

## ЗВ'ЯЗНЕ ТА ВІЛЬНЕ ПРАВОНАХОДЖЕННЯ В СВІТЛІ ТЕОРІЇ НОРМ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ

### BOUND AND FREE LAW-MAKING IN TERMS OF THE THEORY OF NORMS FOR DECISION

Маник А.З., к.ю.н., асистент кафедри Європейського права  
та порівняльного правознавства

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-5667-391>

У статті акцентується увага на відношенні теорії норм для вирішення та теорії зв'язаного і вільного правознаходження. Зауважено, що Є. Ерліх в правовій доктрині відомий передусім як проponent ідеї вільного правознаходження. Менш відомо, що він був прибічником ідеї зв'язаного правознаходження. В обох випадках у працях соціолога права йдеться про формування (і застосування) норм для вирішення, які мають при цьому як дещо спільне, так і дещо особливе. Основною метою дослідження є аналіз вільного і зв'язаного правознаходження з точки зору формування (і застосування) норм для вирішення. Досягнення такої мети можливе за рахунок відповідей на питання про оригінальне (відповідно до ерліхівського вчення) і загальне поняття норм для вирішення, а також зв'язаного і вільного правознаходження, з одного боку, і визначення розбіжності між зв'язаним і вільним правознаходженням в аспекті теорії норм для вирішення, з іншого боку.

У статті зазначено, що норми для вирішення – це норми, які дозволяють розв'язати конфлікт інтересів незалежно від початкової чинності вихідної норми. При цьому кінцева чинність норм для вирішення типова як для зв'язаного, так і для вільного правознаходження. Відповідно, зв'язане і вільне правознаходження відрізняються різним вирішенням питання про початкову правову чинність: у першому випадку початкова чинність є чинністю тільки норм позитивного права, а у другому – чинністю соціальних, етичних та правових норм. Зроблено висновок, що норми для вирішення у філософсько-правовій концепції Є. Ерліха можуть бути результатом як формування і застосування принципів (зв'язане правознаходження), так і результатом репродуктивного і продуктивного зважування інтересів (зв'язане і вільне правознаходження).

**Ключові слова:** теорія юридичної аргументації, норми для вирішення, вільне правознаходження, формування права, теорія норм, теорія принципів, юридична методологія, Є. Ерліх.

The article under studies deals with the relationship between the theory of norms and the theory of bound and free law-making. It emphasizes that E. Ehrlich is famous, above all, as a proponent of the idea of free law-making. It is less known that he was also a fierce supporter of the idea of bound law-making. However, in both cases, E. Ehrlich claims about the formation (and application) of norms for decision, which at the same time have something in common and something special. Clarification of certain common features and differences between bound and free law-making in terms of the concept of norms may be a relevant topic for research. The purpose of the article is to regard free and bound law-making from the point of view of formation (and application) of norms for decision.

In order to achieve this goal, it is essential to answer the questions about the original (E. Ehrlich) and general concept of norms for decision and the bound and free law-making, on the one hand, and to identify the common features and the main difference between bound and free law-making in terms of the theory of norms for decision, on the other hand.

The article highlights that norms for decision are generally rules that allow resolving a conflict of interest regardless of the initial validity of the original norms. It is important thereby that the final validity of norms for decision should be the same in the case of both bound and free law-making. In other words, the bound and free law-making systems differ in the way they resolve the issue of initial legal validity: in the first case, the initial validity is the effect of positive law only, and in the second case, - the validity of not only positive but also non-positive law.

For E. Ehrlich, norms for decision can be the result of both the formation and application of principles (bound law-making) and the result of reproductive and productive weighing of interests (bound and free law-making). Both for Ehrlich and in general, norms for decision have a definitive (final) meaning in a broad sense.

**Key words:** theory of juridical argumentation, formation of law, theory of norms, theory of principles, juridical methodology, E. Ehrlich.

**Постановка проблеми.** В правовій доктрині Є. Ерліх відомий передусім як проponent ідеї вільного правознаходження. Разом із тим, він був захисником й ідеї зв'язаного правознаходження. В обох випадках у нього йдеться про формування (і застосування) судовими інституціями норм для вирішення, які мають при цьому як дещо спільне, так і дещо особливе.

Є. Ерліх вбачав справжнє життя права в суддівській діяльності. Тут особливий інтерес австрійського вченого був прикутий до ситуації «мовчання закону». 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, а й брати до уваги соціальні інтереси, економічні потреби, політичні, етичні, культурні фактори, враховуючи не тільки ситуацію на сьогоднішній момент, а й інтереси майбутніх поколінь. Діяльність судових установ у розвитку сучасного права як «живого» вбачається у створенні нових норм права, шляхом прийняття рішень по конкретних справах в межах тлумачення норм і принципів права, виявленні звичаєвих норм і загальних принципів права, тлумачення договору як «живого» інструменту. Рішення міжнародних

судів та судів вищих інстанцій можуть бути поштовхом для початку формування абсолютно нового напрямку, доктрини чи, навіть, галузі права. Наприклад, величезну роль у становленні міжнародного кримінального права відіграла міжнародна судова практика. Так, рішення Міжнародного Суду ООН, прийняті на основі права і справедливості, сприяють прогресивному розвитку сучасного міжнародного права, його інститутів, вдосконаленню міжнародного права, підвищують його ефективність, а творчий підхід в процесі еволютивного тлумачення норм міжнародного права Судом ООН найяскравіше проявляється при розгляді і вирішенні ним територіальних спорів. З огляду на вищесказане, особливого значення для сучасної правової науки і судової практики все більше набуває соціологічний напрямок, кристалізований у правознавство завдяки висунутій Євгеном Ерліхом теорії «живого» права, теорії норм для вирішення та теорії зв'язаного і вільного правознаходження.

**Стан дослідження проблеми.** Проблема відношення норм для вирішення і зв'язаного та вільного правознаходження найкраще опрацьована в царині соціологічної юриспруденції (М. Ребіндер, К. Рібшлегер, В. Марчук, Р. Лаутман та ін.), в якій вона виникає і розвивається.

Водночас вона цікавить – приховано чи відкрито – й істориків юридичної методології (Ш. Фогль [1], Й. Рюкерт, Я. Шредер та ін.), а також представників філософії права (С. Максимов, А. Козловський, Н. Гураленко та ін.), теорії юридичної аргументації (Р. Алексі, Т. Дудаш, О. Уварова та ін.), юридичної методики або методології (Ф. Мюллер, Р. Ціммерман та ін.), теорії права (Р. Лаутман, М. І Козюбра, Д. О. Бочаров та ін.) тощо. Водночас загальна теорія норм для вирішення як складова частина теорії правознаходження, яку планував створити, але, на жаль, не завершив Є. Ерліх, потребує подальших розробок у напрямку зближення загальної теорії правознаходження і теорії юридичної аргументації.

**Мета дослідження** – обґрунтувати вільне і зв'язане правознаходження з точки зору формування (і застосування) норм для вирішення. Досягнення такої мети можливе за рахунок відповідей на питання про оригінальне (відповідно до ерліхівського вчення) і загальне поняття норм для вирішення, а також зв'язаного і вільного правознаходження, з одного боку, і визначення спільного знаменника і розбіжностей між зв'язаним і вільним правознаходженням в аспекті теорії норм для вирішення, з іншого боку.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Проблема норм для вирішення (*Entscheidungsnormen*) похідна від проблеми правознаходження, яке прийнято класифікувати на вільне і зв'язане. Саме так називається опублікована в 1967 році монографія Р. Лаутмана – «Вільне і зв'язане правознаходження» (*Freie und gebundene Rechtsfindung*) [17]. В юридичній методології склалося дві термінологічні традиції, які стосуються порушених проблем. Одна з них відповідає вузькому розумінні правознаходження та може обмежитися терміном «питання права», яке є калькою з латини: *quaesitio juris*. Але такий термін стосується переважно результату формування норм, тобто статички правознаходження. Динаміка правознаходження мінімалістськи розкривається за допомогою й таких термінів, як *quaesitio facti* (питання факту) і *conclusio* (висновок) [18], що разом утворюють поняття «юридичного силіогізму» [14], або в теорії юридичної аргументації – поняття так званого «внутрішнього виправдання» (*internal justification*) [8, с. 273-283; 6, с. 30-40; 7, с. 81-82] правового рішення. Юридичний силіогізм і/або внутрішнє виправдання – це відповідно традиційна і/або аналітична форма питань застосування (*applicatio*) і тлумачення (*interpretatio* або *explicatio*) права [1].

Друга традиція, яка відповідає широкому розумінню правознаходження, полягає в тому, що поряд з наведеними вище термінами використовуються й інші терміни. Це якраз термін «норма для вирішення», популяризації якого приділив велику увагу Є. Ерліх [12, 13], а також терміни «правознаходження» (*Rechtsfindung*), «праводобування» (*Rechtsgewinnung*) (Ф. Гекк, М. Кріле) [15], «дальше творення права» (Ф. К. фон Савіньї) (*Fortbildung des Rechts, Rechtsfortbildung*) [19]. В цілому ці терміни акцентують увагу на юридичному силіогізмі. В подальшому у даному дослідженні, так само, як і в філософсько-правовій доктрині Є. Ерліха, береться за основу термін «правознаходження», а також термін «норма для вирішення».

Термін «правознаходження» – амбівалентний, оскільки він може розумітися тільки як знаходження (загальної) норми (для вирішення) правової ситуації. При цьому у правовій доктрині не існує заперечень проти того, щоб розуміти його як синонім словосполучення «застосування права», тобто як термін для позначення знаходження правового рішення. Існує, однак, й проміжне розуміння, яке бере до уваги той факт, що правознаходження завжди має прикладний, або казуальний характер, а тому говорити про чисте правознаходження у разі формування норм для вирішення не доречно.

Результатом формування підходу згідно з яким правознаходження має прикладний характер, а питання фор-

мування норм для вирішення є казуально орієнтованим («співвіднесено з конкретним випадком»), є, зрозуміло, норми для вирішення, які Є. Ерліх визначає в «Юридичній логіці», яка спочатку вийшла друком як журнальна стаття [9], а пізніше – в 1918 році – була опублікована у формі монографії, так: 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 вміщених уже в правоположеннях рішень, виводитися тільки за допомогою повторного зважування інтересів [10]. Це визначення цікаве тим, що в ньому імпліцитно йдеться про, спочатку, зв'язане правознаходження, а потім про вільне, причому в першому випадку йдеться про теорію принципів, а в другому – про теорію зважування інтересів.

Таким чином, можна узагальнити, що норми для вирішення – це норми, завдяки яким суддя розв'язує правові конфлікти незалежно від того, чи ця норма надана законодавцем (зв'язане правознаходження), чи створена суддею (вільне правознаходження). Правознаходження як таке – це процес формування (і/або застосування) норм для вирішення. Зв'язаному правознаходженню відповідає, на думку Є. Ерліха, репродуктивне зважування інтересів.

В теорії юридичної аргументації прийнято розрізняти соціологічне, етичне і юридичне поняття чинності [5] тобто, інакше кажучи, юридичну, фактичну і моральну чинність. Узагальнити це можна так: існує юридична, соціальна і моральна чинність права, якій відповідають юридичні норми, соціальні норми і моральні норми, тобто норми які мають різну початкову чинність. Можна вважати, що юридичні норми є юридичними аргументами, а соціальні і моральні – загальними практичними аргументами.

Юридичні норми як юридично чинні норми потребують конкретизації або складання (комплектування) і/або тлумачення. Це відбувається в термінології Є. Ерліха, в рамках зв'язаного правознаходження. Відтак, норми для вирішення – це передусім норми, які опираються на юридично чинні норми, які потребують тільки деякої конкретизації або тлумачення.

Інакше складається ситуація тоді, коли вихідними нормами є соціальні або моральні норми, тобто норми, які ще не мають юридичної чинності. В такому разі розкривається потенціал норм для вирішення, оскільки ці норми утворені із залученням загальних практичних аргументів, в т.ч. моральних і соціальних норм. Все це дозволяє зробити висновок, що норми для вирішення – це норми, які дозволяють розв'язати конфлікт інтересів незалежно від того, яку саме початкову чинність мають вихідні норми, при цьому кінцева чинність норм для вирішення буде однаковою і у разі зв'язаного, і у разі вільного правознаходження.

Є. Ерліх висловлювався 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 вчений 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 встановленні судами конкретної дії... Коли ми бажаємо зрозуміти (*begreifen*) узагальнення, уніфікації та інші знаходження норм суддею, тоді мусимо спочатку пізнати основу, на якій вони виникли» [3, с. 217-218]. Є. Ерліх говорить про те, що весь той комплекс життєвих відносин,

що призводять до появи «живого» права нереально описати абстрактними нормами нереально. 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.

Дотримуючись ерліхівської теорії «живого» права, вивчення права виключно як писаного, статичного явища, обмеженого законом, істотно звужує його рамки. У зв'язку з цим, соціальним джерелом формування права слід визнати суспільні відносини, їх динаміку, соціальну практику, виникнення нових потреб, механізмів захисту інтересів та інші соціальні трансформації. Здатність права змінюватися разом зі зміною суспільних відносин становить головну ознаку його ефективності та визначає його спроможність слугувати надійним регулятором суспільних відносин.

Одним із напрямів теорії «живого» права Є. Ерліха є вільне правознаходження як спосіб заповнення прогалин

в праві, основою якого є діяльність суддів. Науковець зазначав: що якщо держава створює право безумовно через абстрактні правові приписи, то судді й вчені здійснюють його вільний пошук, розробляючи конкретні правові положення. У відповідь на неефективність для регулювання поточних суспільних відносин позитивного державного законодавства Є. Ерліх запропонував ширше розглянути судову практику та судовий прецедент, здатних врегулювати поточні та змінні відносини і враховувати особливості конкретних правових ситуацій. 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.** На базі вищезазначеного можна дійти до такого висновку:

по-перше, зв'язане і вільне правознаходження в світлі теорії норм для вирішення відрізняються різним вирішенням питання про початкову правову чинність: у першому випадку початкова чинність є чинністю тільки норм позитивного права, а у другому – чинністю соціальних, етичних та правових норм;

по-друге, дослідження питання про зв'язане і вільне правознаходження можливе у напрямку побудови загальної теорії принципів, яка враховує як особливості зв'язаного і вільного правознаходження, так і включає в себе теорію норм для вирішення;

по-третє, предметом регулювання «живого» права є швидкоплинні, змінні відносини найбільш прогресивних і нових галузей права, які регулюються на основі гнучких методів правового регулювання, норм вирішення та ідей зв'язаного і вільного правознаходження.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Бочаров Д. Правозастосовча діяльність: поняття, функції та форми: Проблемні лекції. Дніпропетровськ : АМСУ, 2006. 73 с.
2. Гураленко Н.А. Суддівське право пізнання: праксеологічний вимір: монографія. Чернівці: Технодрук, 2013. 352 с.
3. Ерліх Є. Основи соціології права. *Проблеми філософії права*. Київ-Чернівці: Рута, 2005. Т. III. № 1-2. С. 211-220.
4. Кобан О.Г. Вчення Є. Ерліха про живе право: витребуваність сьогоденням. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2014. № 1. С. 22-24.
5. Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. Erweiterte Neuausgabe. Freiburg im Breisgau : Verlag Karl Alber, 2020. 250 s.
6. Alexy R. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main, 1995. S. 13-51.
7. Alexy R. Juristische Interpretation. *Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main, 1995. S. 71-92.
8. Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1991. 435 s.
9. Ehrlich E. Die juristische Logik. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1917. Vol. 115. S. 125-439.
10. Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen : Mohr, 1918. VII, 337 s.
11. Ehrlich E. Die freie Rechtsfindung. *Das Recht: volkstümliche Zeitschrift für österreichisches Rechtsleben*. 1906. Jg. 4/5. No. 3. S. 35-41.
12. Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft : Vortrag gehalten in d. Jur. Ges. in Wien am 4. Maerz 1903. Leipzig : Hirschfeld, 1903. VI, 40 s.
13. Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. München Leipzig : Duncker & Humblot, 1913. 409 s.
14. Joerden J. C. Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele. Berlin : Springer, 2018. 371 s.
15. Heck P. Das Problem der Rechtsgewinnung. Tuebingen : Mohr, 1912. 52 s.
16. Kriele M. Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. Berlin : Duncker & Humblot, 1976. 366 s.
17. Lautmann R. Freie und gebundene Rechtsfindung. Dortmund, 1967. 151 s.
18. Rüssmann H. Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden, 2003. S. 299-322.
19. Savigny F. C. v. System des heutigen römischen Rechts. In 8 (9). Berlin : Veit u. Comp., 1840. L, 429 s.