного ун-ту, 2021. Вип. 9. С. 5–12.

147 Настасійчук О. В. Перехід від імпліцитної до експліцитної юриспруденції оцінок : Карл Ларенц, Клаус-Вільгельм Канаріс, Томас Рім. *Науково-виробничий журнал Держава та регіони*. Серія : Право, 2021 Вип. № 4 (74). С. 123–128.

148 Настасійчук О. В. Визначення юриспруденції інтересів: канон тлумачення, ціль, зважування інтересів, аргументативна предтеча. *Актуальні питання теорії та практики застосування сучасного вітчизняного та міжнародного права* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Київ, 9–10 червня 2017 р. К. : Центр правових наукових досліджень, 2017. С. 7–11.

149 Настасійчук О. В. Від “зважування благ” Карла Ларенца до “зважувального вирішення” Томаса Ріма : ідея і контрідія в рамках однієї наукової школи. *Актуальні питання правової теорії та юридичної практики* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Одеса, 7 – 8 серпня 2020 р. Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2020. С. 6–9.

150 Настасійчук О.В. Об’єктивна аксіологічна система та її пряма і непряма інтерпретація: Ларенц vs Алексі. *Ерліхівський журнал*. 2024. Вип. 8. С. 51–57.

151 Настасійчук О. В. “Класик за життя”: Карл Ларенц в спогадах своїх учнів. *Особливості розвитку законодавства України у контексті євроінтеграційних процесів* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Харків, 31 липня – 1 серпня 2020 р. Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2020. С. 11–15.

152 Настасійчук А. В. Определение юриспруденции оценок Карлом Ларенцом: юридический силлогизм, субсумция, правоположение. *Leges et vita* = *Закон и Жизнь*. 2017. № 5/2 (305). С. 95–98.

153 Настасійчук О. В. Юридична методологія і теорія юридичної аргументації : Карл Ларенц про Роберта Алексі. *Національні та міжнародні стандарти сучасного державотворення : тенденції та перспективи розвитку* : міжнародна наукова-практична конференція, м. Харків, 6–7 серпня 2021 р. Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 10–13.

154 Настасійчук О. В. Імплицитність та експліцитність юриспруденції оцінок як ступені її раціональності. *Гідність – основа прав людини* : збірник матеріалів Всеукраїнського круглого столу (м. Чернівці, 8 грудня 2022 р.). Чернівці : Букрек, 2022. С. 71–74.

155 Настасійчук О. В. Анте- та постдискурсивне літературне поле юриспруденції оцінок Карла Ларенца: неогегельянський вплив Юлія

Біндера. *Особливості розвитку законодавства України у контексті євроінтеграційних процесів* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 2–3 червня 2017 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2017. С. 16–19.

156 Joerden J. C. *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*. 2. Aufl. 2010. Berlin, Heidelberg : Springer Berlin Heidelberg, 2010. XXIV, 420 S.

157 Козловський А. А. *Право як пізнання* : Вступ до гносеології права. Чернівці : Рута, 1999. 295 с.

158 Козловський А. А. Антиномії права. *Науковий вісник Чернівецького університету*: зб. наук. праць. 2001. Вип. 103. Правознавство. С. 5–9.

159 Гнатовський М. М. *Європейський правовий простір: концепція та сучасні проблеми*. Київ : Промінь, 2005. 224.

160 Алекси Р. Дуальна природа права. Р. Максимов С. І. *Філософія права: сучасні інтерпретації* : Вибр. праці: статті, аналіт. огляди, переклади (2003–2010). Х. : Право, 2010. С. 307–325.

161 Radbruch G. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. (1946). 1. Aufl. Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 2002. XXI, 17 S.

162 Fischer C. *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2007. XXVI, 611 S.

163 Liebmann O. *Kant und die Epigonen. Eine kritische Abhandlung*. Cannstat : Geiger, 1865. 218 S.

164 Степенюк О. Г. Реляційна техніка Германа Даубеншпека і основні форми правозастосування. *Нове українське право*. 2021. Вип. 4. С. 270–275.

165 Степенюк О. Г. Герман Даубеншпек і реляційна техніка : періодизація історії реляційної техніки в Німеччині. *Актуальні питання правової теорії та юридичної практики* : матеріали міжнародної науково-

практичної конференції (м. Одеса, Україна, 13–14 серпня 2021 р.). Одеса, 2021. С. 10–13.

166 Степенюк О. Г. Герман Даубеншпек (1831–1915): акціонно-правова природа Реляційної техніки і юридичний модерн. Міжнародна науково-практична конференція *«Інтеграція юридичної науки і практики в сучасних умовах»* м. Запоріжжя, 20–21 серпня 2021 р. Запоріжжя 2021. С. 72–75.

167 Степенюк О. Г. Герман Даубеншпек і реляційна техніка: правіж як головна вихідна точка формування експертного стилю. Міжнародна науково-практична конференція *«Шляхи вдосконалення нормативно-правової бази України як основи сталого розвитку суспільства»*, 3–4 вересня 2021 р., м. Харків. Харків, 2021. С. 13–17.

168 Щербанюк О. В., Вдовічен В.А. Теорія норм Р. Алексі і реляційна техніка: поняття і опосередкування. *Право та державне управління*. 2023. № 2. С. 250–257.

169 Щербанюк О. В. Соціологічна юриспруденція і сучасна реляційна техніка: загальна характеристика і синтез. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 9. С. 668–671.

170 Бліхар М., Бліхар В. Модерна реляційна техніка: дихотомія субсумції і зважування. *Наукові записки: Серія Право*. 2023. Вип. 14. С. 334–339. .

171 Балинська О. М. Різноманітні предмети і одноманітний результат зважування в контексті реляційної техніки. *Наукові записки: Серія Право*. 2023. Вип. 14. С. 327–334.

172 Балинська О. М., Бліхар М. Стандартна реляційна техніка учора, сьогодні і завтра. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 4. С. 638–644. .

173 Schuschke W. Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen : Bericht, Votum, Urteil, Aktenvortrag. 35., neu bearb. Aufl. auf Grundlage des

1884 von Hermann Daubenspeck begr. und in der Folge von Paul Sattelmacher, Paul Lüttig, Gerhard Beyer und Wilhelm Sirp bearb. Werkes. München : Vahlen, 2013. XXII, 492 S.

174 Schuschke W. Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen. Votum, Urteil, Aktenvortrag, Anwaltsgutachten. 36., neu bearbeitete Auflage. München : Verlag Franz Vahlen, 2023. XXVI, 484 S.

175 Daubenspeck H. Referat, Votum und Urtheil eine Anleitung für praktische Juristen im Vorbereitungsdienst. Berlin : Vahlen, 1884. VIII, 146 S.

176 Gusseck L. Zu Relation und Rationalität richterlichen Entscheidens. Festschrift für Ulrich Spellenberg. München, 2010. 2010. S. 83–98.

177 Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf : Buddeus, 1856. IV, 238 S.

178 Трутень В. В. Правіжний склад та принцип матеріальної експертизи. *Філософія права і загальна теорія права*. 2012. N 2. С. 277–287.

179 Павлюк А. Г. Поняття відведення, яке перешкоджає виникненню цивільного суб'єктивного права вимоги кредитора. *Науковий вісник Чернівецького університету* : Збірник наук. праць. Випуск 636 : Правознавство. Чернівці : ЧНУ. 2012. С. 79–82.

180 Павлюк А. Г. Поняття відведення, яке припиняє цивільне суб'єктивне право вимоги кредитора, що раніше виникло. *Науковий вісник Чернівецького університету* : Збірник наук. праць. Випуск 644 : Правознавство. Чернівці : ЧНУ. 2013. С. 92–95.

181 Циппеліус Р. Юридична методологія / пер. Р. Корнута. Київ : Реферат, 2004. 176 с.

182 Трутень В. В. Експертний стиль опрацювання цивільної справи: про можливість використання в вітчизняній правовій методології. *Науковий вісник Чернівецького університету* : Зб. наук. праць. Вип. 644. Правознавство. Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2012. С. 68–70.

183 Трутенъ В. В. Експертний стиль опрацювання цивільної справи: німецький приклад та його пояснення. *Науковий вісник Чернівецького університету* : Зб. наук. праць. Вип. 628. Правознавство. Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2012. С. 87–89.

184 Stuckenberg C.-F. Der juristische Gutachtenstil als cartesische Methode. Georg Freund et. al. (Hrsg.): *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. FS für W. Frisch*. Duncker & Humblot, Berlin, 2013. S. 165–186.

185 Омельчук О. М., Бліхар В. С. Норми для вирішення як кваліфіковане виправдання правового рішення : взаємодія теорії юридичної аргументації, юриспруденції оцінок та юриспруденції інтересів. *Наукові записки. Серія : Право. Кропивницький* : Центральноукраїнський державний педагогічний університет імені Володимира Винниченка, 2021. Випуск 10. Спецвипуск. С. 205–210.

186 Максимюк, О. Д. Справедливість як філософсько-етична основа реалізації принципу невідворотності юридичної відповідальності. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2005. Вип. 273 : Правознавство. С. 10–13.

187 Максимюк О. Д. Проблеми нормативного закріплення принципу невідворотності юридичної відповідальності. *Осінні юридичні читання* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції молодих учених та здобувачів (м. Харків, 12–13 листопада 2008 р.). Х. : ХНЮА, 2008. С. 56–59.

188 Настасійчук О. В. Визначення юриспруденції оцінок Карлом Ларенцом: чинність права. *Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє*, матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 19 травня 2017 р.). У 2-х т. Т. 1 / відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 31–33.

189 Настасійчук О. В. Визначення юриспруденції оцінок Карлом Ларенцом: правильне право і/або ідея права. *Правова держава: напрямки та тенденції її розбудови в Україні* : Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, Україна, 12–13 травня 2017 р.). Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2017. С. 15–17.

190 Настасійчук О. В. До питання модальної реконструкції юриспруденції оцінок Карла Ларенца. *Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні : питання взаємодії* : Міжнародна науково-практична конференція, м. Ужгород, 10 – 11 травня 2019 р. Ужгород : Ужгородський національний університет, 2019. С. 111–113.

191 Настасійчук О.В. Принципи свободи, справедливості та юридичної певності як основа концептуальної реконструкції юриспруденції оцінок. *Свобода – основа прав людини* : Збірник матеріалів Всеукраїнського круглого столу (м. Чернівці, 9 грудня 2023 р.). Чернівці : Букрек, 2023. С. 84–90.

ДОДАТКИ

Додаток А

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ
ДИСЕРТАЦІЇ

**Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати
дисертації:**

***Наукові праці у виданнях, включених до переліку наукових фахових
видань України:***

1. Настасійчук О. В. Зважування благ у Карла Ларенца. *Часопис Київського університету права*. 2021. Вип. 1. С. 65–70.
2. Настасійчук О. В. Зважувальні рішення в науковій школі Карла Ларенца. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету*. Серія : Юридичні науки. 2021. Вип. 9. С. 5–12.
3. Настасійчук О. В. Перехід від імпліцитної до експліцитної юриспруденції оцінок: Карл Ларенц, Клаус-Вільгельм Канаріс, Томас Рім. *Держава та регіони*. Серія : Право. 2021. № 4 (74). С. 123–128.
4. Настасійчук О.В. Об'єктивна аксіологічна система та її пряма і непряма інтерпретація: Ларенц vs Алексі. *Ерліхівський журнал*. 2024. Вип. 8. С. 51–57.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації

5. Настасійчук О. В. Анте- та постдискурсивне літературне поле юриспруденції оцінок Карла Ларенца: неогегельянський вплив Юлія Біндера. *Особливості розвитку законодавства України у контексті євроінтеграційних процесів* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 2–3 червня 2017 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2017. С. 16–19.
6. Настасійчук О. В. Аргументативні можливості юриспруденції інтересів.

Сучасний стан і перспективи розвитку держави і права : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Львів, 16–17 червня 2017 р.). Львів : Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2017. С. 16–19.

7. Настасійчук О. В. Визначення юриспруденції інтересів: канон тлумачення, ціль, зважування інтересів, аргументативна предтеча. *Актуальні питання теорії та практики застосування сучасного вітчизняного та міжнародного права* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 9–10 червня 2017 р.). К. : Центр правових наукових досліджень, 2017. С. 7–11.

8. Настасійчук О. В. Визначення юриспруденції оцінок Карлом Ларенцом: правильне право і/або ідея права. *Правова держава: напрямки та тенденції її розбудови в Україні* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, Україна, 12–13 травня 2017 р.). Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2017. С. 15–17.

9. Настасійчук О. В. Визначення юриспруденції оцінок Карлом Ларенцом: чинність права. *Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 19 травня 2017 р.). У 2-х т. Т. 1. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 31–33.

10. Настасійчук О. В. Правова реальність як нормативно-аргументативна система. *Громадянське суспільство в Україні: проблеми забезпечення правотворчої діяльності* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 31 березня – 1 квітня 2017 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2017. С. 9–12.

11. Настасійчук О. В. Соціологія права Євгена Ерліха та юриспруденція оцінок Карла Ларенца: лінії перетину. *Антропосоціокультурна природа права* : збірник матеріалів наукової конференції (Чернівці, 25–27 травня 2016 р.). Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2016. С. 90–93.

12. Настасійчук О. В. Юриспруденція понять та її аргументативні можливості. *Публічне і приватне право: конституційні засади та інноваційні тенденції* : збірник матеріалів Міжнародної юридичної науково-практичної конференції (м. Київ, 22 червня 2017 р.). Київ. : Видавничий дім «АртЕк», 2017. С. 23–34.
13. Настасійчук О.В. До питання модальної реконструкції юриспруденції оцінок Карла Ларенца. *Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні : питання взаємодії* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Ужгород, 10 – 11 травня 2019 р.). Ужгород : Ужгородський національний університет, 2019. С. 111–114.
14. Настасійчук О.В. Від «Зважування благ Карла Ларенца до «Зважувального вирішення Томаса Ріма : Ідея і Контрідія в рамках однієї наукової школи. *Актуальні питання правової теорії та юридичної практики* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 7–8 серпня 2020 р.). Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2020. С. 6–9.
15. Настасійчук О. В. «Класик за життя» : Карл Ларенц в спогадах своїх учнів. *Особливості розвитку законодавства України у контексті євроінтеграційних процесів* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 31 липня – 1 серпня 2020 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2020. С. 11–15.
16. Настасійчук О. В. Юридична методологія і теорія юридичної аргументації: Карл Ленц про Роберта Алексі *Національні та міжнародні стандарти сучасного державотворення: тенденції та перспективи розвитку* : збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 6 – 7 серпня 2021 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 10–13.
17. Настасійчук О. В. Імпліцитність та експліцитність юриспруденції

оцінок як ступені її раціональності. *Гідність – основа прав людини* : збірник матеріалів Всеукраїнського круглого столу (м. Чернівці, 8 грудня 2022 р.). Чернівці : Букрек, 2022. С. 71–74.

18. Настасійчук О.В. Принципи свободи, справедливості та юридичної певності як основа концептуальної реконструкції юриспруденції оцінок. *Свобода – основа прав людини* : Збірник матеріалів Всеукраїнського круглого столу (м. Чернівці, 9 грудня 2023 р.). Чернівці : Букрек, 2023. С. 84–90.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації

19. Настасійчук А. В. Определение юриспруденции оценок Карлом Ларенцом: юридический силлогизм, субсумция, правоположение. *Legea și viața*. 2017. № 5/2 (305). С. 95–98. ISSN: 1810-309X

20. Настасійчук О. Творча біографія Карла Ларенца: неогегельянство, чинність права, юриспруденція оцінок, методологія правознавства, правильне право і т. д. *Jurnalul juridic național: Teorie și practică*. 2017. Nr. 2 (24). С. 31–34. ISSN: 2345-1130

АКТ ВПРОВАДЖЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЙНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ

АКТ

впровадження наукових розробок дисертаційного дослідження Настасійчука Олександра Васильовича на тему «Юриспруденція оцінок Карла Ларенца» у практичну діяльність Чернівецького окружного адміністративного суду

Чернівецький окружний адміністративний суд склав цей акт про те, що наукові результати дисертації О. В. Настасійчука на тему «Юриспруденція оцінок Карла Ларенца» впроваджені в практичну діяльність Чернівецького окружного адміністративного суду.

При цьому було враховано, що в Україні юридична методологія має дуальний характер, який проявляється в співіснуванні поняття застосування і тлумачення права. Такий стан справ, характерний, наприклад, і для Франції, дозволяє приховати так звані відкриті питання правознаходження в рамках широкого поняття тлумачення. В Німеччині склався ще в першій половині XIX століття інший підхід, який полягає з тому, що поряд з тлумаченням існує так зване дальше творення або розвиток права суддею. Він має значення у двох випадках, які К. Ларенц називає правознаходженням *praeter legem* та *extra legem*, проте *intra jus*, тобто йдеться про правознаходження поряд із законом і поза законом, проте всередині права.

Такий підхід на перший погляд видається ірраціональним, проте впродовж принаймні XX і XXI століть німецькі юристи, і зокрема Карл Ларенц, намагалися і намагаються довести, що таке правознаходження має раціональний характер, а тому не можна відразу переходити до власної оцінки судді тоді, коли право має прогалини, або тоді, коли воно не піддається тлумаченню з інших підстав. Отже, зазначене підводить до висновку, що звернення до такої тематики буде актуальним в Україні в наші дні.

В дисертації окреслена вище тематика проблематизується, по-перше, як питання про розвиток юридичної методології в XIX, XX і XXI століттях, по-друге, як питання про розвиток юриспруденції оцінок в творчості самого К. Ларенца, його учнів, а також поза межами його наукової школи, по-третє, як питання про реконструкцію переважно аксіологічної юриспруденції оцінок К. Ларенца в метадеонтологічну юриспруденцію, або, інакше кажучи, в сучасну теорію юридичної аргументації (теорію раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі).

В трьох розділах дисертації дається загальна відповідь на поставлені питання, яка формує базис для визначення тих наукових результатів, які мають прикладне значення в судовій діяльності. Перший розділ демонструє розвиток юридичної методології від Савіні до Ларенца і від Ларенца до Алексі, причому він узагальнений до переходу від

аналітичної до синтетичної юриспруденції. Другий розділ показує розуміння правової оцінки К. Ларенцом, його учнями та іншими науковцями. Третій розділ стосується реконструкції аксіологічної теорії правознаходження в метадеонтологічну теорію.

Все це дозволяє визначити три загальні положення, які можуть здобути успіх в процесі застосування права судами. По-перше, положення, що існує закрита, аналітична і реконструктивна правова оцінка, з одного боку, і відкрита, синтетична, продуктивна правова оцінка, з іншого. Йдеться в обох випадках про те, що суб'єктом правової оцінки є суддя, який право тлумачить і розвиває далі. По-друге, положення про те, що проблема правової оцінки розпадається на питання про критерії і процес оцінювання, причому формами такого процесу є субсумція і зважування, а критеріями – ідея права, правильне право, принципи, які можуть суперечити один одному без втрати при цьому чинності тощо. По-третє, положення про те, що судді, звичайно, ближча деонтологічна і метадеонтологічна форма праворозуміння, тоді як аксіологічна форма має вторинне значення. В цілому аналіз проблематики зважування (деліберації, балансування, принципу пропорційності, виміру ваги, формули ваги) можна вважати найбільш прикладним у дисертації.

Водночас дисертація містить і полемічні положення, які тільки через силу можуть бути застосовані сьогодні на практиці. До них можна віднести положення про те, що настає час відмовитися від згаданого на початку дуалізму застосування і тлумачення права і методично чесно говорити про діяльність судді поза рамками тлумачення закону і права, тобто про подальший розвиток права (формування так званого суддівського права (Richterrecht)). Водночас не великає заперечень той факт, що в майбутньому ситуація щодо цього може суттєво змінитися. Робота О. В. Настасійчука принаймні спонукає задуматися про таку перспективу.

Отже, запропонована дисертація О. В. Настасійчука на тему «Юриспруденція оцінок Карла Ларенца» містить теоретичні положення, які можуть бути використані в судовій діяльності в Україні.

30.08.2024 року.

Голова Чернівецького окружного
адміністративного суду



О.В. Боднарюк