

## АТРИБУТИВНІСТЬ ДИСКРЕЦІЙНОЇ АКТИВНОСТІ СУДДІ ТА ВІЛЬНОГО ПРАВОНАХОДЖЕННЯ У ДОКТРИНАЛЬНІЙ КОНЦЕПЦІЇ Є. ЕРЛІХА

### THE ATTRIBUTABILITY OF THE JUDGE'S DISCRETIONARY ACTIVITY AND THE FREE LEGAL IN THE DOCTRINE CONCEPT OF E. ERHLICH

**Вдовічен В.А.,** доктор юридичних наук,  
доцент кафедри публічного права

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича  
<https://orcid.org/0000-0002-4496-6435>

**Маник А.З.,** кандидат юридичних наук,

асистент кафедри Європейського права та порівняльного правознавства  
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича  
e-mail: [a.manyk@chnu.edu.ua](mailto:a.manyk@chnu.edu.ua)  
<https://orcid.org/0009-0005-5667-391>

У дослідженні здійснено аналіз концепції вільного правознаходження. Зокрема, вказано, що дискреційна активність та інтерпретація права з такого погляду та його методологічне обґрунтування здійснив видатний вчений-юрист Євген Ерліх. Аргументується підхід, згідно з яким інтерпретаційна та дискреційна активність судді під час його професійної діяльності є необхідним засобом, за допомогою якого зміст абстрактних, відносно визначених правових норм конкретизується, і вони стають застосовними при вирішенні окремих спірних ситуацій. Суддя моделює пошук оптимального рішення щодо конкретної юридичної ситуації. Узгодження унікальності судової справи та формальності законодавчих приписів, які вирішують при вирішенні цієї справи неможливе без інтерпретаційної та дискреційної активності. Однією з особливостей динаміки дискреційної активності судді є його інтелектуально-творчий характер; не допустимі механічна трансформація норм права в індивідуальні акти та «шаблонне» використання попередніх судових рішень.

При розгляді концепції вільного право знаходження Євгена Ерліха встановлено, що вчений вбачав справжнє життя права в суддівській діяльності. А завданням судді повсякчас було тільки справедливе і доцільне рішення. Сьогодні ця теза набуває особливої актуальності. Значний інтерес австрійського вченого був прикутий до ситуації прогалін у праві. Тлумачення права на думку дослідника є однією з найістотніших його властивостей, а герменевтичний процес загалом постає основним джерелом розвитку права. Оскільки, позитивна норма не в змозі дати правила для усіх можливих ситуацій, а ті правила, які вона закріплює швидко старіють у потоці соціального життя, суддя повинен орієнтуватися не тільки на виявлення істини як умови справедливого рішення, а й брати до уваги соціальні інтереси, економічні потреби, політичні, етичні, культурні фактори, враховуючи також ситуацію сьогодення.

**Ключові слова:** Є. Ерліх, вільне правознаходження, динамічне правотлумачення, нормативна сила фактичного, зважування інтересів, суддівська дискреція, суддівська діяльність.

In the study, an analysis of the concept of free ownership was carried out. In particular, it is indicated that discretionary activity and interpretation of law from such a point of view and its methodological justification was carried out by the outstanding jurist E. Ehrlich. An approach is argued, according to which the interpretative and discretionary activity of a judge during his professional activity is a necessary means by which the content of abstract, relatively defined legal norms is specified, and they become applicable in the resolution of individual disputed situations. The judge models the search for the optimal solution for a specific legal situation. Reconciliation of the uniqueness of the court case and the formality of the legislative prescriptions that decide upon the decision of this case is impossible without interpretative and discretionary activity. One of the features of the dynamics of a judge's discretionary activity is his intellectual and creative nature; mechanical transformation of legal norms into individual acts and "template" use of previous court decisions are not permissible.

When considering the concept of the free right of residence of E. Ehrlich, it was established that the scientist saw the real life of law in judicial activity. And the task of the judge was always only a fair and expedient decision. Today, this thesis is becoming especially relevant. The considerable interest of the Austrian scientist was focused on the situation of gaps in the law. According to the researcher, the interpretation of law is one of its most essential properties, and the hermeneutic process in general appears to be the main source of the development of law. Science the positive norm is not able to provide rules for all possible situations, and the rules it establishes quickly become old in the flow of social life, the judge should focus not only on discovering the truth as a condition for a fair decision, but also take into account social interests, economic needs, political, ethical, cultural factors, taking into account the current situation.

**Key words:** E. Ehrlich, free finding of law, dynamic legal interpretation, normative force of fact, weighing of interests, judicial discretion, judicial activity.

Сучасна проблематика права, яка дискутується, як оцінка оманливих, хоча й кон'юнктурно привабливих, ідей про довершеність формально-визначеного, статичного й безпрогального у праві, в XIX в. була ключовою при науковому обговоренні теорії звичаєвого права й розвивалася в контексті ерліхівського доробку про «вільне правознаходження». Критикуючи нормативне розуміння права як такого, що не здатне охопити всю багатогранність правового життя, визначаючи «державно-правове» правознавство як ремісництво й штучне мистецтво, Є. Ерліх справедливо звертав увагу на незмінну складову правової регулятивності, сутність якої можна звести до наступного: догматичний підхід до розуміння права не сприяє пізнанню істинної природи правових інститутів. Остеронь залишається важлива практична сторона проблеми, що актуалізує глибинні, активні, динамічні,

соціально нелінійні опосередковані аспекти становлення права, які позитивна догматика принципово не в змозі визначити і вивчити. Внаслідок цього догма перебуває у «відриві» від дійсних потреб практики. Прогресивне динамічне суспільне життя постійно модифікується, ускладнюється й вимагає релевантної правової детермінації. Узгодження загальності норми закону та індивідуальності фактичних обставин конкретної справи – складний пізнавальний процес, в якому особлива роль відводиться судді. Досвідчений суддя знаходить «золоту середину» між формальністю, загальністю закону й індивідуальними, особливими ознаками конкретного випадку, що й становить найважливіший момент вільного правознаходження: інтерпретувати загальну законодавчу норму кожен раз з врахуванням особливостей конкретної ситуації.

**Стан вивчення окресленої у дослідженні проблематики** засвідчує, що спроби реконструювання напрацювань і формування концептуальних підходів щодо характеристики ефективних засобів забезпечення дискреційної активності судді були означені у правовій доктрині. Аналіз одного з основних напрямків правової думки – школи «вільного права» (Є. Ерліх, Ф. Жені, Г. Канторович) переконує, що у пізнанні істинної природи суддівської діяльності вона типово акцентувала увагу на проблемах суддівського вільного правознаходження, суддівської правоінтерпретації, несіврозмірності нормативності права і багатогранності соціального життя, критиці механічного прийняття судового рішення.

**Метою дослідження** є комплексний аналіз проблеми інтерпретаційної та дискреційної активності судді з позиції соціологічного вчення Євгена Ерліха про вільне право знаходження.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Чітке і зрозуміле оформлення правового акту забезпечує організованість і ясність правових відносин. Однак формальна визначеність не завжди враховує того факту, що суспільні відносини за своєю природою є динамічними, постійно піддаються зміні. Неврахування такої особливості може призвести до спотвореного, а інколи і до неналежного нормотворення та правозастосування. Здатність права змінюватися разом зі зміною суспільних відносин становить головну ознаку його ефективності та визначає його спроможність слугувати надійним регулятором суспільних відносин. «Одна з тенденцій сучасного права – зростання переконливості погляду на нього не як на статичну, одного разу визначену правотворцем сукупність норм, а як на гнучку систему правового регулювання, здатну ефективно змінюватися, пристосовуватися відповідно до вимог її суб'єктів. Зазначений підхід знаходить дедалі більше прихильників *не лише в теорії*, що можна пояснити відходом від класичного позитивізму і етагізму в правовій науці, утвердженням її ліберально-демократичного напрямку, *але і на практиці*, де актуалізуються такі чинники правопорядку як договір, економічні потреби та інтереси учасників міжнародних відносин, політична доцільність» [1, с. 37].

Одним із основних завдань держави, судів та наукової спільноти Є. Ерліх вбачав у здатності залагоджувати конфлікти шляхом формування права. При цьому науковець наголошував на тому, що підпорядкування людини правовим приписам – це аж ніяк не результат примусової сили держави, а результат колективного досвіду соціальних союзів, точніше того соціального тиску, який може здійснити союз на своїх членів. Як продовження цього Є. Ерліх вказував на те, що правореалізація – це не лише визнання права як продукту діяльності, шляхом створення нерідко «абстрактних» норм, а й формування і відтворення «реального» права в процесі соціального спілкування. Таке колективно визнане правило соціальної поведінки, супроводжене неформальними колективними санкціями, на думку Є. Ерліха, й утворює те право, яке слід називати «живим».

Плюралістичне бачення права Є. Ерліха є досить актуальним і зараз. У цьому аспекті цікавими видаються ідеї німецького мислителя Гюнтера Тойбнера, який підкреслив значення ерліхівської соціально-правової теорії для розуміння процесів глобалізації у сфері права, утворення автономних від держави й саморегулятивних соціальних підсистем (транснаціональних корпорацій, міжнародних організацій, засобів масової комунікації). При цьому Гюнтер Тойбнер [7, с. 3–28] не обмежується локальними соціальними союзами, як це робив Є. Ерліх, а говорить про існування глобальної самовідтворюваної комунікативної мережі, у процесі функціонування якої виникає глобальне право як нова соціально-правова реальність, що визначає свої межі під час правового дискурсу через бінарне кодування

«право-неправо». Як показовий приклад цього глобального правового явища Г. Тойбнер наводить міжнародне торгове право (*lex mercatoria*).

Є. Ерліх висловлювався й про те, що віднайти «досконале позитивне право» через розуміння права як конструкцію з'єднаних одна з одною норм, які в змозі дати відповідь на будь-яке питання, неможливо. На підтвердження цього автор твердив, що кожен соціальний факт наділений власними індивідуальними особливостями і саме тому, щоб право могло ефективно врегулювати суспільні відносини, воно повинно модифікуватися у суддівському рішенні. Вбачаючи справжнє життя права в суддівській діяльності, Є. Ерліх зазначав: «... тільки конкретні заняття, відношення панування і правовідносини, договори, статuti, останньовольові розпорядження дають правила поведінки, якими керуються люди. І спершу на основі цих правил виникають розсудливі норми судів... Переважна більшість судових рішень опирається на встановлені судами конкретної дії... Коли ми бажаємо зрозуміти (*beg-reifen*) узагальнення, уніфікації та інші знаходження норм суддею, тоді мусимо спочатку пізнати основу, на якій вони виникли» [5, с. 217–218].

Науковець говорить про те, що весь той комплекс життєвих відносин, що призводять до появи «живого» права нерально описати абстрактними нормами. Такий хід справ можна пояснити тим, що конфліктні ситуації різні за своїми ознаками, а віднайти рішення стає можливим лише у випадку віднайдення спільностей між ними. Проте науковець не відкидає можливості пошуку цієї спільності за допомогою такого суб'єкта, як суддя. Адже, на думку вченого, діяльність судді має безпосередній зв'язок з соціальним буттям. Саме такий суб'єкт спрямовує свою діяльність на пристосування загальноправової норми до конкретних життєвих ситуацій, вникаючи при цьому на зміст спору. Суддя, здійснюючи свою діяльність, знаходить справедливість шляхом творчого правосуддя, він виступає свого роду митцем, адже за переконанням австрійського соціолога права, віднайти справедливе рішення у справі означає не менше, аніж створити мистецький шедевр. Пошук справедливості як прояв творчої діяльності має суспільно-індивідуальний характер, оскільки конкретно-ситуативне розуміння справедливості в окремій справі завжди засновується на панівній соціальній ідеології та ціннісному сприйнятті.

Є. Ерліх вважав, що завдання судді усіх часів є відповідь на питання, яке рішення у справі буде справедливим і доцільнішим. «У суспільстві, як і у всесвіті, у минулому міститься теперішнє, в теперішньому – майбутнє. Так само і у сфері права: те, що здавалося справедливим в минулому змінюється тим, що буде здаватися справедливим у майбутньому» [6, с. 273] – за цим твердженням Є. Ерліх визначав суддю, як посередника, який забезпечує не просто механічну дію закону, а його застосування до конкретних обставин.

Невирішеним при цьому залишається питання про принципове ставлення судді до нормативного начала: чи повинен він завжди, за всяких умов бути тільки тлумачем і застосовувачем його, чи перед лицем конкретної справи йому має бути надана більш самостійна і творча роль. Актуалізуючи дослідження у зазначеному напрямі, представники соціологічних концепцій права зауважували, що суддя зв'язаний чинним і звичаєвим правом, історичною спадщиною і принципами, проголошеними в попередніх рішеннях. Судове рішення – це результат правового узгодження: з одного боку, воно повинне бути втіленням справедливості, з іншого – має відповідати правовим нормам щодо цього конкретного випадку під час вирішення наявного спору. Згідно із соціологічним підходом, здійснити пошук справедливості поза формою творчого правосуддя неможливо. Віднайти справедливе рішення у справі важить (значить) не менше, аніж здійснити ефективну

правотворчість [2, с. 111]. Тим самим, у практичній дії, рішення судді містить об'єктивну оцінку фактів і доказів через їх суб'єктивне сприйняття, урахування прийнятих у суспільстві моральних цінностей, опосередкованих особистістю судді.

Варто вказати, що такий підхід не отримав підтримки у представників позитивістської школи. Це пояснювалося тим, що єдиного критерію для визначення справедливості не існує, саме тому така діяльність суддів у пошуку справедливості може призвести до суддівського свавілля, оскільки ті детермінанти, які формують категорію справедливості, постійно змінюються.

На протиположні критичні представників позитивізму, варто підкреслити те, що Є. Ерліх чітко визначив межі суддівського розсуду, які забезпечують зникнення суддівської сваволі. До таких меж науковець відносив наступні: по-перше, вільний розсуд судді поширюється тільки на інтереси, не урегульовані в правових пропозиціях відносно до інших інтересів; по-друге, доцільність рішення судді має ґрунтуватися на раціональному, об'єктивному науковому методі, що дозволяє достеменно встановити вихідні соціальні інтереси, захищені законодавцем.

Інтерес австрійського мислителя був зосереджений насамперед на ситуації «мовчання закону» – пробілів, колізій, невдалих законодавчих формулювань. Учений вважав, що марно шукати рішення для справи, яка лежить перед суддею, в змісті використаних законодавцем слів: рішення, яке він жодними кліщами не витягне з правових пропозицій, йому потрібно буде знайти, самостійно зважуючи інтереси, що вступили в протиріччя, і забезпечуючи судовий захист тим інтересам, які він сам вважатиме пріоритетними. В складних випадках судді потрібен науковий інструментарій для знаходження обґрунтованого рішення. І цей інструментарій, на думку австрійського професора, має надати в розпорядження судді тільки соціологія права. Солідні соціолого-правові знання суддів дозволяють знайти конкретне правило, що зрівноважить конкретні інтереси у справі, стосовно того загального балансу інтересів, який захищається правовим порядком. Запропонований метод є основною гарантією справедливості судового процесу, оскільки в ньому будуть науково виявлені й зважені всі інтереси.

Для практичної юриспруденції не існує питань, від вирішення яких можна відмовитися, оскільки рішення не може бути відкладено на певний термін, оскільки право слід шукати кожен день. Практичні інтереси, які для судді є першочерговими, переконливо вимагають, щоб зміст, який суб'єкт права вкладає у правову пропозицію, настільки визначав правозастосування, наскільки його можна розпізнати в заданий момент часу. А це означає лише те, що суддя, якому потрібно прийняти рішення на підставі правової пропозиції, повинен це зробити, навіть якщо, можливо, й не має гарантії правильного застосування цієї пропозиції. Є. Ерліх наводить приклади того, як юристи, що спеціалізуються на загальному праві, напрацювали на цей випадок ряд правил для «домашнього користування», в яких висловили правильну думку про те, що суддя повинен приписати правовій пропозиції, зміст якої він не може розгадати, значення, яке здається йому найбільш справедливим.

У незавершеній роботі соціально-правової трилогії Є. Ерліха обґрунтовується таке: законодавець не в змозі заздалегідь дати правила для всіх можливих ситуацій, а ті правила, які він створює, швидко старіють у потоці соціального життя. Однак право не зводиться виключно до норми, воно складається зі значної кількості принципів і засадничих начал, до яких, за умови відсутності необхідної нормативної конструкції, слід звертатися, щоб знайти рішення в кожному конкретному випадку [3, с. 5]. При виборі правового рішення суддя повинен брати до уваги й зважувати соціальні інтереси, економічні потреби, полі-

тичні, етичні й культурні фактори, враховуючи не тільки ситуацію на сьогоденнішній момент, а й інтереси майбутніх поколінь. При цьому різниця між «технічною» теорією судової функції та вільним правознаходженням суддів, за яке агітував Є. Ерліх, – не в питанні про допустимість винесеного рішення в пробільних зонах (обидві теорії де-факто допускають такі дії), а в тому, як цей розвиток права за межами тексту закону здійснюється: «технічна» парадигма передбачає використання суто юридичних прийомів дедукції з концепцій і систематики права, тоді як вільне правознаходження передбачає пошук оптимального з політико-правового погляду рішення.

Усвідомлюючи той факт, що законодавець не в змозі заздалегідь визначити правила для всіх можливих ситуацій, і що ті правила, які він уже створив, можуть швидко застаріти в потоці соціального життя, на думку Є. Ерліха, завдання судді – виявити нові інтереси, які ще не мають захисту з боку офіційного права, і порівняти їх з тим інтересами, які мав на увазі законодавець при формулюванні відповідних правових пропозицій. Це необхідно для того, щоб переконатися, що інтерес, який шукає захисту перед судом, не відрізняється від того інтересу, який був урівноважений і закріплені у правовій пропозиції. Якщо суддя вважає, що інтерес захищений статтею закону (правовою пропозицією), він застосує цю статтю. Якщо ж інтерес не має захисту, то можливі дві ситуації: по-перше, або закон захищає протилежний інтерес, і тоді суддя повинен відмовити в судовому захисті, і, по-друге, знаходячи деяке відношення позбавленим захисту з боку законодавця та вважаючи, що з погляду вимог справедливості ці відношення мають бути юридично захищені, суддя може використати свою юрисдикційну владу для дозволу захисту шляхом тлумачення права.

Відмовити в судовому захисті через відсутність правової норми суддя не може, а тому за допомогою інтерпретаційних прийомів він намагається узгодити діючі правові пропозиції із постійно змінюваними вимогами справедливості, які формуються суспільством. В цьому процесі зв'язок сьогодення з минулим здійснюється як «перевірка» минулих юридичних рішень, їхнє виправдання історичним умовам й пристосування до нових умов. Процес інтерпретації не зводиться тільки до розуміння закону, а розглядається як черговий етап еволюційного розвитку права.

Інтерпретування права є однією з найістотніших його властивостей, а процес тлумачення права загалом постає основним джерелом розвитку права. Інтерпретація не може бути суто формальною, вона завжди є наслідком особистісного творення реальності. Такий процес заснований на проникненні не тільки в зовні виражений (об'єктивний), але й у суб'єктивний світ, коли тлумачення здійснюється з урахуванням індивідуальних особливостей позиції інтерпретатора [4, с. 195]. Кожна нова ситуація породжує відповідно новий зміст. У такому разі роль судді у процесі реалізації права полягає в тому, що, розуміючи абстрактну норму права, він водночас виступає творцем її змісту в кожному конкретному випадку. При цьому, будучи представником певної соціокультурної спільноти, суддя, неусвідомлено вносячи творчий момент у процес правозастосування, реалізує ті уявлення про справедливість, які домінують у цій спільноті.

Істотним чинником вільного правознаходження є особистість судді. Вважаючи, що «немає жодної іншої гарантії правосуддя, крім особистості судді», вчений зазначає, що лише наділивши суддю свободою, можна очікувати від нього відповідальності за «несправедливість», сваволу власних рішень. У контексті соціологічно-правового аналізу Є. Ерліх аргументував необхідність вивчення чинного права не тільки в ракурсі наявних мотивів і переконань суддів, якими ті керуються при винесенні рішень, а, передусім, виходячи з «соціального сенсу», закладеного в цих

рішеннях. Фактично будь-яке правозастосовне рішення, на переконання вченого, є не довільним творінням автора, а актом «соціальної творчості», через який судді висловлюють (свідомо чи по більшій частині несвідомо) суспільні потреби свого часу [5, с. 211–220].

Суддя виступає у ролі слуги суспільства, який покликаний відновити справедливість. Задля правильного й неупередженого вирішення спору, у правосвідомості судді переважає, крім «надіндивідуального», ще й «суспільний» компонент, а сам він враховує той ідеологічний фон, який створився в спільноті у визначений час й місці. Різноманітне навколишнє середовище, що не є чимось абстрактним, впливає на нього. А тому аналіз певної правової ситуації та прийняття суддею рішення ніколи не можна вважати суто об'єктивістським. Суддя орієнтується не тільки на виявлення істини як основної умови справедливого рішення, він водночас відповідальний перед усією судовою системою, яка довірила йому цю посаду, й тому неминуче діє у площині ustalених у цій системі правових цінностей та традицій, оскільки

завжди залежний від майбутніх оцінок колегами своєї діяльності, які так само заангажовані та дотримуються корпоративної парадигми.

Відаючи належне соціологічному методу, який свого часу розвинув Є. Ерліх у теорії «живого» права, вважаємо, що нині суддівське правознаходження, шляхом тлумачення норм права є чи не найефективнішим способом заповнення прогалин у праві. За допомогою такого виду діяльності відбувається не безпосередня зміна чи відміна застарілих норм права, а їх пристосування до потреб нових правовідносин.

**Висновки.** Таким чином, аналізуючи вищезазначене можна констатувати, що одним із напрямів теорії «живого» права Є. Ерліха є вільне правознаходження як спосіб заповнення прогалин в праві, основою якого є діяльність суддів. Інтерпретаційна та дискреційна активність судді під час його професійної діяльності є необхідним засобом, за допомогою якого зміст абстрактних, відносно визначених правових норм конкретизується, і вони стають застосовними при вирішенні окремих спірних ситуацій.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Буткевич О.В. Міжнародне право XXI ст.: утвердження концепції «живого права». *Альманах міжнародного права*. 2013. Вип. 2. С. 37–47.
2. Васильчук В.О. Категорія справедливості у концепції «живого права» Є. Ерліха. *Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*. Чернівці : Чернівецький національний університет, 2012. Вип. 6. С. 110–113.
3. Вюртенбергер Т. Останні тенденції у сфері юридичної методології. *Український правовий часопис*. 2004. № 7 (12). С. 3–11.
4. Гураленко Н.А. Суддівське право пізнання: праксеологічний вимір: монографія. Чернівці : Технодрук, 2013. 352 с.
5. Ерліх Є. Основи соціології права. *Проблеми філософії права*. Київ-Чернівці : Рута, 2005. Т. III. № 1-2. С. 211–220.
6. Эрлих О. Основоположение социологии права: монография / под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. С.-П. : ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. 704 с.
7. Teubner G. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society* / Teubner G. (ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth, 1997. P. 3–28.