

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

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

САВЧУК ВІТАЛІНА ГРИГОРІВНА

УДК 340.125(477)(092)

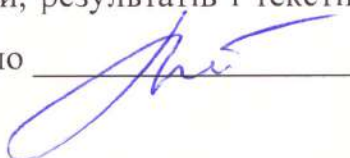
**ДИСЕРТАЦІЯ
НОРМИ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ ЄВГЕНА ЕРЛІХА**

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  В. Г. Савчук

Науковий керівник: Гураленко Наталія Анатоліївна, докторка юридичних наук, професорка, завідувачка кафедри теорії права та прав людини Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Чернівці – 2023

АНОТАЦІЯ

Савчук В. Г. Норми для вирішення Євгена Ерліха. – *Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.*

Дисертація на здобуття ступеня докторки філософії в галузі знань 08 Право за спеціальністю 081 Право. – Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Чернівці, 2023.

Узагальнений короткий виклад основного змісту дисертації.

Дисертація присвячена філософсько-правовій проблематизації ідеї норм для вирішення Євгена Ерліха. Така проблематизація здійснюється на основі історико-критичного, а також системного підходу, особливим випадком якого є аргументативні, а саме аналітичний, нормативний і емпіричний виміри права.

Мета роботи – подальший розвиток ідеї норм для вирішення Є. Ерліха. В процесі такого розвитку показано, яке місце норми для вирішення мають в правовій культурі взагалі, а також в рамках аналітичного і мета/нормативно-емпіричного вимірів аргументативної теорії норм для вирішення. У першому випадку в центрі уваги перебуває історичний аспект дослідження норм для вирішення (1 розділ дисертації), а в другому – актуальний (2 і 3 розділи).

Перший розділ, який називається «Ерліхова ідея норм для вирішення в правовій культурі», містить три підрозділи, в яких спочатку йдеться про проблему, яку має розв'язати ідея норм для вирішення. Потім про те, як розумів норми для вирішення сам Є. Ерліх, а потім, як цю норму розуміли до і після Є. Ерліха. Наприкінці конкретизуються відкриті питання аргументативної теорії норм для вирішення, на які дається відповідь в наступних розділах дисертації.

В першому підрозділі цього розділу сформульована регулятивна ідея дисертації в сенсі І. Канта, якою є поняття правильності права, і показано, як аргументативна теорія норм для вирішення може бути розглянута з трьох точок зору, які прийнято називати аналітичним, нормативним і емпіричним вимірами права. При цьому нормативний вимір поділено на (власне)

нормативний і метанормативний. Далі надається відповідь на три запитання: по-перше, що таке юридично-релевантні норми, по-друге, як юридично-релевантні норми співвідносяться з аргументативними вимірами правової теорії, по-третє, яку функцію норми для вирішення виконують в системі юридично-релевантних норм? Ця відповідь полягає в тому, що правові, моральні і соціальні норми вважаються юридично-релевантними нормами тому, що вони можуть бути використані як аргументи в процесі раціональної юридичної аргументації. Правові і моральні норми мають тісний стосунок до мета/нормативного виміру правової теорії, а соціальні – до емпіричного виміру. У підсумку констатується, що норми для вирішення – це мета і результат правильного поведіння з юридично-релевантними нормами. Філософсько-правовою основою такого загального визначення є схвалення і розширення поняття інклюзивного неопозитивізму в сенсі Р. Алексі. Головний висновок цього підрозділу можна звести до твердження, що існує потреба в існуванні універсальних норм, які могли б належним чином впорядкувати роботу юриста з юридично-релевантними нормами.

В наступному підрозділі показано, що такими універсальними нормами уже у Є. Ерліха є норми для вирішення, а також показано, що не чужим для норморозуміння Є. Ерліха було й осмислення норм для вирішення як комплексних норм, тобто як або правообґрунтовальних, або (абсолютних чи відносних) правозаперечних норм. Результатом проведеного аналізу є окреслення тез Є. Ерліха про універсальний і про комплексний характер норм для вирішення.

В прикінцевому підрозділі описано розуміння норм для вирішення до і після Є. Ерліха та конкретизовані відкриті питання теорії таких норм, які можна вирішити в процесі розвитку ерліхової ідеї, зведеної до питання про універсальний і комплексний характер норм для вирішення.

Другий розділ, який називається «Аналітичний вимір аргументативної теорії норм для вирішення», складається з двох підрозділів, в яких

аналітично, тобто структурно актуалізуються згадані вище тези Є. Ерліха про комплексний і універсальний характер норм для вирішення.

В першому підрозділі на основі існуючого в логіці норм, загальній теорії права та юридичній методології поділу норм на умови застосування, зміст та модальний характер норми пропонується комплексна структура норм для вирішення, а саме: $\alpha) a \wedge \neg a' \wedge \neg a'' \rightarrow b$, $\beta) a \wedge a' \wedge \neg a'' \rightarrow \neg b$, $\gamma) a \wedge \neg a' \wedge a'' \rightarrow \neg b$. Ці формули потрібно інтерпретувати так:

$\alpha)$ якщо мають місце правообґрунтовальні умови і немає умов для абсолютних і відносних заперечень, то дійсним і здійсненим є право b ,

$\beta)$ якщо могли б мати місце правообґрунтовальні умови, але мають місце умови для абсолютних заперечень і, отже, не мають місце умови для відносних заперечень, то право b (абсолютно) недійсне,

$\gamma)$ якщо мають місце правообґрунтовальні умови, не мають місця умови для абсолютних заперечень, проте є умови для відносних заперечень, то право b (відносно) недійсне.

Причому символи означають таке: a – це правообґрунтовальна умова; a' – абсолютне заперечення права; a'' – відносне заперечення права; \rightarrow – імплікація, \neg – не, тобто формальне заперечення; \wedge – і, ' , " – матеріальне заперечення. Наприкінці показано, як можна ввести модальні оператори «дійсно» і «здійснено» в структуру норми для вирішення.

В другому підрозділі наводиться універсальна структура (універсум) формування норм для вирішення, під якою розуміються 7 форм поведження з правом, а саме: дві форми застосування права (субсумція і зважування), дві форми порівняння випадків, дві форми аналізу правових рішень (преюдицій), а також аналіз побічних наслідків застосування правової норми (консеквенцій). Констатується, що норми для вирішення і справді можуть мати, – пряме чи опосередковане, – значення в кожній із форм поведження з правом, причому ці форми можна звести, врешті-решт, до субсумції, в рамках якої норми для вирішення можуть бути належним чином застосовані.

Наведені в цьому підрозділі міркування ґрунтуються на розрізненні внутрішнього і зовнішнього виправдання правового рішення в сучасній теорії юридичної аргументації, якому в теорії норм Є. Ерліха може відповідати поділ правознаходження на «вільне» і зв'язане.

В останньому третьому розділі, який називається «Мета/нормативно-емпіричний вимір аргументативної теорії норм для вирішення» і містить 4 підрозділи, спочатку визначається істотний внесок, який зробив одним із перших Є. Ерліх у створення субстанціональної, тобто неаналітичної і універсальної теорії юридичної аргументації, а потім аналізуються в рамках відповідно нормативного і метанормативного вимірів питання про розуміння норм для вирішення як альтернативних правил і як результату зважування принципів. Причому правила розуміються як норми, які можуть бути або виконані, або невиконані, а принципи – як норми, які можуть бути виконані різною мірою (Р. Алексі). Завершується дослідження питанням про відношення понять фактичної чинності і норм для вирішення в рамках емпіричного виміру аргументативної теорії норм для вирішення.

В першому підрозділі високо оцінюється той внесок, який соціологія права і соціологічна юриспруденція Є. Ерліха може запропонувати для створення субстанціональної теорії юридичної аргументації. Констатується, що Є. Ерліх започатковує емпіричний напрямок у розвитку такої теорії. Відмічається, що на особливу увагу заслуговує метанормативний напрямок в розвитку теорії юридичної аргументації Р. Алексі. Підходи Є. Ерліха і Р. Алексі дозволяють універсалізувати юридичну аргументацію, при цьому відзначається, що вони обидва (в минулому і сьогодні) використовують поняття норм для вирішення.

В другому підрозділі показано, як комплексна структура норм для вирішення дозволяє стверджувати, що норми для вирішення є особливим випадком правил в сенсі Р. Алексі, причому констатується, що норми для вирішення є альтернативними правилами, а точніше контрадикторними правообґрунтувальними чи правозаперечними нормами для вирішення або

контрарними правообґрунтувальними, абсолютними правозаперечними і відносними правозаперечними нормами для вирішення.

В наступному підрозділі показано, як теорія принципів Р. Алексі завжди призводить до норм для вирішення. Йдеться про універсальну процедуру зовнішнього виправдання (зважування принципів), яка має закінчуватися формулюванням правила в сенсі Р. Алексі, яке повинно мати комплексну структуру.

В останньому підрозділі показано як на основі поняття фактичної чинності можна залучити до юридичної аргументації емпіричні аргументи, при цьому перевагу надано редукції емпіричних аргументів до принципів та наступного їхнього зважування, яке має закінчитися формуванням норми для вирішення.

У підсумку підтверджено робочу гіпотезу про те, що норми для вирішення – це потенційно морально і соціально виправдані (легітимовані) універсальні і комплексні дефінітивні правові норми (правила), завдяки яким можна розв'язати конфлікт (протилежність) інтересів.

Ключові слова: теорія юридичної аргументації, юридична методологія, аргументативна теорія норм для вирішення, універсальні і комплексні норми, інтегративна юриспруденція, аналітичний, нормативний і емпіричний виміри права, чинність і дієвість права, вимір ваги, правила і принципи, субсумція і зважування, проблема Юма, Євген Ерліх.

SUMMARY

Savchuk V. G. Eugen Ehrlich's Norms for Decision. – *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, 2023.

Generalized summary of the main content of the thesis.

The Thesis deals with the philosophical-legal problematization of Eugene Ehrlich's idea of norms for decision. This sort of problematization relies on the historical-critical approach and systems thinking, the argumentative dimensions of law (namely, analytical, normative and empirical) being their special case.

The objective of the Thesis is to further promote the idea of E. Ehrlich's norms for decision. In the course of this promotion, the research points out the place, which norms for decision take in legal culture in general, as well as within the analytical and meta/normative-empirical dimensions of the argumentative theory of norms for decision. In the former case, the emphasis is laid on the historical aspect of studying norms for decision (Chapter 1 of the Thesis), whereas in the latter case - on the current aspect (Chapter 2 and Chapter 3).

Chapter 1, "Ehrlich's Idea of Norms for Decision in Legal Culture", contains three sections, which first discuss the issue that the idea of norms for decision is supposed to solve, as well as show how E. Ehrlich himself understood the concept. Then it comes to how this norm was understood before and after E. Ehrlich. In the end, the Chapter specifies the open questions of the argumentative theory of norms for decision, which are answered in the following chapters of the Thesis.

Section 1 of the Chapter articulates the regulative idea of the Thesis in the sense of I. Kant, which is the notion of the rightness of law. It also shows how the argumentative theory of norms for decision can be viewed from three perspectives that are commonly referred to as the analytical, normative and empirical dimensions of law, the normative dimension being divided into (actual) normative and meta-normative. Then Section 1 answers three questions: first, what are juridically relevant norms, second, how do juridically relevant norms relate to the argumentative dimensions of legal theory, and third, what function do norms for decision perform within the system of juridically relevant norms. The answer lies in the fact that legal, moral, and social norms are regarded as juridically relevant norms because they can be used as arguments in the course of rational juridical argumentation. Legal and moral norms are closely associated with the meta/normative dimension of legal theory, while social norms are connected with

the empirical dimension. As a result, it is stated that norms for decision are the goal and result of the correct handling of juridically relevant norms. The philosophical-legal basis for this general definition is the approval and expansion of the concept of inclusive non-positivism in the sense of R. Alexy. The main conclusion of the Section is that there exists a need for universal norms, which could properly regulate the lawyer's work with juridically relevant norms.

Section 2 indicates that such universal norms may be E. Ehrlich's norms for decision. The scholar considered them as complex norms, i.e., as either law-justifying or (absolute or relative) law-negating ones.

Section 3 describes the understanding of norms for decision before and after E. Ehrlich, as well as specifies the open issues in the theory of such norms, which can be solved in the course of promoting E. Ehrlich's idea, which is reduced to the issue of the universal and complex nature of norms for decision.

Chapter 2, "The Analytical Dimension of the Argumentative Theory of Norms for Decision", is composed of two sections, which analytically, i.e. structurally, update the above-mentioned idea of E. Ehrlich about the complex and universal nature of norms for decision.

Resting on the existing division of norms into conditions of application, content and modal nature of a norm (in the logic of norms, general theory of law and legal methodology), Section 1 of the Chapter proposes a comprehensive structure of norms for decision, namely: $\alpha) a \wedge \neg a' \wedge \neg a'' \rightarrow b$, $\beta) a \wedge a' \wedge \neg a'' \rightarrow \neg b$, $\gamma) a \wedge \neg a' \wedge a'' \rightarrow \neg b$. These formulas should be interpreted in the following way:

$\alpha)$ if the law-justifying conditions occur and there are no conditions for absolute and relative negations, then the right b is valid and enforceable,

$\beta)$ if the law-justifying conditions could occur, but the conditions for absolute negations are present and, hence, the conditions for relative negations are absent, then right b is (absolutely) invalid,

γ) if the law-justifying conditions occur, the conditions for absolute negations are not present, but the conditions for relative negations are present, then right b is (relatively) invalid.

And the symbols stand for: a - a law-justifying condition; a' - an absolute negation of the right; a'' - a relative negation of the right; \rightarrow - an implication, \neg - not, i.e. a formal negation; \wedge - and, ' , '' - a material negation. At the end of the Section, it is shown how the modal operators “valid” and “enforceable” can be introduced into the structure of a norm for decision.

Section 2 presents the universal structure (universum) of forming norms for decision. This is the seven forms of handling law, namely: two forms of application of law (subsumption and weighing), two forms of case comparison, two forms of analysis of legal decisions (prejudices), and the analysis of side effects of a legal norm (consequence). It is claimed that norms for decision can indeed be relevant - directly or indirectly - in each of the forms of handling law. What is more, all these forms can ultimately be reduced to a subsumption, within which norms for decision can be appropriately applied. All speculations, presented in this Section, are based on the distinction between internal and external justification of a legal decision in the modern theory of legal argumentation, which in E. Ehrlich's theory of norms may correspond to the division of law-finding into “free” and bound.

Chapter 3, “The Meta/Normative-Empirical Dimension of the Argumentative Theory of Norms for Decision”, comprises four sections. At first, it identifies the significant contribution made by E. Ehrlich to the development of a substantial (non-analytical) and universal theory of legal argumentation. Then, within the framework of the normative and meta-normative dimensions, it reveals the issues of understanding norms for decision as alternative rules and as the result of weighing principles. Hereby, the rules are perceived as norms that can be either fulfilled or not fulfilled, and principles - as norms that can be fulfilled to a certain extent (R. Alexy). The Chapter ends with the issue of the interrelation between the

concepts of actual validity and norms for decision within the empirical dimension of the argumentative theory of norms for decision.

Section 1 highly appreciates the contribution that E. Ehrlich's sociology of law and sociological jurisprudence can make to the creation of a substantial theory of legal argumentation. It claims that E. Ehrlich has initiated an empirical direction in the development of such a theory. It is essential that the meta-normative direction in the development of the theory of legal argumentation by R. Alexy deserves peculiar attention. Both E. Ehrlich and R. Alexy's approaches make it possible to universalize legal argumentation, while both of them (in the past and today) have used the concept of norms for decision.

Section 2 shows how the complex structure of norms for decision allows asserting that they are a special case of rules in the sense of R. Alexy. In addition, it claims that norms for decision are alternative rules, or rather, contradictory law-justifying or law-negating norms for decision or contrary law-justifying, absolute and relative law-negating norms for decision.

Section 3 demonstrates how R. Alexy's theory of principles always leads to norms for decision. This is a universal procedure of external justification (weighing of principles) that ends in the formulation of a rule in the sense of R. Alexy, which should possess a comprehensive structure.

Section 4 points out how, on the basis of the concept of actual validity, empirical arguments can be involved in legal argumentation. Preference should be given to the reduction of empirical arguments to principles and their subsequent weighing, which should result in the formation of a norm for decision.

In conclusion, the entire research confirms the working hypothesis that norms for decision are potentially morally and socially justified (legitimized) universal and complex definitive legal norms (rules) that can help resolve a conflict of interests.

Key words: theory of juridical argumentation, juridical methodology, argumentative theory of norms for decision, universal and complex norms, integrative jurisprudence, analytical, normative and empirical dimensions of law,

validity and effectiveness of law, measurement of weight, rules and principles, subsumption and weighing, Hume's problem, Eugen Ehrlich.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці у виданнях,

включених до переліку наукових фахових видань України:

1. 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.

2. Савчук В. Г. Універсальність та комплексність норм для вирішення, або три чи сім? *Прикарпатський юридичний вісник*. 2022. №4 (45). С. 36–41.

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

Наукові праці, які додатково відображають

наукові результати дисертації:

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

5. Савчук В. Г. Концептуалізація розуміння права. Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Випуск 6. Чернівці : Рута, 2012. С. 70–71.

6. Савчук В. Г. Ерліхівські норми для вирішення з погляду нотаріуса : до питання термінології. Ерліхівський журнал. Випуск 3. Чернівці : Чернівецький національний університет, 2019. С. 46–51.

Наукові праці, які засвідчують

апробацію матеріалів дисертації:

7. Савчук В. Г. Неправо і норми для вирішення. Фундаментальні проблеми юриспруденції II. *Право і неправо : Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу (м. Харків, 18–19 вересня 2020 року) / уклад. : С. Максимов, Н. Сатохіна*. Харків, 2020. С. 90–92.

8. Савчук В. Г. Євген Ерліх і Роберт Алексі : норми для вирішення в перетині з теорією юридичної аргументації. Особливості розвитку публічного і приватного права в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 16-17 липня 2021 року). Харків : ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2021. С. 5–9.

9. Савчук В. Г. «Юридична логіка» Євгена Ерліха (1917/18) : матеріальне прикладне значення інтересу в праві. Юридичні науки : проблеми та перспективи : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Запоріжжя, 25-26 червня 2021 р). Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2021. С. 92–95.

10. Савчук В. Г. Євген Ерліх і Манфред Ребіндер про два типи відношення норм для вирішення і правоположень. Актуальні питання правової теорії та юридичної практики : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 13-14 серпня 2021 р.). Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2021. С. 6–9.

11. Савчук В. Г. Правильне право у Рудольфа Штаммера, Євгена Ерліха і Роберта Алексі. Національні та міжнародні стандарти сучасного державотворення : тенденції та перспективи розвитку : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 6-7 серпня 2021 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 17–20.

12. Савчук В. Г. Норми для вирішення і утворення нової просто-правової норми на основі вищої за рангом (конституційної) норми. Проблеми та стан дотримання і захисту прав людини в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Львів, 20-21 серпня 2021 р.). Львів : Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2021. С. 6–9.

13. Савчук В. Г. Правовий плюралізм і норми для вирішення в «Соціології права» Манфреда Ребіндера. Шляхи вдосконалення нормативно-правової бази України як основи сталого розвитку суспільства : тенденції та перспективи розвитку : матеріали міжнародної науково-практичної

конференції (м. Харків, 3-4 вересня 2021 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 6–9.

14. Савчук В. Г. Оцінка Гуго Зінцгаймером творчості Євгена Ерліха. Інтеграція юридичної науки і практики в сучасних умовах : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Запоріжжя, 20-21 серпня 2021 р.). Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2021. С. 68–71.

15. Савчук В. Г. Схема оцінювального синтезу як основа для правильного розуміння норм для вирішення Євгена Ерліха. International scientific conference «Legal education and science as the need of the hour : new European challenges»: conference proceedings (October 8-9, 2021. Lodz, the Republic of Poland) : «Baltija Publishing», 2021. P. 37–41.

16. Савчук В. Г. Структура норми позитивного права (правоположення) у Євгена Ерліха : опис, пояснення, критика. Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 15-16 жовтня, 2021 р.). Харків : Асоціація аспірантів-юристів, 2021. С. 8–12.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ ТА СИМВОЛІВ	15
ВСТУП	16
РОЗДІЛ 1. ЕРЛІХОВА ІДЕЯ НОРМ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ У ПРАВОВІЙ КУЛЬТУРІ	23
1.1. Інтегративні виміри права і типи юридично-релевантних норм	23
1.2. Універсальний і комплексний характер норм для вирішення в Є. Ерліха	37
1.3. Розвиток ідеї норм для вирішення	52
<i>Висновок до розділу 1</i>	64
РОЗДІЛ 2. АНАЛІТИЧНИЙ ВИМІР АРГУМЕНТИВНОЇ ТЕОРІЇ НОРМ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ	66
2.1. Комплексна структура норм для вирішення	66
2.2. Універсальна структура формування норм для вирішення	78
<i>Висновок до розділу 2</i>	89
РОЗДІЛ 3. МЕТА/НОРМАТИВНО-ЕМПІРИЧНИЙ ВИМІР АРГУМЕНТИВНОЇ ТЕОРІЇ НОРМ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ	91
3.1. Є. Ерліх і субстанціональна юридична аргументація	91
3.2. Норми для вирішення як альтернативні правила	105
3.3. Норми для вирішення як результат зважування принципів	123
3.4. Фактична чинність і норми для вирішення	137
<i>Висновок до розділу 3</i>	152
ВИСНОВКИ	154
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	158
ДОДАТКИ	177

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ ТА СИМВОЛІВ

в. с.	<i>узький сенс</i>
в т.ч.	<i>в тому числі</i>
КС	<i>Конституційний суд</i>
р.	<i>рік</i>
рр.	<i>роки</i>
ст.	<i>стаття</i>
та ін.	<i>та інше</i>
ЦК	<i>Цивільний кодекс</i>
ш. с.	<i>широкий сенс</i>
∧	<i>і</i>
&	<i>і</i>
◇	<i>можливо</i>
¬	<i>не</i>
→	<i>якщо ..., то ...</i>

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Ідея норм для вирішення тісно асоціюється з іменем Євгена Ерліха (1862-1922), хоча про неї було відомо і до нього (Й. В. фон Гете, К. Г. Вехтер та ін.). Вона знайшла як критиків, серед яких найвідомішим був Г. Кельзен, так і прихильників (Р. Алексі, Фр. Мюллер, Б. Рютерс, М. Ребіндер та ін.).

Теорія норм Є. Ерліха характеризується постановкою питання про нормативно-емпіричну природу юридично-релевантних (правових, моральних і соціальних) норм, універсальним і комплексним засобом розв'язання якого якраз і є норми для вирішення. Основою при цьому для Є. Ерліха були римське право, соціологія права, засновником якої його вважають, соціологічна юриспруденція (вільне правознаходження і/або юриспруденція інтересів), філософія неокантіанства (Р. Штаммлер та ін.), юридична логіка та ін.

З 70-х років ХХ століття набуває все більшої ваги теорія юридичної аргументації як прикладна дисципліна аналітичної філософії, яка в часи Є. Ерліха тільки набирала обертів (Дж. Е. Мур та ін.), і як особливий випадок системного підходу (А. І. Уйомов та ін.). Теорія юридичної аргументації може бути оптимальною основою для розвитку ідеї норм для вирішення Є. Ерліха. Показати, як це відбувається становить *актуальну тему* для нашого дослідження.

Дослідження норм для вирішення розпочинається в Україні не пізніше 70-х років ХХ століття, коли вийшла друком монографія В. П. Марчука ««Вільне право» в буржуазній юриспруденції. Критика концепцій Є. Ерліха» (Київ, 1977). В німецькій правовій культурі можна виділити естафету зусиль, прикладених спочатку М. Ребіндером, – провідним німецьким соціологом права і дослідником та популятизатором творчого здобутку Є. Ерліха, – і продовжених Ш. Фоглем.

Водночас варто відзначити, що серед численних напрямків теорії юридичної аргументації особливе місце має теорія раціонального

юридичного дискурсу Р. Алексі, яка не тільки рецепує норми для вирішення Є. Ерліха, але й демонструє високу систематичну та евристичну цінність взагалі. В юридичній методології варто взяти до уваги юридичну методику Фр. Мюллера, яка також рецепує і розвиває ідею норм для вирішення.

Все це приводить нас до відкритого сьогодні питання про те, як на основі корпусу текстів Є. Ерліха, його сучасної оцінки насамперед М. Ребіндером та Ш. Фоглем, з одного боку, і Р. Алексі та Фр. Мюллером, з іншого боку, а також керуючись теорією юридичного дискурсу Р. Алексі *per se*, можна розвинути далі ерліхову ідею норм для вирішення.

При відповіді на це питання ми будемо опиратися на ідеї та праці й інших авторів, крім згаданих вище. Йдеться про таких дослідників, як: Н. А. Гураленко, С. І. Максимов (правова реальність), В. В. Трутень (основні норми), А. Г. Павлюк, Р. Паунд, Б. Рютерс, Я. Шредер, Я. Шапп, Р. Циппеліус, М. І. Козюбра, П. С. Рабінович, Т. І. Дудаш, О. О. Уварова, М. Фуко, А. І. Уйомов, Г. Радбрух, Г. Рюссман, Г. Г. фон Врігт, В. Д. Титов, В. А. Вдовічен, А. З. Маник, О. М. Омельчук, В. С. Бліхар, О. В. Щербанюк, Ю. Габермас, Р. Дворкін та ін.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційна робота виконана на кафедрі теорії права та прав людини 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 роботи є подальший розвиток ідеї норм для вирішення Є. Ерліха.

Мета дисертаційного дослідження конкретизується в наступних завданнях:

– *показати, яке значення норми для вирішення мають в правовій культурі, а саме:*

- визначити поняття юридично-релевантних норм і співвіднести їх з інтегративними вимірами права;
- показати універсальний і комплексний характер норм для вирішення у Є. Ерліха;
- продемонструвати попередній розвиток і можливості подальшого розвитку ерліхової ідеї норм для вирішення, в т.ч. конкретизувати відкриті питання, які при цьому виникають;
 - *дослідити норми для вирішення в рамках аналітичного виміру аргументативної теорії норм для вирішення, а саме:*
 - показати комплексну структуру норм для вирішення;
 - показати універсальну структуру формування норм для вирішення;
 - *дослідити норми для вирішення в рамках мета/нормативно-емпіричного виміру аргументативної теорії норм для вирішення, а саме:*
 - проаналізувати внесок Є. Ерліха та ін. авторів у створення субстанціональної теорії юридичної аргументації;
 - обґрунтувати розуміння норм для вирішення як альтернативних правил в сенсі Р. Алексі;
 - обґрунтувати розуміння норм для вирішення як результату зважування принципів в сенсі Р. Алексі;
 - проаналізувати відношення фактичної чинності і норм для вирішення, в т.ч. показати значення, яке мають емпіричні аргументи в аргументативній теорії норм для вирішення;
 - запропонувати і обґрунтувати теоретико-прикладне визначення норм для вирішення.

Об’єктом дослідження є юридично-релевантні норми.

Предметом дослідження є норми для вирішення Є. Ерліха в історичному і актуальному (живому) аспекті.

Методологія дослідження. Головними методами дисертації, які дозволяють досягнути мету дослідження, є історичний аналіз попереднього розвитку ідеї норм для вирішення і побудова аргументативної теорії норм

для вирішення. При цьому використовується системний підхід, особливим випадком якого є інтегративні виміри права (аналітичний, мета/нормативний і емпіричний виміри), а також метод проблематизації. Це потрібно як для відтворення розуміння Є. Ерліхом норм для вирішення в ранній і пізній творчості останнього, так і для побудови аргументативної теорії норм для вирішення. При цьому системний підхід береться до уваги у формі, запропонованій А. І. Уйомовим (аналіз системи з погляду її структури, субстрату та концепту), а проблематизація – у формі, запропонованій М. Фуко. У підсумку два згадані методи об'єднуються в поняття системної проблематизації, прикладним аспектом якої є системна проблематизація норм для вирішення Є. Ерліха.

Як уточнення і змістове наповнення згаданого вище методу системної проблематизації обрано методичний поділ правових норм на основні та допоміжні, з одного боку, та правила і принципи, з іншого. В роботі активно використовується як метод теорія раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі, конкретизацією якої є аргументативна теорія норм для вирішення.

В дисертації використовуються *ad hoc* також загально-наукові та загально-правові методи, такі як: класифікація (різного роду правових явищ), узагальнення, специфікація, порівняльний аналіз (норм для вирішення), абстрагування, конкретизації та ін.

Наукова новизна одержаних результатів. В результаті проведеного дослідження:

уперше:

1. визначено юридично-релевантні норми як правові, моральні і соціальні норми, які можуть бути використані як аргументи в процесі юридичної аргументації, і показано як ці норми можуть бути співвіднесені з інтегративними вимірами права;

2. запропоновано таке аргументативне визначення норм для вирішення: норми для вирішення – це мета і результат правильного поведіння з юридично-релевантними нормами;

3. встановлено, що Є. Ерліх усвідомлював як універсальний, так і комплексний характер норм для вирішення;

4. показано, що як універсальний, так і комплексний характер норм для вирішення після Є. Ерліха істотно розвинули Р. Алексі та Фр. Мюллер, відповідно в рамках своїх теорій раціонального юридичного дискурсу і юридичної методики;

5. поняття норм для вирішення Є. Ерліха експліковано за допомогою поділу норм на основні та допоміжні, а також на підставі поділу норм на правила й принципи в сенсі Р. Алексі;

6. норми для вирішення визначені як особливий випадок суперечливих правил в сенсі Р. Алексі, і показано, що альтернативний характер відношення між нормами для вирішення може мати як контрадикторний, так й контрарний характер,

вдосконалено:

7. теорію норм для вирішення, основи якої заклав Є. Ерліх, за допомогою сучасної теорії юридичної аргументації в двох напрямках – в аналітичному, тобто структурному, і в субстанціональному, тобто мета/нормативно-емпіричному;

8. теорію норм для вирішення в частині комплексного їхнього характеру за рахунок залучення поділу норм на основні та допоміжні, а основних – на правообґрунтувальні та правозаперечні норми;

9. теорію норм для вирішення в частині універсального їхнього характеру за рахунок визначення семи форм поведження з правом, орієнтованих на норми, випадки, преюдиції і побічні наслідки застосування правової норми,

набули подальшого розвитку:

10. дослідження творчого внеску Є. Ерліха в формування інтегративної, особливо субстанціональної теорії юридичної аргументації;

11. ідея Р. Алексі про те, що норми для вирішення є результатом зважування принципів як велінь оптимізації, за рахунок визнання того, що такі норми мають комплексний характер;

12. ідея норм для вирішення Є. Ерліха, на основі якої запропоновано та обґрунтовано таке теоретико-прикладне визначення норм для вирішення: норми для вирішення – це потенційно морально і соціально виправдані (легітимовані) універсальні й комплексні дефінітивні правові норми (правила), завдяки яким можна розв'язати конфлікт (протилежність) інтересів.

Практичне значення одержаних результатів. Результати проведеного дослідження мають значення:

– у науково-дослідній діяльності – для поглиблення уявлень про праворозуміння Є. Ерліха як в історичному, так і актуальному (живому) аспектах;

– у правозастосовній діяльності – для поглиблення уявлень правозастосовників про нормотворчий базис та форми застосування права;

– у навчальному процесі – при підготовці навчальних і навчально-методичних посібників з дисциплін «Філософія права», «Соціологія права», «Теорія права» та, зокрема, спецкурсу «Методологія права».

Особистий внесок здобувача. Дисертаційне дослідження є самостійною науковою працею авторки. Положення, висновки і рекомендації, зокрема ті, що визначають наукову новизну дослідження, одержані нею особисто. В роботі не використовуються ідеї і розробки, що належать співавторам. При використанні праць інших учених, для аргументації окремих положень цього дослідження, вказуються посилання на відповідні праці їхніх авторів.

Апробація результатів дисертації. Результати дослідження, викладені в дисертації, обговорювалися на засіданнях кафедри теорії права та прав людини Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича та були оприлюднені на таких науково-практичних конференціях:

Всеукраїнський круглий стіл «Фундаментальні проблеми юриспруденції II. Право і неправо» (м. Харків, 18–19 вересня 2020 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Особливості розвитку публічного і приватного права в Україні» (м. Харків, 16-17 липня 2021 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Юридичні науки : проблеми та перспективи» (м. Запоріжжя, 25-26 червня 2021 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Актуальні питання правової теорії та юридичної практики» (м. Одеса, Україна, 13-14 серпня 2021 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Національні та міжнародні стандарти сучасного державотворення : тенденції та перспективи розвитку» (м. Харків, 6-7 серпня 2021 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Проблеми та стандарти дотримання і захисту прав людини в Україні» (м. Львів, 20-21 серпня 2021 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Шляхи вдосконалення нормативно-правової бази України як основа сталого розвитку суспільства: тенденції та перспективи розвитку» (м. Харків, 3-4 вересня 2021 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Інтеграція юридичної науки і практики в сучасних умовах» (м. Запоріжжя, 20-21 серпня 2021 р.), International scientific conference «Legal education and science as the need of the hour: new European challenges» (Wyższa Szkoła Bezpieczeństwa Wewnętrznego w Łodzi, Łódź, the Republic of Poland, October 8-9, 2021), Міжнародна науково-практична конференція «Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні» (м. Харків, 15-16 жовтня, 2021 р.).

Публікації. Результати дослідження викладені в 16 наукових працях, зокрема у трьох наукових статтях, опублікованих у фахових виданнях України з юридичних наук, а також в десяти збірниках тез або публікацій матеріалів науково-практичних конференцій, та в трьох інших публікаціях.

Структура роботи. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, які охоплюють дев'ять підрозділів, висновків до кожного розділу та загальних висновків, списку використаних джерел та додатків.

РОЗДІЛ 1. ЕРЛІХОВА ІДЕЯ НОРМ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ У ПРАВОВІЙ КУЛЬТУРІ

Правильне використання юридично-релевантних норм, тобто норм, які мають значення у процесі юридичної аргументації, свідчить про високий рівень правової культури, інтегративні риси якої очевидні. Важливий внесок у досягнення такого рівня зробив Є. Ерліх, сформулювавши, зокрема, ідею норм для вирішення як універсального засобу поведження з юридично-релевантними нормами.

Тому спочатку потрібно показати, що таке аргументативні виміри права і як їм корелюють юридично-релевантні норми, потім те, як норми для вирішення у Є. Ерліха виконують відповідну інструментальну функцію, а далі – як розуміли норми для вирішення до і після Є. Ерліха, а також на який подальший розвиток заслуговують такі норми. Такий підхід має на меті конкретизувати відкриті питання аргументативної теорії норм для вирішення.

1.1. Інтегративні виміри права і типи юридично-релевантних норм

Будь-яка ідея, образно кажучи, заявляє претензію на правильність (про поняття висунення претензії на правильність див. [1, с. 4-7], а також [2]). Носієм цієї претензії є автор ідеї, адресатом – її критик або прихильник, а предметом – те, що імпліцитно чи експліцитно ця ідея виражає. Автором ідеї норм для вирішення (*Entscheidungsnormen, norms for decision*) можна вважати Є. Ерліха, з певними застереженнями про те, що вона була відома і до нього (К. Г. Вехтер [3, с. 263] та ін.), проте саме Є. Ерліх надав їй популярності, яка не зникає і до наших днів. Тож адресати цієї ідеї – це не тільки сучасники Є. Ерліха, але й учені-юристи пізніших десятиліть: сьогодні норми для вирішення можна використати, скажімо,

для поділу прав людини (основних, фундаментальних прав) на вивідні і невивідні, причому перші з них можуть називатися в цілому і загалом нормами для вирішення, а другі – основними нормами (О. Гьоффе) [4, с. 119]. Предмет, як потрібно буде показати, – це правила в сенсі Р. Алексі, який опирається на відповідну ідею Р. Дворкіна [5, с. 40]. Ці правила до того ж мають бути ідентичними, на нашу думку, з так званими основними нормами [6, с. 46-58; 7], тобто правообґрунтувальними і правозаперечними нормами, і можуть бути морально і соціально виправданими або легітимованими. Питання в тому, наскільки ця претензія задовольняється, зважаючи на сучасний стан філософії, теорії та соціології права, юридичної методології та теорії норм, у т.ч. аргументативної теорії норм для вирішення.

Цей стан характеризується загальним інтересом до наукового доробку Є. Ерліха, що не згасає. Про це свідчить, скажімо, бібліографічний довідник «Eugen Ehrlich: Bibliographic Index», підтовлений С. Нежурбідою, М. Дячук та М. Ребіндером і виданий у 2018 році [8], який містить численний перелік літературних джерел, серед яких варто відзначити ті, які стосуються безпосередньо норм для вирішення. Так, роботи М. Ребіндера (наприклад, [9; 10]), К. Рібшлегера [11] і В. П. Марчука [12], з одного боку, а також фундаментальна монографія-дисертація Ш. Фогля «Соціальна законодавча політика, вільне правознаходження і соціологічна правова наука у Євгена Ерліха» (2003) [13], з іншого боку, утворюють надійний теоретичний фундамент для дослідження, модернізації, реконструкції і модифікації норм для вирішення Є. Ерліха. Якщо взяти до уваги також корпус текстів Є. Ерліха, які стосуються норм для вирішення (наприклад: [14; 15]), доповнити все це, з одного боку, доктринальним поділом норм на правила і принципи на підставі запропонованого Р. Алексі критерію: «Правила і принципи розрізняються тим, що принципи є *веліннями оптимізації*, тоді як правила мають характер *дефінітивних велінь*» [5, с. 40], а з іншого, надолужити зразково реалізованим у

німецькому ЦК, тобто легальним поділом правових норм на три основні типи: правіжні норми (Anspruchsnorm), норми-відведення (Einwendungsnorm) і норми-заперечення (Einredenorm) (наприклад §§ 194, абз. 1 (визначення правезу), 334 (відведення, які ґрунтуються на договорі), 320 (заперечення через невиконання договору) та ін. [16, с. 37, 82, 78]), – який, до речі, був відомий і Є. Ерліху, є частиною поділу норм на основні та допоміжні [6, с. 46-58] та може бути узагальнений до поділу норм на правообґрунтувальні, абсолютні та відносні правозаперечні норми (В. В. Трутень, А. Г. Павлюк та ін.), – то можна, як відправний пункт подальшого викладу матеріалу, тобто як робочу гіпотезу, що є елементом нашого передрозуміння і водночас складником нашої дослідницької програми, сформулювати наступне визначення норм для вирішення як таких: норми для вирішення – це потенційно морально і соціально виправдані (легітимовані) універсальні і комплексні дефінітивні правові норми (правила), завдяки яким можна розв'язати конфлікт (протилежність) інтересів.

Поглибити це норморозуміння *per se* можна з різних точок зору. Особливу цікавість становить ідея правильності права (первісно: ідея правильного права), яка також була відома Є. Ерліху, оскільки її сформулював його сучасник Р. Штаммлер у роботі «Вчення про правильне право» (1902) [17; 18, с. 28]. Вона буде нашою регулятивною ідеєю в сенсі І. Канта і/або неокантіанців [19, с. 161], тобто проблемою, яку постійно потрібно апроксимативно (шляхом наближення) розв'язувати. Останнє пояснюється, зокрема, думкою І. Канта про те, що трансцендентальні ідеї: «мають чудовий і вкрай необхідний регулятивний вжиток, а саме спрямовувати розсудок до певної цілі, з огляду на яку напрямні лінії всіх його правил сходяться в одному пункті» [20, с. 411]. Правильним правом ми вважаємо право, яке витримує аналітичну та правову, моральну і соціальну критику.

Поняття правильності права як регулятивної ідеї використовує в минулому столітті неокантіанець Р. Штаммлер, а сьогодні, скажімо, Р. Алексі, який розрізняє три концепції практичного розуму або практичної раціональності, які він називає з посиланням на історичні взірці «аристотелівською», «гоббсівською» і «кантівською» [21, с. 12] і заявляє: «Я буду намагатися захищати кантівську концепцію в дискурстеоретичному варіанті» [21, с. 14, 14-29]. Цієї філософської дискурстеоретичної лінії будемо триматися і ми, проте із застереженням, що замість терміна «дискурс» ми будемо частіше вживати його аналог – термін «аргументація».

Так, Р. Алексі проблемі правильності права присвятив як спеціальні статті: «Критика Булігіним аргументу правильності» (1997) [22], «Право і правильність» (2000) [1], «Правова певність і правильність» [23], так і постійно використовує це поняття у статтях на іншу тематику (бібліографія Р. Алексі нараховує більш ніж 200 публікацій [24]). Так, не можна не відзначити тезу зі статті «Ідея і структура розумної правової системи» (1991), де, з посиланням на дискурсетику Ю. Габермаса і в контексті (загальної) теорії норм, яка нас спеціально цікавить, сказано, що: «Парадигмою теорії раціональної практичної аргументації є теорія раціонального практичного дискурсу. Згідно з цією теорією, норма правильна тоді, коли вона може бути результатом певної процедури, процедури раціонального практичного дискурсу» [5, с. 30], тобто дискурсу, зорієнтованого на аналіз деонтологічних, аксіологічних і антропологічних практичних понять у сенсі Г. фон Врігта (про це див. [25, с. 126-127]). Важливо взяти до уваги те, що, на думку Р. Алексі, якої ми будемо далі дотримуватися, практичний дискурс може бути загальним і юридичним, причому юридичний дискурс є особливим випадком загального практичного дискурсу (теза про особливий випадок) [26, с. 261-272, 349-359, 426-435]. Щойно викладене дозволяє сказати, що правильність норм для вирішення, яка імплікує правильність відповідної

ідеї, може бути результатом процедури раціонального практичного дискурсу як юридичного, так і – субсидіарно – загального, оскільки норми для вирішення мають тісний стосунок до обох видів дискурсу. Об'єднати ці два види дискурсу можна за допомогою поняття юридично-релевантного дискурсу. Саме теорію такого дискурсу можна вважати парадигмою аргументативної теорії норм для вирішення: парафразуючи думку Р. Алексі, можна сказати, що, згідно з теорією юридично-релевантного дискурсу, норма для вирішення правильна тоді, коли вона може бути результатом певної процедури, процедури раціонального юридично-релевантного дискурсу.

У своїй фундаментальній «Теорії юридичної аргументації. Теорії раціонального дискурсу як теорії юридичного обґрунтування», перше видання якої мало місце у 1978 році [27; 26], Р. Алексі говорить, що «на юридичний дискурс можна дивитися дуже по-різному. Такий спосіб розгляду може бути емпіричним, аналітичним або нормативним.

Він є *емпіричним* тоді, коли, в ньому ... описується і пояснюється частота певних аргументів, кореляція між певними групами мовців, мовленнєвими ситуаціями та використанням певних аргументів, вплив аргументів, мотивація для використання певних аргументів або панівні в певних групах погляди на валідність аргументів. Така теорія є частиною теорії вчинення юридичних, особливо суддівських дій, яка має розроблятися методами соціальних наук» [26, с. 33]. Цікаво, що у творчості Є. Ерліха є пізня робота «Суддівське правознаходження на підставі правоположення. Чотири уривки із праці, яка перебуває в підготовці: Теорія суддівського правознаходження» (1917) [28], в якій учений віддає данину, якщо говорити сучасною мовою, саме емпіричному виміру юридичного дискурсу, про що, з одного боку, формально свідчить неодноразове використання такого згаданого вище характерного для дискуртеорії терміна, як «мовець» [28, с. 2], а з іншого, неформальна зацікавленість Є. Ерліха в побудові теорії суддівського правознаходження,

– що видно вже із заголовка, – яка, без сумніву, є частиною або, можливо, формою «теорії вчинення юридичних, особливо суддівських дій», про яку також ішлося вище.

Юридичний дискурс, так продовжує Р. Алексі, «є *аналітичним* тоді, коли в ньому йдеться про логічну структуру аргументів, які фактично трапляються або є можливими. Він є, нарешті, *нормативним* тоді, коли висуваються і обґрунтовуються критерії для раціональності юридичних дискурсів» [26, с. 33]. *Mutatis mutandis* сказане про юридичний дискурс стосується і юридично-релевантного дискурсу та відповідної аргументативної теорії норм для вирішення, що дозволяє називати згадані виміри аргументативними вимірами права.

На основі наведеного вище про відношення теорії раціонального практичного дискурсу і теорії раціональної практичної аргументації, відношення загального практичного і юридичного дискурсу, а також того, що юридичний дискурс має три виміри (аналітичний, нормативний і емпіричний), можна констатувати, що юридичний дискурс, предметом якого є норми для вирішення Є. Ерліха, можна побудувати як аналітичну, нормативну чи емпіричну дискурстеорію або, що майже одне й те саме, як інтегративну аргументативну теорію, в якій аналітичний, нормативний і емпіричний виміри – так чи інакше – комбінуються [29; 30]. У подальшому ми віддамо перевагу побудові на основі ідеї Є. Ерліха інтегративної аргументативної теорії норм для вирішення, проте з *одним істотним уточненням*, потреба в якому стане зрозумілою тоді, коли попередньо буде розглянуто аналогічні тріальні класифікації, які трапляються в теорії, філософії та соціології права, а також в античній риториці, в якій ця проблема була розв'язана більш ніж 2000 років тому.

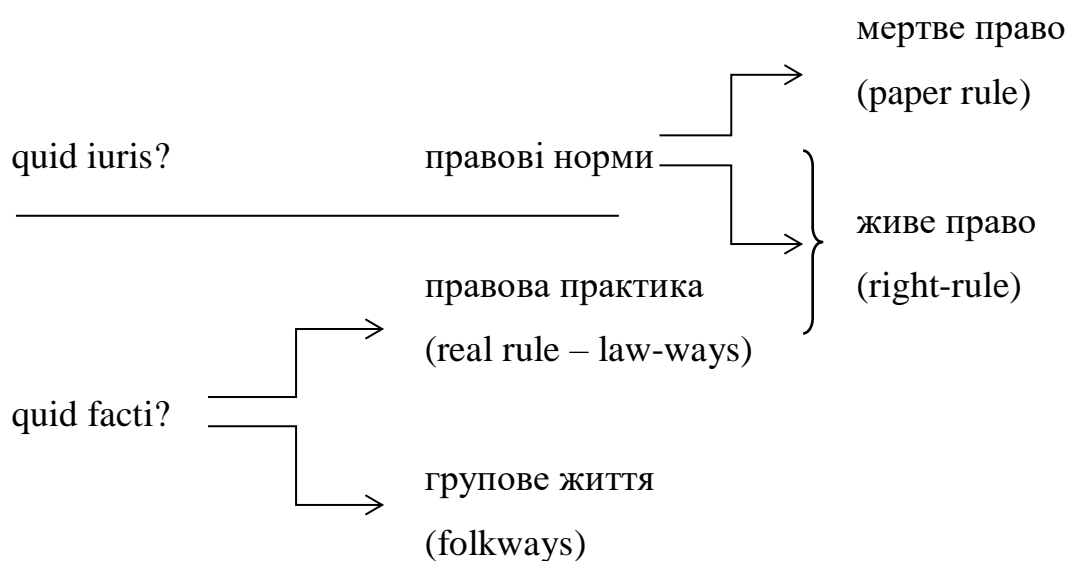
Так, в підручнику «Теорія права і юридична методологія» (2022) Б. Рютерс, який заснував видання цього підручника, та його пізніші співавтори Хр. Фішер і А. Бірк резюмують, що теорія права охоплює три аспекти: емпіричний, аналітичний і нормативний, і зводять емпіричний

аспект до соціології й економічних наук, аналітичний – до логіки й аналітичної філософії, нормативний – до філософської етики [31, с. 28]. Таке зведення цікаве, зокрема, тим, що нормативний вимір теорії права – це не вимір у сенсі Г. Кельзена, а вимір у сенсі Р. Алексі, про який щойно йшлося, тобто нормативний вимір Б. Рютерса – це (якщо говорити точніше і якщо враховувати термінологічну традицію, яка склалася в Україні під впливом авторитету Г. Кельзена) насправді метанормативний вимір.

Пояснити, що означає поділ вимірів права на нормативний і метанормативний можна, якщо звернути увагу на тріальні схеми праворозуміння в філософії та соціології права (див. також [32; 33; 34]). Так, в Україні добре відомим є філософсько-правове поняття правової реальності, яке запропоноване в монографії С. І. Максимова «Правова реальність: досвід філософського осмислення» (2002) [35]. Це поняття опирається на три пласти, або рівні правової реальності (форми «буття» права) – світ ідей: ідея права; світ знакових форм: правові норми і закони; світ взаємодій між соціальними суб'єктами: правове життя [35, с. 177]. Відзначимо дві важливі особливості концепції С. І. Максимова (див. також [36]): по-перше, в ній експліцитно не присутній аналітичний погляд на речі, по-друге, в ній має місце згаданий вище дуалізм нормативне/метанормативне, оскільки нормативна природа ідеї права, а також її метахарактер не викликає сумнівів, адже її можна розуміти «як ідеал, взірець і критерій оцінки чинного права з позицій того, яким воно повинно бути» [35, с. 157], тобто як метанорму. Правові норми є елементом власне нормативного виміру права, а ідея права – метанормативного.

Наведені вище зауваження стосуються і соціологічно-правового тріалізму, який М. Ребіндер, опираючись на К. Н. Ллевеліна, демонструє за допомогою такої схеми [9, с. 130-131]:

quid optationis? уявлення про справедливість (цінності)



Цю схему М. Ребіндер експлікує так: «Із цього графіка можна побачити, що правознавство (ліпше: юриспруденція), незважаючи на єдність свого предмета, права, розпадається на три одна від одної строго відокремлені області; оскільки чимось різним є те, чи я займаюся правом з огляду на його ідеальність (справедливість), з огляду на його нормативність (чинність) або з огляду на його фактичність (дієвість). Міркування щодо «правильного» (справедливого) права є справою філософії права. Вона запитує про Чому (ієрархія цінностей як взаємозв'язок обґрунтування (ліпше: виправдання. – В. С.)) і Куди (політико-юридична постановка мети). Визначення «нормативного сенсового змісту» права (вирішення щодо «належного» у праві) є справою правової догматики. Вона запитує про Як (отже, про зміст приписів поведінки для державного апарату або підкорених праву осіб і про методи свого встановлення). Дослідження «живого права» (висловлювання про «буття» права) є справою соціології права. Вона запитує про Що (описує і пояснює, отже, правове життя). Цей поділ на три частини юриспруденції сьогодні може називатися панівною думкою і теорії права» [9, с. 131]. М. Ребіндер посилається при цьому також на ідею Г. Канторовича, одного із

провідних представників руху вільного права, автора монографії «Боротьба за правову науку» (1906) [37], який в 1925 році говорить про «теоретико-пізнавальний тріалізм» [9, с. 131]. Три універсальні виміри права – нормативний, метанормативний і емпіричний – це, з певними застереженнями, відповіді на запитання *quid iuris?*, *quid optationis?* і *quid facti?*, тобто на запитання відповідно про правові норми, справедливість, правову практику і групове життя.

Відзначимо, що такого роду «тріалізм» був відомий ще стародавнім грекам, якщо пригадати риторичну теорію статусів Гермагора: «три статуси можуть бути умовно розділені трьома питаннями: 1) *an sit* – чи мала місце дія чи ні (*constitutio conjecturalis*), 2) *quid sit* – законна вона чи ні (*constitutio legitima*), 3) *quale sit* – дія може бути виправдана чи ні (*constitutio judicialis*)» [38, с. 78; 39]. Зауважимо, що дві міфологічні дочки Феміди – Евномія (законність) і Діка (справедливість) – можуть вважатися покровительками відповідно 2-го і 3-го статусів, або нормативного і метанормативного вимірів права. Усе це свідчить, що в іншій термінології дуалізм нормативне/метанормативне був відомий вже стародавнім грекам.

Підсумувати деякою мірою викладене вище можна так. У філософії та соціології права, а також у грецькій риторичній сформувався уявлення про нормативно/метанормативний дуалізм, який має бути врахований у процесі побудови теорії норм взагалі й аргументативної теорії норм для вирішення, зокрема. Таке врахування можливе у формі констатації, що такі теорії мають орієнтуватися на три дискурсивні погляди на речі (аналітичний, нормативний і емпіричний), а також на свій предмет, тобто на норми (для вирішення). З метою термінологічної уніфікації в такому разі можна вести мову про аналітичний, нормативний, метанормативний і емпіричний виміри права взагалі та теорії норм, в т.ч. аргументативної теорії норм для вирішення, зокрема. Далі будемо використовувати термінологію саме в такому значенні, тобто розрізняючи нормативний вимір як такий, власне нормативний вимір і метанормативний вимір, який

відповідає нормативному виміру в сенсі Р. Алексі, Б. Рютерса та ін. Такий підхід дозволяє поглянути на норми для вирішення з чотирьох точок зору, а саме: з погляду їхньої структури, моральної та соціальної оцінки (легітимації, виправдання), а також з точки зору норм для вирішення самих собою.

Викладене вище дозволяє поставити і належно відповісти на три запитання: по-перше, що таке юридично-релевантні норми, по-друге, як юридично-релевантні норми співвідносяться з вимірами правової теорії, по-третє, яку функцію норми для вирішення виконують у системі юридично-релевантних норм? Відповідь на ці запитання дозволяє знайти вихідний пункт для відповіді на два загальні дисертаційні запитання: яке місце у правовій культурі мала і має запропонована Є. Ерліхом ідея правових норм і як на основі ідеї Є. Ерліха можна побудувати сучасну аргументативну теорію норм для вирішення, тобто інтегративну дискурстеорію таких норм?

У загальній теорії права, тобто теорії, в якій синтезується філософсько-, теоретико- і соціолого-правова проблематика, існує підхід, який дозволяє відповісти на перше запитання. Ідеться знову про підручник Б. Рютерса (зі співавторами), в якому можна знайти поділ норм на правові, моральні та соціальні норми [31, с. 61-102, 61-62, 64]. Ми скористаємося тільки самим поділом, абстрагуючись від критеріїв, які запропоновані в цьому підручнику, оскільки вони не задовольняють особливі вимоги аргументативної теорії норм для вирішення. Так, можна погодитися, наприклад, з тим, що соціальні норми – це закономірності поведінки людей [31, с. 64], проте не можна без застережень погодитися з тим, що вони будуть констатувати факт, а не належне [31, с. 64] тощо.

Запропонований поділ норм на правові, моральні та соціальні норми, – які ми будемо називати юридично-релевантними нормами, оскільки кожна з них може бути аргументом в процесі юридичної аргументації, – ґрунтується, на наш погляд, на такій основі: існують соціальні норми в

якнайширшому, широкому і вузькому сенсі. В якнайширшому сенсі соціальні норми – це *всі* норми, які мають місце в певному соціумі. Усі соціальні норми можна розділити на соціальні норми в широкому і вузькому розумінні, причому критерієм при цьому може бути поняття ідеалізації. Ідеалізацію можна розуміти, – на противагу позиції М. Ребіндера, яка наведена вище, – як абстрагування від реальних предметів. За цим критерієм існує три типи соціальних норм, а саме: реальні соціальні норми, ідеалізовані соціальні норми та ідеалізовано-реальні соціальні норми. Реальні соціальні норми – це норми, які існують у певному соціумі, незалежно від їхньої позитивної, негативної чи нейтральної оцінки. Прикладом таких норм є статистичні дані про рівень злочинності в певній групі людей у певний проміжок часу і в певному місці. Такі норми є предметом соціологічних досліджень, які, як і будь-які наукові дослідження, мають бути неупередженими, а тому не повинні містити ніякої оцінки (М. Вебер).

Ідеалізовані соціальні норми – це передусім правові та моральні норми, а також інші соціальні норми (наприклад, мода), які можуть існувати як результат певної ідеалізації, а саме як результат деонтичної характеристики певної поведінки або як результат спеціальної модальної характеристики іншої норми. Ідеалізовано-реальні соціальні норми – це норми, які є не тільки результатом відповідної ідеалізації, але є й соціально дієвими.

Соціальні норми розуміються вузько тому, що вони не містять моменту ідеалізації, а в широкому сенсі тому, що у випадку з такими нормами може відігравати істотну роль момент ідеалізації. На основі запропонованої класифікації можна показати, що всі соціальні норми можна розділити на правові, моральні і решту соціальних норм, тобто соціальних норм у вузькому розумінні та частину соціальних норм у широкому розумінні. Якщо відволіктися від того, що правові та моральні норми є соціальними нормами в якнайширшому сенсі, то якраз і можна

сказати, що *per se* (самі собою) існують правові норми, моральні норми і соціальні норми (у вузькому і частково широкому розумінні: далі ми це застереження не будемо робити).

Той факт, що правові норми можуть бути аргументами в юридичній аргументації, очевидний і не потребує доведення. Той факт, що моральні та соціальні норми можуть також бути аргументами в юридичній аргументації, хоч і є давно відомим, але був, є і буде відкритим питанням. Найбільш цікаву відповідь на це питання надає Р. Алексі, який пропонує розрізняти шість груп правил і форм зовнішнього виправдання, а саме форми аргументів і правила зовнішнього виправдання можна поділити, на його думку, на шість груп: (1) правила і форми тлумачення, (2) догматичної аргументації, (3) використання преюдицій, (4) загальної практичної і (5) емпіричної аргументації, а також (6) так звані спеціальні юридичні форми аргументів. Якби хтось бажав охарактеризувати ці групи щораз одним словом, то він міг би обрати слова (1) закон, (2) догматика, (3) преюдиція, (4) розум, (5) емпірія і (6) спеціальні юридичні форми аргументів [26, с. 285]. Соціальні норми стосуються п. 5, тобто емпірії і емпіричної аргументації, а моральні – п. 4, тобто розуму і загальної практичної аргументації. Той факт, що правові, моральні та соціальні норми можуть бути відповідно юридичними, загальними практичними й емпіричними аргументами в юридичній аргументації свідчить про те, що ці норми в цілому і загалом є юридично-релевантними.

Отже, поряд з правовими існують моральні та соціальні норми, які всі разом можна називати юридично-релевантними нормами. Цікаво і важливо, як ці норми співвідносяться з аналітичним, нормативним, метанормативним і емпіричними вимірами права. Аналітичний вимір права стосується структурного аналізу відповідних норм, який може бути як загальним, так і особливим для таких норм. Нас особливо цікавить не стільки структура юридично-релевантних норм, скільки структура норм для вирішення. Водночас аналіз структури норм для вирішення дозволяє

проаналізувати і структуру юридично-релевантних норм, особливо, якщо звернути увагу на те, що норми для вирішення – це зразкові у структурному плані правові норми.

Далі будемо виходити з того, що нормативний, метанормативний і емпіричний виміри правової теорії є разом неаналітичними вимірами, оскільки у випадку з ними йдеться не про аналіз структури, а про дослідження субстанціональних питань. Такими є питання про правила як дефінітивні норми, які можуть бути розглянуті в рамках нормативного виміру, про принципи як *prima-facie*-норми (див. вище класифікацію Р. Алексі), які можуть бути розглянуті в межах метанормативного виміру правової теорії, а також питання про емпіричні аргументи, які розглядаються в рамках емпіричного виміру.

Водночас відразу застережемо, що ми будемо дотримуватися у процесі аналізу відношення права і моралі так званої (помірної) інклюзивної моделі непозитивізму, яку пропонує Р. Алексі. Йдеться про те, що інклюзивний непозитивізм не стверджує ні те, що моральні дефекти завжди руйнують правову чинність, ні те, що вони ніколи цього не роблять. Він радше, дотримуючись радбрухової формули, стверджує, що моральні дефекти руйнують правову чинність тоді і тільки тоді, коли переступається поріг екстремного неправу. Неправо нижче цього порога включається в поняття права як дефектного або такого, що містить вади, але чинного права [40, с. 400-401; 41, с. 159]. Поняття інклюзивного непозитивізму як правового феномена є кроком, який пристосовує юридично-релевантні норми, між якими існує логічне відношення контрарності, тобто відношення, в якому три типи норм не перетинаються за змістом, в адаптоване для досягнення мети запропонованого дослідження відношення. Так, зокрема, ми, на відміну від Р. Алексі, розширимо поняття інклюзивного непозитивізму за рахунок не тільки моральних, але й соціальних норм. У такому разі можна всети мову про просту і кваліфіковану інклюзивність. Під простою інклюзивністю ми

розуміємо залучення до правових норм або моральних, або соціальних норм, а під кваліфікованою – залучення обох типів норм.

Далі виникає запитання про те, як поводитися з юридично-релевантними нормами. Відповідь на це запитання якраз і дає існування норм для вирішення, функцією яких є правильне поведження з юридично-релевантними нормами. Показати як це відбувалося в історії, відбувається нині і повинно відбуватися на наш погляд якраз і є нашим головним завданням.

Отже, в цілому головне питання аргументативної теорії норм для вирішення можна сформулювати як запитання про те, як норми для вирішення мають справу з експлікованими вище правовими, моральними, і соціальними нормами. При цьому потрібно враховувати окремі положення теорії інклюзивного непозитивізму, тобто теорії, в якій юридично-релевантні норми тісно зближуються в понятті юридичних аргументів.

Викладене вище дозволяє зробити такі висновки, які утворюють основу подальшого дослідження: по-перше, в юридичній аргументації мають значення три типи норм: правові, моральні та соціальні. При цьому на практиці і в теорії потрібно керуватися такою версією непозитивізму, як інклюзивний непозитивізм у сенсі Р. Алексі. По-друге, нормативний вимір правової теорії має справу з правовими нормами, а метанормативний – з правовими і/або моральними нормами. Емпіричний вимір стосується соціальних норм та інших емпіричних фактів. Метанормативний вимір, однак, може мати справу також з деякими соціальними нормами. По-третє, норми для вирішення – це мета і результат правильного поведження з юридично-релевантними нормами.

1.2. Універсальний і комплексний характер норм для вирішення в Є. Ерліха

Ідея норм для вирішення Є. Ерліха викликає як історичний, так і живий інтерес. Так, історію норм для вирішення досліджували такі автори, як: М. Ребіндер, К. Ларенц, Ш. Фогль, К. Рібшлегер, Я. Шредер, В. П. Марчук та ін., тоді як Р. Алексі, Фр. Мюллер, Б. Рютерс та ін. автори тільки включили ідею норм для вирішення у власні оригінальні дослідження. Інколи історична зацікавленість веде до запозичення норм для вирішення і у власні праці (М. Ребіндер, К. Ларенц та ін.). Спочатку розглянемо історичні аспекти теорії норм для вирішення Є. Ерліха, а потім особливості залучення ідеї норм для вирішення в сучасні наукові дослідження. Особливе значення при цьому має питання про те, як уже в Є. Ерліха норми для вирішення демонструють універсальний і комплексний характер, тобто використовуються як у вільному, так і у зв'язаному правознаходженні (про терміни «вільне» і «зв'язане правознаходження» див. [42]), а також є не простими, а складними засобами правового захисту.

Так, що стосується історії формування ідеї норм для вирішення у Є. Ерліха, то вона може стати зрозумілою двома шляхами, якими ми далі послідовно скористаємося: у першому випадку можна опиратися на вже отримані іншими авторами результати дослідження норм для вирішення, а в другому випадку можна взяти до уваги корпус текстів Є. Ерліха і продовжити дослідження в напрямку побудови аргументативної теорії норм для вирішення.

Так, М. Ребіндер пропонує загальну класифікацію правових норм Є. Ерліха. Він зазначає, що матеріально Є. Ерліх ділить правові норми на:

норми для дій = живе право союзів = функція: організація

норми для вирішення = вчинення дій правового персоналу за заявою = функція: організація, захист і втручання (важіль)

норми для керування = вчинення дій правового персоналу за посадою = функція: організація, захист і втручання (важіль) [9, с. 121; 43].

Можна помітити, що термін «важіль» є синонімом слів «джерело» (дієва причина) або «інструмент» (засіб досягнення мети), а також те, що такого роду норми мають різну чинність: норми для дій – фактичну, тобто у такому разі йдеться про дієвість правових норм, а норми для вирішення та норми для керування, які спочатку в Є. Ерліха називалися нормами для втручання, – конституційну або нормативну, тобто йдеться про власне чинність як таку. За цими двома типами чинності приховується ідеальна, тобто власне філософсько-правова чинність права, або, якщо сказати словами Р. Дворкіна і Р. Алексі, – вимір ваги права (dimension of weight or importance) (докладно про ці види чинності та вимір ваги див. [44, с. 58-68; 45, с. 88]). Норми для вирішення протиставляються, з одного боку, нормам для дій, тобто, якщо скористатися усталеною в Україні термінологією, правилам поведінки суб'єктів права, а з іншого боку – нормам для керування, тобто адміністративним нормам. Звідси можна зробити висновок, що норми для вирішення в Є. Ерліха – це передусім норми матеріального права, які суддя може застосувати у процесі розгляду позовів про присудження (пор. вище за заявою). Саме це має на увазі М. Ребіндер, коли він пише, що правопорядок, який діє як устрій для захисту, містить ті норми, згідно з якими суди ухвалюють свої рішення, так звані норми для вирішення [9, с. 50].

Теорію вільного права Є. Ерліха М. Ребіндер резюмує так: за наявності прогалин у правовій системі вдаються не до конструкції, а передусім встановлюють живе право і потім оцінюють завдяки висуванню норми для вирішення те, як оцінював би законодавець [9, с. 138]. Так, ми знаходимо вже у Є. Ерліха і/або М. Ребіндера перше підтвердження запропонованої нами вище робочої гіпотези про універсальний характер норм для вирішення, точніше, підтвердження одного із двох аспектів, який

веде до верифікації цієї гіпотези. Ідеться про те, що норми для вирішення в Є. Ерліха є інструментом вільного правознаходження.

М. Ребіндер відзначає й те, що норми для вирішення є частиною державного права [9, с. 59-60], а тому вони можуть бути і предметом зв'язаного правознаходження, яке якраз і полягає в тому, що суддя виявляється зв'язаним нормою (для вирішення) позитивного права. Так ми знаходимо ще одне підтвердження того, що універсальний характер норм для вирішення у Є. Ерліха був помічений в юридичній літературі.

Існують також окремі міркування, які свідчать про те, що в літературі звернули увагу певною мірою і на комплексний характер норм для вирішення в Є. Ерліха. Так, Ш. Фогль пише, з посиланням на «Юридичну логіку» Є. Ерліха про те, що Є. Ерліх пропонує таку структуру «матеріально-правового правоположення, яке містить норму для вирішення»:

1. гідний захисту інтерес,
2. передумови гідності захисту,
3. напад, який повинен відвертатися,
4. вид і обсяг правового захисту [13, с. 262].

Отже, можна зробити проміжний висновок про те, що проблема універсального і комплексного характеру норм для вирішення у Є. Ерліха була помічена і взята до уваги в сучасній історичній літературі, присвяченій Є. Ерліху. Тепер перейдемо до аналізу оригінальних текстів Є. Ерліха.

Виклад оригінальної теорії норм для вирішення Є. Ерліха розпочнемо з ознайомлення з віхами його життя і творчості. Євген Ерліх народився 14 вересня 1862 р. у Чернівцях, помер 2 травня 1922 р. у Відні. Навчався на юридичному факультеті спочатку в Чернівецькому [46, с. 75], потім у Львівському університеті, а пізніше – в Віденському університеті (1881-1883). Промоція (отримання ступеня доктора прав) відбулася в 1886 р. (без дисертації), габілітація (другий науковий ступінь) – у 1893 році

(дисертація). З 1893 р. приват-доцент в Віденському університеті, з 1896 р. екстраординарний професор, з 1900 – ординарний професор римського права в Чернівецькому університеті, з 1901 – декан юридичного факультету, в 1906/07 рр. – ректор Чернівецького університету (див. передусім [9, с. 13-28; 47]).

Перший твір опубліковано в 1887 р. під заголовком «Про доповнення фактури» [48], габілітаційний твір – у 1899 р. під заголовком «Примусове і непримусове право в Цивільному кодексі для Німецької імперії» [49], програмний твір – «Вільне правознаходження і вільне правознавство» (1903) [18; 9, с. 24, 87 та ін.], основний твір – за власними словами Є. Ерліха «справа всього життя» («Lebenswerk») [9, с. 24] – в 1913 р. під заголовком «Заснування соціології права» [14], незавершений твір – «Теорія суддівського правознаходження» (частково опублікований, проте не в формі книги чи серії книг із трьох частин, як було задумано спочатку. Згадане вище «Заснування» мало бути другою частиною такого роду творчого плану). В цілому бібліографія Є. Ерліха нараховує більше 100 публікацій, враховуючи перевидання творів [8, с. 3-35].

Викладене вище дозволяє, з одного боку, виділити на творчому шляху три віхи: початок і кінець літературної діяльності – відповідно 1887 і 1922 роки, а також рік творчого перелому, який стався в 1903 році і пов'язаний з працею «Вільне правознаходження і вільне правознавство» [18]. Поява цієї останньої роботи дозволяє розділити творчий шлях Ерліха на два періоди: допрограмний (1887-1903 рр.) і програмний (1903-1922 рр.).

Справа пропагування, критики і розвитку ідей Є. Ерліха суттєво поліпшилася після відзначення 100ліття з дня народження Є. Ерліха в 1962 році і значно пов'язана з іменем М. Ребіндера. Недаремно саме в цьому році з'явилася стаття М. Ребіндера «Євген Ерліх, засновнику німецької соціології права, до 100ліття з дня народження» [50], яка заклала з тих пір все більш глибоку і глибоку основу для постійного та продуктивного ознайомлення з іменем і справою Є. Ерліха. У цілому з висоти

сьогоднішніх днів можна сказати, що ситуація в Німеччині, Австрії та Швейцарії (де проживає тепер М. Ребіндер) в галузі знань про Є. Ерліха відповідає тому великому внеску в розвиток правознавства, на який останній по праву заслуговує.

В Україні справу Є. Ерліха підхопив у 1977 році спочатку критично [12; 51], а пізніше більш виважено [52] В. П. Марчук. Значним внеском у розуміння Є. Ерліха в Україні стали переклади українською мовою деяких праць Є. Ерліха, здійснені в основному діяльністю відродженого в 1991 році завдяки П. С. Пацурківському, А. А. Козловському, М. В. Никифоруку, А. З. Георгіці та ін. юридичного факультету Чернівецького університету, в якому якраз і працював у свій час Є. Ерліх, а також колективу перекладачів, до яких потрібно зарахувати В. Трутня, В. Бігуна, Д. Дороша, С. Нежурбиду та ін.

Норми для вирішення в Є. Ерліха являють собою поняття, якому він надавав у різний час різну увагу і значення. Цікаво відповісти спочатку на два запитання: по-перше, коли саме і в якому творі з'являється з-під пера Є. Ерліха термін «норма для вирішення», по-друге, в якому контексті це відбувається? Можна припустити, що це сталося вже в допрограмний період творчості Є. Ерліха. Отже, чи насправді це було саме так?

«Норми для вирішення» є перекладом в українській мові німецького слова «Entscheidungsnormen», яке складається з двох слів «Entscheidung» (рішення) і «Normen» (норми). На особливу увагу заслуговує слово «для» в українському перекладі, для якого немає прямого відповідника в оригіналі. У цілому це пояснюється більшим поширенням в німецькій мові, ніж в українській мові такого способу словотворення, який використаний при створенні слова «Entscheidungsnormen», тобто простого складання двох чи більше слів в одне слово без використання слів, які б могли пояснити те значення, яке буде мати нове складне слово. Як у самій німецькій мові, так і при перекладі це створює певні труднощі у правильному розумінні того, в якому значенні використовується складне слово. Прикладом, у якому

виявляється така складність, є можливість перекладу «Entscheidungsnormen» як «норми-рішення» або «норми рішення» [12, с. 51 та ін.], від яких ми відмовилися тому, що вона не дає правильного уявлення про те, для чого використовується таке слово Є. Ерліхом. Іншим прикладом є переклад «Entscheidungsnormen» англійською мовою як «norms for decision» [53, с. 121], який саме і став для нас зразком для перекладу українською мовою «Entscheidungsnormen» як «норми для вирішення». Що стосується можливості вживання в перекладі «Entscheidungsnormen» слів «рішення» або «вирішення», то останнє слово фіксується на процесі отримання рішення, тоді як перше означає не стільки такого роду процес, як результат цього процесу. Ми віддаємо перевагу словосполученню «норми для вирішення» для того, щоб підкреслити аргументативний аспект такого роду норм, який якраз і передається словом, в якому динамічний аспект (процес) домінує щодо статичного аспекту (результату). Проте вживання словосполучення «норми для рішення» виключати не потрібно.

У цілому і загалом можна сказати, що переклад «Entscheidungsnormen» як «норми для вирішення» дозволяє вказати на функцію, яку ці норми виконують, а саме функцію правового засобу розв'язання конфліктів.

У першій публікації Є. Ерліха під заголовком «Про доповнення фактури», яка вийшла друком у «Juristische Blätter» в 1887 році [48], слова в однині чи множині «Entscheidungsnorm» або «Entscheidungsnormen» (норма або норми для вирішення) ще відсутні. Норми для вирішення вперше зустрічаються вже в другій статті Є. Ерліха, яка має найменування «Про прогалини у праві» і вийшла друком також у «Juristische Blätter» проте вже в наступному 1888 році. Наведемо першу згадку докладно (в ній резюмується позиція певної частини юридичних письменників, можна сказати – помірних нормативних позитивістів): «В цілому і загалом суддя має вирішувати згідно з *équité, raison, intérêts de commerce*, суб'єктивним

розумом, правовим переконанням: різні письменники якраз називають ту саму річ по-різному. Окремі правила цього керівництва знайшли вираження тепер у законі, сформульовані як закон і були висловлені законодавцем способом, обов'язковим для суддів. Якщо це так часто трапляється, то вони є нормою для вирішення для суддів; проте, якщо він не знаходить у законі жодного визначення, яке є влучним для ним вирішуваної справи, то він знову має спрямовуватися єдино і тільки на *équité*, суб'єктивний розум і таке інше» [54, с. 448]. Це поки що єдина згадка про норми для вирішення, причому вона стосується досить складного випадку, коли йдеться про набуття позитивно-правових рис загальними принципами права.

Інші перші публікації допрограмного періоду творчості Є. Ерліха, йдеться про праці, опубліковані в період з 1888 по 1903 рік, практично не згадують норми для вирішення. Так, немає жодної згадки в таких невеликих за обсягом творах, як: [55; 56; 57; 58; 59; 60; 61; 62; 63; 64; 65; 66; 67; 68; 69; 70; 71; 72; 73], проте немає також згадки про такий різновид норм і в двох із трьох монографій, опублікованих до 1903 року: «Мовчазне волевиявлення» (Берлін, 1893) [74] і «До теорії джерел права. Перша частина. *Ius civile, ius publicum, ius privatum*» (Берлін, 1902) [75].

Ми знаходимо в допрограмний період творчості Є. Ерліха лише ще одну згадку норм для вирішення в монографії «Примусове і непримусове право в Цивільному кодексі для Німецької імперії» (Сна, 1899) [49]. Тут йдеться про таке: «Цілком інакше поводяться з доповнювальним правом. Для випадків, про які сторони при вчиненні правочину, як правило, зовсім не думають, із загальних принципів виводяться норми для вирішення, або повинні вказуватися загальні принципи, із яких можна було б вивести в таких випадках норму для вирішення. Тому справжньою областю доповнювального права є загальна частина системи і загальна частина зобов'язального права, де висунуті всеосяжні загальні принципи для права правочинів» [49, с. 47-48].

Зіставлення обох місць, де згадуються в допрограмний період «норми для вирішення», дозволяє зробити висновок про тісний зв'язок у ранній творчості Є. Ерліха норм для вирішення і загальних принципів права. Інший висновок зводиться до констатації того очевидного факту, що з 26 робіт, опублікованих до програмної роботи «Вільне правознаходження і вільне правознавство» в 1903 році, із яких ми не могли ознайомитися лише з трьома, загальним обсягом усього 25 стор. [60; 76; 77], норми для вирішення згадуються лише в двох роботах, причому всього 2-3 рази в двох абзацах у контексті відношень із загальними принципами права, а саме в статті «Про прогалини у праві» та монографії «Примусове і непримусове право в Цивільному кодексі для Німецької імперії».

Зовсім інша ситуація спостерігається в програмний період творчості Є. Ерліха. Так, уже у програмній роботі «Вільне правознаходження і вільне правознавство» (Лейпциг, 1903) [18], яка охоплює всього 40 стор., слова «норми для вирішення» згадуються більше 10 разів, тобто в кілька разів більше, ніж за весь час з 1887 року. Не буде перебільшенням сказати, що програмний характер «Вільного правознаходження» виявляє себе і в такому спеціальному зверненні уваги на норми для вирішення, власне в першу чергу розділ II цієї роботи якраз і вводить у науковий обіг поняття норм для вирішення.

Норми для вирішення, по-перше, тепер беруться в розрахунок у широкому контексті чиновників, серед яких виділяються судді, проте суддя не є єдиним адресатом норм для вирішення, хоча спеціально виділяється така функція норм для вирішення, як вирішення правових спорів. Крім того, підкреслюється, що норми для вирішення не є єдиними правовими нормами, що існують й інші правові норми, хоча юристів найбільше цікавлять саме норми для вирішення [18, с. 9]; по-друге, констатується, що державне право містить не тільки норми для вирішення, хоча більша його частина складається саме із норм для вирішення. Державне право містить те, що пізніше буде називатися нормами для

втручання, і ще пізніше – нормами для керування. Норми для вирішення занадто слабкі для безпосереднього визначення (мирного суспільного) життя [18, с. 10]; по-третє, вважається, що норми для вирішення походять не тільки від держави, існують норми для вирішення, які впливають із «суті самої суспільної організації» [18, с. 11]; по-четверте, що норми для вирішення мають тісний стосунок до так званого права юристів і права на захист [18, с. 12-13]; по-п'яте, говориться про спонтанно-суспільний характер частини норм для вирішення [18, с. 14]; по-шосте, відзначається, що правова (судова) практика є джерелом пізнання норм для вирішення, які фактично ввійшли в життя, а також джерелом є самі життєві відносини [18, с. 35, 36]. Наведемо дві прямі цитати, які яскраво підкреслюють значення і місце норм для вирішення в системі норм Ерліха: «... право юристів, ця споконвічна творчість вільного правознаходження, складається із норм для вирішення, які, будучи виведеними із суті суспільних відносин, з цими останніми одночасно змінюють свій зміст: головна маса норм для вирішення отримує свій істотний зміст із відповідного оформлення правовідносин, яких вони стосуються» [18, с. 28-29]; і «для кого, однак, усе право не розчиняється в нормах для вирішення, хто буде, мабуть, говорити, що тут є наявними організаційні форми сьогоденного суспільства, безсумнівно, правової природи, які тільки тому не отримали чинності, що правова практика не як у Римі опанована місцевими, а, більшою частиною чужими або застарілими нормами для вирішення» [18, с. 37].

У підсумку можна стверджувати, що в програмній праці Є. Ерліха демонструється значення норм для вирішення у процесі вільного правознаходження, проте відкритим питанням спеціально залишається питання про значення норм для вирішення у процесі зв'язаного правознаходження, оскільки останнє не було предметом статті, але саме про нього йшлося в публікаціях Є. Ерліха в допрограмний період. Отже, окремі публікації допрограмного періоду та програмна публікація

дозволяють сформулювати попереднє уявлення про універсальний характер норм для вирішення в Є. Ерліха.

Перш ніж продовжимо аналіз норм для вирішення, відзначимо, що такі норми не згадуються в наступних німецькомовних роботах Є. Ерліха, написаних після 1903 року: [78; 79; 80; 81; 82; 83; 84; 85; 86; 87; 88; 89; 90; 91; 92; 93; 94; 95; 96; 97; 98; 99; 100; 101; 102; 103; 104; 105; 106; 107]. Нічого не можна сказати про норми для вирішення лише в двох роботах: [108; 109], які для нас виявилися недоступними. Навпаки, норми для вирішення аналізуються Є. Ерліхом у таких роботах: «Соціологія права» (1913/14) [110], «До соціології права. Репліка на рецензію Фрідріха Хана» (1914) [111], «Репліка (на критику Кельзена)» (1916/17) [112], «Суддівське правознаходження на підставі правоположення. Чотири уривки із твору, який перебуває в підготовці: Теорія суддівського правознаходження» (1917) [28], «Юридична логіка» (1917) [113; 15; 114], ««Надійна теорія і традиція» (ст. 1 швейц. ЦК). Керівні думки доповіді Ерліха в цюрихському союзі юристів, записані Шмід'ом» (1919/20) [115], «Закон і живе право» (Токіо 1920) [116], «Соціологія права» (Токіо 1922) [117]. Окремо потрібно сказати про те, що в «Заснуванні соціології права» (1913) [14] нормам для вирішення присвячений цілий однойменний розділ.

Так, наприклад, досить часто норми для вирішення згадуються в статті «Соціологія права» (1913/14), де відзначається, що норми для вирішення суддя повинен знайти у разі виникнення конфлікту, тобто коли порушені мирні стосунки. При цьому «зрештою знайдена норма для вирішення складається із двох частин: висловлювання про порядок (устрій. – В. С.), який було порушено, і про наслідки, які порушення тягне за собою» [110, с. 231]. Сказане Є. Ерліхом можна вважати загальним орієнтиром для розуміння його розуміння норм для вирішення, в якому йдеться про елементарну структуру норм для вирішення. У публікації «До соціології права. Репліка на рецензію Фрідріха Хана» (1914) Є. Ерліх роз'яснює непорозуміння, яке виникає при ототожненні протилежності

організаційних норм і норм для вирішення з протилежністю законів природи і власне норм [111, с. 463], а в «Репліці (на критику Кельзена)» (1916/17) він пояснює неправильну передачу Г. Кельзеном вчення самого Є. Ерліха про живе право та, зокрема, зазначає, що «я називаю у своїй книзі (тобто в «Заснуванні». – В. С.) живим правом правові правила належного, які залишилися не тільки нормами для вирішення, але опановують вчинення людських дій. Вони встановлюються (тобто з'ясовуються. – В. С.) завдяки сприйняттю того, що фактично відбувається, як це і панівна юриспруденція набуває із правил належного так званого звичаєвого права, яке, щонайменше частково, збігається з тим, що я називаю «живим правом»» [112, с. 610]. Останні два речення цікаві тим, що пояснюють відношення живого права і норм для вирішення. Однак із них не можна зробити висновок, який напрошується, що живе право винятково (!) пов'язано з нормами для вирішення. Якраз правильною позицією буде твердження, що в цьому місці Є. Ерліх дає неповне визначення живого права. Живе право може мати місце і без використання норм для вирішення у разі, коли йдеться про власне факти права в мирній, безконфліктній ситуації. (див. також [118])

У статті «Надійна теорія і традиція» (ст. 1 швейц. ЦК). Керівні думки доповіді Ерліха в цюрихському союзі юристів, записані Шмід'ом» (1919/20) Є. Ерліх говорить про експансивну силу норм для вирішення в процесі перетворення питання факту в питання права [115, с. 226], тоді як в одній із двох останніх прижиттєвих публікаціях Є. Ерліха, які вийшли друком у Японії, – йдеться про статтю «Соціологія права» (Токіо 1922), – говориться, що «правоположення є оформленою словами вказівкою судам, як вони мають вирішувати правову справу (норма для вирішення), або адміністративним чиновникам, як вони повинні поводитися в окремому випадку (норма для керування). Сучасний практикуючий юрист розуміє під правом, як правило, тільки правоположення, оскільки це є така форма права, яка його найбільше цікавить у його практичній діяльності» [117, с.

3]. Це чи не єдина новела щодо «Заснування» в частині, яка стосується трансформації норм для втручання в норми для керування, які тепер стають корелятом для норм для вирішення. Варто сказати також, що останні слова, написані Є. Ерліхом, не втратили значення і для юристів сьогоднішнього дня.

Розглянути далі питання норм для вирішення в такому разі можна, розділивши його на два блоки: питання про універсальний і питання про комплексний характер норм для вирішення у Є. Ерліха в програмному періоді його творчості.

Міркування Є. Ерліха про норми для вирішення в «Заснуванні соціології прав» містяться головним чином в главі VI з відповідним найменуванням загальним обсягом 24 сторінки, що становить дещо менше 20 відсотків тексту монографії. Так, якщо судити із колонтитулів оригінального видання «Заснування» 1913 р., які переросли в заголовки видання 1989 року, то в цій главі розглядаються наступні питання: суди як суспільні та як державні установи, джерело норм для вирішення, узагальнення та уніфікація норм для вирішення, самобутні норми для вирішення для спірних відносин, вплив суспільства на норми для вирішення, вплив позаправових норм на норми для вирішення, дія зв'язаності законом, закон постійності норм для вирішення, внутрішні зміни норм для вирішення, подальший розвиток норм для вирішення.

За точку відліку для належного аналізу норм для вирішення можна взяти такі міркування Є. Ерліха: «само собою зрозуміло, не має значення те, що суди просто були б покликані вирішувати без церемоній згідно з позаправовими нормами. Навіть якщо не всі правоположення придатні для норм для вирішення, то ще менше є такими всі, без перебору, позаправові норми. Зробити тут правильний вибір, є колосально важким та сповненим відповідальністю завданням, яке висуває до судді цілком інші, незрівнянно вищі претензії, ніж голе правозастосування» [119, с. 119; 120; 121; 122]. Отже, норми для вирішення, черпають свою силу не з одного джерела, а з

двох: правоположень, тобто формулювань правової норми, і позаправових норм, що веде до того, що правозастосування має, щонайменше, доповнюватися тим, що саме Ерліх назвав за 10 років до «Заснування» вільним правознаходженням.

Норми для вирішення згадуються – прямо чи опосередковано – і в інших місцях «Заснування». Так, особливо відзначимо той факт, що в гл. VIII «Утворення правоположення» йдеться про фактичну і конституційну чинність, тобто дієвість і власне нормативну чинність права, в т.ч. норм для вирішення, які, за Є. Ерліхом, є одним із джерел правоположень. Цей ряд можна продовжити. Особливе значення при цьому має запропоноване Є. Ерліхом у «Заснуванні» положення про те, що «суддя завжди сам мусить знайти норму для вирішення, чи він вирішує без правоположення чи на підставі правоположення; тільки в другому випадку суддівська норма для вирішення визначається вміщеною в правоположенні нормою для вирішення, в першому випадку вона, навпаки, знаходиться цілком вільно» [119, с. 154]. Це елегантне формулювання Є. Ерліха, безумовно, гласить про усвідомлення ним універсального, тобто такого, що має значення як у рамках вільного, так і у рамках зв'язаного правознаходження, – в останньому випадку Є. Ерліх говорить не про правознаходження, а про правозастосування, – характеру норм для вирішення.

У цілому можна сказати, що «Заснування» містить доволі завершену теорію норм для вирішення, яка в наступні роки буде певною мірою доповнена або змінена, проте не в суттєвих пунктах. Особливе значення при цьому має «Юридична логіка», яка вийшла друком у 1917 та 1918 роках (з невеликими, але дуже цікавими доповненнями). Відзначимо формулювання Є. Ерліха про універсальний характер норм для вирішення, яке ми далі будемо називати «тезою Є. Ерліха про універсальний характер норм для вирішення».

Отже, за життя Є. Ерліха «Юридична логіка» вийшла двічі: спочатку як журнальна стаття в «Архіві цивілістичної практики», провідному журналі як того часу, так і сьогодні у 1917 році [113], а потім як окрема монографія в наступному 1918 році [15], причому публікації мають певні відмінності, зокрема монографія містить предметний покажчик, який був відсутній у більш ранній публікації. Так, у цьому покажчику дається авторське визначення поняття норм для вирішення, а саме: норми для вирішення – це норми, згідно з якими суддя вирішує правовий спір, використання яких для побудови правових понять могло б виводитися із загальних принципів, які запозичуються із правоположень завдяки індукції, для інших, ніж уміщених уже в правоположеннях рішень, виводитися тільки за допомогою повторного зважування інтересів» [15, с. 320]. Це визначення можна називати іншим варіантом тези Є. Ерліха про універсальний характер норм для вирішення. Відзначимо, однак, деяку непослідовність Є. Ерліха у формулюванні поняття норм для вирішення. Так, у першому варіанті тези про універсальний характер норм для вирішення йдеться взагалі про відношення правоположення (формулювання правової норми) і норм для вирішення, а в другому варіанті накладається певне обмеження, яке полягає в тому, що норми для вирішення індуктивно виводяться із загальних принципів. Ми будемо віддавати перевагу першому, тобто ширшому варіантові цієї тези.

Зазначене поняття норм для вирішення продовжує побудову Є. Ерліхом теорії норм для вирішення, яка містить й положення про те, що: по-перше, в римській юриспруденції і правоположення, і норми для вирішення були творчістю юристів [15, с. 5]; по-друге, перші правоположення виникають на основі колись ухвалених рішень, завдяки правоположенням норми для вирішення стають постійнішими [15, с. 15]; по-третє, існує внутрішня суперечність між правоположеннями і нормами для вирішення [15, с. 27], тобто їх не можна ототожнювати; по-четверте, загальне право юристів в процесі рецепції римського права виникло із

римських норм для вирішення [15, с. 49]; по-п'яте, до рецепції суди утворювали норми для вирішення безпосередньої із фактів права (усталення, володіння тощо). Цю лінію можна було б продовжити, наприклад, згадавши про відношення правової конструкції і норм для вирішення [15, с. 68] або норм для вирішення і правових понять тощо.

І знову виділимо один із фрагментів «Юридичної логіки», про який вже дещо сказано вище Ш. Фоглем і в якому йдеться про комплексний характер норм для вирішення: «У матеріально-правовому правоположенні, яке містить норму для вирішення, правовий захист буде обіцятися інтересу завжди тільки під певними передумовами, які демонструють його (інтерес) як гідний захисту, і не проти всякого нападу, а завжди тільки проти певного виду нападів. ... Те, що правоположення говорить про передумови правового захисту й вид нападу, є результатом зважування інтересів, яке спершу показує авторові правоположення, що інтерес, який вимагає захисту, потрібно оцінювати, згідно з його обґрунтуванням і його змістом, вище, ніж інтерес, який спонукав іншу сторону до нападу. Якщо в правоположенні відмовляють інтересу в захисті, тим що задовольняється відведення або заперечення, то це тому, що інтерес нападника оцінюється вище» [15, с. 186-187]. Тут прямо згадуються абсолютні і відносні заперечення як винятки із потенційного правила (відповідно, відведення і заперечення (у в.с.), третій вид основних норм – правіжні норми – Є. Ерліхом також не оминається [15, с. 10]).

Отже, Є. Ерліх розуміє норми для вирішення (конфліктів) як універсальні і комплексні норми, тобто як норми, які є результатом не тільки зв'язаного правоположеннями правознаходження (питання тлумачення права), але й вільного, незв'язаного чинними правоположеннями правознаходження (питання дальшого творення права в сенсі Савіньї [123, с. 238; 124; 3, с. 228; 125, с. 267-284]), причому ці норми, якщо звернути увагу на їхню структуру, здатні захистити, хоч і не одночасно, як позивача, так і відповідача.

Як висновок, зазначимо, що норми для вирішення проходять упродовж всього творчого шляху Є. Ерліха червоною лінією. Ці норми і сьогодні приковують до себе увагу. Тези Є. Ерліха про універсальний і про комплексний характер норм для вирішення дозволяють стверджувати – більш, у першому випадку, чи менш, у другому випадку, твердо – про усвідомлення Є. Ерліхом як універсального, так і комплексного характеру норм для вирішення. Ці дві тези можна взяти за основу для подальшого розвитку Ерліхової ідеї норм для вирішення, який можна здійснити в контексті сучасної теорії юридичної аргументації як складової частини юридичної методології.

1.3. Розвиток ідеї норм для вирішення

Нашому подальшому розвитку ідеї норм для вирішення передують попередній розвиток цієї ідеї, який був здійснений згаданими вище авторами, передусім Р. Алексі, Фр. Мюллером, К. Ларенцом та ін. Цей розвиток можна простежити як загалом, так і в частині універсального і комплексного характеру норм для вирішення, причому в останньому випадку особливе значення має теорія раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі (універсальний характер) і юридична методика Фр. Мюллера (комплексний характер норм для вирішення). Містком, який підводить нас до наукових позицій останніх двох авторів, є передусім учення К. Ларенца про правоположення. Відзначимо, що К. Ларенц був провідним німецьким філософом права і юридичним методологом, автором добре відомої «Методології правової науки» (1960-1991) [126; 127; 128; 129; 130]. Ця «Методологія» добре відома для Р. Алексі та Фр. Мюллера, і навпаки, роботи Р. Алексі і Фр. Мюллера були відомі К. Ларенцу, причому К. Ларенц належав до покоління німецьких юристів, які розпочали свою наукову діяльність у першій половині ХХ століття, невдовзі після смерті Є. Ерліха, а Р. Алексі і Фр. Мюллер – у другій

половині цього століття. Так, аналізуючи логічну структуру правоположення, К. Ларенц, – запозичуючи не тільки відповідний термін у Є. Ерліха, але й дух ерліхової теорії норм, – зазначає, що всякий правопорядок містить правила, які претендують на те, щоб ті, до кого вони спрямовані, поводитися згідно з ними. Наскільки ці правила одночасно являють собою норми для вирішення, настільки повинні ті, хто має вирішувати про правове владнання конфліктів, судити згідно з ними. Більшість правових правил є як нормами поведінки для громадян, так і нормами для вирішення для судів і відомств. Правове правило може бути висловлене в законі, воно може походити із так званого звичаєвого права чи із належних виведень із чинного права або із конкретизацій правових принципів так, як ці конкретизації раз у раз вчиняються судами. Так із насамперед конкретизації правового принципу, який стосується справи, або масштабу, який потребує надолуження, впливає нове правове правило. Воно, щоправда, мусить бути здатним до узагальнення в тому сенсі, що воно є застосовним до однакових або «подібних» справ. Це має місце тоді, коли і наскільки воно прив'язане до «типових» рис якоїсь вирішеної справи [127, с. 250].

Не можна не згадати і той факт, що розвиток ідеї норм для вирішення розпочинається ще до того, як за неї взявся Є. Ерліх. Так, провідний німецький історик юридичної методології Я. Шредер відзначає таке: «аналогія права» залишається, як і стара „*analogia iuris*“, важкозбагненою. Аналогія закону для Вехтера – це «аналогія одиночного закону», аналогія права – це аналогія «сукупного позитивного права», тому що «із утвореної в плані позитивного права природи речі і духу позитивного права взагалі і принципів, які лежать в його основі ...» утворюють «якусь норму для вирішення». Вехтер сполучає цю процедуру з поняттям слухності, в сенсі рівномірного трактування всіх випадків згідно з основними принципами позитивного права. Отже, відмінність між аналогією закону і права не однознано полягає в тому, що одного разу (аналогія закону) тільки одне

уже існуюче правоположення, іншого разу (аналогія права) кілька таких правоположень утворюють базис індукції. Аналогія права – це радше процедура, яка, як і стара „*analogia iuris*“, зважає у спосіб, який не так легко описати, на зіграність і «природу» правоположень і правових принципів. Вона тісніше пов'язана у деяких авторів з ученням про «природу речі», ніж з індукцією і (одиначною) аналогією [3, с. 263-264]. Вехтер писав про норми для вирішення в згаданому контексті до народження Є. Ерліха. Не можна не помітити, що погляди на норми для вирішення раннього (допрограмного) Є. Ерліха значно збігаються з наведеною вище науковою позицією К. Г. Вехтера, наприклад, у частині значення принципів, природи речі тощо.

Доповнити сказане Я. Шредером можна, якщо самостійно дослідити відповідний слововжиток у ХІХ столітті. Наприклад, термін «норми для вирішення» належить до словника Гете, з відсиланням до філософії Канта [131, с. 174], тому можна припустити, що Є. Ерліху, мабуть, не могли бути невідомими такі слова: «... і тому намагалися усунути індивідуальні уподобання, випадкове утворення, народні своєрідності ..., і викликати більш загальний закон для норм для вирішення» [132, с. 390], які перегукуються з його теорією відтінків почуття у програмний період творчості та підкреслюють уже у Гете тісний зв'язок узагальнення та норм для вирішення. Крім того, за рік до народження Є. Ерліха, тобто в 1861 році, Адольф фон Шойрль використовує це словосполучення (складне слово в німецькій мові) в роботі «До практичного розв'язання питання розлучення» в наступному сенсі, який багато в чому також пояснює стан справ від якого міг відштовхуватися пізніше і сам Є. Ерліх. Ідеться про відношення церковного права і державного права у разі, коли між ними виникає колізія, яка хоча і вирішується в частині, яка стосується розлучення, в цілому на користь державного права, проте церковне право може і не втратити повністю значення щодо окремих питань розлучення. Тоді, вважає фон Шойрль, «у цьому якраз і полягає тепер постійна велика

важливість ... загального церковного права стосовно розлучення ... також для таких областей, у яких воно уже не служить нормою для вирішення для шлюбних судів» [133, с. 17]. Можна було б навести й інші приклади.

Цікавішим і важливішим є шлях, який пройшла ідея норм для вирішення після Є. Ерліха у двох напрямках, про які йшлося вище, а саме у напрямку розвитку універсального і у напрямку розвитку комплексного характеру норм для вирішення.

У першому випадку йдеться про місце і значення, яке займає норма для вирішення в теорії раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі: поняття норм для вирішення, яке тісно пов'язане з іменем Є. Ерліха, не пройшло повз увагу й Р. Алексі, одного із провідних представників сучасної теорії юридичної аргументації та теорії основних, тобто конституційних прав, якщо звернути увагу на дві його дисертації – промоцію і габілітацію – і відповідні монографії [27; 25]. Норма для вирішення згадується у Р. Алексі кілька разів, причому з посиланням на Є. Ерліха і так, що одного разу йдеться про норми для вирішення в контексті так званого зовнішнього виправдання, тобто словами Є. Ерліха, в контексті вільного правознаходження (див. також [134; 135]), а іншого разу в контексті внутрішнього виправдання, тобто, якщо скористатися контртерміном, якого намагався уникати Є. Ерліх, в контексті зв'язаного правознаходження. Про перший аспект універсального характеру норм для вирішення, тобто про норму для вирішення в контексті зовнішнього виправдання або вільного правознаходження, йдеться у статті Р. Алексі, яка називається «Логічний аналіз юридичних рішень» [136] й опублікована вперше в 1980 році. Цю статтю можна вважати програмною для творчості згаданого автора. У ній норма для вирішення використовується як форма для утворення нової просто-правової норми на основі вищої за рангом правової норми, тобто конституційної норми, або основної норми в термінології Р. Алексі й німецької конституції, яка називається Основним законом [137].

Так, Р. Алексі, з посиланням на «Заснування соціології права» Є. Ерліха (1913) [14, с. 97 і далі], писав: «Федеральний конституційний суд обґрунтовує шляхом зважування благ нову універсальну норма, під яку може бути субсумований випадок. ...»

Тим що виходять зі статуїованої Федеральним конституційним судом норми, яка може вважатися нормою для вирішення в сенсі Ерліха, ...» [136, с. 21-22].

Що саме мається на увазі, стає зрозуміло в такому контексті: аналізуючи одне із рішень німецького федерального КС Р. Алексі зазначає, що в такому разі порушується питання, що саме потрібно вважати вихідним засновком внутрішнього виправдання, тобто, інакше кажучи, субсумції, юридичного силогізму, внутрішнього виправдання. Приписи основного права не відразу беруться до уваги, оскільки між основними правами спочатку потрібно зважувати. Зважування благ як таке не може бути сформульоване як засновок. Чи означає це, запитує Р. Алексі, що обґрунтування німецького федерального КС потрібно реконструювати так, щоб присуд, конкретне правове судження про належне, виправдовувався безпосередньо за допомогою зважування благ, а не за допомогою універсальної норми, а, отже, загальна схема внутрішнього виправдання не була б застосовною? Якби це було так, то аналітична сила цієї схеми була б дуже обмеженою. Вона навіть не мала б шансів показати себе як реконструкційна гіпотеза, а виявилася б нерелевантною щодо рішення німецького федерального КС [136, с. 21].

Р. Алексі зазначає, що на питання застосовності загальної схеми внутрішнього виправдання потрібно відповісти позитивно. Позитивна відповідь може бути дана різними способами, оскільки можна обрати дуже різні норми як вихідні засновки. Про два шляхи, якими ми тут не будемо йти, пише далі Р. Алексі, потрібно принаймні натякнути. Найповнішу форму отримуємо тоді, коли формулюємо норму, яка з включенням усіх, також процесуальних передумов, велить суду ухвалити якесь рішення так,

як воно було ухвалене. Цікаву в аспекті догматики основних прав форму отримуємо тоді, коли виходимо із припису основного права, якому, нарешті, надається перевага, а в передню частину цього припису вносимо усі умови, які загально є чинними для застосування приписів основного права, а також всі умови для надання переваги цьому припису у разі конфлікту з іншими приписами основного права. Обидві процедури вимагають ціни, яка стосується техніки аналізу, і ціни, яка стосується справи [136, с. 21].

Тому Р. Алексі пропонує, оскільки на передньому плані перебуває аналіз аргументації в окремому присуді, простіший шлях, беручи до уваги те, що німецький федеральний КС обґрунтовує шляхом зважування благ нову універсальну норму, під яку може бути субсумований випадок. Щоправда, існує також можливість безпосереднього кроку від зважування благ до результату, проте ця можливість секундарна. Зважування благ – це зовнішнє виправдання цієї норми. Воно відбувається, як неодноразово підкреслює німецький федеральний КС, співвіднесено з конкретним випадком, проте це не виключає статуювання універсальної норми за умови, що ця норма хоч і є універсальною, все ж настільки спеціальна, що вона переносить вагу зважування без фальсифікацій на конкретне правове судження про належне. Те, що така норма статуюється, відповідає велінню універсалістської практики вирішення, прихильником якої суд себе визнає. Тим, що виходять із статуйованої німецьким федеральним КС норми, яка може вважатися нормою для вирішення в сенсі Ерліха, не робиться нічого іншого, а тільки щось менше, ніж потрібно було б зробити у випадку з обома згаданими вище альтернативними процедурами. Те, що було зафіксовано статуйованою німецьким федеральним КС нормою, було б частиною ширших норм, які повинні бути реконструйовані в цих процедурах, а саме тією частиною, яка є вирішальною для вирішення наявного випадку. Також це свідчить, оскільки особливі підстави не пропонують розширення, на користь того, щоб обрати як вихідний

засновок норму, сформульовану судом так:

«Отже, у цілому повторне телевізійне повідомлення про тяжку злочинну дію, яке уже не покривається зацікавленістю в актуальній інформації, недопустиме у будь-якому разі тоді, коли воно наражає на небезпеку ресоціалізацію злочинця» [136, с. 21-22].

Сформульована вище норма є нормою для вирішення в сенсі Р. Алексі і/або Є. Ерліха, при цьому застережемо, що термін «універсальна норма» в наведеній вище цитаті вживається в іншому значенні, ніж у нашій роботі. Тому сам собою слововжиток цього терміна, ще не говорить на користь нашої оцінки норм для вирішення як норм, що мають універсальний характер. Про це говорить якраз те, що Р. Алексі розв'язує засобами своєї теорії раціонального юридичного дискурсу ту саму проблему, що і Є. Ерліх у рамках своєї теорії вільного правознаходження. Це означає, що треба знайти у Р. Алексі, так само як ми це зробили вище в Є. Ерліха, положення про те, що норми для вирішення можуть мати значення і в рамках внутрішнього виправдання. І таке положення справді можна знайти, якщо звернутися до «Теорії юридичної аргументації» (1978/1991), в якій йдеться саме про це [26, с. 279], однак виклад відповідного формального положення потребує певної попередньої експлікації, яка буде наведена в нашому дослідженні далі.

Отже, зважаючи передусім на те, що Р. Алексі використовує поняття норм для вирішення як у внутрішньому, так і в зовнішньому виправданні, можна констатувати, що він розвинув ідею норм для вирішення в частині універсального характеру таких норм, причому двома способами: експліцитно у власному розумінні та імпліцитно, як показано нами вище, в нашому розумінні.

Що стосується комплексного характеру норм для вирішення, то потрібно взяти до уваги те, що в сучасній юридичній методології найбільш повну теорію норм для вирішення запропонував Фр. Мюллер (див. статтю про нього у [138, с. 424-446]) у роботі «Юридична методика», в якій,

зокрема, міститься рубрика «Програма норми, область норми, правова норма, норма для вирішення» [139, с. 172-175]. Так, він вводить фундаментальне для свого праворозуміння розрізнення «програми норми» і «області норми», які є полюсами у кореляції відповідно норми і факту. Норму для вирішення він розуміє при цьому так: «Відштовхуючись від тексту норми, працюючий з правом регулює радше через проміжні ступені правової норми врешті-решт окремий випадок у формі норми для вирішення. Ця норма не є самостійною величиною поряд з правовою нормою. Вона є її остаточно індивідуалізованим агрегатним станом, який зважає щораз на певний випадок і на його обов'язкове розв'язання, тобто: вона мусить мати можливість бути методично віднесеною до неї. За допомогою продукування норми для вирішення діяльність працюючого з правом отримує своє найчіткіше, практичне вираження» [139, с. 175]. Її аналіз виходить на констатацію, що Фр. Мюллер, на відміну від Є. Ерліха, більшу увагу приділяє технічному аспекту функціонування правових норм. Підхід Фр. Мюллера можна назвати (агрегатною) тезою Ф. Мюллера про комплексний характер норм для вирішення. Надалі ми поряд з аналогічною тезою Є. Ерліха будемо керуватися і тезою у варіанті, запропонованому Фр. Мюллером.

Наведений вище історико-критичний аналіз утворює тло, на якому мають своє місце норми для вирішення. В такому разі виникає питання про те, як можна дослідити в філософсько-правовій площині такого роду норми, тобто здійснити подальший розвиток запропонованої Є. Ерліхом і розвинутої передусім Р. Алексі і Фр. Мюллером ідеї норм для вирішення. В цілому відповідь на це питання залежить від обраних точок зору, обсяг яких обмежується принципом розумності, а зміст – принципом доцільності.

На наш погляд, філософсько-правовий розгляд ідеї норм для вирішення потрібно здійснити в рамках системного підходу до права взагалі і до теорії юридичної аргументації зокрема. В українській

філософській літературі існує цікаве в теоретичному і прикладному плані поняття системного підходу, яке запропонував А. І. Уйюмов, який виділяв в понятті системи три аспекти: структуру, субстрат і концепт системи. Так, по-перше, «поняття структури у вузькому значенні цього слова може бути ототожнено з поняттям системоутворюючого відношення. У широкому сенсі під структурою іноді розуміється вся сукупність відношень між елементами, а не лише системоутворюючі. Одна і та ж структура може бути у систем, різних за субстратами», тоді як, по-друге, концепт являє собою «певний тип розуміння системи», «сенса поняття концепту краще всього можна уяснити, провівши аналогію з системою відліку. Система відліку повинна бути відома ще до проведення дослідження. Її вибір певною мірою довільний: можна вибрати ту чи іншу системи відліку. Але один вибір може бути більш вдалим, ніж інший. Це залежить від характеру проблем, які вирішуються»; по-третє, субстратом системи буде той об'єкт, якому властива атрибутивна структура (атрибутивна структура – це набір властивостей, які співставляються системоутворюючим відношенням) [140, с. 127, 129, 126].

Системний підхід може бути конкретизований у формі поняття проблематизації за М. Фуко, в якої вона є «сукупністю дискурсивних і недискурсивних практик, що вводять щось у гру істинного та хибного і таких, що конституують цю гру як об'єкт думки (будь це у формі морального міркування, наукового пізнання, політичного аналізу і таке ін.)» [141, с. 312]. У такому разі не можна не погодитися з тим, в процесі філософсько-правового і/або системного аналізу ми будемо «заново запитувати про очевидності й постулати, трясти звички й способи дії й думки, розсіювати те, що прийняте в якості відомого, заново переоцінювати правила й установлення» [141, с. 323].

Отже, поняття систематизації та проблематизації можна об'єднати в єдиний метод «системної проблематизації» і застосувати його для аналізу норм для вирішення. Системна проблематизація норм для вирішення

полягає в тому, що їх можна розглянути в рамках аналітичного, тобто структурного, і неаналітичного, тобто субстанціального, вимірів відповідної теорії норм. У першому випадку доречно зупинитися на питаннях про елементарні нормативні структури, які дозволяють не тільки реконструювати Ерліхову ідею норм для вирішення в сенсі її належного відтворення, але й реконструювати цю ідею – з урахуванням згаданого вище попереднього розвитку – в сенсі її пере- і добудови, тобто в сенсі її релевантного перетворення.

У другому випадку норми для вирішення можна розглянути вирішення під кутом проблеми чинності права, доповненої питаннями про поділи норм на правила і принципи в сенсі Р. Алексі та на основні і допоміжні норми в сенсі Б. Віндшайда, Р. Циппеліуса, Я. Шаппа, Д. Медікуса та ін.

Проблему чинності права досліджувало багато авторів, а саме: Р. Шрайбер, К. Ларенц, Р. Алексі, С. П. Рабінович та ін.

Особливий інтерес становить концепція Р. Шрайбера, на яку опирається, зокрема, М. Ребіндер, трьох типів чинності правових норм, до яких можуть бути зведені всі інші аспекти чинності: фактичної, конституційної та ідейної. Так, під фактичною чинністю Р. Шрайбер розуміє те, що «правова норма є фактично чинною, повинно означати, що норма є дієвою такого роду, що завжди тоді, коли виконано фактичний склад норми, настає правовий наслідок» [44, с. 58], під конституційною – те, що «правова норма є конституційно чинною, повинно означати, що ця правова норма є чинною згідно з приписами конституції про чинність правових норм» [44, с. 64], а під ідейною чинністю – те, що «правова норма має ідейну чинність, має означати, що правова норма запропонована автором як загальне розв'язання конфлікту інтересів» [44, с. 66].

Р. Шрайбер є, як і пізній Є. Ерліх, представником так званої юриспруденції інтересів, тому він ігнорує так звану ідеальну чинність правових норм у сенсі, про який говорить вище М. Ребіндер. На наш

погляд, розуміння Р. Шрайбера має бути скоректовано за рахунок запропонованого Р. Алексі поділу чинності на правову, моральну і соціальну чинність.

Так, Р. Алексі вважає, що умовою правової чинності системи норм є те, що належні до неї норми *в цілому і загалом* є соціально дієвими, отже, є соціально чинними. Правова чинність норм розвиненої правової системи ґрунтується на писаній або неписаній конституції, яка говорить, за яких передумов норма належить до правової системи і тому є юридично чинною [142, с. 144-145]. Що стосується відношення, або, як говорить Р. Алексі, колізії правової та моральної чинності, то розв'язанням відповідної проблеми є вже згадане вище поняття інклюзивного непозитивізму в тому вузькому сенсі, який має на увазі Р. Алексі.

У такому разі норми для вирішення можна проаналізувати з трьох точок зору: по-перше, як норми для прогнозування правового рішення (фактична або соціальна чинність); по-друге, як дефінітивні норми для внутрішнього виправдання правового рішення (конституційна або правова чинність); по-третє, як *prima facie*-норми для зовнішнього виправдання правового рішення (ідейна або моральна чинність).

Отже, якщо взяти до уваги те, що «чинність» в українській мові має як синонім латинський варіант позначення відповідного предметного значення «валідність», то проблематизація норм для вирішення з погляду трьох типів чинності буде валідною проблематизацією. А оскільки в ній йдеться про аналіз концепту, субстрату та концептів, то такого роду проблематизація буде також системною.

Така проблематизація ідеї норм для вирішення узгоджується з трьома неаналітичними (субстанціональними) вимірами аргументативної теорії норм для вирішення, які можна називати також універсальними вимірами, оскільки в такому разі йдеться про те, що ці виміри мають прямий стосунок як до вільного, так і до зв'язаного правознаходження, або, інакше

кажучи, як до внутрішнього, так і до зовнішнього виправдання правового рішення.

Ідеться про нормативний, метанормативний і емпіричний виміри права, причому мета/нормативний і емпіричний виміри можуть співвідноситися з різновидами чинності Р. Шрайбера з істотним доповненням питання про форми поведження з правом.

Так, візьмемо до уваги, що можна виділити 7 форм поведження з правом, а саме: форми правозастосування в сенсі Р. Алексі (субсумція і зважування) [143; 144], 2 форми поведження з випадками (дефінітивне або *prima facie* у підсумку порівняння випадків) і 2 форми поведження з преюдиціями (дефінітивне або *prima facie* у підсумку використання преюдицій), а також *prima facie* у підсумку взяття до уваги побічних наслідків застосування правової норми.

Особливістю нашого підходу є те, що всі форми поведження з правом можуть бути зведені до формування норм для вирішення в експлікованому вище і нижче сенсі. Зведення – пряме чи опосередковане – будь-яких форм поведження з правом до субсумції (внутрішнього виправдання) має результатом, як це слід показати, формування та застосування норм для вирішення.

Водночас відзначимо одну істотну відмінність підходу, який використовується нами, від підходу Р. Алексі. Правило ми розглядаємо як один із варіантів так званих основних норм, а саме: як або правообґрунтовальну, або як правозаперечну норму (відносну чи абсолютну).

У підсумку аналітичний вимір права орієнтується на питання структури норми, нормативний – на конституційну (правову) чинність, правило і субсумцію, метанормативний – на ідеальну або моральну чинність, принцип і зважування, емпіричний вимір – на фактичну або емпіричну чинність, випадок, преюдицію і побічний наслідок застосування правової норми, а також відповідно на порівняння випадків, використання

преюдицій і взяття до уваги побічних наслідків застосування правової норми.

Показати те, як в рамках аналітичного, мета/нормативного і емпіричного вимірів права розв'язуються окреслені вище та деякі інші питання є відкритою проблемою, розв'язання якої буде свідчити про розвиток ідеї норм для вирішення Є. Ерліха.

Отже, можна зробити висновок, що філософсько-правовий подальший розвиток ідеї норм для вирішення можна здійснити шляхом системної проблематизації, орієнтуючись при цьому на питання відношення норм для вирішення і чотирьох вимірів права, спеціалізованих як чотири виміри аргументативної теорії норм для вирішення.

Висновки до розділу 1

Викладене вище дозволяє зробити такі висновки:

1. Правова культура – це феномен, що постійно розвивається. Важливий внесок в розвиток правової культури зробив Є. Ерліх, запропонувавши, зокрема, ідею норм для вирішення як універсального та комплексного засобу поведінки з юридично-релевантними нормами.

2. В процесі юридичної аргументації можуть бути використані правові, моральні і соціальні норми. Це дозволяє називати їх юридично-релевантними нормами.

3. Норми для вирішення – це засіб поведінки з юридично релевантними нормами, який заявляє претензію на правильність.

4. Аргументативна теорія норм для вирішення має три інтегративні виміри: аналітичний, нормативний і емпіричний, причому нормативний вимір потрібно розділити на (власне) нормативний і метанормативний. Нормативний, метанормативний і емпіричний виміри можна називати універсальними субстанціальними (неаналітичними) вимірами

аргументативної теорії норм для вирішення. Все це дозволяє поглянути на норми для вирішення відповідно з чотирьох точок зору.

5. Тези про універсальний і про комплексний характер норм для вирішення, які сформулював Є. Ерліх, свідчать про усвідомлення ним універсального і комплексного характеру норм для вирішення.

6. Ідея норм для вирішення була відома і до Є. Ерліха (К. Г. Вехтер та ін.), проте вона тісно асоціюється саме з іменем Є. Ерліха, оскільки вона є основною соціології права, засновником якої вважається Є. Ерліх, і похідної соціологічної юриспруденції (теорії вільного правознаходження і/або юриспруденції інтересів).

7. Розвиток в правовій культурі ідеї норм для вирішення здійснили передусім Р. Алексі і Фр. Мюллер, які запозичили у Є. Ерліха та зробили частиною своїх власних наукових досліджень відповідно поняття універсальності і комплексності норм для вирішення. Р. Алексі пропонує розуміння норм для вирішення передусім як результату зважування принципів, а Фр. Мюллер – як певного «агрегатного» стану, який має місце в процесі застосування правової норми. Ідеї передусім Є. Ерліха, Р. Алексі та Фр. Мюллера можна взяти за основу для подальшого розвитку ідеї норм для вирішення.

8. Подальший розвиток ідеї норм для вирішення можливий за допомогою побудови аргументативної теорії норм для вирішення, в аналітичному вимірі якої розглядаються питання про структуру норм для вирішення, а в універсальних вимірах – питання про чинність правил та принципів в сенсі Р. Алексі і значення емпіричних аргументів в процесі створення норм для вирішення. При цьому потрібно орієнтуватися на такі форми поведження з правом, як застосування права, порівняння випадків та взяття до уваги преюдицій і побічних наслідків застосування правової норми, причому потрібно врахувати, що перші три форми поведження з правом мають дуальний характер.

РОЗДІЛ 2. АНАЛІТИЧНИЙ ВИМІР АРГУМЕНТИВНОЇ ТЕОРІЇ НОРМ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ

Питання про субстанціональні виміри аргументативної теорії норм для вирішення потребує передусім відповіді на питання про аналітичний вимір цієї теорії, тобто відповіді на структурні питання, які можна розділити на дві частини, якщо взяти до уваги той факт, що норма для вирішення має певну внутрішню структуру, а також те, що вона є елементом зовнішньої структури. У першому випадку можна вести мову про комплексну структуру норм для вирішення, а в другому випадку, який має місце не тільки під час утворення, але й у процесі реалізації норм для вирішення, – про універсальну структуру норм для вирішення.

2.1. Комплексна структура норм для вирішення

Внутрішня і зовнішня структура норм для вирішення, ідея яких запропонована Є. Ерліхом і підтримана сучасними юристами (Р. Алексі, Фр. Мюллер та ін.), складає універсум міркування, який у цілому і загалом можна називати аналітичним виміром права. Ці норми, на жаль, не стали засвоєним елементом сучасної української правової культури, тому звернення до їхнього структурного аналізу можна вважати першим кроком на шляху до побудови аргументативної теорії норм для вирішення як системної, а тому і філософсько-правової теорії норм.

Універсум, про який ідеться вище, став наріжним каменем, – наприклад у формі відношення тлумачення і застосування чинного права [145, с. 3], дуалізму герменевтики і логіки разом з топікою [3, с. 3] тощо, – сучасної теорії юридичної аргументації, яка бурхливо розвивається в останні більш ніж 50 років [138, с. 573]. Імплікативна структура [146, с. 21] правової норми (витоки якої вбачаються уже в законах Хаммурапі (1711-1669 до н.е.) [147, с. 14-15] і такі дві [5, с. 40] форми застосування права, як

субсумція і зважування (докладно про це див.: [143]) стали надійним фундаментом, на якому виростили численні теорії. Найбільш цікавою і добре розвиненою аналітичною теорією юридичної аргументації є теорія, запропонована Р. Алексі (теорія раціонального юридичного дискурсу, 1978 рік, з доповненнями 1991 року) [27; 26], яка водночас перетинається з групою близьких теорій (Г.-Й. Кох, Г. Рюссманн (теорія юридичного обґрунтування) [148], Л. Кулен, Х. Перельман (нова риторика), А. Аарніо (юридичний цивілізаційний раціоналізм) та ін. (про це докладніше див.: [149, с. 130-150])). Саме на її (їхній) основі можна побудувати аналітичну аргументативну теорію норм для вирішення, в рамках якої порушуються такі оригінальні питання: (1) яку саме формальну структуру повинна мати норма для вирішення, (2) як така структура норми для вирішення може бути використана в процесі застосування права та (3) як форми застосування права можуть бути розширені до форм поведінки з правом. У цьому підрозділі ми відповімо на перше запитання, а в наступному – на друге і третє.

При відповіді на поставлені вище запитання можна опиратися на традицію, ідеї, роботи таких авторів, як: Є. Ерліх, Р. Алексі, Г.-Й. Кох, Г. Рюссманн, М. Ребіндер, Я. Шапп, М. І. Козюбра, П. М. Рабінович, С. І. Максимов (правова реальність), В.Д. Титов (традиційна і сучасна логіка), О. А. Івін, С. П. Рабінович (чинність права), Д. Бочаров (правозастосовча діяльність), В. П. Марчук, В.В. Трутень (основні норми), А. Г. Павлюк (матеріально-правове відведення = абсолютне заперечення) та ін.

У цьому розділі нашої роботи ми сконцентруємося на такому аспекті згаданого вище тріалізму права (про нього див. [31, с. 22], приклад використання цього поняття в теорії (основної) норми див. [142, с. 155]), як аналітичний вимір, під яким потрібно розуміти, за Б. Рютерсом та ін., той факт, що «теорія права є аналітичною дисципліною, оскільки вона розробляє основні поняття права та його основні структури» [31, с. 22] й форми. Вона має в цій області, як уже згадувалося вище, зв'язки з

аналітичною філософією і логікою, а також з інтегративною теорією юридичної аргументації, яка сьогодні також є аналітичною наукою. Зрозуміло, все це ще більше має стосуватися філософії права. У такому разі виявляється, що питання про норми для вирішення в універсумі аналітичного виміру права ще невирішене належно, оскільки відсутня їхня формалізація та відповідна інтерпретація, ідентифікація цих норм і так званих основних норм тощо.

В основі наших міркувань лежить уявлення, яке дозволяє розкрити термін-еліпсис «норма для вирішення» (Entscheidungsnorm/norm for decision) у сенсі Є. Ерліха так: це інструктивна для посадовців [18, с. 9], особливо для суддів [150], «норма для вирішення правового спору» [15, с. 320] або конфлікту, яка має комплексний характер (див. відповідні тези Є. Ерліха та Фр. Мюллера, про які вже йшлося вище).

Ідея норм для вирішення знайшла як, про що вже сказано вище, прихильників: (Р. Алексі (норми для вирішення як результат зважування принципів [136, с. 22], Ф. Мюллер (норми для вирішення як результат агрегування = теза про комплексний характер норм для вирішення) [139, с. 175], Б. Рютерс (норми для вирішення як правоположення, адресовані відомствам і судам) [31, с. 84], Хр. Фішер, К. Ларенц, М. Ребіндер та ін.), так і її критиків, передусім молодого Г. Кельзена [151, с. 610], В. П. Марчука [12, с. 51-52, 64] та ін. Ми віддаємо перевагу першому підходу до розуміння норм для вирішення, враховуємо розвиток цієї ідеї до наших днів і пропонуємо деяку її аналітичну модифікацію та модернізацію.

Питання про структуру норми для вирішення стане ліпше зрозумілим, якщо узагальнити запропонований Є. Ерліхом поділ на правоположення (Rechtssatz), правові норми і норми для вирішення [12, с. 62-64] до поділу норм на вихідні і похідні. У такому разі вихідними правовими нормами є норми у тій формі, в якій вони містяться в нормативних актах, тобто це «правоположення» в термінології Є. Ерліха, або наявні деінде (звичаєве право, етика права тощо), а похідними – ті, які утворюються або на основі

нормативних актів, або на ширшій нормативній основі, або із залученням емпіричної основи. Наприклад, похідною є норма, яка або (а) утворюється шляхом комбінації певних, основних і допоміжних (про цей поділ, який, на жаль, ще не усталений в Україні (див., наприклад, загальну теорію права за ред. М. І. Козюбри [152, с. 135-140]), а також публікації В. В. Трутня [7], Р. Циппеліуса [6, с. 46-58], Я. Шаппа [153, с. 48-51], Р. А. Майданика [154] та ін.) норм ЦК, КК тощо або (б) створюється на основі норм згаданих кодексів і так званих «семантичних правил» (Г.-Й. Кох, Г. Рюссман, Р. Алексі) або веде до утворених правозастосовником норм, які або зовсім не містяться в нормативному акті (прогалини), або в ньому на них роблять тільки натяк (загальні застереження) тощо; або (в) формується шляхом орієнтування на так звані реальні наслідки застосування правової норми тощо, тобто зважаючи на нормативну силу фактичного в сенсі Г. Єллінека. Відзначимо, що до поділу норм на вихідні і похідні можна не тільки узагальнювати, а й конкретизувати його, наприклад, за допомогою розрізнення, здійсненого Г. Х. фон Врігтом, на твердження про норми і самі норми [155, с. 21] тощо і знову дійти до визначення норм для вирішення в сенсі Є. Ерліха, наприклад констатуючи, що поряд з такими нормами повинні існувати висловлювання про розв'язання колізій між ними тощо, хоча в останньому випадку більш доречно вести мову про існування норм і метанорм для вирішення.

Викладене вище дозволяє тепер дуже просто визначити поняття норм для вирішення: це не що інше, як похідні норми, тобто норми, які реально застосовуються, готові до застосування норми.

Зауважимо, що така позиція узгоджується більшою мірою з сучасним – агрегатним – розумінням норм для вирішення, яке запропонував Фр. Мюллер у своїй тезі про комплексний характер норм для вирішення. Водночас ми зберігаємо основну ідею норм для вирішення, яку сформулював Є. Ерліх, а саме: норми для вирішення – це інструмент врегулювання соціальних конфліктів, про що свідчить його згадана нами

вище теза, що ці норми є нормами, згідно з якими суддя вирішує правовий спір. Водночас ми модифікуємо це поняття, зазначивши, що такі норми є нічим іншим, ніж так званими основними правовими нормами, тобто трьома типами нормам, які контрарно дозволяють захищати інтереси учасників (потенційного) судового процесу.

Питання про структуру вихідних норм має емпіричну природу, а питання про структуру похідних (= норм для вирішення) – нормативну. Тому у першому випадку треба звернути увагу на те, яку структуру правові норми мають в нормативних актах, а в другому – на питання про те, яку структуру правові норми повинні були б мати в процесі їхнього застосування. У принципі, це могла б бути одна й та сама структура, але тоді не могло б існувати жодної відмінності між вихідними і похідними нормами і водночас не існувало б ніяких кодифікацій, оскільки всі нормативні акти мали б казуїстичний характер, як це було, наприклад, у римському праві з його поняттям «формули» (про неї див. [156, с. 135-136]). На практиці виявляється, що в нормативному акті норми мають цілий спектр структур, що пояснюється як їхнім різним функціональним значенням, так і, у більшості випадків або випадковістю, або стилістичними нюансами. Наприклад, норми-дефініції мають структуру категоричних суджень; так звані основні норми можуть мати структуру умовних суджень, проте не обов'язково її мають тощо. Далі нас це цікавити не буде, проте зазначимо, що будь-яка вихідна структура правової норми може бути приведена до стандартної структури, а ця остання якраз і є структурою норм для вирішення, якщо йдеться про відношення: основні норми в нормативному акті / основні норми в процесі застосування.

Вважається, що правові норми мають структуру імплікації, тобто структуру умовного (гіпотетичного, кондиціонального) судження. Так, М. Ребіндер писав, що походження із місця розташування суду надало також правоположенню (Rechtssatz), раз і назавжди, його властиву форму, а саме

форму гіпотетичного судження. Присуд суду вирішує конкретну справу, яка трапилася в минулому, в певний спосіб; правоположення вирішує таку, що припускається справу, якщо вона відбудеться в майбутньому, в деякий спосіб, який воно визначає наперед. «Якщо громадянин звинуватив громадянина у вбивстві, але його не довів, то той, хто його звинуватив, вбивається», так починається одна із найдавніших кодифікацій у всесвітній історії, закон вавилонського царя Хаммурапі (ймовірно 1711-1669 рр. до н.е.). Це основна форма правоположення: абстрактне ухвалене наперед рішення. Також вона відрізняє право від усталення, яке націлюється безпосередньо на те, що ми повинні *робити*, не на наслідки, які повинні настати, якщо хтось один зробив те або те. Правоположення є, на думку М. Ребіндера, у типовий спосіб *нормами для вирішення*, нормами для поведінки тих, хто судить. Усталення, навпаки ... звертається безпосередньо до того, хто діє, надає, отже, *норми поведінки* для членів суспільства [147, с. 14-15; 157].

Ця думка підтверджується тезою Є. Ерліха про комплексний характер норм для вирішення, оскільки із чотирьох елементів норми, римське походження яких очевидне, два елементи (передумови охоронюваності і напад, який повинен відбиватися) стосуються умов застосування правоположення і/або норми для вирішення, а два (гідний захисту інтерес і вид і обсяг правового захисту) – правового наслідку правоположення і/або норми для вирішення. Підвреслимо, що «передумови охоронюваності» варто, на наш погляд, розділяти на позитивні і негативні, а негативні – на абсолютні і відносні, як це відомо ще з часів Стародавнього Риму й експліцитно існує сьогодні в німецькому ЦК.

Отже, така імплікативна структура в Є. Ерліха опирається на давню традицію і термінологію, яка бере свій початок ще з римського права, і доповнюється соціологічними елементами, а саме тими, які запропоновані Ф. Гекком в його юриспруденції інтересів і які якраз і були прихильно сприйняті пізнім Є. Ерліхом та оригінально використані в його

(опосередкованому правоположеннями) структуруванні норм для вирішення.

Таку комплексну (контroversійну [15, с. 10, 186-187] і таку, що будується на зважуванні інтересів [15, с. 26]), Ерліхову структуру норм для вирішення можна узагальнити і водночас модернізувати, що дозволить використовувати ідею норм для вирішення в Україні і в наші дні.

Так сьогодні відомо, що правова норма має, за «Логікою норм» (1973) О. А. Івіна, такі 4 «елементи»: *зміст, умови застосування, суб'єкт і характер*. «Змістом норми є дія, яка може, повинна або не повинна бути виконана; умови застосування – це зазначена в нормі ситуація, з настанням якої можна або припустимо реалізувати передбачену цією нормою дію; суб'єкт – це особа або група осіб, яким адресована норма. Характер норми визначається тим, зобов'язує вона, дозволяє чи забороняє виконати деяку дію» [158, с. 22-23]. Така структура залишається без істотних змін також і у «Логіці оцінок і норм» (2016) цього ж автора [159, с. 205]. Подібну структуру використовує у своїй теорії права і в юридичній методології Б. Рютерс (зі співавторами), зазначаючи, що на основі попередніх мовно-теоретичних розрізень було розроблено інструменти для аналізу базової структури повної правової норми. Вона складається з таких елементів:

1. Правоположення – це загальна адресація норми.
2. Правоположення є умовним нормоположенням. Воно описує у своєму фактичному складі умови, за яких воно повинно застосовуватися.
3. Правоположення містить розпорядження про належне.
4. Правоположення приписує певну людську поведінку (правовий наслідок) [31, с. 84]. За допомогою цієї основної структури Р. Рютерс аналізує формальну структуру правових приписів, констатує, що абзаци законів, як правило, містять не всю норму, а лише її частину. Частини законів можна розрізнити відповідно до їхньої функції у формуванні повної правової норми [31, с. 84]. В Україні відповідна структура правової норми докладно аналізується В. В. Трутнем, А. Г. Павлюком та ін.

Усе це дозволяє структурувати визначені вище елементи правової норми у формі імплікації так: $a \rightarrow b'$, де a – це умови застосування (= гіпотеза, = фактичний склад) норми, b – правовий наслідок, тобто «зміст» норми в термінології О. А. Івіна, $'$ – деонтична модальність (= характер норми за О. А. Івіним). Суб'єкт норми – це в нашій формалізації імпліцитна складова як a , так і b . Далі ми модальність не будемо брати до уваги, оскільки з логічної точки зору всі види модальності можна звести до однієї модальності, тобто виразити одну модальність через іншу [155, с. 286], яка завжди наявна, і нас могла б цікавити лише ця узагальнена модальність (якою б вона не була) у комбінації з формальним запереченням. Тобто тут ідеться про дійсність або недійсність, здійсненність або нездійсненність (суб'єктивного) права або відповідно обов'язку. Так само абстрагуємося і від спеціального врахування участі суб'єкта права.

Отже, тепер ми можемо залучити поділ норм на основні і допоміжні, який полягає в тому, що на основі принципу Я. Шаппа, «*actio – an sit funfata, an sit negata, an sit exceptione elisa*» [153, с. 51], тобто на основі врахування таких стадій функціонування правової норми, як виникнення, припинення і відносне заперечення, можна стверджувати відповідно про існування правообґрунтовальних та абсолютних і відносних правозаперечних норм (разом основних норм), які оточуються допоміжними нормами. Це дозволяє ідентифікувати, зважаючи на тотожність функції «вирішення правового спору», основні норми і норми для вирішення та комплексно формалізувати останні норми так:

$$\alpha) a \wedge \neg a' \wedge \neg a'' \rightarrow b, \beta) a \wedge a' \wedge \neg a'' \rightarrow \neg b, \gamma) a \wedge \neg a' \wedge a'' \rightarrow \neg b.$$

Ці формули належить інтерпретувати так: α) якщо мають місце правообґрунтовальні умови і немає умов для абсолютних і відносних заперечень, то дійсним і здійсненим є право b , β) якщо могли б мати місце правообґрунтовальні умови, але мають місце умови для абсолютних

заперечень i , отже, не мають місце умови для відносних заперечень, то право b (абсолютно) недійсне, γ) якщо мають місце правообґрунтувальні умови, не мають місця умови для абсолютних заперечень, проте ϵ умови для відносних заперечень, то право b (відносно) недійсне, причому символи означають таке: a – це правообґрунтувальна умова; a' – абсолютне заперечення права; a'' – відносне заперечення права; \rightarrow – імплікація, \neg – не, тобто формальне заперечення; \wedge – і, $'$, $''$ – матеріальне заперечення.

У кожній із цих формул основний елемент немов просувається на один крок уперед, тобто основний елемент у першій формулі стоїть на першому місці, у другій – на другому, а в третій – на третьому. Особливу складність при цьому викликає формула β), оскільки не добре зрозуміло, як разом могли б співіснувати (абсолютні) правообґрунтувальні й абсолютні правозаперечні умови. Проте необхідно звернути увагу на те, що юрист ніколи на практиці не шукає заперечень як таких, а завжди заперечень чогось. Це «чогось» якраз і є правообґрунтувальними умовами, які можуть бути абсолютно заперечені як у момент виникнення, так і після, що призводить до існування двох типів абсолютних заперечень (А. Г. Павлюк) [160; 161]. Сказане відповідає і юридичній традиції, коли в рамках так званої реляційної техніки юридичне питання в процесуальному сенсі розглядалося (принаймні в останні 500 років [162, с. 1157; 163; 164]) і розглядається за формулою: *I. actio, an sit fundata, an sit probata, an sit exceptione elisa*; *II. exceptio, an sit fundata, an sit probata, an sit replica elisa*; *III. replica i так далі* (Г. Даубеншпек) [165, с. 92], якій в матеріальному праві *mutatis mutandis* відповідає наведена вище формула Я. Шаппа.

Отже, норми для вирішення можуть мати структуру або α), або β), або γ), тобто відношення між ними є контрарним, проте відношення між умовами норми контрарними не є.

Підбити підсумок сказаному вище можна так: норми для вирішення – це похідні норми, які функціонально ідентичні (тотожні) з так званими

основними нормами, а тому вони можуть мати наведену вище структуру або α), або β), або γ). Отже, норми для вирішення є не тільки похідними нормами, але й комплексними.

Комплексний характер норм для вирішення можна уточнити, взявши до уваги той факт, що хоча кожного разу юрист, який застосовує правову норму, має бути готовий мати справу з трьома типами умов норми для вирішення, але ці умови утворюють три комбінації, які несумісні одна з одною, а тому завжди застосовується тільки одна із комбінацій. Ідеться про таке:

Перша комбінація: $\alpha) a \wedge \neg a' \wedge \neg a'' \rightarrow b$ називається правообґрунтовальною нормою для вирішення. У ній є тільки правообґрунтовальні умови, тобто умови, достатні для виникнення відповідного суб'єктивного права, проте відсутні правозаперечні умови – і абсолютні, і відносні. Приклад: норма про предмет якого-небудь договору.

Друга комбінація: $a \wedge a' \wedge \neg a'' \rightarrow \neg b$ називається абсолютною правозаперечною нормою для вирішення. У цій нормі a' означає, що абсолютні умови або заважають виникненню відповідного суб'єктивного права, або, якщо воно виникло, його припиняють. Відносні правозаперечні умови відсутні тому, що вони непотрібні у процесі застосування права в такому разі. Прикладом таких норм є норми, які говорять про правові наслідки виконання зобов'язання належним чином.

Третя комбінація: $a \wedge \neg a' \wedge a'' \rightarrow \neg b$ називається відносною правозаперечною нормою для вирішення. У ній абсолютні заперечні умови відсутні, а умова a'' є додатковою умовою, яка не абсолютно блокує правообґрунтовальні умови, а тільки відносно. Прикладом таких норм є норми про застосування позовної давності.

Зрозуміло, що можна використати й інші символи, наприклад відповідно $a \& 0 \& 0 \rightarrow d$; $a \& (\text{не-}a) \& 0 \rightarrow \text{не-}d$; $a \& 0 \& c \rightarrow \text{не-}d$, де додатково $\&$ означає «і», 0 – «ніщо», а $i \ 0$ – це позитивні або негативні

умови застосування норми для вирішення, а d – правовий наслідок. Суть від цього не змінюється, проте може мати місце вища чи нижча наочність пропонованої формалізації.

У процесі застосування правової норми юрист завжди має в сучасних умовах справу з трьома типами норм для вирішення з експлікованою нами структурою. Це свідчить про їхню аналітичну правильність і про правильність відповідної ідеї в цьому (структурному, як потрібно розуміти) вимірі, а пояснюється так: запропоновану структуру норм для вирішення можна поглибити й ускладнити та показати, як вводяться модальні оператори «дійсно», «здійснено» та ін. в структуру норми для вирішення. Так, правообґрунтувальна норма імпліцитно містить модальний оператор «здійснено», який стосується відповідного суб'єктивного права, абсолютна правозаперечна норма – оператор «недійсно», а відносна правозаперечна норма – оператор «дійсно, але нездійснено». Це означає, що норми для вирішення з точки зору управненої особи орієнтуються на обґрунтування здійсненності відповідної вимоги, а з точки зору її контрагента – на обґрунтування недійсності або дійсності, проте нездійсненності відповідної вимоги.

Логічні відношення між модальними характеристиками «здійснено», «недійсно» і «дійсно, але нездійснено» формалізуються за допомогою модальної, точніше, алетичної системи S5 Кларенса Льюїса [166, с. 137-144], яка відома також як модальна система Теофраста [166, с. 18]. В українській юридичній літературі ця система стала предметом досліджень таких авторів, як В. В. Трутень, А. Г. Павлюк, В. Д. Титов та ін, які ми візьмемо за основу для нашого аналізу. Вона має також деонтичну інтерпретацію, завдяки якій можна пояснити, наприклад, що означає твердження дозволено все, що не заборонено. Відзначимо, що складність відповіді на це питання полягає в тому, що існує три види дозволів, а саме дозвіл щось робити, дозвіл щось не робити (відносні дозволи), а також ідеальний абсолютний дозвіл щось і робити, і не робити (див. також [146,

с. 205]). Якщо опиратися на систему S5, яка є адекватною модальною системою, якою кожний юрист інтуїтивно і/або дискурсивно користується, то відповідь на це питання полягає в тому, що відсутність заборони означає тільки дозвіл щось робити. Питання про інші два види дозволу залишається відкритим.

У системі S5 логічні константи, які вище позначалися, символами: \wedge , $\&$; \rightarrow та \neg , і які означають відповідно «і», «якщо ..., то ...» та «не», мають стандартні істиннісні значення із класичної логіки висловлювань, тобто, наприклад, \wedge чи $\&$, тобто «і», є істинним тоді, коли обидва кон'юнкти істинні, а хибним в усіх трьох інших випадках і так далі [146, с. 24]. Модальні характеристики «здійснено», «недійсно» і «дійсно, але нездійснено» отримують істиннісні значення із так званої матриці Вітгенштейна із «Логіко-філософського трактату», Nr. 5.101 [167, с. 134-136]. У такому разі, якщо істинно позначати 1, а хибно 0, характеристика суб'єктивного права «здійснено» буде мати значення 1000, «недійсно» – 0001, а «дійсно, але нездійснено» – 0110. За допомогою цих значень можна показати, що відношення між цими характеристиками є попарно несумісним, а тому контрарним (В. В. Трутень) [168; 169]. На практиці це означає, що характеристика «здійснено» має місце тоді, коли не мають місця дві інші характеристики. Те саме стосується і характеристик «недійсно» і «дійсно, але нездійснено». Це веде до того, що, оскільки характеристика «здійснено» є складовим елементом правообґрунтовальної норми для вирішення, яку ми вище позначили літерою α , «недійсно» – абсолютної правозаперченої норми для вирішення β , і «дійсно, але нездійснено» – відносної правозаперченої норми для вирішення γ , то відношення між цими нормами є контрарним, а тому формування норм для вирішення кожного разу може завершуватися тільки формуванням одного із трьох типів норм для вирішення.

Як висновок зазначимо, що комплексний характер норм для вирішення проявляє себе в поділі норм для вирішення на три види: на правообґрунтовальні, абсолютні та відносні правозаперечні норми для вирішення. Відношення між цими нормами є контрарним, тобто в окремій правовій справі може застосовуватися тільки одна із трьох норм для вирішення: або правообґрунтовальна, або абсолютна правозаперечна, або відносна правозаперечна норма для вирішення.

2.2. Універсальна структура формування норм для вирішення

Найбільш цікавим науковим результатом Є. Ерліха в частині норм для вирішення є уявлення про те, що існують правові норми, які здатні розв'язувати як догматичні, так і соціологічно-правові проблеми, які постають перед юристом у процесі поведінки з правом. Уявлення, які концентруються навколо такого підходу, можна називати ранньою теорією норм для вирішення. Водночас її розбудова викликає багато сумнівів, які нелегко відкинути. Так виникає запитання, чи не можна модифікувати згадану Ерліхову теорію так, щоб вона відповідала запитам сьогодення. Позитивна відповідь на це запитання, яка виливається в сучасну теорію універсальних і комплексних норм для вирішення, свідчить про те, що ідея норм для вирішення має не тільки історичне, а й актуальне значення.

Проблема, про яку тепер ідеться, виникає на перехресті ранньої соціологічної юриспруденції, репрезентованої Є. Ерліхом, Ф. Гекком та ін., і сучасної теорії юридичної аргументації, репрезентованої Р. Алексі та ін. У такому разі можна опиратися на публікації не тільки Є. Ерліха, але й Р. Алексі, насамперед з його пізнього періоду творчості, тобто етапу захисту своїх поглядів від серйозної критики, який розгортається з приблизно 2000 року. Основна ідея цього підрозділу нашої роботи запозичена із заголовку статті Р. Алексі «Два чи три?» (2010) [170]. У ній йдеться про те, скільки існує форм застосування права: дві – про них спеціально йдеться у статті Р.

Алексі «Про субсумцію та зважування. Структурне порівняння» (2003) [143] – чи три, тобто чи існує поряд з субсумцією (або дедукцією) і зважуванням ще одна форма? Відповідь Р. Алексі зводиться в цілому і загалом до того, що існує, тобто до «Три!». Наскільки це адекватно з погляду повноти як постановки проблеми, так і відповіді на неї, викликає деякі сумніви, які, наскільки видно, не розсіяні ні самим Р. Алексі, ні іншими авторами, наприклад, А. Кауфманом (див. також [171]) та ін.

Тому можна поставити таке запитання: якщо не тільки три, то скільки? Відповідь на нього у світлі універсальної структури норм для вирішення є невирішеною проблемою, розв'язання якої і пропонується далі. Ця проблема конкретизується у двох питаннях, а саме: що собою являє адекватний універсум міркування про форми поведження з правом та як норми для вирішення комплексно проявляють себе в такій формі застосування права, як субсумція, до якої можуть бути зведені всі інші форми поведження з правом. Опиратися ми будемо, з одного боку, на тезу Є. Ерліха про універсальний характер норм для вирішення, конкретизуючи її засобами аналітичної теорії юридичної аргументації, а з іншого боку – на розрізнення внутрішнього і зовнішнього виправдання правового рішення, яке було запропоноване Є. Врублевські та підтримане Р. Алексі [136, с. 19].

Що стосується структури так званого внутрішнього і зовнішнього виправдання, то тут можна послатися на пояснення Р. Алексі з його програмної статті «Логічний аналіз юридичних рішень». Він писав, що як мінімальну умову для вдалого обґрунтування суддівського присуду потрібно вимагати, щоб рішення могло бути реконструйоване так, щоб присуд логічно впливав із наведених у підставах положень разом з передбаченими там положеннями, причому ці положення мусять бути вільними від суперечностей (*ex falso quodlibet*).

Виконання цього критерію є, щоправда, оскільки поняття обґрунтування ширше за поняття логічного висновку, тільки необхідною, а

не уже достатньою умовою вдалого обґрунтування. Судження мусить не тільки коректно впливати із певної множини положень, положення, із яких воно дедукується, мусять понад це бути істинними, правильними або акцептабельними. Згідно з цим можна розрізняти два аспекти обґрунтування юридичних присудів: *внутрішнє виправдання*, в якому йдеться про те, чи впливає присуд із наведених для обґрунтування положень, і *зовнішнє виправдання*, предметом якого є істинність, правильність або акцептабельність засновків внутрішнього виправдання. [136, с. 11-12]

Схема внутрішнього виправдання є розвитком відомої з логіки схеми умовно-категоричного силогізму *modus ponens* і/або схеми категоричного силогізму *modus barbara*, тоді як для зовнішнього виправдання Р. Алексі пропонує арифметичну схему, а саме так звану формулу ваги [172]. Описані схеми слугують основою для експлікації універсальної структури норм для вирішення в рамках аналітичного виміру аргументативної теорії норм для вирішення.

Сучасна теорія юридичної аргументації окреслює універсум форм поведження з правом. Під формами поведження з правом можна розуміти, – об'єднавши терміни Й. Фогеля («поведження з правом» [173, с. 1]) і Р. Алексі (форми застосування правил і принципів: субсумція і зважування [174, с. 17]) у вислів «форми поведження з правом», у центрі яких якраз і перебувають форми застосування двох типів правових норм, проте не тільки вони, – всі, на певному рівні абстракції, операції, пов'язані з правом. До форм поведження з правом потрібно теж зарахувати порівняння випадків, аналіз правових рішень (преюдицій), а також аналіз побічних наслідків застосування правової норми (консеквенцій). Усі перераховані нами форми можна знайти в творах Р. Алексі, проте з надзвичайно чітким акцентом на 2 формах правозастосування (субсумції та зважуванні).

Усі ці форми, за винятком консеквенцій, адекватно передають зміст юридичного силогізму, а разом з останньою утворюють відповідний

універсум міркування, про який ітиметься далі, причому поняття субсумції відіграє при цьому особливо важливу роль.

Проте, із двох форм правозастосування (за Р. Алексі) [143] норми для вирішення застосовуються лише у формі субсумції, зважування при цьому має субсидіарне значення.

Отже, нас буде цікавити передусім субсумція, в якій нормативний засновок, тобто норма для вирішення, має структуру (простої) імплікації, тобто йдеться про той випадок, коли умови застосування в юридичному сенсі є достатніми умовами в логіко-математичному сенсі.

Докладну схему субсумції, тобто не, власне кажучи, *modus ponens* чи *modus barbara*, можна запозичити із статті Г. Рюссмана «До розмежування питання права і питання факту»:

$$\forall x[(Gx \rightarrow Mx) \wedge (Mx \rightarrow Sx) \rightarrow (Gx \rightarrow Sx)] \text{ [175, с. 308],}$$

де \forall – квантор загальності, x – предметна змінна, G , M , S – предикати, \wedge – і, \rightarrow – імплікація. Тут говориться про формулу логіки предикатів, яка є однією із можливих формалізацій юридичного силогізму: $((Gx \rightarrow Mx)$ символізує питання факту, $(Mx \rightarrow Sx)$ – питання права, тобто норму (для вирішення), а $(Gx \rightarrow Sx)$ – правове рішення) і яка може, зокрема, пояснити уявний парадокс, який полягає в тому, що правова норма має форму умовного судження, в якому немає ні більшого, ні меншого засновку, проте саме такі терміни традиційно використовуються тоді, коли йдеться про юридичний силогізм. Пояснення зводиться до звернення уваги на те, що загальноствердне судження можна виразити з використанням імплікації так, як це зроблено вище. А тому інтуїція юриста не підводить, коли він говорить про юридичний силогізм як умовно-категоричний силогізм (*modus ponens*), використовуючи при цьому терміни: більший і менший засновок, із категоричного силогізму (*modus barbara*).

Зрозуміло, що можна відразу перейти, як це зазвичай і робиться, до використання формули *modus ponens*:

$$((a \rightarrow b) \wedge a) \rightarrow b.$$

Легко довести, що це логічний закон (тавтологія) класичної логіки висловлювань. Нічого істотного, принаймні на практичному рівні, не зміниться, якщо в цю формулу ввести модальну характеристику, про яку йшлося вище.

Тепер нам тільки залишається вказати, що перше a , яке символізує умови застосування норми, потрібно розуміти як наведену вище комбінацію $\alpha\beta$), γ) із a , a' , a'' . Відповідно і друге a , яке символізує обставини справи, має розпадатися на a , a' , a'' , які мають відповідати трьом типам першого a . Отже, очевидно, що йдеться про те, що трьом типам умов застосування правової норми мають відповідати три типи фактів, тобто факти, які обґрунтовують виникнення (*fundata*), абсолютне заперечення (*negata*) і відносне заперечення (*exceptione elisa*) права.

Отже, можна зробити такий проміжний висновок. Не існує ніяких логічних (аналітичних) перешкод у разі формалізації норм для вирішення ні для використання наведеної вище формули *modus ponens* (з потенційним її модальним розширенням), ні для диверсифікації її a -елементів, причому така диверсифікація може мати – для юриста, а не логіка чи філософа – скоріше інтуїтивний, ніж дискурсивний характер.

Р. Алексі вважає формою застосування права не тільки субсумцію, але й зважування. Цим формам кореспондує прийнятий ним – від Р. Дворкіна – поділ норм на правила і принципи. Правила як дефінітивні (остаточні) норми мають стосунок до субсумції, а принципи як *prima facie* (спростовно презумптивні) норми – до зважування. Субсумція у Алексі – це логічна операція, а зважування – арифметична. Субсумція і правила належать до виміру чинності права, а принципи і зважування – до виміру ваги. Остання теза також запозичується Р. Алексі у Р. Дворкіна і послідовно проводиться, наприклад, у запереченні можливості використання відношення «правило-виняток» щодо принципів.

Субсумція, в розумінні Р. Алексі, завжди має місце в процесі поведінки з правом, проте цей процес не обмежується тільки субсумцією. Схема субсумції – це схема так званого внутрішнього виправдання, яка має загалом таку добре відому логіку:

норма (питання права)

факт (питання факту)

рішення,

проте доповнену розщепленням «норми» на власне норму та її інтерпретацію, яка формалізується за допомогою ще одного засновку та такого поняття, як семантичні правила: семантичні правила – це, у підсумку, легальні, доктринальні або юдикатурні дефініції. Тому схема набуває такого вигляду, в якому питання права роздвоюється:

норма

інтерпретація норми

факт

рішення.

Схема внутрішнього виправдання чи субсумції має належно експлікувати всі засновки, проте насправді цього не відбувається, оскільки її істотним недоліком є те, що вона абстрагується від структури і змісту застосовної норми. Якщо ж структуру і зміст норми взяти до уваги, то схема субсумції набуває, на нашу думку, такого вигляду:

або норма α , або норма β , або норма γ

інтерпретація або норми α , або норми β , або норми γ

факт

рішення,

де норма α – це правообґрунтувальна норма сама собою, тобто без абсолютного і відносного заперечення, норма β – це правообґрунтувальна норма разом з абсолютним запереченням (абсолютна правозаперечна норма), норма γ – це правообґрунтувальна норма разом з відносним запереченням (відносна правозаперечна норма).

Перший рядок говорить про завдання, яке повинен виконувати юрист тоді, коли він застосовує норму позитивного права. Ідеться якраз про формування норми для вирішення, яка може бути або нормою α , або нормою β , або нормою γ . Такий процес можна називати також конкретизацією правової норми, що застосовується. Конкретизація може доповнюватися інтерпретацією норми для вирішення. Цим ми показали можливу різницю між інтерпретацією і конкретизацією. Конкретизація та інтерпретація – це суть субсумції в частині формування норми для вирішення, причому Р. Алексі називає нормою не тільки підсумкове правило, але й сукупне питання права, яке містить власне норму для вирішення та її інтерпретацію [26, с. 279-280].

У термінології Р. Алексі норма для вирішення в рамках субсумції – це не що інше, як правило. З цим варто погодитися і додати, що це комплексне (правообґрунтувальне або правозаперечне) правило, яке належно проінтерпретоване.

Зважування ϵ , отже, на думку Р. Алексі, формою застосування принципів. Особливість підходу цього автора, яка нам імпонує, полягає в тому, що зважування принципів може і має закінчуватися формуванням правила, тобто норми для вирішення, якщо взяти до уваги викладене вище. Так, він у своїй згаданій вище програмній статті детально це демонструє: в ній аналізується справа про розстріл солдатів у Лебаху. Один із покараних злочинців, який мав достроково покинути заклад виконання покарання, протестує проти телеспектаклю, в якому називають його прізвище і демонструється фото. Справа розглядалася Федеральним конституційним судом Німеччини і була вирішена на користь злочинця, причому норма позитивного права, на яку можна було б прямо послатися, була відсутня.

Р. Алексі, проаналізувавши відповідне рішення, показує, що суд, по суті, сформулював, зваживши релевантні принципи, вже згадану вище норму про ресоціалізацію [136, с. 22]. Ця норма якраз і є нормою для вирішення в сенсі Є. Ерліха, проте з одним, на наш погляд, істотним

недоліком. Це та норма, яку ми вище назвали нормою α , тобто чиста правообґрунтувальна норма. Водночас суд, по суті, не аналізував ті аспекти, які могли б послужити підставою для відповідного заперечення.

Так виникає проблема неповноти зважування принципів у першому періоді творчості Р. Алексі. На наш погляд, розв'язати цю проблему можна шляхом ще одного або кількох зважувань інших принципів. Ідея та сама, суд як законодавець, в сенсі ст. 1 швейцарського ЦК, має формувати не виключно норму α , але й, можливо, норму β або γ . Це залежить від обставин справи, з одного боку, і від визнання можливості додаткових зважувань, з іншого.

Пізніше Р. Алексі задумується над згаданим вище запитанням «Два чи три?», тобто намагається розширити універсум міркування з двох до трьох елементів за рахунок порівняння випадків. Ця проблема ставиться ним у статті «Теорія праводобування Артура Кауфмана» [176], а розв'язується у статті «Два чи три?» [170].

Нас тут буде цікавити тільки той факт, що Р. Алексі тісно зближує порівняння випадків з субсумцією і зважуванням (про це свідчить структура і зміст статті). Можна сказати, що, на нашу думку, порівняння випадків – це опосередкована (правилами і/або принципами) форма застосування права. А це означає, що також порівняння випадків закінчується формуванням норм для вирішення, тобто, із застереженнями, правил у сенсі Р. Алексі. Порівняння випадків веде або прямо до правил, або непрямо через зважування принципів, яке має закінчуватися формуванням правила.

Що стосується правових рішень, або преюдицій, то тут, з часів Є. Ерліха, говорять про індукцію. Ця індукція у світлі теорії поділу норм на правила і принципи дозволяє вести мову про дефінітивні правові рішення (преюдиції), – це не що, як прецеденти в англо-американському розумінні, і його той чи той відповідник у континентальному праві, – та про *prima facie* правові рішення (преюдиції), тобто про те, що ще не стало

прецедентом, але має такий потенціал.

Пояснити те, як утворюються при цьому норми для вирішення, досить легко, якщо погодитися з тим, що тут йдеться саме про індукцію, адже її суттю якраз і є утворення правил за такою, наведеною, наприклад, А. Кауфманом [176, с. 55], *mutatis mutandis* схемою:

рішення

факт

норма.

Ця норма якраз і є нормою для вирішення в експлікованому вище сенсі, це або з самого початку правило, або спочатку принцип, а потім правило із нашим застереженням про комплексність такого правила.

Так само легко пояснити особливості поведження з побічними наслідками застосування правової норми, оскільки відмітність від преюдицій полягає тільки в тому, що вони завжди мають результатом утворення спочатку принципу, а потім правила. Це пояснюється тим, що, якщо вони відразу вели б до утворення правила, то це були б не побічні наслідки, оскільки побічні правові наслідки – за визначенням і за суттю – це чисто емпіричне питання, яке в рамках вирішення проблеми неможливості логічного переходу від факту (досвіду) до норми потребує розв'язання тих проблем, які логікою не вирішуються.

Отже, ми показали, що тепер і справді закритий перелік із 7 форм поведження з правом має завжди стосунок до норм для вирішення, а тому, оскільки йдеться про адекватний універсум міркування, ці норми є універсальними і мають бути при цьому комплексними, тобто враховувати відношення «правило-виняток (контрправило)», формою вияву якого є відношення правообґрунтувальних і правозаперечних правових норм. Ці норми якраз і є нормами для вирішення. Універсальна структура цих норм визначається тим, що вони є складовою частиною універсуму із 7 форм поведження з правом, тобто у підсумку елементом як внутрішнього, так і зовнішнього виправдання, як вільного, так і зв'язаного правознаходження.

Основний висновок зводиться до тези, що норми для вирішення мають універсальний і комплексний характер, оскільки вони, з одного боку, притаманні всім семи адекватним способам поведження з правом, тобто у разі, коли юрист має справу – окремо чи в комбінації – з нормами (правилами і принципами), випадками, правовими рішеннями і побічними наслідками застосування правової норми (універсальність норм для вирішення), а з іншого боку, в кожній зі згаданих форм юрист повинен мати справу з правилами і винятками (комплексність норм для вирішення). Крім того, підкреслимо, що універсум міркування про норми для вирішення складається не із 3, як, із застереженнями, у Р. Алексі, а із 7 форм поведження з правом; норми для вирішення з точки зору теорії юридичної аргументації – це в кінцевому рахунку правила в сенсі Р. Алексі, які є комплексним результатом використання всіх 7 форм поведження з правом; норми для вирішення співвідносяться з формами поведження з правом так, що всі ці форми або розпочинаються (субсумція), або закінчуються нормою для вирішення з описаними вище особливостями.

Викладене вище в частині, що стосується так званих основних норм, використовувалося в численних прикладах розв'язання академічних завдань, зокрема у [177, с. 272-279; 178; 154], проте при цьому концепт норм для вирішення не використовувався. Тому нижче ми покажемо, як це може відбуватися.

Викладені вище теоретичні положення можна продемонструвати на такому прикладі: нехай має місце така фабула: сторони А і В уклали в Україні угоду (договір купівлі-продажу) без іноземного елемента зі строком виконання основного зобов'язання 31 грудня 2017 року. Сторона В (покупець) не оплатила переданий товар. У 2023 році сторона А (продавець) звернулася до суду з вимогою про оплату. Відомо, що загальний строк позовної давності в Україні складає 3 роки (ст. 257 ЦК України). Яка тут правова ситуація?

Продемонструємо те, як можна відповісти на це запитання з використанням ерліхівської ідеї норм для вирішення в сучасній її агрегатній формі за Фр. Мюллером з деякими нашими модифікаціями (норми для вирішення як основні норми).

Отже, в першому наближенні потрібно було б вирішувати так: спочатку потрібно встановити правообґрунтовальну норму. Для цього, здається, потрібно було б узяти до уваги ст. 655 ЦК України (разом з допоміжними нормами), а потім відразу ст. 257 ЦК України, яка встановлює загальний строк позовної даності. Проте такий підхід не виявляється оптимальним, оскільки від порушує принцип процесуальної економії та принцип матеріальної експертизи [7, с. 283-284]: у першому випадку виявляється, що ми щось пропустили важливе, що буде спонукати нас переглянути наше попереднє вирішення правової проблеми, а в другому, що ми порушили усталену послідовність аналізу правообґрунтовальних і правозаперечних норм, а саме: ми проаналізували відносні заперечення до аналізу абсолютних, точніше, абсолютні взагалі не аналізували. Отже, потрібно вчинити дещо інакше, а саме так:

спочатку ми маємо визначити правообґрунтовальні умови, причому паралельно маємо встановлювати й абсолютні умови, які перешкоджають виникненню відповідного права. Якщо виявиться, що таких заперечних умов немає, то мусимо встановити, чи немає умов для абсолютного заперечення, яке припиняє існування права, яке виникло. Тільки тоді, коли встановлено, що позитивні умови наявні, а абсолютні заперечні відсутні, потрібно розглянути питання про відносні заперечення, зокрема питання про позовну давність.

Оскільки підстави для застосування позовної давності наявні, то утворюємо норму для вирішення за схемою:

якщо існують правообґрунтовальні умови ..., не існує абсолютних заперечень ..., але існують відносні заперечення ..., то право ... є (відносно) недійсним (= дійсним, але нездійсненим),

конкретизуючи її відповідно до умов наведеного вище завдання.

Реалізація цієї норми відбувається у формі субсумції, тобто узагальнено так:

У нашому випадку існують правообґрунтовальні умови ..., не існує абсолютних заперечень ..., але існують відносні заперечення

Отже, право ... є (відносно) недійсним.

Зауважимо, що в такому разі норми для вирішення завжди є (імпліцитною або експліцитною) комбінацією трьох типів умов, а не комбінацією умов одного типу.

Викладене вище створює аналітичний базис дослідження норм для вирішення в рамках субстанціональних вимірів аргументативної теорії норм для вирішення [179].

Висновки до розділу 2

Викладене вище дозволяє зробити такі висновки:

1. Аналіз комплексної та універсальної структури норм опирається на поняття відповідно імплікації (структура норми для вирішення) та виправдання правового рішення, причому виправдання ділиться на внутрішнє і зовнішнє (структура формування норм для вирішення).

2. Комплексна структура норм для вирішення проявляє себе в цих нормах в поділі на правообґрунтовальні і два типи правозаперечних норм для вирішення, а саме: абсолютні і відносні правозаперечні норма.

3. Універсальна структура формування норм для вирішення проявляє себе в тому факті, що норми для вирішення можуть мати значення в кожній із форм поведінки з правом, а саме у випадку застосування норм, порівняння випадків, використання преюдицій та побічних наслідків застосування правової норми.

4. Аналіз норм для вирішення в аналітичному вимірі відповідної теорії є основою для продовження їхнього розгляду в рамках субстанціональних

вимірів аргументативної теорії норм для вирішення. Основне значення при цьому мають так звані формули субсумції і ваги (Р. Алексі), які віддають належне вимірам чинності (у в.с.) і ваги права в сенсі Р. Дворкіна.

РОЗДІЛ 3. МЕТА/НОРМАТИВНО-ЕМПІРИЧНИЙ ВИМІР АРГУМЕНТИВНОЇ ТЕОРІЇ НОРМ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ

Альтернативному виміру аргументативної теорії норм для вирішення корелює субстанціональний вимір цієї теорії, який являє собою сукупність нормативного й емпіричного вимірів, а точніше – поєднання (власне) нормативного, метанормативного і емпіричного вимірів. Так виникає питання про значення, яке норма для вирішення має в субстанціональній юридичній аргументації, в центрі уваги якої перебувають питання про правила і принципи як нормативні аргументи, а також питання про емпіричні аргументи – все це взагалі та в контексті побудови аргументативної теорії норм для вирішення, зокрема.

3.1. Є. Ерліх і субстанціональна юридична аргументація

Є. Ерліх був одним із перших, хто зробив істотний внесок у створення субстанціональної теорії юридичної аргументації [180]. Про це свідчать не тільки тези про універсальний і/або комплексний характер норм для вирішення у Є. Ерліха, на які ми опираємося в нашій роботі, але й загальна оцінка творчості цього відомого професора Чернівецького університету, який розпочинав у ньому своє юридичне навчання. Сукупний творчий здобуток Є. Ерліха привертає і привертає до себе увагу різних авторів, проте навряд чи хтось сказав про нього ліпше, ніж у свій час це зробив Г. Зінцгаймер, засновник трудового права в Німеччині і соціолог права, який працював деякий час одночасно з Є. Ерліхом [181].

Г. Зінцгаймер є, серед іншого, автором збірника статей під заголовком «Єврейські класики німецької правової науки» (1938), до яких він відносить і Є. Ерліха, якому в збірнику присвячена окрема стаття [182, с. 231-255], де, зокрема, сказано як резюме таке: «Якщо оглянутися на це все, то виявиться те, як Ерліх змінив картину юридичного світу історичної

школи права. Він надав німецькій правовій науці в «суспільному праві» новий предмет пізнання, у проникненні у внутрішній процес правоутворення – новий спосіб пізнання, у визначенні відношення між правом і суспільством – нову мету пізнання. Нове пізнання служить юдикатурі і законодавству. Тим що соціологія права відкриває юристові погляд в суспільну природу права, вона навчає його поводитися відповідно до цієї природи» [182, с. 250]. Саме ці слова можна вважати неперевершеною оцінкою творчого внеску Є. Ерліха в формування нового погляду на право взагалі і в формування субстанціональної юридичної аргументації, зокрема.

Г. Зінцгаймер конкретизує свою загальну оцінку. Він пише, що оновлення німецької правової науки в ХІХ столітті вийшло з історичної школи права. На місце голого знання повинно було б прийти пізнання права. Існує в основному три погляди на речі, які його спрямовують. Перший стосується предмета пізнання. Право, яке історична школа права має перед очима, є призначеним для судді правом. Другий стосується способу пізнання. Щоб розуміти чинне право, потрібне розкриття його минулого. Третій є метою пізнання. Право повинно розумітися як вияв духу народу. Незважаючи на всіляке розширення, доповнення і дальше творення, які зазнали ці погляди в ході подальшого розвитку, вони залишалися, власне кажучи, непохитними.

Досягнення Є. Ерліха полягає в тому, що він пояснив недостатність цих основних поглядів для пізнання права. Правова наука, на думку Є. Ерліха, не повинна припиняти бути історичною правовою наукою. Але вона мусить стати для того ж соціологічною правовою наукою. Є Ерліх є засновником соціології права в Німеччині. Для неї, мабуть, були уже наявними підходи. Г. Зінцгаймер нагадує про соціально-науковий спосіб розгляду державного права Г. Єллінеком. Але це були тільки підходи. Рішуче обґрунтування соціолого-правового погляду на речі здійснено Є. Ерліхом. Він належить до великих збудників сучасної правової науки.

[182, с. 233-234]

Далі Г. Зінцгаймер зазначає, що юдикатура, тобто правосуддя, судова практика європейського континенту вважала, що правопорядок є закритим цілим. Кожна справа, яку вирішує суддя, є начебто вирішеною наперед завдяки правоположенню. Із цього випливала подальша думка, що суддя у разі вирішування завжди зв'язаний правоположенням. Він мав би тільки знайти це правоположення. Суспільний розвиток у його невичерпній повноті похитнув цей основний погляд. Хто уважно подивиться на суспільний життєвий процес і порівняє з ним право, той усвідомить, що не існує ніякого безпрогального правопорядку і суддя ніколи не може вирішувати тільки згідно з наявними правоположеннями. Незважаючи на це, юдикатура дотримувалася – і тримається почасти також сьогодні, а не тільки в 1938 році чи раніше за життя Є. Ерліха, як варто, на нашу думку, додати – теорії всевладдя правоположення. Вона підтримується юриспруденцією, яка імітує завдяки «понятійній математиці» і «системній логіці» закритість правопорядку, якої фактично не існує, і юридичною технікою, яка приховує завдяки аналогії та конструкції всяку прогалину. Небезпека цієї процедури полягає не тільки в тому, що життя мусить включатися в чужі правові форми, а й у тому, що в тільки зовні логічному застосуванні юридичної техніки мають вирішальне значення ціннісні судження та вольові рішення, які залишаються в темряві. «Пандектологія», яка виявляється у такий спосіб, є в реальності «криптосоціологією».

«Вільне правознаходження», якого вимагає Є. Ерліх, не є правознаходженням, вільним від закону. Ерліх недвозначно відхилив таке розуміння. «Вільне правознаходження» Ерліха є звільненням від фальшивої теорії правознаходженням, є правознаходженням, яке усвідомлює своє завдання бути змушеним закривати прогалини права не завдяки примарному праву, а завдяки творчому досягненню. Але як можливе таке досягнення, як передусім воно може бути безпечним? Якщо насправді існують прогалини права і якщо вони не можуть закриватися завдяки

наявним правоположенням, то це не може залишатися у формі прихованої соціології, тоді вона мусить відкрито виявити себе і витримати перевірку. Звісно, суддівська інтуїція буде і повинна завжди відігравати деяку роль. Але існує відмітність, чи вона є інтуїцією якогось юриста, підготовленого відповідно до свого завдання, чи якогось юриста, який «не є ніким, крім юристом». Соціологія права має для юдикатури те значення, що вона розширює випадкове поле зору судді та його здобуті завдяки випадковому досвіду ціннісні судження, розбудовує його поле зору до суспільної картини права, його ціннісні судження зіштовхує з ціннісними судженнями всіх суспільних груп.

Хто не зрозумів би, що законодавець повинен бути стражем, який, стоячи високо на вежі, сповіщає, дивлячись уперед і навколо, в правильний час про прийдешнє? Хто не знав би, однак, і те, що законодавець занадто часто не несе цю вахту? Тут потрібна наука, яка в силу свого покликання подає сигнали, якщо наближається загрозна повінь. Тим, що вона слідкує за правом і його суспільним розвитком, вона пізнає, чи і як функціонує право. Це є для Ерліха «вільною правовою наукою», тобто правовою наукою, звільненою від єдиновладдя позитивного права і його методів. Вона не впадає в помилку абстрактного природно-правового мислення. Вона виходить не з абстрактних уявлень, а з реальних суперечностей, які показуються між правом і суспільним життям. Вона не розвідує те, чи і як чинне право відповідає абсолютним принципам, а розвідує чи і як воно відповідає суспільним потребам. Вона бажає знайти не ідеальне право, а тільки правові форми, в які може вливатися новий суспільний потік життя, не руйнуючи родючу місцевість. У всьому цьому вона залишається вірною своєму покликанню як правової науки: служити правовому порядку суспільного життя. Те, чи вона має успіх, чи ні – це не залежить від неї. Це залежить від сил, які опановують суспільним життям. Вона може тільки виголошувати репліки для часу, які інформують його про місце, де вона перебуває, і годину, яка для неї настала.

Ерліх знав, що він не сказав останнє слово про сутність і дію нової гілки знання. Він вказав шлях. Розбудувати його мусить нове покоління. [182, с. 250-254]

Хоча така розгорнута і глибока оцінка і справді є неперевершеною, проте ми все ж, на новому рівні знань, маємо, опираючись на неї, спробувати розвивати далі ідеї Є. Ерліха. Одним, із напрямків такого подальшого розвитку є спеціальне дослідження якогось із елементів праворозуміння Є. Ерліха з урахуванням його рецепції авторами наступних поколінь. Таким елементом, поза сумнівом, можуть бути норми для вирішення, які тісно асоціюються з іменем Є. Ерліха і можуть бути складовою частиною субстанціональної юридичної аргументації.

Субстанціональна юридична аргументація – це методологічна дисципліна, яка є результатом процедури раціонального юридично-релевантного дискурсу. Субстанціональна аргументативна теорія норм для вирішення є частиною такої аргументації. Це дозволяє поглибити питання, яке вже розглядалося вище, про правильність ідеї норм для вирішення, яке тепер можна розглянути не загальною, а в контексті неаналітичної складової інтегративної теорії юридичної аргументації.

Державотворення тісно пов'язане з правотворенням, яке повинно бути створенням і застосуванням правильного права. Філософсько- і теоретико-правове поняття правильного права, яке походить від Р. Штаммлера, нині тісно пов'язане з іменем Р. Алексі, який презентує моральне поняття правильного права. Проте є й інші підходи до його розуміння. Наприклад, соціологічне або, із застереженнями, соціальне (суспільне) поняття правильного права використовує Є. Ерліх. Підходи Є. Ерліха і Р. Алексі демонструють два можливі підходи до побудови субстанціональної теорії юридичної аргументації: Є. Ерліх робить акцент на соціальні норми, а Р. Алексі – на моральні. Це означає, що перший автор закладає основи емпіричного виміру аргументативної теорії норм для вирішення, а другий – нормативної, точніше, метанормативної. Перетинаються ці два підходи в

ідеї правильного права Р. Штаммера [183].

Якби треба було визначити один загальний і один спеціальний термін, з якими асоціюється ім'я і прізвище «Рудольф Штаммер», то це у першому випадку було б слово «неокантіанство», а в другому – словосполучення «правильне право». Уже це дозволяє взяти до відома те, що Р. Штаммер пропонує неокантіанське поняття правильного права.

Р. Штаммер – автор фундаментальної праці «Вчення про правильне право», яка вийшла друком в 1902 році [17], це поняття використовується ним і в інших роботах, наприклад, у «Теорії правознавства» (1911) [184, с. 124 та ін.] тощо, які всі разом стрімко популяризують і поняття, і термін «правильне право». Його Р. Штаммер розуміє так: «Справедливе право (richtiges Recht: точний переклад і українською мовою – «правильне право». – В. С.) є особливо побудованим дійсним (чинним. – В. С.) правом. Сюди належать ті правові положення, які володіють формальною властивістю «справедливості» (буквально: «правильності». – В. С.). Ця якість належить окремій правовій нормі в тому випадку, якщо її умовний зміст відповідає загальній ідеї людського спілкування – «соціальному ідеалу»» [185, с. 85]. Отже, Р. Штаммер, використовуючи амбівалентне поняття «соціального ідеалу», поєднує поняття правильного права, з одного боку, з моральним (ідеальним) виміром права, а з другого – з соціальним (реальним) його виміром. Якраз на обох цих вимірах і зосереджуються С. Ерліх і Р. Алексі [186], проте перший автор, як уже сказано, віддає перевагу соціальному виміру права, а другий – моральному, причому можна узагальнено сказати, що Р. Алексі вважає справедливість права особливим випадком його правильності, оскільки він стверджує, що претензія права на справедливість (або її заявлення) є особливим випадком (заявлення) претензії на правильність [142, с. 67]. Це також означає, що наведена вище цитата, яка запозичена з російського перекладу і зводить правильність права до його справедливості, є не хибною, а тільки неточною.

Так, Є. Ерліх відзначає в своїй програмній праці «Вільне правознаходження і вільне правознавство», опублікованій в 1903 році, тобто всього на рік пізніше від «Правильного права» Р. Штамmlера, що: «... у будь-який час існує така річ, як не зв'язана жодним параграфом справедливість. Але ця справедливість і близько не є позбавленою передумов ... Всяке вільне правознаходження виходить із традиції та прагне до «правильного права» Штамmlера. ...

Немає ніякої справедливості, яка була б даною раз і назавжди, всяка справедливість, як і встановлене право, є результатом історичного розвитку. ... Право юристів, – цей найбільш справжній твір вільного правознаходження, – складається з норм для вирішення, які, будучи виведеними із суті суспільних відносин, разом з ними змінюють водночас свій зміст: головна маса норм для вирішення одержує свій істотний зміст з відповідного оформлення правовідносин, яких вони стосуються. Правильне слово тут міг би знайти, мабуть, Штамmlер» [18, с. 28-29].

Наведене вище самосвідчення Є. Ерліха дуже ясно свідчить і про його позитивне ставлення до творчості Р. Штамmlера в цілому, і про використання ним на підтримку ідеї вільного правознаходження поняття правильного права. Є. Ерліх вважає соціальну дійсність фундаментом – «передумовами» в його термінології – встановленого і вільно знайденого права, справедливості і правильного права, позитивного права і моралі. А це означає, що він віддає перевагу першій складовій у конструкції «соціального ідеалу» Р. Штамmlера.

У Р. Алексі як кантіанця концепт правильного права, справедливості і моралі перебуває на першому місці серед улюблених понять. На це звернув увагу ще К. Ларенц, сам автор роботи «Правильне право: основні риси етики права» [187], а не тільки фундаментальної «Методології правової науки», про яку вже згадувалося. Так, в останній роботі К. Ларенц писав: Р. Алексі «наголошує на тому, що юридичний дискурс – це «особливий випадок загального практичного дискурсу». Подібність

юридичного і загального практичного дискурсу полягає в тому, що обидва рази разом з відстоюванням певного висловлювання, яке вважається нормативним, заявляється претензія на правильність цього висловлювання. Особливим випадком юридичний дискурс є, однак, тому, «що юридична аргументація відбувається під низкою обмежувальних умов». Цими умовами є: «зв'язаність законом, обов'язкове врахування преюдицій, залученість до догматики, розробленої інституційно функціонуючим правознавством», а також, за винятком правознавчого дискурсу, «обмеження правилами процесуальних кодексів». Відповідно до цього також претензія на правильність, яку заявляють юридичні твердження, порівняно із «загальним практичним дискурсом», дещо вужча. «Не претендують на те, що відстоюване, запропоноване або сповіщене як рішення нормативне висловлювання є просто розумним, а тільки на те, що воно може розумно обґрунтуватися в рамках чинного правопорядку». Алексі послідовно ставить питання: «Проте, що ж є розумним обґрунтуванням у рамках чинного правопорядку?» [127, с. 153].

Що стосується значення моралі у творчості Р. Алексі, то достатньо взяти до уваги резюме до його праці «Поняття і чинність права», яка вперше вийшла у світ у 1992 році, щоб все належно зрозуміти: «У центрі уваги цієї книги (і, додамо, всієї творчості Р. Алексі. – В. С.) перебуває співвідношення права і моралі. Правовий позитивізм стверджує, що і те й інше потрібно розділяти: як поняття права, так і поняття чинності права варто було б дефініювати вільно від моралі. Роберт Алексі намагається показати, що ця теза хибна. Існують, по-перше, понятійно необхідні взаємозв'язки між правом і мораллю, і, по-друге, нормативні підстави говорять на користь того, щоб дефініювати поняття права і чинності права так, щоб вони містили моральні елементи. Тому правовий позитивізм як всеосяжна теорія права мусить зазнати невдачі» [142, с. на задній обкладинці]. У стереотипному виданні цієї праці в 2016 році було також сказано: «Дослідження завершується пропозицією дефініції поняття права,

яка систематично сполучає елементи згідної з певним порядком установленості, соціальної дієвості та змістової правильності. Оскільки поняття змістової правильності містить моральні критерії, то це поняття права є неопозитивістським поняттям права» [188, с. 3]. Усе це дозволяє сказати, що поняття правильного права у Р. Алексі орієнтується переважно на другий ідеальний, а отже, моральний елемент у визначенні «соціального ідеалу» у Р. Штаммлера.

Запропонований нами огляд поглядів трьох провідних філософів і теоретиків права дозволяє зробити такі висновки: концепт «правильне право» набув поширення з виходом у 1902 році праці «Вчення про правильне право» Р. Штаммлера, яка містить амбівалентне – морально-соціальне – поняття правильного права. Є. Ерліх розвивав переважно соціальний аспект поняття правильного права, а Р. Алексі – моральний (див. також [180]). Правильне право можна розуміти як орієнтоване на моральний і/або соціальний ідеал чинне право.

Перш ніж розглянемо ідею норм для вирішення з трьох точок зору, про які йшлося вище, потрібно конкретизувати викладене загальне розуміння у застосуванні саме до таких норм.

Ми попередньо визначили норми для вирішення як морально і соціально легітимовані комплексні й універсальні норми, завдяки яким можна розв'язати конфлікт (протилежність) інтересів. Тепер можна сказати, що нормативно норми для вирішення – це правила в сенсі Р. Дворкіна і Р. Алексі, тобто так звані дефінітивні (остаточні) норми на противагу *prima facie* (попереднім) нормам, або принципам. Емпірично – це норми, в формуванні яких беруть участь емпіричні аргументи, передусім соціальні норми.

Звідси правильність ідеї норм для вирішення залежить від уточнення взятого нами за основу комплексного і універсального розуміння Є. Ерліхом норм для вирішення [14, с. 140; 15, с. 186-187] в трьох напрямках: щодо розуміння норм для вирішення як альтернативних правил, які є

особливим випадком застосування критерію «або ..., або ...»; щодо взяття до уваги так званої валідно-деліберативної тези Дворкіна/Алексі, яка полягає у визнанні існування поряд з виміром чинності права виміру ваги та щодо розв'язання питання про відношення соціальних норм і правових норм, між якими існує дистанція, яку не можна усунути логічними засобами, проте можна у такій формі, яка отримала найменування проблеми нормативної сили фактичного в сенсі Г. Єллінека [9, с. 38].

Відзначимо, що існує три способи розуміння нормативного виміру права: а) нормативний вимір стосується, в термінології Р. Алексі чи Р. Дворкіна, тільки правил (це підхід раннього Г. Кельзена, який яскраво проявляє себе в його відомій полеміці з Є. Ерліхом, у т.ч. і щодо розуміння норм для вирішення, і тільки із застереженнями підхід пізнього Кельзена, оскільки він тоді наділяє значенням момент мінімальної дієвості права, тобто той момент, про який ми будемо говорити далі під рубрикою «нормативна сила фактичного»); б) нормативний вимір зводиться до застосування принципів (таку думку навіює, скажімо, наведене вище визначення Р. Алексі, де йдеться про моральні, як потрібно розуміти, «критерії для раціональності юридичних дискурсів», які мають форму принципів) та в) нормативний вимір стосується правил і принципів, тобто, іншими словами, право можна зобразити як правило/принципи-модель правової системи [5, с. 41-43]. Якщо абстрагуватися від ще одного елемента, про який ішлося вище, – процедури, – тобто від правило/принципи/процедура-моделі правової системи [5, с. 43], то із трьох підходів ми віддамо перевагу підходу в), тобто нормативний вимір має стосуватися як правил, так і принципів, проте із сильнішим підкресленням ступеневої будови правової системи в сенсі А. Меркля. Саме тому ми розділили нормативний вимір як такий на (власне) нормативний вимір і метанормативний вимір.

Рефреном через усю творчість Р. Алексі проходить, запозичене ним у Р. Дворкіна, розрізнення правил і принципів. Так, він, наприклад, пише, що

нормотеоретичний фундамент, з одного боку, субсумції, а з іншого боку, зважування утворює розрізнення правил і принципів. Правила – це норми, які дефінітивно щось велють. Вони є *дефінітивними веліннями*. Вони є умовними нормами. Вирішально, що тоді, коли правило чинне і застосовне, то дефінітивно велено робити саме те, що воно вимагає. Якщо це робиться, то правило виконане; якщо це не робиться, то правило невиконане. Тому правила – це норми, які завжди можуть бути тільки або виконані, або невиконані. Усупереч цьому принципи – це норми, які велють, щоб щось було реалізовано відносно фактичних і правових можливостей якомога більшою мірою. Принципи є, згідно з цим, *веліннями оптимізації*. Як такі вони характеризуються тим, що можуть бути виконані різною мірою і що велена міра їхнього виконання залежить не тільки від фактичних, але й від правових можливостей. Правові можливості істотно визначаються, крім правил, зворотними принципами [172, с. 771-772]. Отже, можна сказати, що правила – це норми, які можуть бути виконані, або невиконані, а принципи – це норми, які можуть бути виконані різною мірою. У першому випадку йдеться про відношення «або ..., або ...», тобто про логічне відношення контрадикторності правил, а в другому – про ідеальне відношення суперечності між принципами.

Для наших цілей достатньо узагальнити і доповнити сказане Р. Алексі, а саме: по-перше, правила – це і є не що інше, як норми для вирішення, якщо йдеться про правила, які мають на меті розв'язування конфліктів (або протилежностей) інтересів. По-друге, принципи – це опосередкований спосіб формування правил, а тому і норм для вирішення. Результат зважування принципів повинен мати комплексний характер, тобто враховувати інтереси обох сторін, що означає, що норми для вирішення як правила мають бути як правообґрунтовальними, так і правозаперечними (абсолютно чи відносно).

Отже, валідно-деліберативна теза Дворкіна/Алексі про належність правил і принципів відповідно до виміру чинності права і до виміру ваги

дозволяє показати універсальний характер норм для вирішення у мета/нормативному вимірі, тобто як у нормативному, так і метанормативному, а саме той факт, що як правовий аналіз правил, так і правовий аналіз принципів у сенсі Дворкіна/Алексі може закінчуватися формуванням норм для вирішення із запропонованою вище структурою.

Нормативному виміру кореспондує емпіричний вимір. Тут виникає проблема, яка відома в філософії (права) як проблема відношення буття і належного [31, с. 62-64], яка, як вважається принаймні з часів Юма чи схоластиків, не вирішується засобами логіки: *ab oportere ad esse*, *ab esse ad posse valet consequentia*, робити висновок можна від необхідності до існування, дійсності, від існування, дійсності до можливості [189, с. 121], але не навпаки. Нормативна сила фактичного в сенсі Г. Єллінека – це відповідь на цю проблему і гасло, навколо якого консолідуються всі ті форми поведінки з правом, які не є формами застосування права, що орієнтуються на правила (субсумція) і принципи (зважування) [143]. До таких форм відносять, – якщо взяти до уваги структуру юридичного силогізму з його поділом на питання права, питання факту [190] та рішення, – порівняння випадків [176; 170], аналіз дефінітивних преюдицій (прецедентів) і *prima facie* преюдицій (потенційних прецедентів), а також взяття до уваги побічних наслідків застосування правової норми (консеквенцій).

Отже, нормативна сила фактичного Г. Єллінека дозволяє показати універсальний характер норм для вирішення в емпіричному вимірі, а саме той факт, що взяття до уваги випадків, преюдицій і побічних наслідків застосування правової норми (консеквенцій) також може закінчуватися формуванням норми для вирішення з експлікованою вище структурою.

Підсумувати викладене вище за допомогою аналізу позитивного і неопозитивного права і неправу [191]. Так, неправу в першому наближенні означає все те, що не є правом. Проте відразу можна наразитися на проблему винятків, в океані яких поділ на право і неправу втрачає свій

сенса. Неправом не є, наприклад, «зоряне небо над головою» з епітафії Канту, хоча воно не є правом. Тому першим кроком конкретизації є утворення певного універсуму міркування, в межах якого можна провести дослідження права і неправа. Таким універсумом може бути, зокрема, логічна сума правових і неправових соціальних норм, визначення яких наведено вище: у нього, зрозуміло, не включається «зоряне небо» і багато чого іншого, тому питання винятків редукується і стає осяжним.

Наступним кроком конкретизації є утворення судження типу: норма – чинна або норма – дієва. У такому разі ми припускаємо, що право і неправу будуть по-різному характеризуватися за допомогою цих двох ознак. І справді, право, якщо йдеться про позитивне право, це соціальні норми, які завжди чинні, проте не обов'язково дієві. Неправо – це нечинні соціальні норми, які є дієвими.

Отже, виникає запитання: які норми чинні? Відповідь на нього, як відомо, залежить від того, про яку чинність йдеться: формальну чи матеріальну. На наш погляд, для чинності позитивного права досить узяти за основу формальну теорію чинності, доповнену лише одним матеріальним аспектом чинності, а саме формулою Радбруха: «Конфлікт між справедливістю і правовою стабільністю міг би бути вирішений у тому сенсі, що позитивне і наділене владною санкцією право має пріоритет навіть тоді, коли воно за змістом несправедливе і недоцільне. Виняток складають лише ситуації, коли чинний закон стає такою мірою кричущо несумісним зі справедливістю, що закон як «несправедливе право» заперечує справедливість» [192, с. 233-234], посиленою за рахунок істотного уточнення, що йдеться не про чинний закон, а про псевдозакон. Отже, позитивне право чинне тоді й тільки тоді, коли воно ухвалене в рамках визнаної процедури і відповідає мінімальним вимогам справедливості, тобто не є кричущо несправедливим. Непозитивне право в такому разі – це мінімально справедливе право, яке є дієвим, не будучи

чинним. Неправо – це нечинне право, тобто дієве право, яке не відповідає мінімальним вимогам справедливості.

Оперувати нормами позитивного і неопозитивного права (див. докладно [193]), а також неправа можна за допомогою такого поняття, як «норми для вирішення», запропонованого свого часу Є. Ерліхом. Ідеться про норми, які характеризуються такими ознаками: а) це норми, функціонально призначені для вирішення правових суперечок суддею; б) це норми писаного і неписаного права, проте не норми неправа.

Норми для вирішення запозичуються з позитивного права, а також, – у разі недієвості, відсутності або невизначеності останнього, – із неопозитивного права. В останньому випадку таке право стає тим субсидіарним нормативним масштабам, який має бути попередньо встановлений суддею і ним пізніше застосований у конкретній справі. Норми для вирішення, отже, дуже сильно нівелюють проблему неправа, оскільки воно в такому разі означає ті норми, які хоч і є дієвими, але не є чинними, оскільки не відповідають визначеній процедурі і/або вимогам, відомим як формула Радбруха.

Отже, ми підішли до питання про те, як субстанціональна юридична аргументація конкретизується в тому випадку, якщо до неї залучається ідея Є. Ерліха і Р. Алексі про норми для вирішення в окресленому вище в загальній формі розумінні. Відповідь на нього потребує відповіді на субпитання про те, як норми для вирішення виявляються альтернативними правилами, тобто особливим випадком правил в сенсі Р. Алексі, як норми для вирішення виявляються також результатом зважування принципів в сенсі Р. Алексі і як використовуються емпіричні аргументи в сенсі Г. Сллінека і Є. Ерліха в процесі формування норм для вирішення.

3.2. Норми для вирішення як альтернативні правила

Питання про норми для вирішення як альтернативні правила, які є особливим випадком правил у сенсі Р. Алексі, потребує попереднього розгляду питання чинності права. При цьому йдеться про поняття чинності у вузькому значенні, тобто про поняття конституційної чинності в сенсі Р. Шрайбера і/або М. Ребіндера або про поняття правової чинності в сенсі Р. Алексі, причому в обох випадках із застереженням про тісний взаємозв'язок права і моралі, тобто із застереженням про визнання нами поняття інклюзивного непозитивізму, визначеного Р. Алексі.

Конституційна (нормативна) чинність права являє собою традиційну чинність правових норм, більш відому у формі чинності, тобто обов'язковості, норм позитивного права, якщо під позитивним правом розуміти норми, які прямо впливають із конституції або конституцією визнаються, або опосередковуються. Далі аспект прямої чи опосередкованої конституційної чинності права ми будемо брати до уваги *mutatis mutandis* (із застереженнями), зосередивши увагу на питанні відношення висловленого сенсового зв'язку правових норм, зорієнтованого на аналіз правоположень у термінології Є. Ерліха разом з полем для вільного правознаходження права.

Конституційна чинність по-різному виявляє себе у разі, коли йдеться про аналіз тексту правової норми (правоположення), тобто зрештою про аналіз висловленого сенсового взаємозв'язку правових норм, і про аналіз або невисловленого сенсового взаємозв'язку, або, в дусі Є. Ерліха ліпше сказати, поля для вільного правознаходження, особливо в контексті так званих каучукових норм і прогалін у праві, які привертали увагу Є. Ерліха вже на самому початку його творчості, а також і в програмний період його творчого шляху. Розглянемо спочатку питання відношення висловленого і невисловленого сенсового взаємозв'язку правових норм, орієнтуючись при цьому в кінцевому рахунку на розуміння самого Є. Ерліха.

У теорії та філософії права склалося для підходи до розуміння сенсового взаємозв'язку правових норм. З одного боку, йдеться про зв'язок правових норм, запропонований їх автором (законодавцем). Отже, в такому разі йдеться про суб'єктивний сенсовий взаємозв'язок, зорієнтований на визначення висловленої відповідним суб'єктом (мається на увазі історичний законодавець) думки. Правова норма при цьому не може бути розумніша за її автора, а тому той, хто її застосовує, повинен її лише правильно витлумачити, головним чином у формі історичного (суб'єктивно-телеологічного) тлумачення. У цілому такого роду підхід можна називати суб'єктивною теорією права, або точніше, суб'єктивною теорією тлумачення права.

З іншого боку, існує підхід до розуміння сенсового взаємозв'язку правових норм, який складається пізніше і орієнтується на поняття об'єктивного сенсового взаємозв'язку, суб'єктом якого уявляється неісторичний законодавець (Логос, Розум, Природа, Бог, Соціум тощо). У такому разі правова норма, якщо вона існує у формі правоположення, може бути розумнішою за її історичного автора, а, крім того, можна вести мову про існування правових норм поза рамками висловленої думки історичного законодавця, тобто об'єктивний сенсовий взаємозв'язок включає в себе і прямо невисловлені аспекти праворозуміння. Встановлюється такого роду сенсовий взаємозв'язок у рамках систематичного тлумачення, якщо йдеться про висловлені законодавцем правоположення, або у рамках так званого телеологічного, або точніше: об'єктивно-телеологічного тлумачення, точні межі якого в такому разі досить важко визначити. У цілому такого роду підхід можна називати об'єктивною теорією права або, точніше, об'єктивною теорією тлумачення права.

Так, коли йдеться про висловлений сенсовий взаємозв'язок правових норм, то мається на увазі текст правової норми, тобто правоположення як таке в термінології Є. Ерліха. При цьому йдеться про чинність правових

норм в традиційному сенсі їх дії в часі, просторі, щодо кола осіб, тобто про відому з теорії права проблему чинності позитивного права. Можна сказати, що тут йдеться про загально-абстрактну конституційну чинність права, якщо взяти до уваги той факт, що правові норми у країнах континентальної Європи, які створюються за допомогою кодифікаційної техніки, являють собою не готові до застосування формулювання, а є лише складовими правової норми, яку ще потрібно встановити в рамках відповідного тлумачення нормативного акта у процесі правозастосування.

Суб'єктивна теорія (тлумачення) права за основу бере волю не права, а волю саме законодавця. Позиція Є. Ерліха щодо значення висловленого сенсового взаємозв'язку в такому разі буде досить однозначною, якщо взяти до уваги такі його слова: «Автор правоположення сконує юдикатуру тільки завдяки правоположенням; провідною думкою правоположення, навпаки, не далі, ніж вона простягається в правоположенні» [15, с. 243], або: «Справді, існує тільки один засіб, щоб отримати завдяки правоположенню рішення на підставі правоположення: тлумачити його повністю в сенсі автора і застосовувати тільки до випадків, для яких автор бажав ухвалити рішення» [15, с. 251]. Сказане Є. Ерліхом можна резюмувати словами, які він не раз повторює, натякаючи, мабуть, на І. Канта, – «Wir nichts von den Dingen wissen was wir nicht selbst in sie hinein gelegt haben = Ми нічого не можемо знати про речі, що ми самі не вклали в них», – що в правоположенні сказано рівно стільки, скільки в ньому сказано [15, с. 243 та ін.]. Це означає, що, на думку Є. Ерліха, в правоположенні вміщено стільки норм для вирішення, скільки в них вміщено, – і не більше!

Отже, сенсовий взаємозв'язок правових норм, як вважає Є. Ерліх, – це такий їх взаємозв'язок, який строго обмежений правоположеннями, або сучасною юридичною мовою – правовими формулюваннями. Проте «сукупність правоположень, – вони можуть бути розпорошені у праві юристів або в окремих законах або бути зібрані в кодексі, – ніяк не може

охопити весь правопорядок: вона ніколи не дасть нічого іншого, крім вирішення окремих протилежностей інтересів» [15, с. 214]. Поряд з правоположеннями, з одного боку, існують правові приписи, які не є правоположеннями, – «Правовий припис, який не пропонує судді певне зважування інтересів судді, а відсилає його до його власного або третіх осіб, експертів, не є правоположенням» (Є. Ерліх) [15, с. 278], – а з іншого, правові приписи можуть бути відсутніми, проте це не може означати, що запропонована судді на розгляд справа має залишитися без розгляду. Як бути в такому разі?

Одним із підходів до відповіді на це запитання є праворозуміння в сенсі невисловленого (історичним законодавцем) сенсового взаємозв'язку. В такому разі ідеться про чинність того, що хоча й може мати словесну форму, проте ця форма не буде істотною ознакою для визначення чинності сенсового взаємозв'язку правових норм. Можна сказати, що тут йдеться про загально-конкретну чинність права. В основу такої характеристики можна покласти філософсько-правову позицію К. Ларенца, згідно з якою, «якщо розвивають сенсовий взаємозв'язок правового інституту (і права взагалі) як конкретно-загального поняття в сенсі гегелівської філософії; то тоді з'являється абстрактне поняття, яке вимагається правилом, як необхідна односторонність, яка як така може бути розпізнана та скорегована із сенсового взаємозв'язку (конкретно-загального поняття) в крайніх випадках, в яких вона вела б до спотворення сенсу» [127, с. 15].

Такого роду сенсовий взаємозв'язок є основою так званої об'єктивної теорії права, точніше об'єктивної теорії тлумачення права, яка, як пише К. Ларенц, «була висунена в 1885 і 1886 рр. (тобто на самому початку творчої діяльності Є. Ерліха. – В. С.) майже одночасно трьома із найбільш відомих правових вчених часу, переважно Біндінгом, Вахом і Колером. ...

«Об'єктивна» теорія тлумачення не говорить тільки, що закон, одного разу виданий, як і кожне сказане або написане слово *може* припускати для іншої особи значення, про яке автор не думав, – це була б прописна істина,

– а вона говорить понад це, що, незалежно від цього, таке, що підлягає з'ясуванню «об'єктивне», іманентне закону значення є *юридично авторитетним*. Тому вона стверджує передусім принципову протилежність юридичного тлумачення щодо філологічно-історичного. В той час, коли це останнє прагне до того, щоб пізнати *той* сенс у словах, який *автор* зв'язав з ними, метою юридичного тлумачення є з'ясування розумного сенсу закону як об'єктивного сенсового цілого – як «духовного організму», як говорить Колер. Питання про суб'єктивні погляди і наміри законодавця, редакторів закону або окремих осіб, які беруть участь у законодавстві, було б при цьому невирішальним. Оскільки закон є «розумнішим», ніж його автор, і, одного разу набравши сили, він є в наявності неначе для себе самого. Його потрібно тому також тлумачити із себе, із власного сенсового взаємозв'язку. Всі три представники об'єктивної теорії тлумачення виходять при цьому із того, що право, якщо навіть постійно є «позитивним», то все ж за своєю суттю є «розумним» порядком. «Тепер знаходиться в понятті порядку поняття розумності», читаємо у Біндінга. Закон є за своєю суттю „розумною волею“ правової спільності і як такий – „духовним організмом“ (Колер), «константною живою силою» (Вах), «об'єктивною владою» (Біндінг). Тому, так роблять висновок, питання не в тому, «що бажає автор закону», а в тому що «бажає закон» (Колер); як мета тлумачення має бути позначена не «воля законодавців», а «воля права» (Rechtswillen), яка «знайшла своє вираження в правоположенні як елементі цілої правової системи» (Біндінг)» [127, с. 32-33].

Отже, сенсовий взаємозв'язок теоретично може мати суб'єктивну і об'єктивну форму. Тому виникає запитання: якої саме з них дотримувався сам Є. Ерліх?

Частково на це запитання відповідь дана вище, проте вона стосується лише випадку, коли в наявності є правоположення. У такому разі Є. Ерліх однозначно дотримується суб'єктивної теорії права, тобто теорії

висловленого сенсового взаємозв'язку правових норм. Іншою повинна бути відповідь у разі відсутності правоволоження, оскільки в цьому випадку Є. Ерліх у цілому не погоджується з Біндінгом, Вахом і Колером, як своїми сучасниками, чи тим же К. Ларенцом як найбільш відомими представником уже сучасної для нас об'єктивної теорії права.

Є. Ерліх тут частково і з застереженнями погоджується, мабуть, з менш претензійною позицією Бірлінга і Тона, які вважали що «все право складається із чистих норм, ... (причому не можна стверджувати. – В. С.), що норми існують цілком незалежно, вільно поряд: ... (адже. – В. С.) норми перебувають одна з одною у тісному (сенсовому. – В. С.) взаємозв'язку, ... спеціально норми, які з'являються у відомому відношенні як первісні норми, зумовлюють, принаймні, як правило, інші норми, які встановлюють за порушення перших заходи примусу» [54, с. 512], у випадку, коли йдеться про так зване ядро правового регулювання. Також можна вважати, що саме із цієї констатації, в основі якої лежить поділ на первинні та вторинні норми, батька нормативного позитивізму Дж. Остіна, виростає пізніше – в програмний період творчості – у Є. Ерліха поділ норм на норми для дій, організаційні норми та норми для вирішення та керування, імперативні норми. Сенсовий взаємозв'язок, зрозуміло, стосується не тільки поділу на первинні та вторинні норми, а є набагато продуктивнішим поняттям.

Однак він має своє межі, заповнені відповідними правоположеннями, за рамками яких існує поле для вільного правознаходження. Позиція Є. Ерліха в такому разі хоч і наближається, проте не збігається з об'єктивною теорією права, – телеологічною за своєю суттю, – оскільки він, навпаки, посилює значення одного із соціально-ідеальних факторів правового розвитку, а саме соціальної справедливості в неокантіанському дусі Р. Штаммлера [18, с. 28-29] та у власне дусі живого права, тобто вирішення проблеми у нього відбувається за рахунок посилення, по суті, каузально-об'єктивної складової праворозуміння.

Отже, можна вважати, що з погляду значення сенсового взаємозв'язку Є. Ерліх поступово займає в рамках теорії вільного правознаходження позицію, яка, відштовхуючись від суб'єктивної теорії тлумачення права, скеровується в напрямку об'єктивної теорії тлумачення права взагалі та сенсового взаємозв'язку правових норм зокрема і йде ще далі у напрямку так званого дальшого творення права в сенсі Савінії. Наприклад, Є. Ерліх хоч і вважає, що існує ««об'єктивний сенс» мовлення», проте визначає його як «свого роду середній сенс, а не сенс з погляду мовця й слухача» [28, с. 7], тобто все ж як індуктивно узагальнений людський сенс, а не як об'єктивний сенс у дусі понадлюдського мовлення. Таким чином, злиття суб'єктивної та об'єктивної теорії тлумачення у Є. Ерліха не відбувається, а поняття сенсового взаємозв'язку залишається у нього вузьким, суб'єктивним, висловленим живими, а не гіпостазованими вустами. Пояснимо це детальніше.

Поле для вільного правознаходження в Є. Ерліха розпадається на дві тісно переплетені частини. По-перше, на поле невизначених норм, тобто такого роду правових приписів, які не містять так чи інакше правоположення, і, по-друге, на поле прогалин у праві, тобто поле за межами наявних правових приписів взагалі, тобто і тих що містять правоположення, і тих, що їх не містять.

Розглянемо спочатку поле невизначених норм.

Оскільки Є. Ерліх вважає, що «у правоположенні автор указує правову справу або групу справ, які він вирішує, протилежності інтересів, підстави зважування інтересів, наданий вищому інтересу захист: усе це так, як він уявляв собі в душі в мить мовлення» (теза про комплексний характер норм для вирішення) [28, с. 19], то це означає, що є частина правових приписів, які містять зазначені реквізити, а є також частина правових приписів, які їх не містять. Останні якраз і є каучуковими нормами.

«Якщо правоположення вирішує справу, то все залежить при застосуванні тільки від тлумачення» [28, с. 54], пише Є. Ерліх, проте «право юристів припускає визнання, що юрист виконує творчу роботу, яка передбачає самостійне зважування інтересів і надання захисту» [28, с. 58], а це має місце тоді, коли правоположення не виключає нове право юристів тією мірою, якою воно надає ясне рішення.

До власне каучукових норма належать найперше правові принципи, оскільки «усі ці загальні принципи є за своєю суттю тільки політичними, частково у вузькому сенсі законодавчо-політичними вимогами; вони служать, отже, для пред'явлення інтересів, а не, як правоположення, для зважування інтересів» [15, с. 235], а також такі невизначені поняття, як: «природа речі, добрі звичаї, мовчазне волевиявлення, добросовісність, добра віра в договірних відносинах, особливо у французів (*bonne foi*), протиправність, особливо у кримінальному праві, мабуть, також стан крайньої необхідності, і в даний час, під впливом праць *Еріха Данца*, звичай обороту, який раніше в торговому праві як узанс (і також у моїй праці: Мовчазне волевиявлення) мав вужче, конкретніше значення. Для згаданих понять юриспруденція вже давно марно шукає визначення. Це не є випадковістю. Саме в їх невизначеності полягає цінність, яку вони мають для юриспруденції. Автор правоположення не склав жодного ясного уявлення для себе про правовідносини й протилежності інтересів, для яких воно (праваположення) повинно бути чинним, він задовольняється внаслідок цього тим, що натякає на них завдяки невизначеному поняттю і полишає його тлумачення на подальший розвиток юриспруденції у викладанні, літературі й правосудді» [15, с. 230]. У кінцевому рахунку тут ідеться, з одного боку і в цілому, про поняття правильного права в дусі Р. Штамплера, а з другого боку і зокрема, – про так звані каучукові норми, тобто усвідомлено невизначені правові норми.

Невизначеними будуть і такі норми, які мають сумнівний, відкритий, суперечний або неможливий характер. «Тоді повинно наставати власне

зважування інтересів і надання захисту уповноваженого на вирішення юриста, щоб доповнювати правоположення, якщо воно залишає сумнів, замінити, якщо воно залишає відкритим питання, від якого все залежить, розплутувати, якщо воно є суперечним, позбавляти сили, якщо воно вимагає неможливого» [28, с. 54]. Проте такого роду норми вже будуть містком до аналізу прогалин у праві, оскільки Є. Ерліх послідовно використовує той факт, що «супроти закону на континенті не може виникати ніяке право юристів, але, мабуть, може виникати на підставі тлумачення неповного, неясного або сумнівного правоположення» [28, с. 65]. У такому разі йдеться переважно про несвідомо невизначені правові норми.

Свідомо і несвідомо невизначені правові норми, відрізняючись за змістом, мають спільним між собою, а також з ситуацією наявності прогалин у праві те, що вони конкретизуються у формі зважування інтересів і надання захисту, які будуть здійснюватися, на думку Є. Ерліха, тим, хто застосовує право. Це означає, що в такому разі спільним у кінцевому рахунку буде визначення відповідних норм для вирішення.

Так, Є. Ерліх спеціально звертається до питання прогалин у статті від 1888 року «Про прогалини у праві», в якій він спочатку констатує, що «питання про те, чи існують прогалини у праві, часто висувалося й отримувало відповідь; зазвичай, негативну, подекуди на нього відповідали ствердно. ... вислів „прогалини у праві“ сприймається в цілком різному сенсі, залежно від того, чи на запитання дається ствердна відповідь, чи на нього відповідають негативно».

Ті, хто на запитання дають негативну відповідь, розуміють його в такому сенсі: чи можливо, що право покидає суддю повністю напризволяще, так що останній не тільки не знає, але й не може знати, як можна вирішити конкретну справу. Так висувалося питання багатьма іменитими письменниками: наприклад, Брінц'єм, Зрудловським, Брунс'ом. ... Суддя знаходить у праві відповідь на кожне запитання, яке ставиться

перед ним, якщо він його тільки вміє відшукати, і те, що приписує славетна ст. 4 Code Napoléon, може розглядатися у даний час як положення загального європейського права. ...

Цілком інакше розуміється питання прогалин у праві тими, хто дає на нього ствердну відповідь. Адже вони тоді запитують, чи могли б існувати справи, в яких суддя черпає рішення з іншого джерела, ніж із позитивного права» [54, с. 448], – а потім ставить питання: «Чи справді право містить вирішення всіх можливих питань?», на яке коротко відповідає: «Аж ніяк» [54, с. 447], тобто він визнає існування прогалин у праві, і далі докладно пояснює свою позицію, яка поступово стає однією з опор для формування поняття живого права. У цілому і загалом її можна сформулювати так: поряд із позитивним правом існує ще одне – живе – право, яке, однак, має справжнє управління лише тоді, коли позитивне є відсутнім.

У такому разі буде мати місце вільне правознаходження, проте це питання вже не тлумачення – в суб'єктивному чи об'єктивному – розумінні, а питання дальшого творення і перетворення права, тобто питання не правил, а принципів у сенсі Р. Алекса, який використовує інший критерій для поділу, ніж Є. Ерліх, у якого критерієм є добре відомий і Є. Ерліху, і українським юристам критерій узагальнення, згідно яким правила – це менш загальні норми, а принципи – більш загальні.

Головна функція правоположення полягає в обґрунтуванні правового рішення в тій чи іншій справі, якщо йдеться про застосування правової норми. Проте такого роду обґрунтування можливе тільки тоді, коли беруться до уваги всі належні норми. Такого роду взяття до уваги можливе тоді, коли текст нормативного акта являє собою зібрання норм (із загальною частиною), які в сукупності можуть обґрунтувати таке рішення. До того, як ці норми зібрані в сукупності як загально-конкретна норма ці норми являють собою загально-абстрактні норми, або, іншими словами, – складові елементи нормативного акта, які мають лише допоміжне несамостійне значення.

Функція норм для вирішення. за Є. Ерліхом, має подвійне значення: по-перше, служити містком між фактами права і правоположеннями (загально-абстрактними нормами). У такому разі норми для вирішення – це зміст правової норми, який утворюється в результаті тлумачення, узагальнення або обмеження. Факти права в такому разі служать для того, щоб поряд з текстом правової норми враховувалися також соціальні фактори (індивідуального або загального порядку), які спонукали до утворення відповідного правоположення. У цілому йдеться про так зване історичне тлумачення та тлумачення правочинів та інших факторів, які Є. Ерліх називає фактами права. Отже, норми для вирішення в такому разі являють собою загально-конкретні правові норми, призначені для обґрунтування правового рішення.

По-друге, норми для рішення можуть виникати власне із правоположень, якщо вони в них вміщені, незалежно від того, чи мають вони своїм джерелом так звані факти права. У такому разі їх загально-конкретна функція із зазначеним вище змістом стає ще більш очевидною, оскільки в чому інакше міг існувати сенс поділу на правоположення і норми для вирішення (без врахування фактів права), ніж у переході на загальному (ще не індивідуальному рівні) рівні від абстрактного – розібраного – стану речей, стану речей на папері, до конкретного – зібраного – можливо і на папері стану речей?

Отже, можна зробити висновок, що норми для вирішення в аспекті конституційної чинності права в строгому сенсі норм, які виводяться із конституції, являють собою загально-конкретні норми для обґрунтування правового рішення. Іншими словами, абстрактно-загальні та конкретно загальні поняття стають формою і змістом правової норми, перетворюючи її відповідно в абстрактно-правову норму (праваположення в термінології Є. Ерліха) та конкретно-правову норму (норму для вирішення в термінології Є. Ерліха).

Проте правові норми можуть не лише прямо виводитися із конституції, але просто нею визнаватися або санкціонуватися. У такому разі утворюється поле для вільного знаходження права, в рамках якого норми для вирішення також виконують функцію обґрунтування правового рішення, проте ґрунтується такого роду рішення не на правоположеннях, а на самостійній правознаходжувальній діяльності судді.

Отже, конституційна чинність права в конкретному й абстрактному сенсі являє собою форму визначення норм для вирішення в одному зі своїх аспектів, а саме: з погляду функції обґрунтування правового (судового) рішення, в рамках якої норми для вирішення є нормами для обґрунтування правового рішення у формі переходу від загально-абстрактної норми до загально-конкретної норми.

Покажемо, як це може відбуватися під кутом відношення норми для вирішення як правила в сенсі Р. Алексі, проте не простого, а кваліфікованого (компліксного правила) і субсумції.

Ідея норм для вирішення (нім. *Entscheidungsnorm*, англ. *norm for decision*: про термін див. [194]) – одне із найважливіших наукових досягнень її автора Є. Ерліха, яке просунуло далеко вперед побудову адекватної теорії норм і теорії юридичної аргументації. Водночас ця ідея ґрунтується на тому, що можна називати, якщо скористатися філософським поняттям, запропонованим у свій час О. Лібманом [195, с. 20, 91], «головною помилкою» Ерліха, яку можна сформулювати, в термінології Р. Алексі [5, с. 40-41], як своєрідний вибір на користь «чистої правило-моделі правової системи», тобто вибір на користь розуміння права як тільки системи правил, а не системи правил і принципів у сенсі Р. Алексі, тобто в сенсі розрізнення правил як норм, які можуть бути або виконані, або невиконані, а принципів як норм, які можуть бути виконані різною мірою. Те, як виправити цю помилку, потребує подальшого аналізу, результати якого можуть бути використані для розвитку сучасного праворозуміння. У цьому ми немов повторюємо шлях, пройдений О.

Лібманом, який називав головною помилкою І. Канта «річ у собі», бажання виправлення якої призвело до виникнення такого філософського напрямку, як неокантіанство, зокрема неокантіанство Р. Штаммлера, на тлі досягнень якого в юридичній площині розгортаються й сьогодні дискусії серед юристів і філософів, а наявність аналогічної «помилки» в Є. Ерліха підтверджується, зокрема, його схвальним відгуком на тезу Офнера, який писав, що основоположення права (= правові засади, загальні принципи) не є нормами тощо [28, с. 20]. Виправлення цієї помилки можливі за рахунок поділу норм на правила і принципи в сенсі Р. Алексі, який ґрунтується ідеї тісного зв'язку права і моралі і може ґрунтуватися, на нашу думку, на тісному зв'язку права, моралі і соціуму.

Поділ правових норм на правила і принципи запропонований Р. Дворкіним у статті «Модель правила», опублікованій в 1967 році [196, с. 40] (докладніше про такий «нормотеоретичний базис» (Р. Алексі) див. також [197, с. 3-4; 172, с. 771-772; 198] та ін.). В основу цього поділу була покладена ідея, що норми можна розрізняти згідно з тим, яким – абсолютним чи відносним – ефектом у частині їхньої, в т.ч. взаємної, чинності вони володіють. Відносний ефект веде до принципів, а абсолютний до правил. Р. Дворкін при цьому виходив із того, що існує єдино правильне рішення [5, с. 35], а тому його підхід можна назвати крайнім.

Ідея поділу норм на правила і принципи отримала сильний поштовх у 1970 роки, коли її запозичив і розвинув Р. Алексі, причому цей розвиток триває до наших днів [174]. Р. Алексі підхопив основний критерій Р. Дворкіна для поділу, тобто різний правовий ефект правових норм, проте заперечує існування одного єдино правильного рішення. Тому його підхід можна вважати помірним.

Існує ще одна обставина, спільна для Р. Дворкіна і Р. Алексі, а саме надання великої уваги так званому «виміру ваги» (*dimension of weight*, Р. Дворкін) [197, с. 183], який у Р. Алексі реалізується у формі не тільки

розрізнення правил і принципів, але й відповідно субсумції та зважування [143].

Отже, підходи Р. Дворкіна і Р. Алексі мають спільні та відмінні риси, що ставить проблему вибору крайнього (Р. Дворкін) чи помірною (Р. Алексі) підходу. В нашій роботі ми дотримуємося помірною підходу Р. Алексі, тобто також вважаємо, що єдино правильного рішення – інколи – не існує.

Проте таке розуміння потребує певного доповнення. Потрібно взяти до уваги той факт, що Р. Алексі хоч і визнає так званий валідний, тобто пов'язаний з чинністю і дієвістю права, тріалізм осмислення права у формі аналітичного, нормативного й емпіричного вимірів (див. вище [142, с. 155]), проте віддає практично всю свою увагу такому аспекту нормативного виміру права, як його моральний бік, відсуваючи емпіричний вимір на другий план. У такому разі ми намагаємося збалансувати нормативно-моральний і емпіричний (соціальний, соціологічний) виміри права, тобто віддаємо належне ідеям, сформульованим у свій час Є. Ерліхом, який, до речі, вчинив якраз навпаки [14, с. [VII]].

Викладене в цьому розділі нашої роботи стане зрозумілішим, якщо докладніше викласти основні положення статті Р. Алексі «Ідея і структура розумної правової системи», які вже скорочено згадувалися вище. У цій статті Р. Алексі аналізує поняття трьох моделей правової системи – «чистої правило-моделі», «правило/принципи-моделі» і «правило/принципи/процедура-моделі» [5, с. 40-43]. У першому випадку йдеться після згадки про те, що базисом теорії правової системи як системи норм є розрізнення правил і принципів, про те, що: «Правила і принципи розрізняються тим, що принципи є *веліннями оптимізації*, тоді як правила мають характер *дефінітивних велінь*. Як веління оптимізації принципи є нормами, які велять, щоб дещо було реалізовано відносно правових і фактичних можливостей якомога вищою мірою. Це означає, що

вони можуть бути виконані в різному ступені і що велена міра їхнього виконання залежить не тільки від фактичних, але й від правових можливостей, які визначаються, крім за допомогою правил, істотно за допомогою зворотних принципів. Останнє імплікує те, що принципи здатні до зважування і його потребують. Зважування є характерною для принципів формою правозастосування. Усупереч цьому, правила є нормами, які завжди тільки або можуть бути виконані, або невиконані. Якщо правило чинне і застосовне, то тоді велено робити точно те, що воно вимагає, не більше і не менше. Правила містять у цьому сенсі запровадження у просторі фактично і юридично можливого. Вони не є ні здатними до зважування, ні такими, що його потребують. Характерною для них формою правозастосування є субсумція» [5, с. 40].

Усе це дозволяє Р. Алексі сказати, що, по-перше, «в чистій правило-моделі право складається винятково із правил. Це веде до своєрідного сполучення зв'язаності і певності на одному боці і відкритості і непевності – на іншому» [5, с. 40]. По-друге, «інша річ правило/принципи-модель, отже, теорія правової системи, згідно з якою така система складається – що стосується рівня норм – як із правил, так й з принципів. У цій моделі у принципі зберігається, з одного боку, сила зв'язаності рівня правил. З іншого боку, необхідна прогалина раціональності чистої правило-моделі закривається тією мірою, якою принципи завжди є доречними, і тому неможливий випадок, який не міг би бути вирішений за допомогою правових критеріїв у формі принципів» [5, с. 40]. Для наших цілей достатньо опиратися далі тільки на «правило/принципи-модель» правової системи у викладеному вище сенсі, з'ясованому Р. Алексі, який потрібно доповнити тим, що принципи можуть мати не тільки правове і моральне, але й соціальне походження.

Звернемо увагу на те, що застосування правових норм у формі правил відбувається на основі поділу таких норм на основні та допоміжні (про цей поділ, див., зокрема: [153, с. 48-51, 51-54; 6, с. 46-58; 7; 160; 161] взагалі й

основних норм на правообґрунтувальні та правозаперечні зокрема. Відзначимо, що правозаперечні норми поділяються на абсолютні і відносні. В основі такої констатації лежить, наприклад, те що стверджує, скажімо, Р. Циппеліус: «У практичних ситуаціях, з якими має справу юрист, він зазвичай з'ясовує ті чи інші (або всі можливі) правові наслідки. ... Отже, юридичні міркування починаються з пошуку однієї чи багатьох правових норм, що встановлюють шуканий правовий наслідок (наприклад, обов'язок розпочати кримінальне переслідування чи обов'язок відшкодувати завдані збитки). Тобто вирішення питання по суті полягає в тому, аби перевірити, чи виконуються відповідні юридичні склади однієї або багатьох норм, наприклад – норм щодо кримінального покарання чи відшкодування завданих збитків. ...

Передумови певного правового наслідку нерідко мають бути віднайдені в багатьох окремих приписах і об'єднані однією нормою. Сукупність усіх ознак юридичного складу, яким має відповідати конкретна життєва ситуація, у такому разі буде «сконструйована» з «основного юридичного складу» і додаткових (визначальних і доповняльних) положень Як «основний склад» фігуруватиме та норма, з якої випливає шуканий правовий наслідок» [6, с. 46-47]. Я. Шапп немов конкретизує сказане у напрямку, який нас цікавить: «Передумови правоправежу (нім. Rechtsanspruch, рос. правопритязание) в кожному випадку підлягають перевірці у строго певній послідовності. Цей **порядок правоправіжних передумов** є важливим орієнтиром у роботі юриста. Спочатку перевіряються передумови, які юридично обґрунтовують даний правіж (**правопороджуючі передумови**). Потім іде аналіз негативних передумов, які з самого початку в принципі перешкоджають виникненню обґрунтованого правежу (**правоперешкоджаючі заперечення**). Потім іде перевірка знову-таки негативних передумов. У разі їхньої наявності обґрунтований правіж, який першопочатково виник, погашається (**правопогашаючі заперечення**). Якщо ж правоправіж обґрунтований,

його становленню ніщо не заважає, і, нарешті, відсутні передумови, які руйнують даний правіж, то необхідно перевірити, чи немає обставин, які затримують реалізацію даного правезу (**правогальмуючий протест-застереження**)» [153, с. 51].

Тези Р. Циппеліуса і Я. Шаппа якраз і можна, з одного боку, узагальнити так, як ми це зробили вище: існує три типи основних норм (правообґрунтовальні і правозаперечні, які розпадаються на абсолютні і відносні), а з іншого боку, основні норми можна функціонально ототожнити з нормами для вирішення, які в такому разі будуть розділятися так само, як і основні норми, що саме і означає, що існує три типи норм для вирішення: правообґрунтовальні і 2 типи правозаперечних норм для вирішення. Останнє ототожнення пояснюється тотожністю функцій норм для вирішення і основних норм, а саме: йдеться про утворення правового правила, яке має захистити інтереси одного з учасників суперечки, причому завжди одним із трьох способів, що свідчить що відношення між такими способами є контрарним. Кожна із трьох утворених у такий спосіб норм для вирішення (= основних норм) застосовується у формі субсумції.

Р. Алексі будує свою теорію раціонального юридичного дискурсу як особливий випадок теорії загального практичного дискурсу. За аналогією цією ідеєю можна скористатися для того, щоб показати, з урахуванням сказаного вище про питання чинності права, що норми для вирішення є особливим випадком правил у сенсі Р. Алексі. Так, Р. Алексі пояснює своє розуміння правил як норм, які можуть бути виконані, або невиконані на прикладі двох суперечливих норм, одна з яких маж федеральне, тобто вище, а інші земельне, тобто нижче походження. Той факт, що одна норма є виконуваною, в Р. Алексі означає, що вона є чинною, а той факт, що суперечна норма не є виконуваною означає, що вона є нечинною, а тому у разі скасування вищої норми нижча норма не набуває автоматично повного правового значення, тобто вона не може, на думку Р. Алексі, автоматично вважатися чинною.

Таке розуміння можна взяти за основу для визначення поняття норм для вирішення як альтернативних норм, проте воно потребує в такому разі істотного уточнення, яке, однак, не скасовує того факту, що норми для вирішення і справді можна вважати особливим випадком правил у сенсі Р. Алексі.

Так, комплексна аналітична структура норм для вирішення, яка полягає в тому, що існує три типи норм для вирішення, може бути узагальнена до того, що існує в цілому два типи норм для вирішення, а саме правообґрунтовальні і правозаперечні норми для вирішення. На перший погляд здається, що такий поділ повністю може ґрунтуватися на критерії втрати чинності однією нормою і збереження чинності іншою нормою. Проте це не так, оскільки, на наш погляд, норми для вирішення, будучи чинними нормами, зберігають свою чинність незалежно від того, яка – правообґрунтовальні чи правозаперечна – норма для вирішення застосовується в конкретному випадку. Ідеться про те, що контрадикторне відношення «або ..., або ...», яке і справді існує між двома основними типами норм для вирішення, може мати місце на іншій підставі, ніж у Р. Алексі, – на підставі застосовності однієї норми і незастосовності іншої. У такому разі можна сказати, що норми для вирішення є особливим випадком правил у сенсі Р. Алексі тому, що вони поряд з критерієм чинності, яким користується Р. Алексі, використовують передусім критерій застосовності, який експлікований нами вище. Цей останній критерій дозволяє показати, що відношення між нормами для вирішення є альтернативним в тому розумінні, що завжди можуть застосовуватися або правообґрунтовальні, або правозаперечні норми. Така альтернатива контрадикторна.

Однак логічне відношення суперечності може мати і контрарний характер. Саме на нього ми опиралися тоді, коли аналізували комплексний характер норм для вирішення. У такому разі йдеться про те, що можна уявити точніше відношення між нормами для вирішення, яке бере до уваги

той факт, що у праві існує два види заперечень – абсолютні і відносні. Це дозволяє говорити про контрарну альтернативу між нормами для вирішення, яка якраз розкривається за допомогою визначення норм для вирішення як комплексних норм.

Отже, можна зробити висновок, що норми для вирішення – це в цілому і загалом альтернативні правила в сенсі Р. Алексі, проте при цьому істотне значення має той факт, що при цьому йдеться не тільки і не стільки про питання чинності правових норм, а про питання їхньої застосовності.

Важливо, що існує два типи альтернативності норм для вирішення – контрарний і контрадикторний, причому в першому випадку йдеться про альтернативу між правообґрунтовальними і правозаперечними нормами для вирішення, а в другому – про альтернативу між правообґрунтовальними, абсолютними і відносними правозаперечними нормами для вирішення.

3.3. Норми для вирішення як результат зважування принципів

Вище ми показали, як ідея норм для вирішення може бути розвинена на основі переважно поняття чинності у вузькому значенні. При цьому ми опиралися на той факт, що існує ще два типи чинності, причому вони можуть називатися й без використання слова «чинність», а саме «виміром ваги», коли йдеться про застосування правових і/або моральних принципів у сенсі Р. Алексі, та «дієвістю», коли йдеться про соціальні норми, в т.ч. ті, які є результатом застосування правових і/або моральних норм. Отже, існує ще два напрямки для розгортання відповідної ідеї. У цьому розділі ми в основному будемо опиратися на наукову позицію Р. Алексі в частині відношення виміру ваги і принципів як велінь оптимізації, а в наступному – на наукову позицію Є. Ерліха, яка називається вільним правознаходженням, в основі якої лежить усвідомлення нормативної сили фактичного і поняття фактичної чинності. Останнє дозволяє стверджувати,

зокрема, що емпіричний вимір права є, з одного боку, субсидіарним, точніше субсубсидіарним виміром, якщо субсидіарним вважати метанормативний вимір права, а з іншого боку, метанормативними виміром, оскільки серед емпіричних аргументів, які можуть бути використані в юридичній аргументації для формування універсальної правової норми, про яку говорить Р. Алексі (див. вище), деякі аргументи мають подвійну – нормативно-емпіричну природу, наприклад, природа речі, а інші – чисто емпіричні аргументи, наприклад, результати демоскопічних досліджень, – можуть отримати нормативне значення, в тому разі, якщо вони зможуть бути успішно використані у процесі юридичної аргументації.

Отже, норми для вирішення в сучасному праві можна розуміти як такі правові норми, які є результатом утворення як на основі нормативного акта, так і на іншій основі підсумкової норми, яка справді може бути застосована. У першому випадку потрібно конкретизувати і витлумачити існуючі основні і допоміжні норми та утворити норму для вирішення. Проте як бути тоді, коли це – з тих чи інших причин – зробити не вдається? Відповідь на це запитання можна дати, якщо перейти від валідної складової тези Дворкіна/Алексі до її деліберативної складової, тобто до аналізу того значення, яке норми для вирішення мають у так званому вимірі ваги, тобто у процесі застосування принципів як велінь оптимізації. Застерігаємо, що принципи тут і далі розуміються тільки як веління оптимізації, від інших особливостей ми при цьому абстрагуємося. Така відповідь спонукає ще раз поглянути на поділ норм на правила і принципи в контексті інклюзивного позитивізму.

Так, Р. Алексі виділяє два види позитивізму – інклюзивний і ексклюзивний позитивізм і три види позитивізму – ексклюзивний, інклюзивний і суперінклюзивний позитивізм. У контексті застосування принципів має значення тільки проблема інклюзивного позитивізму тому, що в такому йдеться, власне кажучи, про використання так званої

формули Радбруха, з одного – негативного – боку, та можливість використання інших моральних аргументів у процесі юридичної аргументації, з іншого – позитивного – боку. Це означає, що суддя має управління, об'єктивне по суті, відмовитися від застосування тих чинних – конституційно – законів, які є вкрай несправедливими. Як говорить сам Радбрух, «конфлікт між справедливістю й правовою стабільністю міг би бути вирішений у тому розумінні, що позитивне й наділене владною санкцією право має пріоритет навіть тоді, коли воно за змістом несправедливе й недоцільне. Винятки становлять лише ситуації, коли чинний закон стає настільки кричущо несумісним зі справедливістю, що закон як „несправедливе право“ заперечує справедливість» [199, с. 9, 233-234]. Зрозуміло, що такого роду ситуація може мати місце не тільки в аспекті конституційної чинності, про яку говорить Радбрух, але й контексті фактичної чинності, тобто, інакше кажучи, не лише в контексті власне чинності позитивного права, але й у контексті його дієвості, причому в обох випадках ідеться про дуже важко виконуваний на практиці процес, практично такого роду процес, який може бути реалізований у більшості випадків не актуально, а постфактум і ретроспективно. В позитивному і водночас загальному плані йдеться про те, що моральні норми можуть мати юридично-релевантне значення, про яке йшлося вище.

Розуміння у формі інклюзивного непозитивізму поєднує в собі сильні сторони двох попередніх версій непозитивізму права, а саме поняття крайньої несправедливості репрезентує при цьому трансцендентний бік непозитивного права, а як справедливе, так і несправедливе, але таке, що не переходить межу крайньої несправедливості, позитивне і непозитивне право – іманентне право.

Норми для вирішення можна розуміти як форму, яку мають набути норми не тільки позитивного, але й непозитивного права у процесі застосування права. Таке розуміння обґрунтовується як кодифікаційною

технікою, так і потребою віддавати належне моральним і соціальним аспектам у процесі застосування права.

У юридичній методології склався традиційний і сучасний напрямки, в яких ідея норм для вирішення знаходить те чи інше вираження (про традиційні напрямки див. [200, с. 109-139]). До традиційних методологічних напрямків прийнято зараховувати юриспруденцію понять, яка стала предметом критики для Є. Ерліха, юприпруденцію інтересів, до якої пізній Ерліх приєднується і юриспруденцію оцінок [201], яка виникає вже після смерті Є. Ерліха, а найвідомішим представником якої є К. Ларенц, на праці якого ми посилалися вище. Теорія юридичної аргументації як методологічний напрямок виникає ще пізніше, причому вона репрезентує сучасну юридичну методологію, особливістю якої є увага не до аналізу сенсу норми, а до аналізу претензії права на правильність. Найбільш відомою і, на наш погляд, такою, що заслуговує на увагу в контексті подальшого розвитку ідеї норм для вирішення, є теорія раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі. Ця теорія цікава принаймні в двох аспектах: по-перше, вона не тільки бере до уваги ідею норм для вирішення Є. Ерліха, але й, по-друге, вона пропонує оригінальну теорію принципів як норм, застосування яких має вести до формування норм для вирішення. Водночас вона має й істотний недолік, який ми маємо намір усунути в наступному підрозділі нашої роботи. Цей недолік полягає в тому, що дискурстеорія Р. Алексі, з одного боку, переоцінює значення моральних аргументів, а з іншого – вона недооцінює значення соціальних аргументів, яким надавав таке велике значення Є. Ерліх. Теорію правових і/або моральних принципів Р. Алексі можна називати простою теорією принципів, оскільки вона бере до уваги переважно правові і/або моральні аргументи, нормативна природа яких безспірна. Теорію принципів, яка поряд з цим, тобто субсидіарно зважає і на соціальні або емпіричні аргументи, належить називати складною (кваліфікованою) теорією. Аналіз цих теорій потрібно розпочати, зважаючи на щойно сказане, з теорії

принципів Р. Алексі як теорії формування норм для вирішення із можливістю залучення переважно моральних аргументів на допомогу власне правовим аргументам.

Теорія принципів Р. Алексі розробляється ним передусім у його «Теорії основних прав», яка вийшла у світ у 1985 році, а потім перевидавалася як стереотипне видання. Основи цієї теорії Р. Алексі викладає і в наступних публікаціях, серед яких варто виділити статтю «Формула ваги» (2003), де пропонується істотна новела, яка немов завершує формування теорії принципів в її основних рисах.

Теорія принципів Р. Алексі є складовою частиною теорії долучених норм. Так, він бере до уваги той факт, що існують норми, які статуюються не безпосередньо текстом конституції, а радше долучаються до норм, безпосередньо статуєваних текстом конституції. Це виправдовує називати їх «*долученими нормами*». Отже, норми основних прав можна поділити на дві групи: на норми основних прав, які безпосередньо статуєвані текстом конституції, та долучені норми основних прав [25, с. 60]. Теорія принципів – це теорія, яка дозволяє раціонально визначити, які норми можна долучити до позитивного права, а які не можна. Сказане Р. Алексі про конституційні права можна поширити і на інші галузі права та вважати, що теорія долучених норм має універсальне значення.

Зауважимо, що Р.Алексі не випускає з уваги той факт, що до безпосередньо статуєваних законодавцем чи конституєдавцем норм долучаються дуже різні норми. Трудність, яка при цьому виникає, може бути усунена тільки тоді, коли може бути вказаний критерій, який дозволяє розрізнити в потенційно необмеженому класі кандидатів для долучення між тими, які є нормами основних прав, і тими, які такими не є. У розрахунок береться, з одного боку, емпіричний, а з іншого, – нормативний критерій [25, с. 60-61].

Теорія принципів у Р. Алексі демонструє той факт, як береться до уваги нормативний, точніше метанормативний критерій тоді, коли

потрібно застосувати не правила, а принципи, причому незалежно від того, чи йдеться про правові принципи, чи про правові і моральні, чи тільки про моральні принципи. Отже, при цьому реалізується ідея про те, що якщо юридично-релевантний принцип, тобто принцип, який може бути залучений при розгляді правової справи, стає основою для ухвалення правового рішення, що набуває законної сили, то цей принцип набуває у процесі юридичної аргументації правової чинності, незалежно від того, яку чинність він мав на початку юридичної аргументації.

Теорія принципів Р. Алексі докладно це пояснює. За основу береться, як уже викладено вище, розрізнення правил і принципів, з одного боку, і субсумції і зважування, з іншого. Продовжується аналіз у напрямку, по-перше, докладнішого визначення поняття принципів, по-друге, в напрямку визначення поняття зважування, і, по-третє, визначення норм для вирішення як результату зважування принципів, який долучається до норм позитивного права.

Питання про те, як Р. Алексі розуміє принципи, доцільно розбити на два підпитання: по-перше, як цей автор визначає поняття принципів і зважування як форми застосування принципів, і, по-друге, що є основою для такого розуміння. Відповідь на перше питання можна знайти у вже згаданій «Теорії основних права» і численних інших публікаціях, тоді як остаточна відповідь на друге питання дається в опублікованій в 2017 році статті, яка називається «Ідеальне належне і оптимізація» [174]. Р. Алексі резюмую свою теорію принципів у статті «Головні елементи теорії подвійної природи права» (2009) так: система демократичного конституціоналізму залишалася б неповною без теорії принципів. Базисом теорії принципів є нормотворчеське розрізнення правил і принципів. Принципи – це веління оптимізації. Вони вимагають, щоб дещо було реалізовано відносно фактичних і правових можливостей якомога вищою мірою. Їхньою формою застосування є зважування. Правила всупереч цьому – це норми, які дефінітивно щось велять, забороняють або

дозволяють. Вони є в цьому сенсі дефінітивними веліннями. Їхньою формою застосування є субсумція.

Теорія принципів – це система імплікацій цього розрізнення. Ці імплікації стосуються всіх областей права. Це має значення, як з'ясовано, навіть для поняття права. Правильне врівноваження між принципами правової певності та справедливості вимагає того, що екстремне неправо не може бути правом, але нижче порога екстремного неправ несправедливість не усуває правовий характер або правову чинність. Свою головну роль теорія принципів відіграє у випадку з основними правами. Найважливішою підставою для цього є взаємне відношення імплікації характеру принципів і основоположення пропорційності. Основоположення пропорційності з його трьома субосновоположеннями придатності, потрібності і пропорційності в вузькому сенсі логічно впливає із характеру принципів, а цей характер із нього. Це означає, що тоді, коли основні права мають характер принципів, має чинність основоположення пропорційності, і що тоді, коли основоположення пропорційності має чинність, основні права мають характер принципів.

Субосновоположення придатності та потрібності вимагають оптимізації відносно фактичних можливостей. При цьому йдеться не про зважування, а про уникнення таких втручань в основні права, яких можна уникнути без витрат для інших принципів, тобто Парето-оптимальність. У випадку з основоположенням пропорційності (*Verhältnismäßigkeit* або *Grundsatz der Proportionalität*), ідеться всупереч цьому про оптимізацію відносно правових можливостей. Правові можливості істотно визначаються, крім правил, зворотними принципами. Це поле зважування, оскільки зважування зводиться не до чогось іншого, як до оптимізації відносно зворотних принципів. Тому теорія принципів – це передусім теорія зважування.

У «Теорії основних прав» я (пише Р. Алексі) намагався досягнути структуру зважування за допомогою двох законів: колізійного закону і

закону зважування. Тут буде цікавити тільки закон зважування. Він звучить так:

Чим вищий ступінь невиконання або ураження одного принципу, тим більшою мусить бути важливість виконання іншого.

Закон зважування виражає ядро структури, яка може бути досягнута повністю і точно за допомогою формули, яку я назвав «формулою ваги»:

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

$G_{i,j}$ означає конкретну вагу принципу P_i відносно колідуючого принципу P_j . Якщо $G_{i,j}$ більша за 1, то перевершує P_i ; якщо $G_{i,j}$ менша за 1, то перевершує P_j . Якщо $G_{i,j}$ набирає значення 1, то існує пат або рівновага, для розв'язання якої потрібні подальші міркування. Формула ваги дефініює $G_{i,j}$ як відношення (частку) добутку щораз трьох факторів. На боці P_i це інтенсивність втручання в P_i (I_i), абстрактна вага P_i (G_i) і надійність емпіричних припущень про те, що означає проведення заходу, який потрібно кваліфікувати, для нереалізації P_i (S_i). Протилежностями на боці P_j є інтенсивність втручання у P_j , яке настало б через невтручання у P_i (I_j), абстрактна вага P_j (G_j) і надійність емпіричних припущень про те, що означало б утримання від заходу, який потрібно кваліфікувати, для реалізації P_j (S_j).

Ці шість факторів можуть бути оцінені за допомогою таких шкал, як «легко» (l), «середньо» (m) і «тяжко» (s), витончення яких хоч і сповна можливе, але на підставі природи конституційного права швидко наштовхується на межі. Щоб обчислити значення $G_{i,j}$, потрібно до l , m і s долучити числа. Для цього пропонується геометрична послідовність $2^0, 2^1, 2^2$, отже, 1, 2, 4.

Можна було б подумати, що цим аргументація замінювалася б калькуляцією і що це в праві не було б можливим. Проте цьому можна протиставити те, що числа не замінюють судження або пропозиції, а лише репрезентують. P_i стоїть замість основного права на свободу

висловлювання думки. Якщо для I_i підставляється значення 1, то тоді 1 репрезентує судження «Втручання у свободу висловлювання думки є легким». Таке судження потребує, як і будь-яке судження, виправдання за допомоги аргументів. Тут має значення те саме, що у випадку з засновками формули субсумції. Це увиразнює те, що формула ваги – це не що, як форма аргументу практичного дискурсу. Як форма аргументу формула ваги є не конкурентом, а елементом раціонального практичного дискурсу.

Цим теорія принципів сполучає теорію основних прав і теорію аргументації до необхідної єдності. Якщо додатково враховувати, що на цьому базисі можлива теорія ігрових просторів законодавця, яка дозволяє розумно відмежувати компетенції конституційного суду від компетенцій парламенту, то тоді головні елементи системи демократичного конституціоналізму зібрані разом. Якщо ідеальне можна примирити з реальним, то (тільки) в цій спробі інституалізації розуму [41, с. 164-166].

Отже, якщо підсумувати щойно сказане, теорія принципів Р. Алексі – це аргументаивна субтеорія норм, які застосовуються у процесі зважування за допомогою формули ваги.

В основі цієї теорії лежать дві «аксіоми теорії принципів». Їх можна сформулювати за допомогою оператора можливості \diamond , причому O означає «обов'язково», i – «ідеально», r – реально, p – змінну, $\&$ – «і», а \neg – «не», так:

$$(3) \quad \diamond (O_i p \ \& \ O_i \neg p)$$

$$(4) \quad \neg \diamond (O_r p \ \& \ O_r \neg p).$$

Формулювання (3), яке можемо називати „аксіомою 1“ або „першою аксіомою“, говорить, що суперечність норм на ідеальному рівні можлива в тому сенсі, що обидві норми зберігають свою чинність. Формулювання (4), яке ми можемо називати „аксіомою 2“ або „другою аксіомою“, говорить, що на реальному рівні суперечність норм неможлива в тому сенсі, що обидві норми зберігають свою чинність. Це робить експліцитним різні

структури розв'язання конфліктів, з одного боку, між принципами і, з іншого боку, між правилами. Колідуючі принципи та їхні імплікації в конкретних випадках зберігають свою чинність, навіть якщо вони переважають інший принцип. Це означає, що колізія розв'язується у вимірі ваги, а не у вимірі чинності. На противагу цьому, конфлікт правил розв'язується у вимірі чинності, а саме завдяки тому, що або обидва правила оголошуються цілковито невалідними, або в одне із двох правил включається застереження про виняток, що являє собою парціальне оголошення невалідності. Дуже велике значення має те, як конфлікт у контексті ідеального належного, так і конфлікт у контексті реального належного є конфліктами норм. Цим ми досягаємо першого проміжного результату. Ідеальне належне, і водночас принципи існують тоді, коли конфлікти норм існують у контексті ідеального належного, а принципи необхідні тоді, коли розв'язання цих конфліктів може бути адекватно реконструйоване на базисі першої аксіоми [174, с. 19].

Залишається показати, як працює зазначена теорія у процесі формування норм для вирішення. Один приклад, який завершується створенням норми про ресоціалізацію у справу про вбивство солдатів у Лебаху, вже був наведений вище. Повніше проілюструвати теорію зважування принципів можна на прикладі, який пропонує Р. Алексі у статті «Формула ваги». Так, він розглядає справу, в якій ідеться про класичну колізію між свободою думки і правом особистості. Сатиричний журнал «Титанік» (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» (Krüppel). Верховний суд землі Дюссельдорф присудив «Титаніка» за скаргою офіцер запасу до виплати грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків у розмірі 12.000 НМ. «Титанік» 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 Основного Закону) і загальним правом особистості офіцера запасу (ст. 2, абз. 1 у сполученні зі ст. 1, абз. 1 Основного Закону). З цією метою визначається і співвідноситься інтенсивність ураження цих прав. Присудження грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків класифікується як «стійке», отже, *тяжке* втручання у свободу думки, навіть якщо це втручання відбувається не за допомогою рішення кримінального суду, а тільки за допомогою рішення цивільного суду. Це обґрунтовується передусім тим, що грошове відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків могли б зменшити майбутню готовність зачеплених осіб компонувати свій журнал так, як вони це робили дотепер. Найменування «природж. вбивця» потім поміщається в контекст опублікованої «Титаніком» сатири. У ній кілька осіб у «помітно несерйозний» спосіб, на який наклала свій відбиток гра слів аж до «дурощів» називаються якимось природженими, тодішній Федеральний президент Ріхард фон Вайцзеккер, скажімо, як «природж. бургер». Такий контекст виключав би вбачання в цьому найменуванні «недозволеного, тяжкого, протиправного порушення права особистості». Отже, ураженню права особистості відміряється, у всякому разі, *середня*, можливо, навіть тільки *мізерна* інтенсивність. Цьому відповідає *середня*, можливо, тільки *мізерна* важливість захисту особистості офіцера запасу за допомогою призначення грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків. Згідно з такими градаціями твердо встановлюється перша частина рішення. Щоб виправдати присудження грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків як *тяжке* втручання в основне право свободи думки, ураження права особистості, яке повинно врівноважуватися за допомогою 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 допомогою призначення грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків велика. Це обґрунтовується тим, що називання того, хто отримав тяжке тілесне ушкодження (або тяжку душевну травму) сьогодні «калікою» загалом «розуміється як приниження» і виражає «зневагу». Тяжкому втручанням в свободу думки протистоїть, отже, висока важливість захисту особистості. У такій ситуації Федеральний конституційний суд доходить висновку, що не можна усвідомити «ніякого хибного визначення ваги на шкоду свободі висловлювання думки». Тому конституційну скаргу «Титанік» обґрунтував тільки тією мірою, якою було накладено стягнення грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків за називання «природж. вбивцею». Тією мірою, якою це воно мало стосунок до називання «калікою», вона була необґрунтованою.

Можна тепер сперечатися, чи є називання «природж. вбивцею» фактично тільки середнім або легким втручанням. Тут має значення тільки те, що навряд чи потрібно сумніватися в тому, що як стягнення грошового відшкодування за заподіяння нематеріальних збитків, так і називання «калікою» дуже інтенсивно завдає шкоду відповідному принципу. На боці того, хто отримав тяжке тілесне пошкодження або душевну травму, це можна кваліфікувати ще далі. Федеральний конституційний суд влучно констатує, що називання того, хто страждає на поперечний мієліт, «калікою» виражає приниження і неповагу. Таке публічне приниження і висловлювання і відмова у повазі наносить удар по гідності того, кого так називають. Це не тільки просто тяжке, а дуже тяжке або надзвичайно тяжке заподіяння шкоди. З ним надійшла область, в якій заподіяння шкоди

навіть чи ще можуть бути виправдані за допомогою посилення підстав для втручання. Тому справа про «Титанік» є не тільки прикладом того, що шкалювання, які можуть бути осмислено поставлені у відношення одне до одного, можливі також там, де йдеться про такі нематеріальні блага, як особистість і вільна мова, а також прикладом того, що в основних правах таяться як принципи сили, які встановлюють шляхом зважування межі, які хоч і не можуть бути усвідомлені недвижно і вільно від зважування, але є твердими і ясними (про справу див. [172, с. 774-776]).

Якщо зіставити справи про «Титанік» і вбивство у Лебаху, то в останньому випадку експліцитно, а в першому імпліцитно йдеться про формування норм як результату зважування принципів. Так, і справі про «Титанік» такою нормою є правило, завдяки якому задовольняється відповідна вимога, яке було утворено як результат зважування, причому умовами застосування цього правила є умови переваги одного принципу над іншим, а правовим наслідком – правовий наслідок принципу, що переміг (Р. Алексі) [202].

Теорія принципів Р. Алексі є теорією, яка є інтегративною в тому сенсі, що застосування правил і принципів відбувається окремо в рамках двох форм застосування права – субсумції та зважування.

Проте в юридичній методології існує і фундаментальна теорія застосування норм, в якій субсумція і зважування інтегруються. Такою є теорія Т. Ріма, представника такого традиційного напрямку в юридичній методології, як юриспруденція оцінок. Так, Т. Рім вважає, що можлива інтеграція зважування в модель субсумції: було б занадто поверхово називати обидві операції альтернативними операціями праводобування, з яких залежно від структури відповідної норми може бути застосована то одна, то інша. Скоріше 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 – щораз може 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 і 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-густо містить децизіоністський або волітивний елемент.

Зважаючи на цю інтегративну модель, потрібно розрізнити зважування принципів аргументів у рамках дальшого творення права, яке виходить за межі закону, і для заповнення неповних (або невизначених) правових норм. Також там зважування інтегроване, щоправда, в модель субсумції, тим що суддя може скористатися для заповнення нормативних прогалів (тобто неповноти законного регулювання) принципами, які перебувають поза нормою, для того щоб замінити поза дослівним текстом закону законодавче зважуванням принципів. Принципові аргументи в дальшому творенні права, які тут маються на увазі, є тим часом тільки особливою формою телеологічної та систематичної інтерпретації, тобто шляхом добувати аргументи із мети закону або його внутрішньої системи. Проте добуті зважуванням принципів аргументи не є водночас *результатом* дальшого творення права або, тим більше, вирішення справи, а лише входять у загальне зважування (у широкому сенсі) в рамках утворення більшого засновку. Тому також зважування принципів аргументів є тільки проміжним кроком у більшому деліберативному процесі утворення більшого засновку завдяки тлумаченню закону і дальшому творенню права, який знову є тільки частковим кроком моделі субсумції [203, с. 6-7].

Незважаючи на те, що обидві моделі відношення субсумції і зважування – Р. Алексі і Т. Ріма – говорять по суті про норми для вишення,

перевагу треба віддати моделі зважування принципів Р. Алексі, оскільки зважувати і субсумувати одночасно не тільки важко, але й, на наш погляд, неможливо. Якщо це справді так, то дві моделі відрізняються своєю практичністю, причому практичність моделі Р. Алексі вища, ніж моделі Т. Ріма.

Викладене вище дозволяє зробити висновок, що норми для вирішення і справді можна розуміти як результат зважування принципів. Із двох варіантів теорій, які стосуються відношення субсумції та зважування, неінтегративна теорія більш практична і простіша, саме тому їй потрібно віддати перевагу. Водночас зважування принципів має закінчуватися формуванням комплексної норми для вирішення, альтернативного правила, на відміну від позиції Р. Алексі, який відмовляється від докладного аналізу комплексного характеру норм для вирішення. Формування комплексної норми для вирішення може потребувати додаткового зважування принципів.

3.4. Фактична чинність і норми для вирішення

Теорія раціонального юридичного дискурсу Р. Алексі, зокрема, як оптимальна теорія зважування принципів, яке має закінчуватися формуванням норм для вирішення, хоч і є інтегративною – в сенсі трьох вимірів – теорією, але в ній, на думку самого автора цієї теорії, переважає «нормативно-аналітичний» підхід [26, с. 33], тобто в точнішій термінології – метанормативний і аналітичний підходи, тоді як емпіричний підхід відсувається на задній план, оскільки основна увага приділяється юридичним і загально-практичним, тобто переважно моральним аргументам, а не емпіричним. Водночас емпіричні аргументи можуть мати субсидіарне значення в процесі формування норм для вирішення. (див. [204]) Перешкодою для залучення емпіричних аргументів до юридичної аргументації є питання соціальної (Р. Алексі) або фактичної (Р. Шрайбер)

чинності, або, як ще можна сказати, дієвості права. Поняття фактичної чинності має в процесі подальшого розгляду ту перевагу, що воно корелює з термінологією, – «факти права», – якою користується Є. Ерліх у своїх роботах. Саме тому далі ми користуємося переважно саме цим терміном.

Поняття фактичної чинності, якщо її розуміти дещо ширше, ніж це робить Р. Шрайбер, найбільш характерне для творчості Є. Ерліха. Це виявляється, зокрема, в тому, що такого роду чинність утворює фундамент для конституційної чинності права. Фактична чинність в Є. Ерліха тісно пов'язана, з одного боку, з поняттям живого права, а з іншого, – з відношенням буття і належного. Саме тому ми звертаємося до їхнього аналізу.

Живе право в Є. Ерліха постає у процесі аналізу ним традиційного поняття звичаєвого права, тобто, по суті, є його особливою формою, причому слова Є. Ерліха, сказані ним про те, що звичаєве право не виникає вже готовим, неначе Мінерва з голови Юпітера [54, с. 484], можна віднести і до питання виникнення поняття живого права у самого Є. Ерліха.

У правовій літературі склалися два крайні погляди на поняття живого права в Є. Ерліха. Так, по-перше, живе право може ототожнюватися з судовою, або ширше, правовою практикою, яка, крім того і обов'язково, знаходить визнання в суспільному житті; по-друге, живе право може розумітися як організаційна форма суспільних союзів, які існують самостійно і самодіяльно, тобто живе право може мати місце в позасудовій, і ширше в позаправовій у традиційному, переважно, позитивно-правовому сенсі. Проте має право на життя і третій підхід, згідно з яким живе право можна розуміти синкретично як об'єднання перших двох позицій. Інші теоретично можливі підходи, наприклад, ототожнення живого права і судової практики незалежно від втілення її в постсудовому житті, можуть не братися до уваги, оскільки така інтерпретація буде виразно суперечити позиції самого Є. Ерліха, який уже в одній із перших статей, застерігаючи, пророкував, що «завданням

майбутнього стане використання вміщеного в найновіших зібраннях матеріалу з тією самою ґрунтовністю і глибиною, як це відбулося з матеріалом джерел (римського права. – В. С.); великий приклад тієї роботи буде оберігати, мабуть, також цю від сплющення в банальну «юриспруденцію правових справ» (Rechtsfalljurisprudenz), у континентальне «case law» [54, с. 630]. Зрозуміло, що такого роду «сплющення» можна уникнути лише тоді, коли судова практика знаходить своє втілення не лише в головах юристів, але й дотримується усвідомлено і переважно власне зацікавленими суб'єктами права.

Перший підхід представлений в літературі в першу чергу М. Ребіндером, який при цьому опирається на Г. Зінцгаймера, який писав: ««Живе право», яке Ерліх має на увазі, є суспільним правом на вищому ступені (підкреслення наше. – В. С.), на який вплинули також правоположення, право в цілому в аспекті його соціальної дієвості (тобто в нашій термінології: фактичної чинності. – В. С.), а не в аспекті його нормативної претензії на чинність (тобто, на конституційну чинність. – В. С.)» [9, с. 113].

Так, М. Ребіндер поглиблює таке розуміння, зазначаючи, що «не можна підбурювати до того, щоб прирівнювати живе право до суспільного права. Суспільне право, позначуване *Ерліхом* до його «Заснування (соціології права. – В.С.)» ще як звичаєве право, є для нього «формами життя, які без державного втручання, тільки завдяки в самому житті діючим силам стали основою державного, господарського і суспільного устрою (*порядку*)». Цим ці форми життя, які самодіяльно виникають у суспільстві, „застигають до твердих, визначених, виражених словами норм для вирішення, (вони повинні) проходити наскрізь або через правознавство, або через судову практику». Якщо ще тепер приєднується державне право як не тільки зовнішньо таке, що походить від законодавця, але й створене ним за змістом, отже, в дотеперішньому праві ще не вміщене адміністративне розпорядження, то тоді Є. Ерліх може, щоправда,

характеризувати результат цієї взаємодії як «усталене не в правоположеннях право», однак живе право є *суспільним правом на вищому*, а саме на такому *ступені*, на який було вплинуто завдяки реакції на право юристів і державне право. На цьому вищому ступені право є фактично живим устроєм, правова норма – правилом суспільного вчинення дій. «Тільки те, що входить у життя, стає живою нормою, а інше є лише вченням, нормою для вирішення, догмою або теорією.»» [9, с. 74].

Викладену ним позицію М. Ребіндер резюмує короткою формулою: в Є. Ерліха «живе право є чинним правом, яке є дієвим» [9, с. 133], тобто живе право є конституційно чинним правом, яке є фактично чинним. Наведений вище підхід Зінцгаймера/Ребіндера можна взяти за основу, що не виключає його розширення.

Проте ті ж цитати, які наведені вище М. Ребіндером, у сукупності з короткою передмовою до «Заснування соціології права»: «Часто стверджують, книга мусить бути такою, що її сенс можна було б резюмувати одним-єдиним реченням. Якщо представлений твір повинен був би піддатися такому випробуванню, так, приміром, звучало б це речення: центр ваги правового розвитку не знаходиться також і в наш час, як і в усі часи, ні в законодавстві, ні в юриспруденції або в юрисдикції, а знаходиться в самому суспільстві. Можливо, в цьому реченні міститься сенс заснування соціології права» [14, с. без ном., передмова; 205], а також інші наукові позиції Є. Ерліха, дозволяють стверджувати з певною долею ймовірності, що Є. Ерліх, мовляв, розуміє живе право винятково як організаційне право, право самостійних і самодіяльних союзів, плюралістичне право окремих соціальних груп. Тобто живе право в такому разі є фактично чинним правом незалежно від того, чи є воно конституційно чинним. У термінології М. Ребіндера, яка береться до уваги неусвідомлено чи свідомо багатьма авторами, можна було б тоді сказати: «Живе право – це дієве право, незалежно від того, чи є воно чинним». Певна річ, слово «чинним» в останньому випадку розуміється у вузькому –

позитивно-правовому і власне нормативно-правовому сенсі. Такий підхід також знаходить своїх прихильників.

На наш погляд, обидві наукові позиції щодо розуміння Ерліхом живого права мають право на життя, а тому їх можна об'єднати в єдиному синкретичному понятті живого права. Це означає, що живе право Є. Ерліха, з одного боку, послідовно проходить випробовування судовою та постсудовою (позитивно-правовою та постпозитивно-правовою) практикою, а з іншого, – існує таке живе право, для якого такого роду випробування не має істотного значення, хоча й не заперечується. Мовою Ллевеліна, проте всупереч викладеній вище схемі, складеній Ребіндером, можна сказати, що живе право в аспекті фактичної чинності являє собою як правову практику (*real rule – law-ways*), так і групове життя (*folkways*).

Такого роду розуміння має ту перевагу, що воно дозволяє здійснити аналіз норм для вирішення винятково в рамках живого права, оскільки живе право в розумінні *folkways* є точкою відліку для живого права в розумінні *law-ways* як кінцевої мети. Норми для вирішення в такому разі будуть містком між різними типами живого права, тобто інструментом, завдяки якому *folkways* може, проте не обов'язково, перетворюватися в *law-ways*. Зрозуміло, що частина живого права типу *folkways* ніколи не стає живим правом типу *law-ways*.

Викладене вище синкретичне розуміння живого права веде до проміжної констатації, що «Живе право – це або чинне і дієве право, або дієве право, незалежно від того, чи є воно чинним», якщо знову скористатися термінологією М. Ребіндера. Проте те саме можна сказати, використовуючи взятую за основу дисертаційну термінологію, і так: «Живе право – це або конституційно чинне право, яке є фактично чинним, або фактично чинне право, незалежно від того, чи є воно конституційно чинним». Відразу зробимо застереження, що хоч ми і говоримо про «незалежно від», але, певна річ, живим правом у справжньому сенсі цього слова може вважатися найперше те, яке є як фактично, так і конституційно

чинним, тобто синкретичне поняття живого права, будучи більш точним, зрештою веде до прийняття в цілому розуміння живого права, запропонованого Г. Зінцгаймером і М. Ребіндером.

У цілому запропонована констатація визначається тим, що правовий примус і діяльність правового персоналу з його здійсненні в соціолого-правовому аспекті береться до уваги не в актуальному, а лише потенційному значенні. Тому, якщо погоджуватися з позицією Зінцгаймера/Ребіндера, яка опирається також на потенційне значення правового примусу [9, с. 136 та ін.], то тим більше такого роду потенційне значення правового примусу має місце в рамках другого – власне соціологічного, тобто без обов'язкової участі правового персоналу – типу розуміння живого права. Отже, норми для вирішення в Є. Ерліха переважно являють собою інструмент для реалізації потенційного правового примусу в рамках живого права, спосіб перетворення фактичної чинності (дієвості) одного вихідного (пріусного) типу в фактичну чинність (дієвість) іншого фінального (кінцевого) типу.

Поняття фактичної чинності права та поняття дієвості права в подальшому використовуються нами як синоніми, із застереженням, що Є. Ерліх віддавав перевагу останньому терміну [119, с. 4]. Саме це дозволяє легше зрозуміти поділ на фактичність і нормативність у М. Ребіндера, – «сьогодні ми знаємо, що нормативність і фактичність є двома різними рівнями, які обидва належать до поняття права Існує не тільки нормативна сила фактичного, але й фактична сила нормативного. І навпаки: не тільки чинність, а також дієвість належить до права. Живе право є чинним правом, яке є дієвим» [9, с. 133]; діалектичний поділ на фактичну і нормативну чинність К. Ларенца: «Право як життєвий устрій і як нормативний порядок не виключається, скоріше „чинне“ право є завжди й те й інше: нормативна і фактична чинність для нього однаково властива» [127, с. 65] або взятий нами за основу поділ Р. Шрайбера на конституційну та фактичну чинність: «У правовій дійсності правові норми конституційної

чинності прагнуть до фактичної чинності і норми фактичної чинності до конституційної чинності» [44, с. 258]. Ці та подібні їм позиції щодо відношення фактичної та конституційної чинності об'єднують певне фундаментальне відношення, покладене в їхню основу, відоме принаймні у двох філософсько-правових інтерпретаціях: неокантіанській і неогегельянській. У рамках першої з них фактична і конституційна чинність строго розмежовуються, тобто є аналітичними поняттями, а в рамках другої – об'єднуються, тобто є синтетичними поняттями.

Отже, про яке фундаментальне відношення йдеться? Такого роду відношенням може бути тільки відношення буття і належного, в контексті якого фактична чинність репрезентує буттєвий бік відношення, а конституційна – належний, не випускаючи з погляду згаданий вище факт, що конституційна чинність у рамках синкретичного розуміння живого права – це тільки місток між буттєвим-пріусного типу і буттєвим-фінального типу, з одного боку, і що як буттєва, так і належна характеристика права мають своє апріорне обмеження.

Отже, відношення фактичної і конституційної чинності (дієвості і нормативної чинності) є виявом фундаментального відношення буття і належного, відношення між якими можуть бути як протилежними (неокантіанський підхід), так і сумісними (неогегельянський підхід).

Так, М. Ребіндер, сам дотримуючись скоріше неогегельянського підходу, ніж неокантіанського, доводить [9, с. 94], що для праворозуміння Є. Ерліха характерний саме останній підхід, який, проте, став поширеним у 20-ті роки минулого століття і пізніше, тобто вже після його смерті. Однак, на наш погляд, більш виваженим усе ж буде застосування обох підходів – як неокантіанського (аналітичного), так і неогегельянського (синтетичного), до проблетизації творчості Є. Ерліха в різних аспектах розуміння ним живого права. Так, коли йдеться про підхід Г. Зінцгаймера і М. Ребіндера, то справді тут можна віддати перевагу неогегельянському розумінню відношення буття і належного, оскільки живе право в такому

разі являє собою синтез фактичної щонайменше фінального типу чинності і конституційної чинності, крім того, отримати путівку в життя після уладнання конфліктної ситуації судом може не будь-яке, а тільки таке рішення, яке ґрунтується на врахуванні як фактів, які мали місце у стосунках учасників судового процесу до його початку, так і конституційних за походженням правових норм (правоположень у термінології Є. Ерліха), а також співвідношення соціальних сил – усе це в рамках обмеження, яке накладається поняттям крайньої несправедливості; коли ж ідеться про живе право у вузькому розумінні неконфліктних, мирних форм соціального співіснування, то тут більш доречним буде неокантіанський підхід, оскільки будь-яке мирне (безконфліктне) співжиття може легко перетворитися у свою протилежність. При цьому вирішуватися проблема буде не обов'язково за допомогою тих самих норм, які мали значення у безконфліктній ситуації (хоча протилежне й не виключено), тому поряд з фактичною чинністю має існувати інша й окрема конституційна чинність права на випадок виникнення конфліктної ситуації. Крім того, може існувати розбіжність між власне фактами права і співвідношенням соціальних сил, яку також потрібно включати в коло міркування, і таке інше. Зрештою, синкретичне праворозуміння вимагає у підсумку як аналітичної (неокантіанської), так і синтетичної (неогегельянської) проблематизації фактичної та конституційної чинності права, яка може бути поширена на більш детальні відношення, наприклад, йдеться про відношення фактів права в в.с. і співвідношення соціальних сил тощо.

Отже, розглянемо, як проявляє себе фактична чинність права в Є. Ерліха у разі злиття з нормативною чинністю і в разі їх окремого існування.

У першому разі, коли правові явища, взяті в фактичному аспекті, утворюють у сукупності право як таке, можна говорити про синтетичну фактичну чинність права, а в другому, коли йдеться тільки про частину

правових явищ, які є власне явищами фактичного типу, тобто явищами фактичного типу в строгому розумінні, – про аналітичну фактичну чинність права. Покажемо, як це відбувається у творчості Є. Ерліха.

Так, вище вже згадувалося про те, що факти в Є. Ерліха мають широке і вузьке значення. У першому випадку йдеться про а) факти права в особливому значенні, б) правоположення з погляду їхнього виникнення й дії і в) суспільні сили правового розвитку (співвідношення соціальних сил). У сукупності ці правові явища, розглянуті як факти, являють собою майже всі можливі фактичні аспекти права, якщо не брати до уваги, що характерно для Є. Ерліха, ідеальні, або апріорні аспекти права в їх фактичному вимірі. Проте в рамках філософсько-правового підходу до права ідеально-апріорний аспект права також може стати окремим аспектом синтетичного фактичного виміру права, а саме у формі або ідеї права, тобто в широкому і позитивному сенсі, або у формі поняття крайньої несправедливості, тобто у вузькому і негативному сенсі, якому ми далі віддамо перевагу, що можуть розглядатися під кутом свого реального втілення в житті, наприклад, у формі виділення в праві такого аспекту, як правильність права, визнання або встановлення меж для права, які не можна ніколи і ніяк переступати тощо.

У такому разі сентенції М. Ребіндера, К. Ларенца, Р. Шрайбера можна уточнити і сказати, що для права характерним може бути, і творчість Є. Ерліха є для цього підтвердженням, синтетичне поняття фактичної чинності, яке включає в себе на основі розгляду права в фактичному в ш.с. сенсі аспекти чотири таких типів фактів: факти права у вузькому сенсі, правоположення, співвідношення соціальних сил і принципи права. Принципи права можуть братися до уваги як у широкому (позитивному), так і вузькому (негативному) сенсі, проте ми обмежимося спеціально розглядом питання чинності лише в останньому аспекті, який більше відповідає загальному праворозумінню Є. Ерліха. Це пояснюється тим, що широке розуміння принципів розчиняється у нього в рамках соціолого-

правового або вільно-правового праворозуміння, тобто не має самостійного значення і не може бути виділено для аналізу в аспекті апріорної чинності права.

Норми для вирішення в такому разі являють собою, по-перше, якщо відштовхуватися від фактів права у вузькому сенсі, інструмент змістовного наповнення, з одного боку, правоположень, а з іншого, судових (правових) рішень, який бере свій початок в аналізі такого роду фактів (усталення, панування, володіння, правочинів). У такому разі акцент робиться на фактичній чинності згаданих фактів, які можуть стати чи не єдиним змістом правового регулювання у разі відсутності відповідного правоположення. Саме це стало основою для формування в 1903 році Є. Ерліхом програми вільного правознаходження, яка норми для вирішення розглядає саме у викладеному нами в цьому абзаці розумінні [18]. Вільне правознаходження в такому разі отримує практичне значення.

По-друге, норми для вирішення в аспекті фактичної чинності правоположень являють собою конкретизацію абстрактного правоположення, яка не виходить за рамки інтерпретації тексту і власне сенсового взаємозв'язку правових норм, а тому фактична чинність правоположень водночас є фактичною чинністю норм для вирішення. Інтерпретативне правознаходження в такому разі залишається технічним.

По-третє, норми для вирішення можуть опиратися, як на свою найвищу підставу, на співвідношення соціальних сил. Це останнє являє собою такого роду факт, який може досліджуватися науковими – в розумінні Є. Ерліха – соціологічними методами, які за своєю суттю не є ні практичними, ні технічними, хоча результат такого дослідження може отримати як практичне, так і технічне значення в процесі все більшого позитивного визнання соціології права в діяльності юристів і, можливо, власне суб'єктів права. У такому разі можна було б вести мову про соціолого-правове правознаходження, проте такого роду правознаходження буде лише основою для практичного і технічного,

залишаючись в їхній тіні, потребуючи своєї трансформації в рамках практичного і технічного правознаходження.

По-четверте, норми для вирішення можуть бути також конкретизацією відповідних правових принципів. У такому разі їхня фактична чинність буде такою, що має втілення або в ідеї права (що нехарактерно для Є. Ерліха, оскільки він усі проблеми, які можна було б вирішити за допомогою ідеї права, тобто в рамках так чи інакше телеологічного праворозуміння, розв'язує за допомогою поняття співвідношення соціальних сил, тобто в рамках каузального праворозуміння; при чому можна було б погодитися з Є. Ерліхом, що такого роду ідея права справді зайва для каузального праворозуміння), або в понятті крайньої несправедливості, яке, на наш погляд, є істотним окресленням і обмеженням праворозуміння Є. Ерліха, без якого філософсько-правова проблематизація не може обійтися, а той факт, що Є. Ерліх виразно не бере до уваги те, що пізніше на кілька десятиліть після його смерті стало відомим під назвою «формула Радбруха», аї ще пізніше – «інклюзивного непозитивізму» (Р. Алексі), можна вважати істотним недоліком його праворозуміння.

Отже, синтетична фактична чинність норм для вирішення виявляє себе по-різному залежно від того, про який саме правовий феномен ідеться, проте в кожному разі такого роду чинність можна визначити належним чином. Докладніше це можна пояснити на прикладі норм для вирішення в аспекті фактів права в в.с., тобто під кутом аналітичної фактичної чинності права.

Факти права у вузькому сенсі в Є. Ерліха – це усталення, панування, володіння та правочини. Особливістю ерліхівського підходу є те, що, з переважно наведеного вище погляду, його розуміння являє собою тільки симбіоз нормативної та фактичної чинності. Але чи насправді це так?

Відповідь на це запитання залежить від констатації того очевидного творчого результату Є. Ерліха, що в нього факти права не мають по суті

однакового значення залежно від того, чи йдеться про такого роду факти до застосування правоположень, чи після застосування, тобто Є. Ерліх, хай там як, орієнтується на поняття нормативної сили фактичного в сенсі Г. Єллінека.

Особливе значення має позиція Є. Ерліха, яка свідчить про те, що всі згадані вище 4 факти права є фактами саме права ще до того, як виникає питання про їхнє значення в рамках судового процесу і до того, як вони набувають форми правоположення завдяки якраз нормам для вирішення в рамках законодавчого, судового або іншого творчого процесу, тобто до того, як така фактична чинність починає контактувати з конституційною чинністю права.

У принципі, такого роду підхід до розуміння права виправданий, якщо враховувати той факт, як це і пропонує робити Є. Ерліх, що значна частина життєвих стосунків ніколи не стають предметом, який би мав значення в суді або в державних відомствах. Це означає, що для права в мирному стані суттєве поняття консенсусу, а не потенційне поняття конфлікту. Якщо погодитися з останнім твердженням, то тоді такого роду поняття фактичної чинності в Є. Ерліха не буде викликати несприйняття і непорозуміння.

У стані суспільного (союзного, групового) консенсусу потреби в нормах для вирішення немає. Тому норми для вирішення несумісні з фактами права як такими, тобто з власне з організаційними формами, правовим регулятором для яких будуть у Є. Ерліха норми іншого типу, а саме норми для вчинення дій.

Фактична чинність права у формі чинності фактів права до їхнього застосування в судовому процесі може бути, отже, як аналітичною, якщо вона не збігається з конституційною чинністю, так і синтетичною, якщо вона збігається. У першому випадку існує, отже, можливість різного змістового наповнення такої фактичної чинності і конституційної чинності права. Проте це має тільки обмежене значення, а саме значення для тих

життєвих обставин, які не доходять до розгляду у суді. У другому випадку виникне питання про відношення такого роду фактичної чинності та конституційної чинності, яке може бути вирішене, у разі різного змістового наповнення, як на користь першої чинності (наприклад, у приватному праві), так і на користь другої (переважно в публічному праві) чинності. Зрозуміло, що змістове наповнення може і збігатися, тоді таке запитання не виникає, оскільки фактична і конституційна чинність буде мати ознаку синтетичності, тобто бути по суті єдиною чинністю.

Запропоноване вище пояснення дозволяє глибше зрозуміти позицію Є. Ерліха щодо фактичної чинності фактів права у вузькому сенсі, оскільки в іншому разі їхня фактична чинність просто і завжди нівелювалася б за рахунок конституційної чинності права. Для проблеми норм для вирішення тут просто немає місця, оскільки норми для вирішення передбачають наявність конфліктної ситуації у формі судового спору (актуального або хоча б потенційного чи гіпотетичного).

Правоположення, тобто норми писаного й етатистського права (норми власне позитивного права) можуть впливати на факти права, які існують самодіяльно в рамках тих чи інших суспільних союзів (груп) ще до застосування правоположень, так, що вони вносять корективи – ті чи інші – в їх самобутнє існування. Зрозуміло, що такого роду корективи потрібні тоді, коли або виникає конфлікт, або коли існує суспільна потреба у втручанні (інтервенції) держави в суспільні відносини за власною ініціативою. Проте норми для вирішення можуть, ще раз підкреслимо, і збігатися зі змістом фактів права.

Фактична чинність такого роду фактів права також не буде викликати непорозуміння, якщо взяти до уваги, що нові або оновлені після застосування правоположення факти права будуть фактично доступними для спостереження, як і власне названі та визначені Ерліхом 4 самобутні факти права. Пройшовши горнило суду, факти права можуть стати частиною судової практики, до того ж у новій формі та, можливо, з новим

змістом частиною живого права в сенсі Зінцгаймера/Ребіндера, тобто в сенсі їх постсудового і нового визнання суб'єктами права.

Норми для вирішення якраз і стають у такому випадку тим правовим інструментом, завдяки якому і виникають такого роду вже нові (або оновлені) факти. Такі норми справді є способом змістового наповнення абстрактного правоположення. Проте таке змістове наповнення має місце лише тоді, коли існують прогалини у праві, тобто правоположення ще відсутні. Значення фактів права при цьому буде незрівнянно високим, оскільки важко підшукати інше та ліпше джерело для заповнення прогалин у праві, ніж такого роду факти права, якщо вони не переходять певну критичну межу крайньої несправедливості. Факти права в такому разі транзитом можуть переходити в судову і постсудову практику живого ерліхівського, як би ми його не розуміли, права.

Норми для вирішення будуть і іншого типу, а саме такі, які беруть свій початок, можливо, в самому правоположенні, і в такому разі такі норми для вирішення стають уже способом впливу правоположення на факти права. Такого роду вплив у деяких випадках якраз і буде мати результатом формування живого права в уже згаданому Зінцгаймер/Ребіндер'івському сенсі, причому такого, що може не збігатися із пріусними фактами права. Обмеження, яке накладає поняття крайньої несправедливості, тут також не повинно ігноруватися.

Зазначене вище дозволяє уточнити поняття живого права, ідея якого належить Є. Ерліху. Живе право в аспекті відношення буття і належного являє собою взаємне відношення синтетичної та аналітичної фактичної чинності права, в рамках якого саме і стають зрозумілими слова Є. Ерліха про те, що «я називаю ... живим правом правові правила належного, які не тільки залишилися нормами для вирішення, але й фактично опановують вчиненням людських дій» [112, с. 610]. Зрозуміло, що такого роду живе право можливе саме тоді, коли йдеться про застосування правоположення,

а, крім того, можливе живе право до застосування правоположення, отже, живе право характеризується ознакою синкретичності.

У результаті, живе право Є. Ерліха справді може охопити весь цикл фактичної чинності норм для вирішення: як інструмент впливу пріусних фактів права на правоположення і як інструмент впливу правоположень на фінальні факти права.

Фактична чинність права – синтетична й аналітична – має значення для розуміння однієї їх функцій норм для вирішення, а саме функції обґрунтування, або аргументації.

Викладене вище слугує основою для емпіричних аргументів, під якими можна розуміти всі аргументи, які не є правовими і моральними, проте мають юридично-релевантне значення.

Так виникає запитання про те, як можна в процесі юридичної аргументації скористатися емпіричними аргументами. На це запитання існує дві відповіді: перша, яку пропонує і сам пізній Є. Ерліх, полягає в тому, що емпіричні аргументи можуть зважуватися, а результатом зважування, наприклад, інтересів [206], якраз і буде норма для вирішення (пор. тезу Є. Ерліха про універсальний характер норм для вирішення). Історія юридичної методології пропонує численні приклади й інших оригінальних способів, наприклад, аналіз природи речі, теорія типів К. Ларенца тощо. Багатоманіттю оригінальних підходів можна протиставити кваліфіковану теорію зважування принципів, яка, на наш погляд, може бути розширенням теорії принципів Р. Алексі за рахунок більшої уваги до емпіричних аргументів. У такому разі йдеться про два способи залучення емпіричних аргументів, який нам здається найкращим. Ідеться про те, що будь-який емпіричний аргумент може служити основою для формулювання принципу в сенсі Р. Алексі. В такому разі залучення емпіричних аргументів до юридичної аргументації, яка має завершуватися формуванням норм для вирішення, можливе у два етапи: спочатку формулюються принципи на основі емпіричних аргументів, а потім

відбувається зважування принципів у рамках теорії принципів Р. Алексі, яка докладно викладена вище.

У підсумку варто сказати, що фактична чинність права в синтетичному і аналітичному сенсі являє собою передумову для визначення норм для вирішення в одному зі своїх аспектів, а саме з погляду функції обґрунтування правового (судового) рішення, реальна потреба в ухваленні якого може ніколи не виникнути. Отже, в одній зі своїх функцій норми для вирішення є нормами для обґрунтування правового рішення на основі аналізу фактів права, правоположень, співвідношення соціальних сил та ін.

Залучення емпіричних аргументів до юридичної аргументації можна здійснити шляхом їхньої редукції до принципів і наступного їхнього зважування, яке має закінчитися формуванням норми для вирішення.

Висновки до розділу 3

В цілому, в рамках розділу, можна зробити такі висновки:

1. Нормативний, метанормативний і емпіричний виміри, в яких аналіз чинності права поєднано з аналізом правил і принципів в сенсі Р. Алексі, а також субсумції, зважування та інших форм поведінки з правом, тобто внутрішнього і зовнішнього виправдання, складає надійний базис для розвитку ідеї норм для вирішення.

2. С. Ерліх і Р. Алексі закладають основу для розвитку нормативно-емпіричної теорії норм для вирішення, причому перший автор акцентує свою увагу на емпіричних (соціологічних) моментах, а другий – на нормативних (відношення права і моралі).

3. Норми для вирішення можна розуміти як альтернативні правила в сенсі Р. Алексі, в яких проявляється комплексний характер цих норм. Норми для вирішення при цьому можуть бути ототожені з так званими основними нормами, тобто правообґрунтовальними і правозаперечними

нормами, причому останні норми можуть бути розділені на два типи. Це дозволяє констатувати, що відношення між нормамаи для вирішення може бути як контрадикторним, так і контрарним, тобто альтернативним в ш.с.

4. Норми для вирішення – це результат зважування принципів (Р. Алексі та ін.) або інших релевантних предметів (інтереси (Є. Ерліх та ін.), блага (К. Ларенц та ін.)), який повинен бути однією із основних норм, тобто або правообґрунтувальною, або абсолютною правозаперечною, або відносною правозаперечною нормою для вирішення.

5. Фактична чинність права в синтетичному і аналітичному сенсі являє собою передумову для належного залучення до аргументативної теорії норм для вирішення емпіричних аргументів, передусім соціальних норм тощо, причому таке залучення буде оптимальним у разі редукції використання емпіричних аргументів до зважування принципів як велінь оптимізації в сенсі Р. Алексі.

ВИСНОВКИ

Викладене вище дозволяє зробити такі висновки:

1. Загальне праворозуміння Є. Ерліха можна визначити як визнання ним нормативно-емпіричного дуалізму права, яке характеризується соціологічним акцентом. Аналітичний аспект праворозуміння Є. Ерліха є переважно критичним (юридична логіка як критика юридичної логіки тощо). Найбільш оптимальною точкою зору на праворозуміння Є. Ерліха, яка дозволяє як критично оцінити його творчі здобутки, так і відзначити їхнє позитивне теоретико-прикладне значення, є поняття інклюзивного непозитивізму (Р. Алексі), яке дозволяє ліпше збалансувати емпіричний акцент в праворозумінні Є. Ерліха, орієнтований на з'ясування значення соціума для права, з нормативним, точніше, метанормативним акцентом, який спрямовується на значення для права моралі.

2. Правова культура – це феномен, що постійно розвивається. Важливий внесок в розвиток правової культури зробив Є. Ерліх, запропонувавши, зокрема, ідею норм для вирішення як універсального та комплексного засобу поведження з юридично-релевантними нормами: в процесі юридичної аргументації можуть бути використані правові, моральні і соціальні норм. Це дозволяє називати їх юридично-релевантними нормами. Норми для вирішення – це засіб поведження з юридично релевантними нормами, який заявляє претензію на правильність.

3. Аргументативна теорія норм для вирішення має три інтегративні виміри: аналітичний, нормативний та емпіричний, причому нормативний вимір потрібно розділити на (власне) нормативний і метанормативний. Нормативний, метанормативний та емпіричний виміри можна називати універсальними субстанціальними (неаналітичними) вимірами аргументативної теорії норм для вирішення. Все це дозволяє поглянути на норми для вирішення відповідно з чотирьох точок зору.

4. Тези про універсальний і про комплексний характер норм для вирішення, які сформулював Є. Ерліх, свідчать про усвідомлення ним універсального і комплексного характеру норм для вирішення. Ідея норм для вирішення була відома й до Є. Ерліха (К. Г. Вехтер та ін.), проте вона тісно асоціюється саме з іменем Є. Ерліха, оскільки вона є основою соціології права, засновником якої вважається Є. Ерліх, і похідної соціологічної юриспруденції (теорії вільного правознаходження і/або юриспруденції інтересів).

5. Розвиток в правовій культурі ідеї норм для вирішення здійснили передусім Р. Алексі і Фр. Мюллер, які запозичили у Є. Ерліха та зробили частиною своїх власних наукових досліджень відповідно поняття універсальності й комплексності норм для вирішення. Р. Алексі пропонує розуміння норм для вирішення передусім як результату зважування принципів, а Фр. Мюллер – як певного «агрегатного» стану, який має місце в процесі застосування правової норми. Ідеї передусім Є. Ерліха, Р. Алексі та Фр. Мюллера можна взяти за основу для подальшого розвитку ідеї норм для вирішення.

6. Подальший розвиток ідеї норм для вирішення можливий за допомогою побудови аргументативної теорії норм для вирішення, в аналітичному вимірі якої розглядаються питання про структуру норм для вирішення, а в універсальних вимірах – питання про чинність правил та принципів в сенсі Р. Алексі, і значення емпіричних аргументів в процесі створення норм для вирішення. При цьому потрібно орієнтуватися на такі форми поводження з правом, як застосування права, порівняння випадків та взяття до уваги преюдицій і побічних наслідків застосування правової норми. Причому потрібно врахувати, що перші три форми поводження з правом мають дуальний характер.

7. Аналіз комплексної та універсальної структури норм опирається на поняття відповідно імплікації (структура норми для вирішення) та виправдання правового рішення. Виправдання ділиться на внутрішнє і

зовнішнє (структура формування норм для вирішення). Комплексна структура норм для вирішення проявляє себе в цих нормах в поділі на правообґрунтувальні й два типи правозаперечних норм для вирішення, а саме: абсолютні та відносні правозаперечні норма. Універсальна структура формування норм для вирішення проявляє себе в тому факті, що норми для вирішення можуть мати значення в кожній із форм поведження з правом, а саме у випадку застосування норм, порівняння випадків, використання преюдицій та побічних наслідків застосування правової норми.

8. Аналіз норм для вирішення в аналітичному вимірі відповідної теорії є основою для продовження їхнього розгляду в рамках субстанціональних вимірів аргументативної теорії норм для вирішення. Основне значення при цьому мають так звані формули субсумції і ваги (Р. Алексі), які віддають належне вимірам чинності (у в.с.) і ваги права в сенсі Р. Дворкіна.

9. Нормативний, метанормативний та емпіричний виміри, в яких аналіз чинності права поєднано з аналізом правил й принципів в сенсі Р. Алексі, а також субсумції, зважування та інших форм поведження з правом, тобто внутрішнього і зовнішнього виправдання, складає надійний базис для розвитку ідеї норм для вирішення.

10. Є. Ерліх та Р. Алексі закладають основу для розвитку нормативно-емпіричної теорії норм для вирішення, причому перший автор акцентує свою увагу на емпіричних (соціологічних) моментах, а другий – на нормативних (відношення права і моралі).

11. Норми для вирішення можна розуміти як альтернативні правила в сенсі Р. Алексі, в яких проявляється комплексний характер цих норм. Норми для вирішення при цьому можуть бути ототожені з так званими основними нормами, тобто правообґрунтувальними і правозаперечними нормами, причому останні норми можуть бути розділені на два типи. Це дозволяє констатувати, що відношення між нормами для вирішення може бути як контрадикторним, так і контрарним, тобто альтернативним в ш.с.

12. Норми для вирішення – це результат зважування принципів (Р. Алексі та ін.) або інших релевантних предметів (інтереси (Є. Ерліх та ін.), блага (К. Ларенц та ін.)), який повинен бути однією із основних норм, тобто або правообґрунтовальною, або абсолютною правозаперечною, або відносною правозаперечною нормою для вирішення.

13. Фактична чинність права, в синтетичному і аналітичному сенсах, являє собою передумову для належного залучення до аргументативної теорії норм для вирішення емпіричних аргументів, передусім соціальних норм тощо, причому таке залучення буде оптимальним у разі редукції використання емпіричних аргументів до зважування принципів як велінь оптимізації в сенсі Р. Алексі.

14. Все це підтверджує робочу гіпотезу про те, що норми для вирішення – це потенційно морально і соціально виправдані (легітимовані) універсальні й комплексні дефінітивні правові норми (правила), завдяки яким можна розв'язати конфлікт (протилежність) інтересів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1 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.

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

3 Schröder J. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990). Bd. 1 1500-1933. 3., überarb. und wesentlich erw. Aufl. München : C.H. Beck, 2020. XX, 511 S.

4 Höffe O. Lexikon der Ethik. Orig.-Ausg., 5. Aufl. München : Beck, 1997. 364 S.

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

6 Циппеліус Р. Юридична методологія / пер., адаптація, прикл. з права України і список термінів – Роман Корнута. Київ : Реферат, 2004. 176 с.

7 Трутень В. В. Правіжний склад та принцип матеріальної експертизи. Філософія права і загальна теорія права. 2012. № 2. С. 277-287.

8 Nezhurbida S., Diachuk M. Eugen Ehrlich : Bibliographic Index / Introd. art. by Manfred Rehbinder. [Wilmington] : Vernon Press, 2018. XXIII, 350 p.

9 Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. 2., völlig neu bearb. Aufl. Berlin : Duncker & Humblot, 1986. 147 S. : graph. Darst. ; Bibliogr. Eugen Ehrlich S. 143 - 147.

10 Rehbinder M. Rechtssoziologie ein Studienbuch. 8. Aufl. München : C.H. Beck, 2014. XIV, 222 S.

11 Riebschläger K. Die Freirechtsbewegung zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule. Berlin : Duncker & Humblot, 1968. 124 S.

12 Марчук В. П. "Свободное право" в буржуазной юриспруденции Критика концепций Е. Эрлиха. Киев : Вища школа. Изд-во при Киев. гос. ун-те, 1977. 167 с.

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

14 Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. München Leipzig : Duncker & Humblot, 1913. 409 S.

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

16 Гражданское уложение Германии = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: Ввод. закон к Гражд. уложению : пер. с нем. Москва : Волтерс Клувер, 2004. 816 с.

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

18 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.

19 Кант и кантианцы. Критические очерки одной философской традиции / Отв. ред. А. С. Богомолов. Москва : Наука, 1978. 360 с.

20 Kant I. Kant's gesammelte Schriften 4 : Abt. 1, Kant's Werke, Bd. 4 Kritik der reinen Vernunft (1. Aufl.) ; Prolegomena ; Grundlegung zur Metaphysik der Sitten ; Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft. Berlin : de Gruyter, 1911. VIII, 655 S.

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

22 Alexy R. Bulygin's Kritik des Richtigkeitsarguments. Normative systems in legal and moral theory : Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin / ed. by Ernesto Garzón Valdés ... Berlin, 1997. S. 235-250.

23 Alexy R. Rechtssicherheit und Richtigkeit. Metodologie interpretace práva a právní jistota. Plzeň : Čeněk, 2012. 2012. S. 378-393.

24 Alexy R. Schriftenverzeichnis. Stand: November 2021. <file:///C:/Users/User/Downloads/Schriftenverzeichnis-%20aktuell.pdf> (дата звернення 01.09.2023).

25 Alexy R. Theorie der Grundrechte. 1. Aufl. Baden-Baden : Nomos-Verlagsgesellschaft, 1985. 548 S.

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

27 Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation : die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 1. Frankfurt am Main ; Göttingen : Suhrkamp, 1978. 396 S.

28 Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 1917. 67. S. 1-80.

29 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.

30 Савчук В. Г. Норми для вирішення в універсумі аналітичного виміру права. Baltic Journal of Legal and Social Sciences. 2021. №3. P. 167-176.

31 Rüthers V. Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre. 12. Aufl. München : C.H. Beck, 2022. XXVIII, 627 S.

32 Савчук В. Г. Концептуалізація розуміння права. Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Випуск 6. Чернівці : Рута, 2012. С. 70-71.

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

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

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

36 Філософія права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, С. І. Максимов та ін. ; за ред. докт. філос. наук, проф. О. Г. Данильяна. Харків : Право, 2009. 208 с.

37 Kantorowicz H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft. 1. u. 2. Tsd. Heidelberg : Winter, 1906. 50 S.

38 Кузнецова Т. И. Ораторское искусство в древнем Риме. Москва : Наука, 1976. 288 с.

39 Колотілова Н. А. Риторика : навч. посібник. Київ : Центр учбової літератури, 2007. 232 с.

40 Alexy R. Die Doppelnatur des Rechts. Der Staat. 2011. Bd. 50. 3. S. 389-404.

41 Alexy R. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 2009. Bd. 95. S. 151-166.

42 Lautmann R. Freie und gebundene Rechtsfindung. Dortmund, 1967. 151 S.

43 Савчук В. Г. Структура норми позитивного права (правоположення) у Євгена Ерліха : опис, пояснення, критика. Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 15-16 жовтня, 2021 р.). Харків : Асоціація аспірантів-юристів, 2021. С. 8-12.

44 Schreiber R. Die Geltung von Rechtsnormen. Berlin : Springer-Verlag, 1966. VII, 263 S.

45 Alexy R. V Unbestimmtheit des Rechts und Rationalität der Rechtsprechung. Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung / herausgegeben von Peter Koller und Christian Hiebaum. Berlin, 2016. S. 85-97.

46 Salagean E. Leben und Werk von Eugen Ehrlich und Manfred Rehbinder. 2006. S. [73] - 96.

47 Бігун В. С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина. Проблеми філософії права. 2005. Том III. No 1-2. С. 105-126. Бібліогр.: 200 назв.

48 Ehrlich E. Über Facturenbeisätze. Juristische Blätter. 1887. S. 365-391 (in Forts.).

49 Ehrlich E. Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena : G. Fischer, 1899. VII, 277 S.

50 Rehbinder M. Eugen Ehrlich, dem Begründer der deutschen Rechtssoziologie, zum 100. Geburtstag. JuristenZeitung. 1962. 17. Jahrg., Nr. 19. S. 613-614.

51 Марчук В. П. Критика сучасних буржуазних теорій права. Київ : Товариство "Знання" УРСР, 1981. 46 с.

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

53 Ehrlich E. Fundamental principles of the sociology of law. Cambridge, Mass. : Harvard Univ. Pr., 1936. XXXVI, 541 S.

54 Ehrlich E. Über Lücken im Rechte. Juristische Blätter. 1888. S. 447-630.

55 Ehrlich E. Das Stillschweigen im Handelsverkehre. Kaufmännische Zeitschrift XV. 1889. S. 202-204.

56 Ehrlich E. Sociale Gesetzgebungspolitik auf dem Gebiete des Deutschen Privatrechts. Unsere Zeit. 1890. № I. S. 433-451.

57 Ehrlich E. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und die socialpolitischen Bestrebungen der Gegenwart. Unsere Zeit. 1890. № II. S. 21-35.

58 Ehrlich E. Die arische Urgesellschaft. Deutsche Worte. 1890. X. S. 353-374.

59 Ehrlich E., (anonym) Die sociale Frage und die Rechtsordnung. Die Neue Zeit. 1891. IX 2. S. 431-544.

60 Ehrlich E. Arbeiterschutz im Privatrechte. Arbeiterschutz. 1891. II. S. 209-243 (in Forts.).

61 Ehrlich E. Rezension Gustav Lastig: Markenrecht und Zeichenregister. Ein Beitrag zur Handelsrechtsgeschichte, 1889. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (hg. von Grünhut). 1891. 18. S. 197-198.

62 Ehrlich E. Rezension Max Weber: Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, 1889. GrünhutsZ. 1891. 18. S. 198.

63 Ehrlich E. Rezension Adolf Klewitz: Die Verpflichtung zur Rechnungsstellung, 1890. GrünhutsZ. 1891. 18. S. 286-287.

64 Ehrlich E. Rezension Kossaburo Kishi: Das Erbrecht Japans, insbesondere Kritik des Intestaterbrechts der Codification vom Jahre 1890, Diss. Göttingen 1891. GrünhutsZ. 1892. 19. S. 535-536.

65 Ehrlich E. Rezension Anton Menger: Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag, 2. Aufl. 1891. GrünhutsZ. 1892. 19. S. 537.

66 Ehrlich E. Rezension Wilhelm Pappenheim: Über die fortdauernde Giltigkeit der einberufenen Staatsnoten ..., 1891. GrünhutsZ. 1892. 19. S. 696.

67 Ehrlich E. Die sociale Frage im Privatrechte. Juristische Blätter. 1892. S. 97-135 (in Forts.).

68 Ehrlich E. Rezension Oscar Francken: Die Liquidatur der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwicklung, 1891. GrünhutsZ. 1893. 20. S. 239.

69 Ehrlich E. Zur Frage des Frauenstudiums. Deutsche Worte. 1895. XV. S. 703-712.

70 Ehrlich E. Der schweizerische Erbrechtsentwurf. Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik. 1896. 9. S. 174-186.

71 Ehrlich E. Rezension Karl Adler: Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, 1895. GrünhutsZ. 1896. 23. S. 368-372.

72 Ehrlich E. Rezension Johann Lazarus: Das Recht der Abzahlungsgeschäfte, 1898, und Alfred Bloch: Zur Anwendung des Ratengesetzes, 1899. GrünhutsZ. 1900. 27. S. 509-511.

73 Ehrlich E. Arbeitende Damen. Dokumente der Frauen. 1900. 3. S. 227-236.

74 Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin : Heymann, 1893. XII, 296 S.

75 Ehrlich E. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen 1 Das jus civile, jus publicum, jus privatum. Berlin : Heymann, 1902. VI, 258 S.

76 Ehrlich E. Die Börsenschiedsgerichte. Neue Revue 1895. VI 1. S. 262-269, 305-310.

77 Ehrlich E. Der Gang der Culturentwicklung. Neue Revue. 1896. VII 1. S. 690-696.

78 Ehrlich E. Ulpian's Ousia-Theorie. Studi in onore di Vittorio Scialoja. 1904.

79 Ehrlich E. Recht und Prätor Eine Entgegnung. Sonderdr. Wien : A. Hölder, 1904. 34 S.

80 Ehrlich E. Recht und Prätor. Eine Erledigung. GrünhutsZ. 1905. 32. S. 599-612.

81 Ehrlich E. Die Anfänge des testamentum per aes et libram. Bericht erstattet dem Historikercongress in Rom (Rechtshistorische Abtheilung) 1903. Atti del Congresso internazionale di scienze storiche IX. 1904.

82 Ehrlich E. Internationales Privatrecht. Deutsche Rundschau. 1906. 126. S. 419-433.

83 Ehrlich E. Die freie Rechtsfindung. Das Recht. 1906. V. S. 35-41.

84 Ehrlich E. Anton Menger. Süddeutsche Monatshefte. 1906. III, Bd. 2, . S. 285-318.

85 Ehrlich E. Anton Menger. Neues Frauenleben. 1906. XVIII 2. S. 1-3.

86 Ehrlich E. Die Zukunft des Römischen Rechtsunterrichts in Österreich Österreichische Rundschau. 1906. 6. S. 386-392.

87 Ehrlich E. Soziologie und Jurisprudenz. Die Zukunft 1906. 54. S. 231-240.

88 Ehrlich E. a. Zur Frage der juristischen Person. Österreichische Richter-Zeitung. 1907. IV 1. Sp. 115-127.

89 Ehrlich E. Der Raimundtheaterfall (zur ultra vires-Lehre bei der juristischen Person). Das Recht. 1907/08. VI. S. 225-229.

90 Ehrlich E. Reglementierung oder Abolition? (Zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten bei Prostituierten). Das Recht. 1908/09. VII. S. 353-360.

91 Ehrlich E. Die Zersetzung der alten Ordnungen (mit kritischen Anmerkungen der Redaktion). Das Recht. 1908/09. VII. S. 225-232.

92 Ehrlich E. Bericht über eine englische Studienreise (Die englische Zivilrechtspflege), Protokoll eines Vortrags vor der Wiener Juristischen Gesellschaft. Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung. 1909. 60. S. 94-95.

93 Ehrlich E. Die Rechtsfähigkeit. Berlin : Puttkammer & Mühlbrecht, 1909. XVI, 106 S.

94 Ehrlich E. Die Erforschung des lebendes Rechts. Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich. 1911. No. 35, 1. S. 129-147.

95 Ehrlich E. Ein Institut für lebendes Recht. Juristische Blätter. 1911. S. 229-231, 241-244.

96 Ehrlich E. Die Überlastung des Obersten Gerichtshofes. Mitteilungen der Vereinigung der österreichischen Richter. 1911. Nr. 5. S. 5-15.

97 Ehrlich E. Die Neuordnung der Gerichtsverfassung. Deutsche Richterzeitung. 1912. Sp. 436-465, 563.

98 Ehrlich E. Das lebende Recht der Völker der Bukowina. Recht und Wirtschaft. 1912. 1. S. 273-279, 322-324.

99 Ehrlich E. Gutachten über die Frage: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor oder nach Abschluß des Universitätsstudiums) das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern? Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages, 1912. S. 200-220.

100 Ehrlich E. Die Aufgaben der Sozialpolitik im österreichischen Osten (Juden- und Bauernfrage). 4. Aufl. München [u.a.] : Duncker & Humblot, 1916. 48 S.

101 Ehrlich E. Entgegnung (auf eine Kritik Kelsens). Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1916. 41. S. 844-849.

102 Ehrlich E. Eine Hochschule für Gesellschaftswissenschaften, Denkschrift im Selbstverlag des Verfassers. 1916. S. 211-227.

103 Ehrlich E. Die Schuldfrage. Das neue Europa. 1919. V 4. S. 14-17.

104 Ehrlich E. Das Kunstwerk und die Umwelt. Zur Soziologie der Kunst. Das neue Europa. 1919. V 10/11. S. 70-72.

105 Ehrlich E. Von der Zukunft des Völkerbundes, . Die Friedens-Warte, Blätter für zwischenstaatliche Organisation. 1919. 21. S. 89-93.

106 Ehrlich E. Die Valutaschwierigkeiten der Schweiz. Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik. 1920. 26. S. 321-369.

107 Ehrlich E. Bismarck und der Weltkrieg. Zürich : Art. Institut Orell Füßli, 1920. 32 S.

108 Ehrlich E. Englische Rechtspflege. Österreichische Richter-Zeitung. 1915. VIII. S. 77-79.

109 Ehrlich E. Das Recht und die Gesellschaft. Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich. 1916. S. 208-210.

110 Ehrlich E. Soziologie des Rechts. Die Geisteswissenschaften. 1913/14. S. 202-205, 230-234.

111 Ehrlich E. Zur Soziologie des Rechts. Entgegnung auf eine Rezension von Friedrich Hahn. Der Kampf. Sozialdemokratische Monatsschrift. 1914. 7. S. 461-463.

112 Ehrlich E. Replik (auf eine Kritik Kelsens). Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1916/17. 42. S. 609-610.

113 Ehrlich E. Die juristische Logik. Archiv für die civilistische Praxis. 1917. Bd. 115. Heft 2/3. S. 125-439.

114 Савчук В. Г. «Юридична логіка» Євгена Ерліха (1917/18) : матеріальне прикладне значення інтересу в праві. Юридичні науки : проблеми та перспективи : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Запоріжжя, 25-26 червня 2021 р). Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2021. С. 92-95.

115 Ehrlich E. Die „bewährte Lehre und Überlieferung“ (Art. 1 ZGB). Leitgedanken eines Referats Ehrlichs vor dem Zürcher Juristenverein, aufgezeichnet von H. Schmid. Schweizerische Juristen-Zeitung. 1919/20. 16. S. 225-226.

116 Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht. Hogaku Kyokai Zasshi. 1920. 38 Nr. 12. S. 1-22.

117 Ehrlich E. Die Soziologie des Rechts. Hogaku Kyokai Zasshi. 1922. 40 Nr. 2., S. 1-22.

118 Щербанюк О. В., Маник А. З. Концепція «живого права» Е. Ерліха з точки зору специфіки суспільних відносин у глобалізованому світі. Електронне наукове видання «Аналітичне-порівняльне правознавство». Ужгород : Ужгородський національний університет, 2023. № 4. С. 652-656.

119 Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. 4. Aufl., durchges. u. hrsg. von Manfred Rehbinder. Berlin : Dunker und Humblot, 1989. 441 S.

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

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

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

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

124 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.

125 Zimmermann R. Juristische Methodenlehre in Deutschland. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2019. Vol. 83. No. 2. S. 241-287.

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

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

128 Canaris C.-W. Karl Larenz. Stefan Grundmann & Karl Riesenhuber (Hrsg.: *Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*. Band 2. Berlin, 2010. S. 263-308.

129 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.

130 Hüpers B. *Karl Larenz - Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*. Berlin : Berliner Wissenschafts-Verl., 2010. XXVI, 646 S.

131 *Goethe-Wörterbuch : Einwenden - Gesäusel*. Stuttgart : Kohlhammer, 1998. 1536 Sp.

132 Kannegießer K. L. *Der deutsche Redner, oder chronologisch geordnete Beispiel und Mustersammlung der deutschen Beredsamkeit von der ältesten bis auf die neueste Zeit Mit einer rhetorischen Einleitung*. Leipzig, 1845. 8".

133 Scheurl A. v. *Zur praktischen Lösung der Ehescheidungsfrage*. Nürnberg, 1861. 22 p.

134 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.

135 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.

136 Alexy R. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. Alexy R. Elemente einer juristischen Begründungslehre. Baden-Baden, 2003. S. 9-35.

137 Савчук В. Г. Норми для вирішення і утворення нової просто-правової норми на основі вищої за рангом (конституційної) норми. Проблеми та стан дотримання і захисту прав людини в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Львів, 20-21 серпня 2021 р.). Львів : Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2021. С. 6-9.

138 Rückert J. Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2017. 659 S.

139 Müller F. Juristische Methodik. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. 443 S.

140 Уемов А. И. Системный подход и общая теория систем / Уемов, А. И. Москва : Мысль, 1978. 272 с.

141 Фуко М. Воля к истине По ту сторону знания, власти и сексуальности : [Сборник]. М. : Магистериум Изд. дом "Касталь", 1996. 446, [1] с.

142 Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. Erweiterte Neuausgabe. Freiburg München: Verlag Karl Alber, 2020. 250 S.

143 Alexy R. On balancing and subsumption: A structural comparison. Ratio Juris. 2003. Vol. 16. Iss. 4. Pp. 433-449.

144 Stück H. Subsumtion und Abwägung. ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 1998. vol. 84. 3. S. 405-419.

145 Krawietz W. Metatheorie juristischer Argumentation. Berlin : Duncker & Humblot, 1983. 252 S.

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

147 Rehbinder M. Einführung in die Rechtswissenschaft Grundfragen, Grundlagen und Grundgedanken des Rechts. 8., neubearb. Berlin [u.a.] : de Gruyter, 1995. VI, 271.

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

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

150 Вдовічен В. А., Маник А. З. Атрибутивність дискреційної активності судді та вільного правознаходження у доктринальній концепції Є. Ерліха. Юридичний науковий електронний журнал. Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2021. №9. С. 411-414.

151 Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова ; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб. : Университетский издательский консорциум, 2011. 704 с.

152 Загальна теорія права: підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. 392 с.

153 Шапп Я. Система германского гражданского права: учебник. Москва: Междунар. отношения, 2006. 360 с.

154 Майданик Р. А. Методика вирішення юридичного казусу в приватному праві Німеччини та України. Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. 2014. Т. 155. С. 52-58.

155 Вригт Г. Х. Логико-философское исследования : Избр. тр. : пер. с англ. / общ. ред. Г. И. Рузавина и В. А. Смирнова. Москва : Прогресс, 1986. 600 с.

156 Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения / науч. ред. З. М. Черниловский. Москва: Юрид. лит., 1989. 448 с.

157 Савчук В. Г. Євген Ерліх і Манфред Ребіндер про два типи відношення норм для вирішення і правоположень. Актуальні питання правової теорії та юридичної практики : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 13-14 серпня 2021 р.). Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2021. С. 6-9.

158 Ивин А. А. Логика норм. Москва : Изд-во Моск. ун-та, 1973. 121 с.

159 Ивин А. А. Логика оценок и норм. Философские, методологические и прикладные аспекты : монография. Москва : Проспект, 2016. 320 с.

160 Павлюк А. Г. Поняття відведення, яке перешкоджає виникненню цивільного суб'єктивного права вимоги кредитора. Науковий вісник Чернівецького університету: збірник наук. праць. Вип. 636: Правознавство. Чернівці: ЧНУ, 2012. С. 79-82.

161 Павлюк А. Г. Поняття відведення, яке припиняє цивільне суб'єктивне право вимоги кредитора, що раніше виникло. Науковий вісник Чернівецького університету: збірник наук. праць. Вип. 644: Правознавство. Чернівці: ЧНУ, 2013. С. 92-95.

162 Ranieri F. Relationstechnik. Ueding G. Historisches Wörterbuch der Rhetorik, Bd. 7: Pos-Rhet. Tübingen, 2005. S. 1157-1161.

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

164 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.

165 Daubenspeck H. Referat, Votum und Urteil Eine Anleitung f. prakt. Juristen im Vorbereitungsdienst von Hermann Daubenspeck, Reichsger. R. a.D. 9., verm. u. verb. Aufl. Berlin : F. Vahlen, 1905.

166 Фейс Р. Модальная логика. Москва : Наука, 1974. 520 с.

167 Витгенштейн Л. Избранные работы. Москва : Территория будущего, 2005. 436 с. .

168 Трутень В. В. Комбінована n-мірна юридична логіка: в застосуванні до експлікації цивільно-правового поняття "правіж". Логіка і право. Матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції "Логіка і право". Харків, 11 травня 2012 р. / Науковий редактор: д-р філос. наук, проф. О. М. Юркевич. Харків, 2012. С. 131-134.

169 Трутень В. В. Матеріально-правова здійснимість цивільного суб'єктивного права вимоги кредитора до боржника на певне надання, визначена на нормативній підставі в процесі правової аргументації: до питання про універсалізацію права. Антропологія права : філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи : Статті учасників восьмого Міжнародного "круглого столу" (м. Львів, 7-8 грудня 2012 року. Львів, 2013. С. 497-513.

170 Alexy R. Two or Three? On the Nature of Legal Principles / ed. by Martin Borowski. Stuttgart, 2010. P. 9-18.

171 Савчук В. Г. Схема оцінювального синтезу як основа для правильного розуміння норм для вирішення Євгена Ерліха. International scientific conference «Legal education and science as the need of the hour : new European challenges” : : conference proceedings (October 8-9, 2021. Lodz, the Republic of Poland) : «Baltija Publishing», 2021. P. 37-41.

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

173 Vogel J. Juristische Methodik. Berlin [u.a.] : Gruyter, 1998. S. IX, 216.

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

175 Alexy R. Elemente einer juristischen Begründungslehre. 1. Aufl. Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 2003. 545 S.

176 Alexy R. Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung. Verantwortetes Recht : die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns ; Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München / Neumann, Ulfrid. Stuttgart, 2005. S. 47-66.

177 Katko P. Bürgerliches Recht : schnell erfaßt. 6., überarb. und aktualisierte Aufl. Berlin [u.a.] : Springer, 2006. 323 S.

178 Трутень 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.

179 Савчук В. Г. Універсальність та комплексність норм для вирішення, або Три чи сім? Прикарпатський юридичний вісник. 2022. № 4 (45). С. 36-41.

180 Савчук В. Г. Євген Ерліх і Роберт Алексі : норми для вирішення в перетині з теорією юридичної аргументації. Особливості розвитку публічного і приватного права в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 16-17 липня 2021 року). Харків : ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2021. С. 5-9.

181 Савчук В. Г. Оцінка Гуго Зінцгаймером творчості Євгена Ерліха. Інтеграція юридичної науки і практики в сучасних умовах : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Запоріжжя, 20-21 серпня 2021 р.). Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2021. С. 68-71.

182 Sinzheimer H. Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft. Amsterdam : Hertzberger, 1938. 312 S.

183 Савчук В. Г. Правильне право у Рудольфа Штаммера, Євгена Ерліха і Роберта Алексі. Національні та міжнародні стандарти сучасного

державотворення : тенденції та перспективи розвитку : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 6-7 серпня 2021 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 17-20.

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

185 Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения / пер. с нем. В. А. Краснокутского. Москва : Тип. Т-ва И. Д. Сытина, 1908. 144 с.

186 Бліхар В. С. «Норми для вирішення» і «претензія методу на чесність» у працях Євгена Ерліха та Роберта Алексі. Електронне наукове видання «Аналітичне-порівняльне правознавство». Ужгород : Ужгородський національний університет, 2023. № 4. С. 621-625.

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

188 Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. 3. (= 5) Aufl. Freiburg/München : Karl Alber, 2016. 206 S.

189 Höfler A. Grundlehren der Logik. Leipzig ; Wien : G. Freytag ; F. Tempsky, 1907. 181 S.

190 Rüssmann H. Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage. Alexy R. Elemente einer juristischen Begründungslehre. Baden-Baden, 2003. S. 299-322.

191 Савчук В. Г. Неправо і норми для вирішення. Фундаментальні проблеми юриспруденції II. Право і неправо : Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу (м. Харків, 18–19 вересня 2020 року) / уклад. : С. Максимов, Н. Сатохіна. Харків, 2020. С. 90-92.

192 Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право. Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 228-238.

193 Алексі Р. Дуальна природа права. Максимов С. І. Філософія права: сучасні інтерпретації : Вибр. праці: статті, аналіт. огляди, переклади (2003–2010). Х., 2010. С. 307-325.

194 Савчук В. Г. Ерліхівські норми для вирішення з погляду нотаріуса: до питання термінології. Ерліхівський журнал = Ehrlich's journal. Чернівці: ЧНУ ім. Ю. Федьковича, 2017. Вип. 3. 2019. С. 46-51.

195 Liebmann O. Kant und die Epigonen: eine kritische Abhandlung. Stuttgart: Schober, 1865. 218 S.

196 Dworkin R. The Model of Rules (1967). Taking Rights Seriously, 2 ed, London 1978, p. 15 at al.

197 Alexy R. Zum Begriff des Rechtsprinzips. R. Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 1995, S. 177-212.

198 Alexy R. Grundrechte und Verhältnismäßigkeit. Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, hg. v. U. Schliesky/C. Ernst/S. E. Schulz, Heidelberg 2011, S. 3-15.

199 Радбрух Г. Философия права : пер. с нем. / Радбрух, Г. Москва : Междунар. отношения, 2004. 240 с.

200 Bydlinski F. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff / Bydlinski, F. 2., erg. Aufl. Wien ; New York : Springer, 1991. XV, 671 S.

201 Омельчук О. М. Новітні методологічні теорії філософії права : норми для вирішення Є. Ерліха та юриспруденція оцінок К. Ларенца. Правові новели. Херсон : Міжнародний університет бізнесу і права, 2022. №17. С. 165-170.

202 Омельчук О. М. Норми для вирішення як правила переваги. Юридичний науковий електронний журнал. Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2021. №9. С. 415-417.

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

204 Бліхар В. С. Емпірична природа «норм для вирішення» у працях Євгена Ерліха та Роберта Алексі. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. Випуск 79 : частина 2. Ужгород : Ужгородський національний університет, 2023. С. 390-394.

205 Савчук В. Г. Правовий плюралізм і норми для вирішення в «Соціології права» Манфреда Ребіндера. Шляхи вдосконалення нормативно-правової бази України як основи сталого розвитку суспільства : тенденції та перспективи розвитку : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 3-4 вересня 2021 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 6-9.

206 Вдовічен В. А. Норми для вирішення як результат зважування інтересів і/або принципів : ретроспективний аналіз доктринальних підходів. Наукові записки. Серія : Право. Кропивницький : Центральноукраїнський державний педагогічний університет імені Володимира Винниченка, 2021. Випуск 10. Спецвипуск. С. 200-205.

ДОДАТКИ**Додаток А****СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ*****Наукові праці у виданнях,******включених до переліку наукових фахових видань України:***

1. 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.
2. Савчук В. Г. Універсальність та комплексність норм для вирішення, або три чи сім? *Прикарпатський юридичний вісник*. 2022. №4 (45). С. 36–41.
3. Савчук В. Г. Аналітична, нормативна і емпірична правильність ідеї норм для вирішення. *Право і суспільство*. 2022. №6. С. 51–58.

***Наукові праці, які додатково відображають
наукові результати дисертації:***

4. Савчук В. Г. Норми для вирішення в універсумі аналітичного виміру права. *Baltic Journal of Legal and Social Sciences*. 2021. №3. P.167–176.
5. Савчук В. Г. Концептуалізація розуміння права. Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Випуск 6. Чернівці : Рута, 2012. С. 70–71.
6. Савчук В. Г. Ерліхівські норми для вирішення з погляду нотаріуса : до питання термінології. *Ерліхівський журнал*. Випуск 3. Чернівці : Чернівецький національний університет, 2019. С. 46–51.

***Наукові праці, які засвідчують
апробацію матеріалів дисертації:***

7. Савчук В. Г. Неправо і норми для вирішення. *Фундаментальні проблеми юриспруденції II. Право і неправо : Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу (м. Харків, 18–19 вересня 2020 року) / уклад. : С. Максимов, Н. Сатохіна. Харків, 2020. С. 90–92.*

8. Савчук В. Г. Євген Ерліх і Роберт Алексі : норми для вирішення в перетині з теорією юридичної аргументації. Особливості розвитку публічного і приватного права в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 16-17 липня 2021 року). Харків : ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2021. С. 5–9.

9. Савчук В. Г. «Юридична логіка» Євгена Ерліха (1917/18) : матеріальне прикладне значення інтересу в праві. Юридичні науки : проблеми та перспективи : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Запоріжжя, 25-26 червня 2021 р). Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2021. С. 92–95.

10. Савчук В. Г. Євген Ерліх і Манфред Ребіндер про два типи відношення норм для вирішення і правоположень. Актуальні питання правової теорії та юридичної практики : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 13-14 серпня 2021 р.). Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2021. С. 6–9.

11. Савчук В. Г. Правильне право у Рудольфа Штаммлера, Євгена Ерліха і Роберта Алексі. Національні та міжнародні стандарти сучасного державотворення : тенденції та перспективи розвитку : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 6-7 серпня 2021 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 17–20.

12. Савчук В. Г. Норми для вирішення і утворення нової просто-правової норми на основі вищої за рангом (конституційної) норми. Проблеми та стан дотримання і захисту прав людини в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Львів, 20-21 серпня 2021 р.). Львів : Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2021. С. 6–9.

13. Савчук В. Г. Правовий плюралізм і норми для вирішення в «Соціології права» Манфреда Ребіндера. Шляхи вдосконалення нормативно-правової бази України як основи сталого розвитку суспільства

: тенденції та перспективи розвитку : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 3-4 вересня 2021 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 6–9.

14. Савчук В. Г. Оцінка Гуго Зінцгаймером творчості Євгена Ерліха. Інтеграція юридичної науки і практики в сучасних умовах : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Запоріжжя, 20-21 серпня 2021 р.). Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2021. С. 68–71.

15. Савчук В. Г. Схема оцінювального синтезу як основа для правильного розуміння норм для вирішення Євгена Ерліха. International scientific conference «Legal education and science as the need of the hour : new European challenges» : conference proceedings (October 8-9, 2021. Lodz, the Republic of Poland) : «Baltija Publishing», 2021. P. 37–41.

16. Савчук В. Г. Структура норми позитивного права (правоположення) у Євгена Ерліха : опис, пояснення, критика. Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 15-16 жовтня, 2021 р.). Харків : Асоціація аспірантів-юристів, 2021. С. 8–12.

АКТ ВПРОВАДЖЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЙНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ

АКТ

впровадження наукових розробок дисертаційного дослідження Савчук Віталіни Григорівни на тему «Норми для вирішення Євгена Ерліха» у практичну діяльність Західного міжрегіонального управління Міністерства юстиції

Західне міжрегіональне управління Міністерства юстиції (далі – Управління) склало цей акт про те, що результати дисертаційного дослідження Савчук Віталіни Григорівни на тему: «Норми для вирішення Євгена Ерліха» фактично використовуються Управлінням судової роботи та міжнародної правової допомоги для належного та ефективного супроводження справ у судах, надання допомоги юристам у підвищенні ефективності та якості їх професійної діяльності, забезпечення правової грамотності і компетентності, аналізу судових рішень і причин ухвалення таких не на користь міжрегіонального управління.

Управлінням проаналізовані результати дослідження Савчук Віталіни Григорівни, зокрема наукові праці, в яких опубліковані основні положення її дисертації:

1. Савчук В. Г. Ерліхівські норми для вирішення з погляду нотаріуса : до питання термінології. Ерліхівський журнал. Випуск 3. Чернівці : Чернівецький національний університет, 2019. С. 46–51.
2. Савчук В. Г. «Юридична логіка» Євгена Ерліха (1917/18) : матеріальне прикладне значення інтересу в праві. Юридичні науки : проблеми та перспективи : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Запоріжжя, 25-26 червня 2021 р.). Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2021. С. 92–95.
3. Савчук В. Г. Аналітична, нормативна і емпірична правильність ідеї норм для вирішення. Право і суспільство. 2022. №6. С. 51–58.
4. Савчук В. Г. Євген Ерліх і Манфред Ребіндер про два типи відношення норм для вирішення і право положень. Актуальні питання правової теорії та юридичної практики : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 13-14 серпня 2021 р.). Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2021. С. 6–9.
5. Савчук В. Г. Євген Ерліх і Роберт Алексі : норми для вирішення в перетині з теорією юридичної аргументації. Особливості розвитку публічного і приватного права в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 16-17 липня 2021 року). Харків : ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2021. С. 5–9.
6. Савчук В. Г. Концептуалізація розуміння права. Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Випуск 6. Чернівці : Рута, 2012. С. 70–71.
7. Савчук В. Г. Неправо і норми для вирішення. Фундаментальні проблеми юриспруденції II. Право і неправо : тези доповідей Всеукраїнського круглого столу (м. Харків, 18–19 вересня 2020 року) / уклад. : С. Максимов, Н. Сагохіна. Харків, 2020. С. 90–92.
8. 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.
9. Савчук В. Г. Норми для вирішення в універсумі аналітичного виміру права. Baltic Journal of Legal and Social Sciences. 2021. №3. P.167–176.
10. Савчук В. Г. Норми для вирішення і утворення нової просто-правової норми на основі вищої за рангом (конституційної) норми. Проблеми та стан дотримання і захисту прав людини в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Львів, 20-21 серпня 2021 р.). Львів : Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2021. С. 6–9.
11. Савчук В. Г. Оцінка Гуго Зінцгаймером творчості Євгена Ерліха. Інтеграція юридичної науки і практики в сучасних умовах : матеріали міжнародної науково-

- практичної конференції (м. Запоріжжя, 20-21 серпня 2021 р.). Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2021. С. 68–71.
12. Савчук В. Г. Правильне право у Рудольфа Штаммера, Євгена Ерліха і Роберта Алексі. Національні та міжнародні стандарти сучасного державотворення : тенденції та перспективи розвитку : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 6-7 серпня 2021 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 17–20.
 13. Савчук В. Г. Правовий плюралізм і норми для вирішення в «Соціології права» Манфреда Ребіндера. Шляхи вдосконалення нормативно-правової бази України як основи сталого розвитку суспільства : тенденції та перспективи розвитку : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 3-4 вересня 2021 р.). Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 6–9.
 14. Савчук В. Г. Структура норми позитивного права (правоположення) у Євгена Ерліха : опис, пояснення, критика. Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 15-16 жовтня, 2021 р.). Харків : Асоціація аспірантів-юристів, 2021. С. 8–12.
 15. Савчук В. Г. Схема оцінювального синтезу як основа для правильного розуміння норм для вирішення Євгена Ерліха. International scientific conference «Legal education and science as the need of the hour : new European challenges” : : conference proceedings (October 8-9, 2021, Lodz, the Republic of Poland) : «Baltija Publishing», 2021. P. 37–41.
 16. Савчук В. Г. Універсальність та комплексність норм для вирішення, або три чи сім? Прикарпатський юридичний вісник. 2022. №4 (45). С. 36–41.

Праці Савчук Віталіни Григорівни містять науково обґрунтовані положення і практичні рекомендації, що дає підстави і надалі використовувати їх у діяльності управління.

06 жовтня 2023 року

**Перший заступник начальника
Західного міжрегіонального управління
Міністерства юстиції**



Юлія БАБИНА