

ЗНАЧЕННЯ «НОРМ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ» ЄВГЕНА ЕРЛІХА В ПРОЦЕСІ ТВОРЕННЯ СУЧАСНОГО ПРАВА

УДК 34.01-027.21

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2020-4.03>

ВІТАЛІНА САВЧУК

приватний нотаріус

Чернівецького міського нотаріального округу Чернівецької області,

аспірантка

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича

notar.savchuk@gmail.com

Анотація. В статті йдеться про поділ питання права (*quaestio juris*) на підпитання про тлумачення і творення права, який був знайомий по-суті і римським юристам (D. 1, 10, 7, 1), але став добре відомим з першої половини XIX століття, коли йому приділив увагу Ф. К. фон Савіньї у своїй роботі «Система сучасного римського права» (1840). Констатується, що «норми для вирішення» Є. Ерліха потенційно стосуються обох підпитань, оскільки значення таких норм в юридичному дискурсі останнього не обмежується тільки вільним правознаходженням, яке тісно пов'язане з дальшим творенням права. Для досягнення поставленої мети розбираються питання про те, що таке тлумачення у вузькому і в широкому, в старому і новому сенсі, як співвідносяться тлумачення права та творення права.

У підсумку наводяться аргументи на користь твердження про те, що в юридичній методології існує поділ на тлумачення у вузькому та широкому сенсі. Широке тлумачення можна називати інклюзивним, а вузьке – ексклюзивним. Перевагу слід надати співіснуванню тлумачення і дальшого творення права як самостійних засобів правознаходження. Зауважено, що існує два види канону тлумачення: старий і оригінальний канон, запропонований Савіньї, який включає в себе граматичне, логічне, історичне і систематичне тлумачення, і новий канон, який замість логічного тлумачення включає в себе телеологічне тлумачення. Телеологічне тлумачення може бути ланкою, яка зв'язує новий канон тлумачення, або сучасне тлумачення як таке, і подальше творення права. Констатовано, що існує два види творення права: іманентне і трансцендентне. Творення права *intra jus* (в межах права) являє собою не що інше, як процес створення суддею нового права шляхом застосування принципу пропорційності в тій чи іншій формі. В цьому процесі так чи інакше, позитивно чи негативно враховується буква закону й позитивно враховується дух права.

Встановлено, що норми для вирішення в межах ексклюзивного тлумачення мають значення додаткового нормативного засновку юридичного силогізму, а межах дальшого творення права є результатом зважування інтересів, принципів тощо в рамках принципу пропорційності.

Ключові слова: юридична методологія, юридична аргументація, «норми вирішення» Є. Ерліха, інклюзивне і ексклюзивне тлумачення, іманентне і трансцендентне творення права, теорія норм, юридичний дискурс.

SIGNIFICANCE OF NORMS FOR DECISION IN THE COURSE OF FUTHER LAW-MAKING

UDC 34.01-027.21

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2020-4.03>

VITALINA SAVCHUK

Private notary

Chernivtsi urban notarial district of Chernivtsi region,

Postgraduate student

of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine

notar.savchuk@gmail.com

Abstract. The article under studies deals with the division of the issue of law (*quaestio juris*) into sub-issues of interpreting law and further law-making. In fact, the latter phenomena were familiar to Roman lawyers (D. 1, 10, 7, 1), but have gained broader popularity since the first half of the XIX century, when they were described in

more detail in the work by F. C. von Savigny “The System of Modern Roman Law” (1840). The article points out that E. Ehrlich’s norms for decision potentially concern both sub-issues, since the significance of such norms in juridical discourse is not limited to only free law-making, the latter being closely related to further law-making. The article also regards the issue of how norms for decision correlate with law interpretation and further law-making.

The purpose of the article is to determine the significance of norms for decision in the course of interpreting law and further law-making.

In order to achieve this goal, the article makes an attempt to tackle the questions of what interpretation is in the narrow and broad, in the old and new senses, how interpretation of law and further law-making correlate with each other, and what is the significance of norms for decision in the course of interpreting law and further law-making.

In conclusion, the article presents a few arguments in favor of the statements that: in juridical methodology, there is a division of interpretation into interpretation in a narrow and broad senses. The broad interpretation may be referred to as inclusive, as it implicitly includes further law-making. The narrow interpretation can be understood as an exclusive interpretation that does not include further law-making. In this case, the further law-making will exist alongside the law interpretation and have a subsidiary (in the broad sense) meaning. Preference should be given to the coexistence of law interpretation and further law-making as independent means of law-making; there are two types of the canon of law interpretation: the old and original canon proposed by Savigny, which comprises grammatical, logical, historical, and systematic interpretation, and the new canon, which instead of logical interpretation offers teleological interpretation. Teleological interpretation can be a link that connects the new canon of interpretation, or modern interpretation as such, and further law-making; there are two types of further law-making: immanent and transcendent. The latter is nothing more than the process of creating new law by a judge through applying the principle of proportionality in one form or another. In this process, the letter of the law or laws is taken into account in one way or another, positively or negatively, and the spirit of the law is always taken into consideration positively, i.e., a claim is constantly made to the fairness of the applicable law; norms for decision within the framework of exclusive interpretation perform the function of an additional normative basis of juridical syllogism, while within further law-making, they are the result of weighing interests, principles, etc. within the framework of the principle of proportionality.

Key words: juridical methodology, juridical argumentation, E. Ehrlich, inclusive and exclusive interpretation, immanent and transcendent further law-making, theory of norms, juridical discourse.

Поділ питання права (про *quaestio juris* див. [1; 2]) на підпитання про тлумачення і подальше творення права, знайомий, по-суті, і римським юристам (D. 1, 10, 7, 1), став добре відомим принаймні з першої половини XIX століття, коли йому приділив увагу Ф. К. фон Савіньї у своїй роботі «Система сучасного римського права» (1840). «Норми для вирішення» Є. Ерліха потенційно стосуються обох підпитань, оскільки значення таких норм в юридичному дискурсі останнього не обмежується тільки вільним правознаходженням, яке тісно пов’язане з подальшим творенням права. Розгляд питання про те, як корелюють «норми для вирішення» та тлумачення і подальше творення права являє собою *актуальну тему* для дослідження.

Питання про норми для вирішення, про тлумачення і про подальше творення права неоднозвнчно досліджені у правовій доктрині Україні. Так, питання тлумачення як корелят питання застосування права давно зайняло належне місце в підручниках з теорії права, що могло б свідчити про остаточне вирішення відповідної проблеми. Однак це не так, оскільки, як свідчать дослідження з порівняльного правознавства, історії юридичної методології [3; 4], а також теорії юридичної аргументації [5; 6], залишається багато відкритих питань. До таких належать і питання про відношення тлумачення і «норм для вирішення», які докладно аналізував Є. Ерліх, а пізніше в Україні В. Марчук. Відмітимо, що поняття творення права є, однак, доволі відомою темою в Україні (С. В. Шевчук, В. М. Ватаманюк та ін. – див. рубрику «Тлумачення і правотворчість» в «Загальній теорії права» за ред. М. І. Козюбри [7, с. 259–263]). Пошук відповіді на наведені вище та інші релевантні питання опирається на праці й ідеї таких, крім згаданих вище, авторів, як: А. Бюлер, Р. Алексі, М. Павчнік, Р. Ціммерман, К. Ларенц, Я. Шредер та ін.

Мета статті – окреслити рольове значення «норм для вирішення» Євгена Ерліха в процесі творення сучасного права.

Для досягнення поставленої мети доцільно визначити питання про те, що таке тлумачення у вузькому і в широкому, старому і новому сенсі, як співвідносяться тлумачення та творення права, яке значення «норми для вирішення» мають в процесі тлумачення і творення.

1. В юридичній методології традиційно визначають тлумачення права у вузькому і в широкому сенсі. Так, Р. Ціммерман зазначає, що широке поняття тлумачення прив’язане до розробленого

глюсаторами і коментаторами вчення про *interpretatio declarativa, restrictiva* і *extensiva*. *Interpretatio extensiva* позначала згідно з цим розповсюдження області застосування норми на обставини справи, які не підпадають під дослівний текст, *interpretatio restrictiva* – обмеження сфери застосування норми, хоча обставина справи, щодо якої потрібно вирішувати, охоплюється, власне кажучи, дослівним текстом норми. Широке поняття тлумачення охоплює у такий спосіб те, що в Німеччині називається дальшим творенням права [8, с. 268]. Аналіз української юридичної літератури свідчить, що вітчизняна юридична методологія дотримується в цілому і загалом широкого підходу, оскільки про це деякою мірою, тобто з певними застереженнями, говорить існування поділу тлумачення на розширювальне і обмежувальне [7, с. 254]. Такий підхід характерний і для французького та англійського права [8, с. 268].

Отже, в Німеччині склався інший підхід, який визнає поряд з тлумаченням у вузькому сенсі подальше творення права. А. Бюлер, автор статті «Тлумачення права і творення права у Фрідріха Карла фон Савіньї» (2001), докладно розглядає це питання і зауважує, що в *системі сучасного римського права* фон Савіньї розрізняє *expressis verbis* тлумачення і подальше творення права. Аналізуючи залучення підстави закону в рамках тлумачення права, вчений зауважує: «Оскільки це трактування несе саме по собі уже цілком характер відмінного від тлумачення подальшого творення права, то ми запитуємо не про те, що саме вміщено в думці закону, а про те, що в ньому консеквентно мусило б бути включено, якби законодавець це зробив для себе ясним» [9, с. 238]. Отже, подальше творення права відхиляється від первісної задумки законодавця. І це відхилення повинно покращити закон в сенсі застосовника. В цьому зв'язку фон Савіньї критично констатує щодо римської юриспруденції, що вона не чітко розрізняла тлумачення і подальше творення права. Що стосується Новітнього часу, то він актуалізує позицію тих авторів, які наголошують на динамічному логічному тлумаченні закону» [9, с. 321]. В таких випадках «пробують виправляння самої дійсної думки завдяки зведенню до тієї думки, яку закон повинен був би вміщувати» [9, с. 321]. Отже, такий спосіб дій творить далі правову традицію і виходить за межі простого тлумачення [10, с. 332].

Що стосується стану справ з поділом на тлумачення і подальше творення права в Стародавньому Римі, то тут слід взяти до уваги фрагмент D. 1, 10, 7, 1, в якому говориться про те, що преторське право – це право, яке претори ввели в публічному інтересі для того, щоб підтримати, доповнити або покращити цивільне право (докладніше див. [11, с. 29]). Поділ функцій преторського права на «доповнити і покращити» все ще зберігає значення і сьогодні у формі подальшого творення права.

Так, Р. Ціммерман говорить, що доволі часто розрізняють з огляду на подальше творення права два ступені: законоіманентне і понадзаконне творення права (К. Ларенц). В першому випадку йдеться про те, щоб заповнювати прогалини закону «в думаючій слухняності» за допомогою виражених в цьому законі оцінок і цільових уявлень. В іншому випадку правозастосовник виходить за рамки або «план» закону і уже не може посилається у такий спосіб на його іманентну телеологію. Він має орієнтуватися радше на правові думки, правові принципи і правові цінності, які в цілому лежать в основі правопорядку. Тому при нагоді говорять також про подальше творення права *praeter legem*, з одного боку, *extra legem*, проте *intra ius*, з іншого боку. Також тут розмежувальна лінія розпливається на практиці. Той, хто таке розрізнення не здійснює, визнає, що суддя принагідно може переступати іманентну *ratio legis*, та навіть мусить, якщо він не бажає порушувати заборону відмови в правосудді [8, с. 268–269]. Додамо, що *extra legem* включає в себе і *contra legem*. Все це дозволяє говорити про подальше творення права, тобто позитивного права, закону, відповідно поряд, поза і всупереч закону в межах права як такого.

Отже, існує два види творення права, які можна називати іманентним і трансцендентним (про терміни див. [12, с. 11]) щодо закону подальшим творенням права *intra ius* (в межах права), яке являє собою не що інше, як процес створення суддею нового права шляхом застосування принципу пропорційності в тій чи іншій формі. В цьому процесі так чи інакше, позитивно чи негативно враховується буква закону або законів і завжди позитивно враховується дух права, тобто постійно заявляється претензія на справедливість застосовуваного права.

Широке тлумачення можна називати інклюзивним, оскільки воно імпліцитно включає в себе подальше творення права. Вузьке тлумачення можна розуміти як ексклюзивне тлумачення, яке не включає в себе дальше творення права. В такому разі дальше творення права буде існувати поряд із тлумаченням і мати субсидіарне (в широкому сенсі) значення. Перевагу слід надати співіснуванню тлумачення і подальшого творення права як самостійних засобів правознаходження.

Разом із тим, провести чітку межу між тлумаченням і подальшим творенням права неможливо, оскільки існує одна істотна обставина. Ця обставина стосується так званого телеологічного тлумачення. Так, аналізуючи це питання М. Павчник зауважує, що Савиньї як засновник сучасної методології розуміє тлумачення як «(ре)конструкцію внутрішньо притаманної закону думки» [9, с. 214]. Реконструкція стає можливою за допомогою чотирьох критеріїв (елементів) тлумачення – граматичного, логічного, історичного і систематичного.

Предметом *граматичного* критерію є «слово, яке опосередковує перехід із мислення законодавця в наше мислення». Логічний критерій допомагає аналізу думки; йдеться про логічне співвідношення частин думки. *Історичний* критерій стосується становища на час виникнення закону, стану, в який закон втручається у визначений спосіб, і виду цього втручання, тобто новизни, яку він ввів. *Систематичний* критерій стосується «внутрішнього взаємозв'язку, який зв'язує всі правові інститути і правові правила в велику єдність». Ми мусимо усвідомити, як, з одного боку, закон приймається в систему права і мусимо, з іншого, визначити співвідношення закону з системою права [9, с. 213–214]. При цьому найбільш важливо, що ці чотири критерії не є незалежними один від одного. Вони не означають в жодному разі чотири види тлумачення, серед яких можна було б довільно вибирати.

Гідно уваги те, що Савиньї серед критеріїв тлумачення не згадує виразно *телеологічний* критерій. Проте, детальний аналіз показує, що він все ж бере до уваги у визначеному обсязі й цей критерій тлумачення. Він залишає йому ранг при тлумаченні невизначеного і неправильного вислову [13, с. 22–23], тобто в рамках подальшого творення права.

Наявність телеологічного тлумачення в каноні тлумачення дозволяє говорити про новий канон тлумачення: позиція Савиньї щодо телеологічної інтерпретації, тобто щодо тлумачення припису зважаючи на його мету (*ratio legis*), коливалася. Юний Савиньї її відхиляв, пізній обмежено допускав [6, с. 85; 9, с. 217 і далі]. Саме новий канон тлумачення, який включає телеологічне тлумачення, характерний для української теорії права [7, с. 253].

Викладене вище призводить до того, що сьогодні існує два види канону тлумачення: старий і оригінальний канон, запропонований Савиньї, який включає в себе граматичне, логічне, історичне і систематичне тлумачення, і новий канон, який замість логічного тлумачення включає в себе телеологічне тлумачення. Телеологічне тлумачення може бути ланкою, яка зв'язує новий канон тлумачення, або сучасне тлумачення як таке, і далі творення права.

2. На основі вищевикладеного можна охарактеризувати значення «норми для вирішення» Є. Ерліха у процесі тлумачення і дальшого творення права.

Так відмітимо, що норми для вирішення можуть мати три значення, а саме в межах тлумачення, в межах подальшого творення права і поза цими двома рамками.

Відмітимо, що в юридичній літературі зразково аналізує всі ці питання Р. Алексі, позицією якого є всеосяжною в світлі досягнень аналітичної філософії та сучасної логіки.

Слід відмітити про особливості аналізу Р. Алексі відношення тлумачення (або інтерпретації) і подальшого творення права. Так, вчений зауважує, що будь-яка інтерпретація змінює право і, отже, є дальшим творенням права в широкому сенсі. Від цього поняття подальшого творення права в широкому сенсі потрібно відрізнити подальше творення права в вузькому сенсі. Останнє відбувається тоді, коли зміст вивчають не в рамках дослівного тексту норми.

Існує чотири групи випадків подальшого творення права в вузькому сенсі: норма може, по-перше, оголошуватися невалідною або незастосовною (*екстинкція*), що, зокрема, трапляється у разі конфлікту норм; по-друге, норма може по-новому створюватися суддею (*креація*); по-третє, фактичний склад норми доповнюється групою випадків, так що вона стає застосовною до обставин справи, які не були охоплені її первісним дослівним текстом (*екстенсія*). Екстенсія є найчастіше результатом аналогії. І нарешті, до фактичного складу норми додається обмежувальна умова, так що вона уже не буде охоплювати обставини справи, до яких вона була застосовна згідно з своїм первісним дослівним текстом (*редукція*).

Допустимість подальшого творення права можна сформулювати як проблему ранжування аргументів тлумачення, причому йдеться передусім про силу лінгвістичних аргументів. Це демонструє, що також подальше творення права в вузькому сенсі є інтерпретацією. За проблемою ранжування аргументів тлумачення приховується колізія фундаментальних принципів або цінностей. У разі дальшого творення права в вузькому сенсі це є передусім колізія, з одного боку, між принципами демократії,

поділу влад і правової певності, з одного боку, які підтримують авторитет законодавця, і, з іншого боку, принципами когеренції і змістової правильності, які вимагають справедливого рішення. Розв'язання колізії залежить від щораз чинного конституційного права і репрезентованої інтерпретатором філософії [6, с. 91–92]. Отже, Р. Алексі, на відміну від Савіньї і цілком в дусі нашого часу, і визнає новий канон тлумачення і зберігає деяке значення дальшого творення права.

Що стосується того, яке значення норми для вирішення мають в процесі тлумачення, то тут можна взяти до уваги тезу із «Теорії юридичної аргументації» Р. Алексі про те, що в докладному юридичному силогізмі, який Алексі називає внутрішнім виправданням (правового рішення), поряд з більшим і меншим засновком існує обґрунтування більшого засновку. Саме це обґрунтування, тобто тлумачення як таке, разом з більшим засновком і вважає Р. Алексі, з посиланням на Є. Ерліха [16, с. 104 і далі], нормою для вирішення [5, с. 279]. Тобто норма для вирішення це та норма, яка утворюється в процесі тлумачення вихідної правової норми, а не тільки сама вихідна правова норма, яка конкретизована, точніше зібрана в процесі розв'язання правової проблеми. Це означає, що норма для вирішення складається, по суті і потенційно, із двох норм: правової норми як такої (більший засновок) і інтерпретаційної норми, яка є додатковим нормативним засновком. Що це за норми є комплексним питанням права.

Викладене вище дозволяє стверджувати, що:

по-перше, у юридичній методології існує поділ тлумачення на тлумачення в вузькому і в широкому сенсі. Широке тлумачення можна називати інклюзивним, оскільки воно імпліцитно включає в себе дальше творення права. Вузьке тлумачення можна розуміти як ексклюзивне тлумачення, яке не включає в себе дальше творення права. В такому разі дальше творення права буде існувати поряд із тлумаченням і мати субсидіарне (в широкому сенсі) значення. Перевагу слід надати співіснуванню тлумачення і дальшого творення права як самостійних засобів право знаходження;

по-друге, існує два види канону тлумачення: старий і оригінальний канон, запропонований Савіньї, який включає в себе граматичне, логічне, історичне і систематичне тлумачення, і новий канон, який замість логічного тлумачення включає в себе телеологічне тлумачення. Телеологічне тлумачення може бути ланкою, яка зв'язує новий канон тлумачення, або сучасне тлумачення як таке, і дальше творення права;

по-третє, існує два види творення права: іманентне і трансцендентне щодо закону подальше творення права *intra jus* (в межах права), яке являє собою не що інше, як процес створення суддею нового права шляхом застосування принципу пропорційності в тій чи іншій формі. В цьому процесі так чи інакше, позитивно чи негативно враховується буква закону і завжди позитивно враховується дух права, тобто постійно заявляється претензія на справедливість застосовуваного права;

по-четверте, норми для вирішення в межах ексклюзивного тлумачення мають значення додаткового нормативного засновку юридичного силогізму, а межах дальшого творення права є результатом зважування інтересів, принципів тощо в рамках принципу пропорційності.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Rüssmann H. Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage // Alexy R. Elemente einer juristischen Begründungslehre. Baden-Baden, 2003. S. 299–322.
2. Kuhlen L. Die Unterscheidung von Rechts- und Tatfrage und ihre Bedeutsamkeit für das Strafprozeßrecht // Alexy R. Elemente einer juristischen Begründungslehre. Baden-Baden, 2003. S. 323–356.
3. Schröder J. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990). Bd. 1 1500–1933. 3., überarb. und wesentlich erw. Aufl. München : C.H. Beck, 2020. XX, 511 S.
4. Schröder J. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990) Bd. 2 1933-1990. 3., überarb. und wesentlich erw. Aufl. München : C.H. Beck, 2020. XVIII, 347 S.
5. Alexy R. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1991. 435 S.
6. Alexy R. Juristische Interpretation // Alexy R. Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main, 1995. S. 71–92.
7. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ : Вайте, 2015. 392 с.
8. Zimmermann R. Juristische Methodenlehre in Deutschland // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. 2019. Vol. 83. Iss. 2. S. 241–287.
9. Savigny F. C. v. System des heutigen römischen Rechts. In 8 (9) Bdn. Bd. 1. Berlin : Veit u. Comp., 1840. L, 429 S.
10. Bühler A. Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung bei Friedrich Karl von Savigny // Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie : Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 29. September bis 1. Oktober 1999. Stuttgart, 2001. 2001. S. 329–337.

11. Grosche N. Rechtsfortbildung im Unionsrecht. Eine Untersuchung zum Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Union. Tübingen : Mohr Siebeck, 2011. XVII, 351 S.
12. Hüpers B. Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart. Berlin : Berliner Wissenschafts-Verl., 2010. XXVI, 646 S.
13. Pavčnik M. Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung ; ein Beitrag zur Argumentation im Recht. Wien : Springer, 1993. X, 182 S.
14. Савчук В. Г. Ерліхівські норми для вирішення з погляду нотаріуса: до питання термінології. Ерліхівський журнал. 2019. Вип. 3. С. 46–51.
15. Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen : Mohr, 1918. VII, 337 S.
16. Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. München Leipzig : Duncker & Humblot, 1913. 409 S.
17. Alexy R. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen // Alexy R. Recht, Vernunft, Diskurs : Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main, 1995. S. 13–51.
18. Alexy R. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen // Alexy R. Elemente einer juristischen Begründungslehre. Baden-Baden, 2003. S. 9–35.