

НОРМИ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ ЯК ПРАВИЛА ПЕРЕВАГИ

NORMS FOR DECISION AS RULES OF PREFERENCE

Омельчук О.М.

ректор Хмельницького університету управління та права
імені Леоніда Юзькова, доктор юридичних наук, професор
<https://orcid.org/0000-0000-0003-380X>

В статті констатується, що побудова Є. Ерліхом теорії норм для вирішення залишилася незавершеною, що є однією із причин її відносно низької практичної релевантності. Зауважено, що концепт правил переваги розробляється в сучасній теорії юридичної аргументації, деонтичній логіці та юридичній методології. Метою даної статті є характеристика норм для вирішення як правил переваги. Для досягнення цієї мети порушено питання онтологічної природи норм для вирішення та правил переваги, а також специфіки процесу створення правил переваги і, отже, формулювання норми для вирішення.

Під нормами для вирішення у статті розуміються правові норми, які дозволяють розв'язати конфлікт інтересів. Правила переваги – це чинні правові норми, які містять умови застосування і правові наслідки, що визначені в процесі зважування інтересів. В статті норми для вирішення і правила переваги досліджуються в контексті вільного правознаходження.

Показано, що вихідними пунктами для формування правил переваги і/або норм для вирішення є, з одного боку, принципи як веління оптимізації і як деонтологічні практичні поняття, а з іншого боку, антропологічні (мета, інтерес, потреба тощо) і аксіологічні (добро, благо) правові поняття. Що стосується антропологічних і аксіологічних практичних понять, то в статті із двох моделей їх використання – прямого або опосередкованого деонтологічними поняттями – перевага надається другій моделі. У статті наголошено, що норми для вирішення як уніфіковані правила переваги (преференції) є необхідним елементом застосування принципу пропорційності, в рамках якого практична релевантність таких норм досягає свого максимуму.

Ключові слова: теорія юридичної аргументації, юридична методологія, теорія норм, зважування принципів (інтересів, благ), уніфікація, преференція, принцип пропорційності.

The article under studies claims that E. Ehrlich's theory of norms for decision remained incomplete, which may be regarded as one of the reasons of its relatively low practical relevance. Later on, the solution to predicament was found due to rules of preference, the latter being developed in modern theory of juridical argumentation, deontic logic and juridical methodology. Actually, the article deals with the essence of the above solution. The purpose of the article is to describe norms for decision as rules of preference.

To achieve this goal, the article considers two issues: first, what are norms for decision and rules of preference, and second, how can the process of creating rules of preference be unified and, subsequently, how can norms for decision be articulated. In this article, norms for decision are referred to as legal rules that allow for the resolution of a conflict of interest. On the other hand, rules of preference are valid legal norms that contain conditions of application and legal consequences arising in the process of weighing the principles as optimization imperatives in the sense of R. Alexy. In this article, both norms for decision and rules of preference are identified in terms of free lawmaking.

Particular emphasis has been laid on the fact that the starting points for the formation of rules of preference and / or norms for decision are, on the one hand, principles as optimization imperatives and as deontological practical concepts, and on the other hand, anthropological (goal, interest, need, etc.) and axiological (good, goodness, virtue) practical concepts. As regards anthropological and axiological practical concepts, the article gives preference to the latter out of the two options for their use (direct or indirect), since this is the simplest way to work out norms for decision as rules of preference. All in all, the article proves that norms for decision as unified rules of preference are a necessary element of the application of the principle of proportionality, within which the practical relevance of such norms reaches its maximum.

Key words: theory of juridical argumentation, juridical methodology, theory of norms, preference, the principle of proportionality.

Постановка проблеми. Побудова Є. Ерліхом теорії норм для вирішення залишилася незавершеною, що є однією із причин її відносно низької практичної релевантності. Згодом виходом зі становища став концепт правил переваги, який розробляється в сучасній теорії юридичної аргументації, деонтичній логіці і юридичній методології.

У концепті правил переваги важливо вирішити, яке обґрунтування має перевагу. Правила, які залучаються для обґрунтування таких рішень, називаються правилами переваги. Існують правила переваги, які диктують, що деяким нормам слід надавати перевагу перед іншими за будь-яких умов, але існують також правила переваги, які диктують, що певним нормам слід надавати перевагу перед іншими тільки за певних умов [3, с. 247-249]. У даному дослідженні актуалізується останній різновид правил переваги, причому в аспекті релевантного результату реалізації цих правил, яким є норми для вирішення.

Стан дослідження проблеми. Стан дослідження норм для вирішення є різним в Україні і Німеччині. Так, в Україні вони викликають радше історичний і теоретичний інтерес, зокрема норми для вирішення аналізують такі автори, як: В. П. Марчук, В. Г. Савчук. Разом із тим, незважаючи на дослідницьку значущість, питання про розуміння норм для вирішення як правил переваги досі залишається без належної уваги.

Інша ситуація складалася в німецькій правовій доктрині, де відповідні досягнення Є. Ерліха мають і практичне значення в рамках розбудови принципу пропорційності [1, с. 501], якій особливу увагу приділив Р. Алексі, причому взявши за основу і норми для вирішення Є. Ерліха [2, с. 22], і поняття правил переваги: різні правила можуть вести до несумісних один з одним результатів в обґрунтуваннях однієї й тієї самої форми.

Деякі автори, Г. фон Врігт, Ф. Мюллер, Я. Шредер, Ш. Фогль, М. Ребіндер, аналізуючи теорію норм для вирішення і/або правил переваги, надають перевагу одному з елементів у їх співвідношенні, залишаючи відкритим питання про можливість відповідної уніфікації

Мета дослідження – охарактеризувати норми для вирішення як правила переваги. Для досягнення цієї мети важливо розглянути два питання: по-перше, що таке норми для вирішення і правила переваги, а по-друге, як можна уніфікувати процес створення правил переваги і, отже, сформулювати норми для вирішення.

Виклад основного матеріалу дослідження. Однією із функцій права як складного феномена є розв'язання конфліктів за допомогою норм, які Є. Ерліх називає норми для вирішення (Entscheidungsnormen) [4, с. 97–109]. Таке рамкове розуміння потребує наповнення змістом, яке можна здійснити як ретроспективно, так і проспективно. В першому випадку для наших цілей достатньо сказати, що

Є. Ерліх розуміє норми для вирішення як універсальний засіб [5], який може застосовуватися не тільки у разі вільного правознаходження, тобто не тільки тоді, коли мовчить право. Однак важливо дослідити питання про те, як норми для вирішення працюють у разі вільного правознаходження, оскільки саме у такому процесі норми можуть бути ототожені з так званими правилами переваги.

Необхідність формулювання правил переваги у разі вільного правознаходження визначається тим, що у разі «мовчання» права кожна із сторін конфлікту може використовувати під час своїх доводів, якщо говорити словами Є. Ерліха, вільно знайдені, норми, які конфлікують. Наприклад, одна сторона може посилатися на принцип свободи думки, а інша – на принцип свободи підприємництва, причому перший принцип може забороняти певну діяльність, а другий дозволяти, тобто перший принцип може виправдовувати заборону, а другий – дозвілну норму з одним і тим самим змістом, проте з різним деонтичним характером. Так виникає питання, яка з двох норм має перевагу. Та норма, про яку можна сказати, що вона має перевагу, якраз і є у підсумку правилом переваги. Правила переваги – чинні правові норми, які містять умови застосування і правовий наслідок, що визначені в процесі зважування принципів як велінь оптимізації правозастосування.

Для обґрунтування такої оцінки потрібен певний термінологічний апарат, який включає в себе передусім два блоки питань, а саме поняття практичних понять і поняття структури норми. Практичні поняття принаймні з 60-х років XX ст. прийнято класифікувати на деонтологічні, аксіологічні і антропологічні (Г. фон Врігт, Р. Алексі та ін.) [6, с. 126–127]. Структура норми має містити зміст, характер і умови застосування норми, а також суб'єкт (адресат) норми. Ті норми, які містять всі складові частини норми, набувають форми умовного судження.

Теорія принципів Р. Алексі послуговується деонтологічними практичними поняттями [6, с. 127], а саме, як видно із найменування, – поняттям обов'язку, тобто вона робить акцент на характері норми, причому відразу на деонтичному характері на протилежну аксіологічному [6, с. 127]. Тобто принцип Р. Алексі – це структурно повна або неповна норма, яка містить деонтичну складову.

На перший погляд здається, що норм без деонтичної складової бути не може. Проте це не так (про поділ Р. Алексі норм на деонтологічні і аксіологічні норми [6, с. 132]), оскільки деонтична складова – це тільки одна із модальних характеристик, хоча, зрозуміло, така характеристика, яка найтісніше асоціюється з правом. Проте норми будуть мати практичне значення і тоді, коли модальна характеристика буде аксіологічною: не даремно стародавні римляни говорили про право як мистецтво добра і слушності [10, с. 403].

Оскільки як деонтологічні, так й аксіологічні практичні поняття мають відношення до правової системи як системи принципів і системи цінностей, заслуговує на увагу думка Р. Алексі, який називає свою теорію принципів теорією цінностей. Вчений зауважує, «теорія принципів – це теорія цінностей, очищена від хитких припущень» [6, с. 18].

Що стосується антропологічних практичних понять (мета, інтерес, потреба тощо), то тут слід врахувати той факт, що деонтологічні і аксіологічні норми можуть бути однаково розширені до умовних норм, якщо ввести умови їхнього застосування. Тобто такі норми є потенційно кондиціональними нормами зі структурою «якщо ..., то ...». Отже, існує два типи потенційно кондиціональних норм: деонтологічні і аксіологічні.

Однак існують норми, які реалізують не кондиціональні, а цільові програми (Н. Луман) [9, с. 240]. В такому разі визначальними є зміст і характер норми як комплексна мета, проте замість умов застосування мова йде про

засоби для досягнення мети. І знову можуть існувати повні і неповні цільові норми. Повні норми містять і мету, і засоби, а неповні – тільки мету. Їх також можна формалізувати правилом «для того щоб ..., слід...».

Відмітимо, що в обох інтерпретаціях формули норми, яка реалізує цільову програму «для того щоб ..., слід...», ліва частина є достатньою умовою, а права – необхідною умовою. Так, норму про відношення консенсусу і укладення договору можна сформулювати принаймні двома способами: кондиціонально – якщо має місце консенсус, то договір повинен вважатися укладеним або в аспекті мети – для того, щоб договір вважався укладеним, потрібне досягнення консенсусу. Уже цей приклад демонструє, чому цільові програми мають місце в праві рідше, ніж кондиціональні. Це тому, що хоча теоретично всі цільові програми можуть бути сформульовані як кондиціональні, і, частково, навпаки, але на практиці цільові програми в праві можуть мати тільки позитивну цінність (наприклад, укладення угоди) і не можуть мати негативну цінність (наприклад, вчинення делікту).

Враховуючи вищезазначене, на основні основних положень теорії норм спробуємо надати відповідь на три питання: по-перше, чи можна уніфіковано і одноманітно використовувати різні практичні поняття з метою формування норм для вирішення як правил переваги; по-друге, в чому полягає використання деонтологічних практичних понять в рамках теорії принципів Р. Алексі, і, по-третє, чому доцільно використовувати деонтологічні практичні поняття.

Відповідь на перше питання позитивна, про що свідчить історія юридичної методології XIX, XX, XXI ст. [10; 11]. Так, Савіньї в першій половині XIX ст. прийшов до висновку, що поряд з тлумаченням має місце творення права [12, с. 238; 13]. Суть такого творення полягає в тому, якщо говорити узагальнено, у ситуації «мовчання» права суддя має право додати до чинного права створену ним норму, яку Є. Ерліх буде називати в контексті вільного правознаходження нормою для вирішення, а Р. Алексі, із застереженнями, правилом переваги.

В правовій доктрині сформувалося декілька способів теорії подальшого творення права (при цьому всі вони були відомі Є. Ерліху): об'єктивна теорія, суб'єктивна теорія і чиста теорія Г. Кельзена [10, с. 231–232, 290–297]. В межах першої теорії створена норма права є нормою оцінки, в рамках другої теорії – нормою, яка відповідає намірам законодавця (далекодія Ф. Гекка), а в рамках теорії Г. Кельзена – це норма, яка наповнює змістом рамкові норми. Пізніше об'єктивна теорія стає основою юриспруденції оцінок К. Ларенца, К.-В. Канаріса, Т. Ріма, Д. Леєнена, суб'єктивна теорія починає збігатися з теорією інтересів Ф. Гекка і Тюбінгенської школи [14], а також пізнього Ерліха [18, с. 3–4 та ін.], а чиста теорія права знає детальну розробку на основі теорії ступеневої будови правопорядку А. Меркля. Ці теорії репрезентують відповідно аксіологічні, антропологічні і деонтологічні практичні поняття.

Особливості використання деонтологічних практичних понять в рамках теорії принципів Р. Алексі полягають в наступному: у разі конфлікту інтересів кожна сторона може обґрунтувати свій інтерес об'єктивними цінностями, Наприклад, свободу слова можна вважати не принципом, а цінністю, яка є складовою правової системи, тобто довести, що право складається із правил і цінностей (аксіологічних критеріїв). Цінності можуть суперечити одна одній, а тому виникає питання про їхнє зважування. Теорію зважування цінностей або благ пропонує, наприклад, К. Ларенц [16].

Оскільки історична правова система може використовувати різні практичні поняття, то виникає проблема їх прямого або опосередкованого використання. У цьому випадку доцільно звернути увагу на те, що зважування цінностей

може відбутися у рамках принципу пропорційності – із двох цінностей визначальною постає одна цінність, а умови її реалізації можна вважати умовами застосування правила переваги. При цьому має значення врахування обмеженого характеру застосування цільових норм, оскільки цінності також можуть бути на практиці тільки позитивними. Відзначимо, що теоретично не існує заборони говорити про негативні цінності, більш того, відповідна заборона в правовому контексті має тільки доцільний або прагматичний характер. Отже, реалізація цінностей і реалізація принципів можуть бути майже ідентичними процесами, оскільки в результаті зважування цінностей також формується норма для вирішення як у підсумку правило переваги.

Що стосується цільових норм як телеологічного способу реалізації антропологічних практичних понять, то тут потрібно взяти до уваги те, що це всього лише експліцитна форма реалізації принципів. Відповідно у такому контексті норму для вирішення слід розуміти не просто як результат зважування принципів, а як засіб для досягнення мети. Якщо конфлікують декілька цілей, то їх потрібно зважити, визначити правило переваги. Це правило переваги і буде нормою для вирішення, визначеною за допомогою антропологічних практичних понять. Приклади і особливості реалізації зважування можна знайти у працях С. Ерліха, Ф. Гекка, Б. Рютерса тощо.

Цікавим у контексті даного дослідження є питання про використання деонтологічних практичних понять в рамках теорії принципів Р. Алексі. Якщо врахувати «Теорію юридичної аргументації» (1978/1991) [3; 18], і особливо подальша після 1980 р. творчість Р. Алексі спрямована на вдосконалення запропонованого підходу, яке виражається в формулюванні колізійного закону і закону зважування, формули ваги [19], відношення субсумції і зважування [20], ідеального належного [21; 22], відношення права і правильності [23] тощо.

На думку вченого очевидно, що незалежно від обраного практичного поняття їх застосування може відбу-

ватися уніфіковано (одноманітно) у формі зважування принципів, інтересів або благ у рамках принципу пропорційності. В такому разі це може відбутися за такою схемою, яка узагальнює або розширює підхід Р. Алексі: по-перше, із декількох принципів, інтересів або благ визначається ключовий; по-друге, умови за яких цей принцип, інтерес або благо переважають стають фактичним складом норми для вирішення як правила переваги; по-третє, правовим наслідком такої норми для вирішення стає правовий наслідок того принципу, блага або інтересу, що переважає; по-четверте, чинність норма для вирішення отримує від чинності принципу, інтересу або блага, що переважає.

Що стосується антропологічних і аксіологічних практичних понять, то із двох моделей їх використання – прямого або опосередкованого деонтологічними практичними поняттями – перевагу слід віддати останньому варіанту, оскільки це найпростіший спосіб формування норм для вирішення як правил переваги.

Утворення таких норм може відбуватися шляхом трансформування антропологічних і аксіологічних практичних понять в деонтологічні, а також за допомогою процесу зважування принципів.

Висновки. Таким чином, аналізуючи вищезазначене, можна констатувати, що в сучасних правових системах принципи права можуть суперечити один одному, проте це не є перешкодою для формування норм для вирішення як правил переваги. Вихідними пунктами для формування правил переваги і/або норм для вирішення є, з одного боку, принципи як веління оптимізації і як деонтологічні практичні поняття, а з іншого боку, антропологічні (мета, інтерес, потреба тощо) і аксіологічні (добро, благо, бонітет) практичні поняття.

Норми для вирішення як уніфіковані правила переваги (преференції) є необхідним елементом застосування принципу пропорційності, в рамках якого практична релеванність таких норм досягає свого максимуму.

ЛІТЕРАТУРА

1. Alexy R. Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit. *AöR*. 2015. Bd. 140. P. 497–513.
2. Alexy R. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden, 2003. P. 9-35.
3. Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1991. 435 s.
4. Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. München ; Leipzig : Duncker & Humblot, 1913. 409 s.
5. 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.
6. Alexy R. Theorie der Grundrechte. Baden-Baden : Nomos-Verlagsgesellschaft, 1985. 548 s.
7. Alexy R. Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems. *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*. Stuttgart, 1991. P. 30–44.
8. Alexy R. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 2009. Bd. 95. P. 151-166.
9. Koch H.-J. Die normtheoretische Basis der Abwägung. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden, 2003. P. 235-250.
10. Schröder J. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990). München : C.H. Beck, 2020. 511 s.
11. Schröder J. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990). München : C.H. Beck, 2020. 347 s.
12. Savigny F. C. v. System des heutigen römischen Rechts. Berlin : Veit u. Comp., 1840. L. 429 s.
13. Savigny F. C. Vorlesungen über juristische Methodologie : 1802 – 1842 / hrsg. und eing. von Aldo Mazzacane. Neue, erw. Ausg. Frankfurt am Main : Klostermann, 2004. 315 s.
14. Dombek B. Das Verhältnis der Tübinger Schule zur deutschen Rechtssoziologie. Berlin : Duncker & Humblot 1969. 99 s.
15. Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen : Mohr, 1918. 337 s.
16. Larenz K. Methodische Aspekte der «Güterabwägung». *Festschrift für Ernst Klingmüller*. Karlsruhe, 1974. S. 235–248.
17. Riehm T. Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung Argumentation, Beweis, Wertung. München : Beck, 2006. 281 s.
18. Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main : Göttingen, 1978. 396 s.
19. Alexy R. Die Gewichtsformel. *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000. Berlin, 2003. S. 771–792.
20. Alexy R. On balancing and subsumption: A structural comparison. *Ratio Juris*. 2003. Vol. 16. Iss. 4. P. 433–449.
21. Alexy R. Ideales Sollen. *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation : Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden, 2009. P. 21–38.
22. Alexy R. Ideales Sollen und Optimierung. *Rechtsstaatliches Strafrecht : Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag / Saliger, Frank*. Heidelberg, 2017. P. 17–30.
23. Alexy R. Recht und Richtigkeit. *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification ; Festschrift for Aulis Aarnio / ed. by Werner Krawietz*. Berlin, 2000. P. 3–19.