

Савчук В. Г.,

аспірантка кафедри теорії права та прав людини
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

НОРМИ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ У СВІТЛІ НОРМАТИВНОГО ВИМІРУ ПРАВА

Анотація. У статті норми для вирішення аналізуються у світлі нормативного виміру права, під яким розуміють підхід до права як до нормативної системи, яка складається із норм позитивного права і *може* складатись із норм неопозитивного права, тобто із правил і принципів у сенсі Р. Дворкіна і Р. Алексі. Стаття містить відповіді на такі питання: по-перше, як розумів норми для вирішення Є. Ерліх, як вони розуміються нині (Ф. Мюллер та інші), як вони, на нашу думку, мають оптимально розумітись під час застосування права; по-друге, що є так званою валідною тезою Дворкіна/Алексі; по-третє, що таке компрегензивна теорія аргументації; по-четверте, як співвідносяться норми для вирішення і так звані абсолютні або відносні норми у частині валідності правового наслідку, тобто відповідно зазначені вище правила і принципи.

У статті констатовано, що Є. Ерліх (автор ідеї норм для вирішення) розумів їх як універсальний інструмент, завдяки якому можна дослідити право у трьох сенсах: аналітичному, нормативному та емпіричному. Водночас розуміння ним норм для вирішення ґрунтується (у термінології Р. Алексі) на "чистій правилі-моделі правової системи", яку ми називаємо "головною помилкою" Ерліха. У статті показано, як можна здійснити "виправлення" такої "помилки" на основі "правило/принципи-моделі" Р. Алексі.

У статті продемонстровано сучасну форму норм для вирішення, розроблену Ф. Мюллером, а також запропоновано оригінальний підхід до розуміння норм для вирішення, що ґрунтується на модифікації класичного поділу норм на правила і принципи.

Для цього спочатку показано, як розуміли зазначений поділ Р. Дворкін та Р. Алексі на основі такого поняття, як валідна теза, тобто положення про те, що принципи є *веліннями оптимізації*, тоді як правила мають характер *дефінітивних велень*.

Далі визначено поняття «компрегензивна теорія (реалізація) норм» для вирішення теорії, що дозволяє осягнути такі норми завдяки поєднанню різноманітних норм (основних і допоміжних) та емпіричних даних у відповідну єдність.

На основі зазначеного вище матеріалу проаналізовано відношення норм для вирішення, правил і принципів.

Ключові слова: Є. Ерліх, Р. Алексі, норми для вирішення, нормативний вимір права, правила і принципи, компрегензивна теорія аргументації, тріалізм права.

Savchuk V. G. Norms for decision in the light of the normative dimension of law

Abstract. In the article under studies, the norms for decision have been analyzed in the light of the normative dimension of law. The latter may be referred to as an approach to law as a normative system that comprises the norms of positive law, as well as *may* include the norms of non-positive law, that is the rules and principles developed by R. Dworkin and R. Alexy. The article under discussion contains the answers to the following questions: firstly, how did E. Ehrlich perceive the norms for decision? In which way are they perceived today (F. Müller and others) and in which way (in our opinion) should they be best perceived in the course of law enforcement? Secondly, what is the essence of the so-called "validity thesis" by Dworkin/Alexy? Thirdly, what is the comprehensive theory of argumentation? Fourthly, what is the correlation between the norms for decision and the so-called "absolute" or "relative" norms existing in terms of the validity of norm's consequence?

In addition, the article states that E. Ehrlich, as the founder of the concept of norms for decision, regarded them as a universal tool that allows to investigate law in its three broadest aspects: analytical, normative and empirical. However, his understanding of norms for decision is based (according to R. Alexy) on a "purely rule-model legal system", which we consider Ehrlich's "basic error". The article under studies shows how to "correct" the above "error" on the basis of R. Alexy's "rule/principle model".

The article also describes the present-day norm for decision (developed by F. Müller), as well as offers an original approach to understanding norms for decision, relying on the modification of a classical division of norms into rules and principles.

With this purpose, the article initially shows the perception of the above division by R. Dworkin and R. Alexy, relying on the notion of the so-called "validity thesis" – a provision claiming that principles are *the commands of optimization*, whereas rules have the nature of *definitive commands*.

Further on, the article defines the notion of "comprehensive theory (implementation) of norms for decision" as a theoretical issue that allows to comprehend them due to the combination of various norms (basic and auxiliary) and empirical data into appropriate unity.

In conclusion, the article analyzes the correlation between norms for decision on the one hand, and rules and principles – on the other.

Key words: *E. Ehrlich, R. Alexy, norms for decision, normative dimension of law, rules and principles, comprehensive theory of argumentation, triality of law.*

Постановка проблеми. Ідея норм для вирішення (нім. *Entscheidungsnorm*, англ. *norm for decision*: про термін див. [1]) – одне із найважливіших наукових досягнень її автора Євгена Ерліха, яке просунуло далеко вперед побудову адекватної теорії норм і теорії юридичної аргументації. Водночас ця ідея ґрунтується на тому, що слід називати (якщо скористатися філософським поняттям, запропонованим свого часу Отто Лібманом [2, с. 20, 91]) "головною помилкою" Ерліха, яку можна сформулювати у термінології Роберта Алексі [3, с. 40-41] як своєрідний вибір на користь "чистої правилі-моделі правової системи". Те, як виправити цю помилку, є *актуальною темою* дослідження, 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, на тлі досягнень якого в юридичній площині розгортаються і нині 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, принципи) не є нормами тощо [4, с. 20].

Мета роботи – виправлення "головної помилки" Є. Ерліха шляхом розвитку теорії норм для вирішення в межах нормативного виміру права загалом і так званої "правило/принципи-моделі правової системи" (Р. Алексі) зокрема.

Задля досягнення поставленої мети ми обговоримо такі теми: по-перше, як розумів норми для вирішення Є. Ерліх, як вони розуміються нині (Ф. Мюллер та інші), як вони, на нашу думку, мають оптимально розумітися під час

застосування права; по-друге, що є так званою валідною тезою Дворкіна/Алексі; по-третє, що таке компрегензивна теорія аргументації; по-четверте, як співвідносяться норми для вирішення і так звані абсолютні або відносні у частині валідності правового наслідку норми, тобто відповідно зазначені вище правила і принципи.

Стан дослідження. Ідея норм для вирішення інструментує три виміри права (аналітичний, нормативний та емпіричний) так само, як і розрізнення основної норми у Р. Алексі [5, с. 155]. Тому можна сказати, що оскільки існує три види основної норми (аналітична Кельзена, нормативна Канта, емпірична Харта), то і норму для вирішення можна розглядати в аналітичному, нормативному та емпіричному аспектах. Кожний із таких аспектів є невирішеною проблемою, яку можна розв'язувати як окремо, так і разом, як у подробицях, так і загалом. Далі ми зупинимося тільки на відношенні норм для вирішення і нормативного виміру права.

Водночас ми орієнтуємося насамперед на поняття «системний підхід», яке в українській загальній філософській культурі докладно розробив А.І. Уйомов (концепт, структура і субстрат системи [6, с. 126]), а також на три пласти, або рівні правової реальності (форми "буття" і права) – світ ідей: ідея права; світ знакових форм: правові норми і закони; світ взаємодій між соціальними суб'єктами: правове життя, які з'ясував у вітчизняній юридичній філософській традиції С.І. Максимов [7, с. 177], проте із деякими зауваженнями та уточненнями. По-перше, ми асоціюємо аналітичний, нормативний та емпіричний виміри права із відповідною структурою, концептом і субстратом системи, тобто, скажімо, розуміємо нормативний вимір права як концепт системи, аналогічний системі відліку, яка складається із правил і принципів

у сенсі Р. Дворкіна або Р. Алексі. По-друге, ми (а) розщеплюємо світ знакових форм і правових норм та законів, (b) залишаємо перший елемент на своєму місці, а (c) другий переносимо до світу ідей, (c') об'єднавши ідею права із правовими нормами і законами. У такому разі можна як показати загальну філософську основу аналітичного, нормативного та емпіричного вимірів права, так і продемонструвати систематичну та евристичну еквівалентність правової реальності С.І. Максимова і запозиченого нами у Р. Алексі (і Г. Канторовича: "пізнавально-теоретичний тріалізм", 1925 р.), див. [8, с. 131-132]) валідного тріалізму права: світ знакових форм можна ототожнити з аналітичним виміром права; світ ідей ідентифікувати з нормативним виміром, улаштованим ступенево, в якому ідея права перебуває на вищому ступені, а інші норми – на нижчому; світ соціальних взаємодій прирівняти до емпіричного виміру. У підсумку ми отримуємо можливість опиратися під час аналізу норм для вирішення на такі елементи, як текст – норма – соціум, розуміючи норму як логічну суму правил і принципів, тобто як універсум міркування: правила і/або принципи. Саме так ми підходимо до постановки оригінального двоєдиного питання про норми для вирішення (як правила) і норми для вирішення (як принципи).

Крім згаданих вище авторів (Є. Ерліха, О. Лібмана, Р. Алексі, Г. Кельзена, І. Канта, Г. Харта, Р. Дворкіна, А.І. Уймова, С.І. Максимова, Г. Канторовича) ми беремо до уваги праці таких творців, як Я. Шредер [9; 10], Й. Рюкерт [11], Б. Рютерс [12], Ф. Мюллер [13], М. Ребіндер [14], С.В. Савчук [15] та інших. Окремо ми підкреслимо авторів, які спеціально досліджували правові принципи (А. М. Колодій, С. П. Погребняк, О.О. Уварова та інші), а також тих, які підтримують у належному стані теорію норм як невід'ємний складник теорії права (М. І. Козюбра, П.М. Рабінович та інші). Роботи всіх цих та інших авторів дозволяють належним чином приступити до розв'язання питання, про яке йдеться у кінці попереднього абзацу.

Виклад основного матеріалу. Для того, щоб розглянути питання про відношення норм для вирішення і правил та принципів (у сенсі Дворкіна/Алексі), потрібно спочатку визначити, що це за норми. Передусім ми продемон-

струємо, як розумів норми для вирішення автор їхньої ідеї Є. Ерліх. Питання про норми для вирішення детально розглядаються ним у праці "Закладення основ соціології права" (1913), яка містить главу, що називається "Норми для вирішення" [16, с. 97-109], а також 2 глави "Утворення правоположення" [16, с. 138-154] і "Будова правоположення" [16, с. 155-172], в яких норми для вирішення аналізуються навіть краще, ніж у главі, зазначеній першою. Детально розглядає Є. Ерліх норми для вирішення у низці своїх пізніших робіт [4; 17], реалізуючи послідовно в цій частині свою наукову програму, викладену у статті "Вільне правознаходження і вільна правова наука" (1903) [18, с. 9]. Підсумувати розуміння норм для вирішення Є. Ерліхом його власними словами можна так: «Норми для вирішення як поняття – це норми, згідно з якими суддя вирішує правовий спір; вони використовуються для побудови правових понять; могли б виводитись із загальних принципів, які запозичуються із правоположень завдяки індукції для інших, уміщених уже у правоположеннях рішень; виводяться тільки за допомогою повторного зважування інтересів» [17, с. 320].

Норми для вирішення у Є. Ерліха мають багато аспектів, із яких звернемо увагу лише на три, а саме: (1) відношення норм для вирішення і поділу норм на регулятивні та охоронні, який бере свій початок ще у римському праві (теза Модестина, D. 1.3.7, або [19, с. 108-109]) і став нині, мабуть, основним поділом правових норм в Україні [20, с. 136]; (2) норми для вирішення як інструмент, який дозволяє вирішувати проблемі нормативної сили фактичного (Єллінек) (про таку силу див., скажімо, [8, с. 38, 133]); (3) питання про відношення норм для вирішення та ідеї права як репрезентації морального боку права (соціальний ідеал, "правильне право", "ідея права" Р. Штаммлера) [18, с. 28-29].

Тож стосовно (1) слід відзначити, що поділ норм на регулятивні та охоронні має фундаментальне значення для праворозуміння Є. Ерліха, яке можна зобразити як намагання виділити для позитивного права ту галузь, яка охоплена охоронними нормами, а регулятивні норми залишити для соціального права (непозитивного, тобто невстановленого і несанкціонованого живого права, що формується само собою без

втручання законодавця, проте ще не стало звичаєвим правом, тобто для актуального права). Норми для вирішення – це той інструмент, який суддя має використовувати для розв'язання конфліктних ситуацій незалежно від того, чи існує відповідна норма уже як норма позитивного права, чи ні. Саме так потрібно розуміти тезу Є. Ерліха про те, що "суддя завжди сам мусить знайти норму для вирішення або він вирішує без правоположення чи на підставі правоположення; тільки у другому випадку суддівська норма для вирішення визначається вміщеною у правоположенні нормою для вирішення, тоді як у першому випадку вона, навпаки, знаходиться цілком вільно" [21, с. 154]. Цікаво відмітити, що Є. Ерліх підкреслює, що зміст норм для вирішення може не збігатись і часто-густо не збігається зі змістом норм у безконфліктній ситуації [16, с. 98], наводячи водночас докладну структуру правоположень, які містять норми для вирішення, а саме: "у [такому] правоположенні автор указує правовий випадок або групу випадків, які він вирішує, протилежності інтересів, підстави для зважування інтересів, наданий вищому інтересу захист: усе це таким чином, як він уявляв собі у своїй душі в момент мовлення" [4, с. 19].

Така структура дозволяє сказати в межах (2), що нормативну силу фактичного Є. Ерліх розглядає під кутом зважування інтересів, під яким він розуміє допуск суддею певного правового засобу [17, с. 26]. Все це дозволяє говорити, що норми для вирішення для Є. Ерліха, є, по-перше, втіленням охоронних норм та, по-друге, універсальним (позитивним і неопозитивним, переважно соціологічним [16, с. [VII]: передмова]) інструментом розв'язання соціальних конфліктів.

Проте Є. Ерліх не обмежується цим і позитивно, хоч і менш чітко та ясно, співвідносить вже у своїй програмній роботі 1903 року норми для вирішення з ідеєю права і правильним правом (в сенсі Р. Штамлера) [18, с. 28-29], тобто з таким нормативним аспектом права, який по суті є моральним, принаймні в аспекті соціальної справедливості.

Отже, норми для вирішення Є. Ерліха можна визначити як норми, що служать універсальним інструментом вирішення конфліктних ситуацій у тому сенсі, що вони дозволяють явно чи

неявно вводити у процес застосування права відповідні соціальні та моральні аспекти права поряд із нормальним випадком застосування норм позитивного права.

Ідея норм для вирішення знайшла як прихильників (Р. Алексі [22, с. 32-33], Хр. Фішер [23, с. 133] та інші), так і критиків, до яких потрібно віднести насамперед молодого Г. Кельзена [24, с. 624], причому еволюцію його поглядів (поступове визнання впливу мінімальної дієвості права на його нормативну чинність [10, с. 132-133]) можна було б вважати і визнанням норм для вирішення, оскільки ці норми цілком у тренді, для утворення якого багато важливого він зробив [10, с. 133], якраз і надають форму, з-поміж іншого, мінімальній дієвості права під час його реалізації, оскільки мінімально дієве позитивне право має конститутивне значення і може бути покладено в основу норм для вирішення, а мінімально недієве право такого значення не має і не може бути прямо залучене у норму для вирішення.

У сучасному праві найповнішу теорію норм для вирішення запропонував Ф. Мюллер (див. статтю про нього у [11, с. 424-446]) у роботі "Юридична методика", в якій, зокрема, міститься рубрика "Програма норми, область норми, правова норма, норма для вирішення" [13, с. 172-175]. Зокрема, він вводить фундаментальне для свого праворозуміння розрізнення понять "програма норми" та "область норми", які є полюсами у кореляції відповідно норми і факту. Водночас норму для вирішення він розуміє так: "відштовхуючись від тексту норми, працюючий із правом регулює радше через проміжні ступені правової норми врешті-решт окремий випадок у формі норми для вирішення. Ця норма не є самостійною величиною поряд із правовою нормою. Вона є її остаточно індивідуалізованим агрегатним станом, який зважає щоразу 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 із правом отримує свій найчіткіший, практичний вираз" [13, с. 175]. Її аналіз виходить на констатацію, що Ф. Мюллер, на відміну від Є. Ерліха, більшу увагу приділяє технічному аспекту функціонування правових норм. У цьому напрямку рухає-

мося і ми, намагаючись узагальнити та охопити якомога повніше всі важливі сторони поняття «норми для вирішення»: позитивні і неопозитивні, а в останньому випадку – соціальні та моральні, соціологічні та філософські, нормативні та емпіричні.

Все це дозволяє запропонувати оптимальну (із погляду на застосування права) теорію норм для вирішення, котра має надати відповіді на такі питання: (а) чи справді норми для вирішення можуть розумітись як необхідна умова будь-якого процесу застосування права у ситуації існування кодифікованого права; (б) якщо це так, то як такі норми можуть диверсифікуватись у разі, коли йдеться про питання вільного і зв'язаного правознаходження.

Отже, на перше питання (а) потрібно надати позитивну відповідь. Її можна пояснити за допомогою звернення уваги на те, що сучасні нормативні акти, на відміну від ситуації, яка має місце, наприклад, у римському праві (поняття "формули" [25, с. 135-136]), активно використовують прийом "винесення за дужки", результатом якого є існування загальної частини нормативного акта, а також інші прийоми (загальні застереження, бланкетні норми, норми-принципи тощо), які всі разом призводять до ситуації, коли юрист на початку процесу застосування права практично ніколи не має перед собою норми, яку відразу можна було б застосувати. Таку норму потрібно було б спочатку утворити. Результат такого утворення якраз і можна називати нормою для вирішення.

Як підсумок ми зазначимо, що норми для вирішення у сучасному праві можна оптимально розуміти як такі правові норми, які є результатом утворення як на основі нормативного акта, так і на іншій основі підсумкової норми, котра справді може бути застосованою.

Відповідь на друге питання (б) спонукає докладно поглянути на поділ норм на правила і принципи. Для належного його розуміння спочатку потрібно розглянути питання про критерій, який лежить в основі такого розрізнення Р. Дворкіним і пізніше Р. Алексі. Загалом цю проблему ми назвемо валідною тезою, до опису якої ми відразу переходимо.

2. Поділ правових норм на правила і принципи був запропонований Р. Дворкіним у статті "Модель правила", яка була опублікована

у 1967 році [26; 3, с. 40] (докладніше про такий "нормотеоретичний базис" (Р. Алексі) див. також [27; 28, с. 771-772; 29, с. 3-4]). В основу цього поділу була покладена ідея, що норми можна розрізнити відповідно до того, яким (абсолютним чи відносним) ефектом у частині їхньої, зокрема взаємної, чинності вони володіють. Відносний ефект веде до принципів, абсолютний – до правил. Р. Дворкін водночас виходив із того, що існує одне правильне рішення [3, 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 донині [30]. Р. Алексі підхопив основний критерій Р. Дворкіна для поділу, тобто різний правовий ефект правових норм, проте заперечує існування одного правильного рішення. Тому його підхід можна вважати помірним.

Існує ще одна обставина, яка є спільною для Р. Дворкіна і Р. Алексі, а саме: придання великої уваги так званому "виміру ваги" (dimension of weight, Р. Дворкін) [27, с. 183], який у Р. Алексі реалізується у формі не тільки розрізнення правил і принципів, але й субсумції і зважування відповідно [31].

Отже, підходи Р. Дворкіна та Р. Алексі мають спільні та відмінні риси, що ставить проблему вибору крайнього (Р. Дворкін) чи помірнього (Р. Алексі) підходу. Далі ми будемо дотримуватися помірнього підходу Р. Алексі, тобто також вважати, що єдиного правильного рішення інколи не існує.

Проте таке розуміння потребує певного доповнення, котре можна провести у двох напрямках: по-перше, взяти до уваги той факт, що Р. Алексі, хоч і визнає так званий валідний, тобто пов'язаний із чинністю і дієвістю права тріалізм осмислення права у формі аналітичного, нормативного та емпіричного вимірів (див. вище [5, 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 та емпіричний (соціальний, соціологічний) виміри права, тобто віддаємо належне ідеям, сформульованим у свій час чернівець-

ким професором Є. Ерліхом, який, до речі, вчинив якраз навпаки [16, с. [VII]].

Проте існує ще більша проблема, яка, схоже, не досить хвилює Р. Алексі, хоча він її, зрозуміло, помічає і відмічає [5, с. 16]. Йдеться про суворе розрізнення чинності та дієвості права, яке можна провести таким чином, що чинними є норми, які відповідають *мінімальним* процедурним і моральним вимогам. В останньому випадку йдеться про щось схоже на формули Радбруха [32, с. 98]. Дієвість правової норми, зокрема мінімальна (у сенсі пізнього Кельзена) ніяк не впливає, на нашу думку, на її чинність. Ми покажемо далі, як можна досягнути, по суті, таких самих результатів, як і у Р. Алексі, використовуючи запропоновані нами новели та уточнення.

Перш ніж ми продемонструємо це на прикладі відношення норм для вирішення і правил та принципів, слід навести ще декілька важливих положень, які утворюють термінологічне поле для подальшого викладу.

Йдеться про основні положення статті Р. Алексі "Ідея і структура розумної правової системи", в якій він аналізує поняття трьох моделей правової системи, а саме "чистої правило-моделі", "правило/принципи-моделі" і "правило/принципи/процедура-моделі" [3, с. 40-43]. Зокрема, 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 велень*. 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 у різному ступені і що велена міра їхнього виконання залежить не тільки від фактичних, але і від правових можливостей, які визначаються, крім правил, істотно за допомогою зворотних принципів. Останнє імплікує те, що принципи є здатними до зважування і (sc. його) потребують. Зважування є характерною для принципів формою правозастосування. Всупереч цьому правила є нормами, які завжди або можуть бути виконаними, або невиконаними. Якщо правило є чинним і застосовним, тоді велено робити

точно те, що воно вимагає, не більше і не менше. Правила містять у цьому сенсі запровадження у просторі фактично та юридично можливого. Вони не є ані здатними до зважування, ані такими, що його потребують. Характерною для них формою правозастосування є субсумція" [3, с. 40].

Все це дозволяє Р. Алексі сказати, що, по-перше, "у чистій правило-моделі право складається тільки із правил. Це веде до своєрідного сполучення зв'язаності та певності на одному боці і відкритості та непевності на іншому" [3, 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 із 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, тому неможливим є випадок, який не міг би бути вирішеним за допомогою правових критеріїв у формі принципів" [3, с. 42]. Для наших цілей досить опиратися далі тільки на "правило-модель" і "правило/принципи-модель" правової системи у викладеному вище сенсі, з'ясованому Р. Алексі.

3. Зазначене вище спонукає зробити такі два кроки у напрямку належної експлікації норм для вирішення у світлі нормативного виміру права: з одного боку, згадані у попередньому абзаці моделі правової системи можна об'єднати і визначити так звану компрегензивну теорію реалізації права (компрегензія – це охоплення, об'єднання різноманітного в якусь єдність [33]), а з іншого – продемонструвати, як вона виконується на прикладі диференціації і класифікації норм для вирішення.

Вище ми вже говорили про три виміри права. У такому разі компрегензивна теорія реалізації права – це така теорія, котра віддає належне як трьом вимірам права, так і "правило/принципи-моделі" правової системи шляхом знаходження норм для вирішення. Ми покажемо докладніше, як це проявляє себе на ділі.

4. Це можна зробити, з одного боку, шляхом визначення різновидів норм для вирішення, а з іншого – за допомогою осягання того фактора, який є характерним для всіх таких різ-

новидів і є спільним знаменником для функціонування правил і принципів у зазначеному вище сенсі.

4.1. Зокрема, Р. Алексі у своїй програмній статті "Логічний аналіз юридичних рішень" (1980), яка вже цитувалася вище, крім того, що згадує норми для вирішення С. Ерліха, пропонує таке триєдине розуміння так званого внутрішнього (або і зовнішнього) виправдання права: по-перше, йдеться про той випадок, коли якісь параграфи і статті нормативного акта стають вихідним засновком внутрішнього виправдання правового (судового) рішення [22, с. 31]; по-друге, йдеться про те, "щоб присуд, конкретне правове судження про належне виправдовувався за допомогою зважування благ, а не за допомогою універсальної норми" [22, с. 31], і, по-третє, можна обґрунтовувати шляхом зважування благ нову універсальну норму, під яку може бути субсумований випадок [22, с. 32]. Відразу ми зауважимо, що сам Р. Алексі в цій статті пропонує розв'язання питання внутрішнього і/або зовнішнього виправдання так, як зазначено наприкінці, тобто пояснює, як на основі основних, конституційних, фундаментальних прав можна утворити нову правову норму без відштовхування від якихось вихідних норм позитивного права, які є одноранговими із утвореною у підсумку новою правовою нормою.

Не важко помітити, що у Р. Алексі у першому і третьому випадку внутрішнього або зовнішнього виправдання йдеться про утворення норми для вирішення, а у другому – про розв'язання правової проблеми без утворення норми для вирішення. Тому нам досить розглянути лише їх, проте з таким уточненням, що перший варіант знаходження норми для вирішення розпадається на два субваріанти, які мають істотні відмінності, а саме: одного разу норми позитивного права є достатніми умовами для формування норми для вирішення, а іншого – не є такими.

Все це дозволяє розглянути особливості трьох варіантів формування норм для вирішення, а саме: 4.1.1. на основі однорангових норм позитивного права і тільки на їхній основі, 4.1.2. на основі однорангових норм позитивного права, але не тільки на їхній основі і 4.1.3. на основі вищих за рангом норм позитивного і неопозитивного права.

4.1.1. Звернемо увагу на те, що застосування правових норм у формі правил відбувається на основі поділу таких норм на основні і допоміжні (про цей поділ, див., зокрема: [34, с. 48-51, 51-54; 35, с. 46-58; 36; 37; 38; та ін.] загалом та основних норм на правообґрунтовальні і правозаперечні зокрема. Відзначимо, що правозаперечні норми поділяються на абсолютні і відносні.

Ось як про все це говорить загалом, 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, які встановлюють шуканий правовий наслідок (наприклад, обов'язок розпочати кримінальне переслідування чи обов'язок відшкодувати завдані збитки). Таким чином, 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 у 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" [35, с. 46-47]. У свою чергу, Я. Шапп немов конкретизує сказане у напрямку, який нас цікавить: "Передумови правовимагання (нім. Rechtsanspruch, рос. правопритязание) у кожному випадку підлягають перевірці в суворо певній послідовності. Цей **порядок правоправіжних передумов** є важливим орієнтиром у роботі юриста. Спочатку перевіряються передумови, які юридично обґрунтовують цей правіж (**правопороджуючі передумови**). Потім йде аналіз негативних передумов, які із самого початку у принципі перешкоджають виникненню обґрунтованого правіжу (**правоперешкоджаючі заперечення**). Потім йде перевірка знов таки негативних передумов. У разі їхньої наявності обґрунтований правіж, який спо-

чатку виник, погашається (**правопогашаючі заперечення**). Якщо ж правоправіж є обґрунтованим, його становленню ніщо не заважає, і, нарешті, відсутні передумови, які руйнують цей правіж, тому потрібно перевірити, чи немає обставин, які затримують реалізацію цього правіжу (**правогальмуючий протест-застереження**)" [34, с. 51].

Тези Р. Циппеліуса та 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 із нормами для вирішення, які в такому разі розділятимуться так само, як і основні норми, що означає, що існує три типи норм для вирішення: правообґрунтовальні і 2 типи правозаперечних (абсолютних і відносних) норм для вирішення. Останнє ототожнення пояснюється тотожністю функцій норм для вирішення та основних норм, а саме йдеться про утворення правового правила, яке має захистити інтереси одного з учасників суперечки, причому завжди одним із трьох способів. Це свідчить про те, що відношення між такими способами є контрарним. Кожна із трьох, утворених у такий спосіб норм для вирішення (= основних норм) застосовується у формі субсумції.

4.1.2. Зазначений у п. 4.1.1. випадок генезису і функціоналу можна назвати простим випадком, оскільки правило (або обґрунтоване, або заперечне, і тільки або абсолютне заперечне, або відносне заперечне) формується на основі правил, які є нормами позитивного права, тобто є зазвичай визначеними заздалегідь закритими нормами. Проте існують випадки. Зокрема, Є. Ерліх одним із перших доклав великих зусиль для відповідного розуміння, коли, з одного боку, ще не застосовуються принципи як вищі за рангом норми, а з іншого – крім правил як норм позитивного права, застосовуються інші правила, які не входять до складу позитивного права, тобто не є визначеними заздалегідь і відкритими (наприклад так звані "семантичні правила" Г.-Й. Коха).

Р. Алексі відмовляється від докладного аналізу такого випадку у зазначеній статті, посилаючись водночас на Г.-Й. Коха та інших.

Тому нам потрібно взяти за основу таке зауваження і розглянути те, як розуміє формування таких правил Г.-Й. Кох (і його співавтор Г. Рюссманн). Їхню позицію передамо словами К. Ларенца, з якою він, до речі, істотно розходиться: «Кох і Рюссманн думають, що субсумція за допомогою тлумачення є можливою також тоді, коли закон використовує «хиткі поняття» або типові описи».

Нарешті, Кох і Рюссманн визнають, що існує (особливо у нормах щодо розсуду і у принципах) ігровий простір для вирішення, який «не може долатися завдяки зверненню до бажаного законодавцем». Водночас той, хто тоді ухвалює рішення, має надавати звіт «за вибір, який, беручи до уваги наявні у розпорядженні альтернативи, міг би виявитися також іншим». Якщо він повинен «надати звіт», то він також тут ще має вказувати підстави для свого рішення, хоча ці останні можуть бути не такими, що примушують, а якраз такими підставами, за які він вільно відповідає. Водночас може йтися тільки про моральні виправдувальні підстави" (посилання див. в оригіналі) [39, с. 159].

Отже, існує можливість об'єднати позитивні та неопозитивні правила, застосовуючи у формі субсумції, і протилежна можливість, коли це відбувається не у формі субсумції (К. Ларенц) [39, с. 404-413]. Ми вважаємо, що переконливою є думка Г.-Й. Коха і Г. Рюссманна, а це означає, що не може існувати ніяких заперечень проти перенесення зазначеного вище про тотожність основних норм і норм для вирішення у випадку існування, поряд із закритими, відкритих правил.

4.1.3. Щодо принципів, то відповідний приклад пропонує, як зазначено вище, сам Р. Алексі. Зокрема, він розбирає таку фавулу: "Вночі з 19 на 20 січня 1969 року два чоловіки вбили чотирьох солдатів із охорони складу боєприпасів бундесверу у Лебаху, які спали, тяжко поранили ще одного і викрали зброю і боєприпаси. ...

Злочин привернув загальну увагу. ... Суд присяжних Саарбрюкена засудив обох головних злочинців до покарання у формі довічного позбавлення волі, а третього, про якого йдеться далі, через пособництво – до покарання, пов'язаного із позбавленням волі на шість років.

Навесні 1972 року для Другого німецького телебачення (ZDF) був підготовлений документальний телеспектакль «Вбивство солдат у Лебаху» (Der Soldatenmord von Lebach). Ці троє демонструються у цьому спектаклі спочатку із називанням імен, на фотографіях, а потім зображені акторами. ...

Засуджений за пособництво, який міг розраховувати на достроково-умовне звільнення від покарання влітку 1973 року, ... мав думку, що трансляцією телеспектаклю наражалася на небезпеку його ресоціалізація" [22, с. 29-30].

Після цього Р. Алексі докладно реконструює рішення відповідного конституційного суду і встановлює, що суд формулює після зважування двох принципів – ресоціалізації і свободи слова – таку нову норму:

"Отже, загалом повторне телевізійне повідомлення про тяжку злочинну дію, яке не покривається зацікавленістю в актуальній інформації, недопустиме у будь-якому разі тоді, коли воно наражає на небезпеку ресоціалізацію злочинця" [22, с. 33].

Ця норма є однією з основних норм або однією із норм для вирішення, а саме правообрунтовальною нормою, оскільки в ній обгрунтоване право особи на недопущення трансляції спектаклю.

Ми пропонуємо розуміти норми для вирішення як форму, яку мають набути норми позитивного і неопозитивного права під час застосування права. Таке розуміння обгрунтовується як

кодифікаційною технікою, так і потребою віддавати належне моральним і соціальним аспектам під час застосування права. Спільним знаменником для всіх типів норм для вирішення має бути їхнє ототожнення із трьома видами так званих основних норм.

Висновки. Зазначене вище дозволяє зробити такі висновки:

1) норми для вирішення можна генетично розділити на дві частини: технічні, що утворюються на основі тільки позитивних правил, і нетехнічні, причому останні поділяються на норми для вирішення, що утворюються або на основі позитивних і неопозитивних правил, або на основі принципів;

2) норми для вирішення функціонально можна розділити на правообрунтовальні і правозаперечні, причому останні розділяються на абсолютні та відносні. У цьому випадку норми для вирішення є тотожними з так званими основними нормами, якщо останні віддають належне трьом вимірам права: аналітичному, нормативному та емпіричному;

3) враховуючи генетичний і функціональний критерії, можна говорити про 9 різновидів норм для вирішення, тобто про три генетичні типи норм для вирішення у трьох формах їхньої реалізації (функціонування).

Подальше дослідження норм для вирішення можливе, з одного боку, у контексті аналітичного виміру права, з іншого – на тлі емпіричного виміру.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. 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.
2. Liebmann O. Kant und die Epigonen: eine kritische Abhandlung. Stuttgart: Schober, 1865. 218 p.
3. Alexy R. Dreier U., Neumann (Hg.) Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems. Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1991. Beiheft 44. S. 30-44.
4. 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.
5. Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. Erweiterte Neuausgabe. Freiburg München: Verlag Karl Alber, 2020. 250 S.
6. Уемов А. И. Системный подход и общая теория систем. Москва: Мысль, 1978. 272 с.
7. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: монография. Харьков: Право, 2002. 328 с.
8. Reh binder 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.
9. Schröder J. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990). Band 1 1500-1933. 3., überarbeitete und wesentlich erweiterte Auflage. München: C.H. Beck, 2020. XX, 511 S.

10. Schröder J. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990). Band 2 1933-1990. 3., überarbeitete und wesentlich erweiterte Auflage. München: C.H. Beck, 2020. XVIII. 347 S.
11. Rückert J. Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2017. 659 S.
12. Rütters B. Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre. 12., überarbeitete Auflage. München: C.H. Beck, 2021. XXVIII, 627 S.
13. Müller F. Juristische Methodik. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. 443 S.
14. Rehbinder M. Rechtssoziologie ein Studienbuch. 8., neu bearbeitete Auflage. München: C.H. Beck, 2014. XIV, 222 S.
15. Савчук С. В. Юридична соціологія: предмет та місце в системі юридичних наук. Чернівці: Рута, 2003. 240 с.
16. Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. München Leipzig: Duncker & Humblot, 1913. 409 S.
17. Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen: Mohr, 1918. VII. 337 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. Дигесты Юстиниана. Пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. I. Москва: Статут, 2002. 584 с.
20. Загальна теорія права: підручник. За заг. ред. М.І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. 392 с.
21. Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. 4. Aufl., durchges. u. hrsg. von Manfred Rehbinder. Berlin: Dunker und Humblot, 1989. 441 S.
22. Alexy R. Recht, Vernunft, Diskurs. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 1995, S. 13-51.
23. Fischer C. Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. XXVI. 611 S.
24. 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.
25. Бартошек М. Римское право: понятия, термины, определения. Москва: Юрид. лит., 1989. 448 с.
26. R. Dworkin, The Model of Rules. Taking Rights Seriously, 2 ed, London 1978. P. 15.
27. Alexy R., Recht, Vernunft, Diskurs Zum Begriff des Rechtsprinzips. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 1995. S. 177-212.
28. Alexy R., Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, hg. v. J. Jickeli P. Kreuz/D. Die Gewichtsformel. Reuter, Berlin, 2003. S. 771-792; GreifRecht 10 (2010). S. 69-78.
29. 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.
30. Alexy R., F. Salinger (Hg.). Ideales Sollen und Optimierung. Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann, Heidelberg 2017, S. 17-30.
31. Alexy R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003. No16. S. 433-449.
32. Данильян О.Г., Дзьобань О.П., Максимов С.І. та ін. *Філософія права: підручник*. за ред. проф. О. Г. Данильяна. Харків: Право, 2009. 208 с.
33. Komprehension: Zusammenfassung, Vereinigung von Mannigfaltigem zu einer Einheit // <https://www.duden.de/rechtschreibung/Komprehension> (запит від 24.12.2021)
34. Шапш Я. Система германского гражданского права: учебник. Москва: Междунар. отношения, 2006. 360 с.
35. Циппеліус Р. Юридична методологія. Київ: Реферат, 2004. 176 с.
36. Трутень В. В. Правіжний склад та принцип матеріальної експертизи. *Філософія права і загальна теорія права*. 2012. № 2. С. 277-287.
37. Павлюк А. Г. Поняття відведення, яке перешкоджає виникненню цивільного суб'єктивного права вимоги кредитора. *Науковий вісник Чернівецького університету: збірник наук. праць*. 2012. Вип. 636. С. 79-82.
38. Павлюк А. Г. Поняття відведення, яке припиняє цивільне суб'єктивне право вимоги кредитора, що раніше виникло. *Науковий вісник Чернівецького університету: збірник наук. праць*. 2013. Вип. 644. С. 92-95.
39. Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6., neu bearb. Aufl. Berlin etc.: Springer. XVIII. 1991. 494 S.