

*Гоцуляк Юрій Вікторович,  
доктор юридичних наук, доцент,  
завідувач кафедри теорії, історії держави і права  
та філософії права  
Донецького національного університету імені Василя Стуса*

*Мартинюк Олексій Володимирович,  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри конституційного,  
міжнародного і кримінального права  
Донецького національного університету імені Василя Стуса*

## **СУДДІВСЬКИЙ РОЗСУД ЯК ОСНОВА «ЖИВОГО ПРАВА» У ВЧЕННІ Є. ЕРЛІХА**

*У статті проаналізовано правове вчення Є. Ерліха щодо концепту живого права та вплив суддівської практики на правову реальність, на формування правових змістів. Встановлено, що суспільні відносини цілком можуть випереджати наявні норми, що особливо підтверджує сучасний рух життя, а відтак постає питання необхідності гнучких форм права. Автором аналізуються положення щодо «мовчазного волевиявлення судді», яке не є нормою і не має такої юридичної сили, однак таке волевиявлення у рішенні може опиратись частково на традиції, звичаї, принципи, а не на припис норми, який може не відповідати фактичним реаліям життя. Автори доходять висновку, що бачення Є. Ерліха щодо цінності суддівського розсуду зберігає свою актуальність і зараз, коли Україна переживає важкі надзвичайні обставини, пов'язані зі збройним конфліктом, режимом воєнного стану, до якого «мирне право» не завжди готове, а відтак суддівська практика виходить на важливу роль у тлумаченні та реалізації норм, що, зокрема, обмежують права та свободи людини, збереженні необхідних критеріїв для цього обмеження.*

***Ключові слова:** суддівський розсуд, інформаційна культура судді, соціологічна доктрина права, правове вчення, Ерліх, прецедентне право, континентальне право, правовідносини, правові норми, правотворчість.*

**Постановка проблеми.** Дискурс щодо джерел правового буття є вічним, оскільки витоки впорядкувальних змістів людина знаходила у різних сферах життєдіяльності: у нормі, державі, природі, спілкуванні, емоціях тощо. Початок ХХ ст. ознаменувався домінуванням позитивістської правової доктрини, що покладала державну норму найбільш надійним та реальним джерелом права. Водночас, англосаксонські традиції, а також очевидні недоліки такого підходу, сприяли появі вчень, що пропонували альтернативу такому баченню. Одним із таких учень була соціологічна доктрина Є. Ерліха.

**Постановка завдання.** У цій статті буде проаналізовано вчення соціології права, концепт живого права та вплив суддівської практики на правову реальність, на формування правових змістів.

**Виклад основного матеріалу.** У одній із робіт Є. Ерліх наголошує на баченні природи права: «Що є правом – це визначає громадянський кодекс; у житті, однак, трапляється дещо таке, що не узгоджується з правом. Однак якщо по тій чи іншій справі приймається судове рішення, то воно все-таки має прийматися відповідно до цивільного кодексу. Ця позиція обґрунтовується вже навіть поверховим розглядом речей. Я вже вказував на те, що положення подібного змісту і однакового зразка можна знайти вже у римському праві. Вони, без сумніву, утворювали право і мусили закладатися в основу судових рішень. Взагалі неможливо збагнути, чому однаково оформлені норми, норми, у яких всі суттєві ознаки є спільними, можуть виступати або не виступати як право лише у залежності від того, чи є вони визначальними для прийняття судових рішень. Це, вочевидь, було б цілком зовнішньою розпізнавальною ознакою. Є норма правом чи ні, може залежати лише від її природи. Сьогодні значною мірою загальновизначним є те, що право існувало ще до того, як суддя мав приймати рішення щодо “Мое” і “Твое”; ще й сьогодні є сфери права, для яких не існує суддів: конституційне право і міжнародне право» [1, с. 80]. Отже, насамперед право – це державний закон, який має всі характерні ознаки права: обов’язковість, релятивність, загальність, формальність. Норма є базовою формою для права. Коли йдеться про судові рішення, діяльність суддів, то вони мають на щось опиратись, передусім саме на норму як найнадійніше, однак не найгнучкіше джерело. Генеалогічно право було закладено ще до діяльності професійних суддів, оскільки самі правовідносини не вимагали професійного розуміння норм, були значно спрощені. Однак, як відомо, людські стосунки ускладнюються, розуміння правопорядку вимагає вже окремої професійної підготовки, життя суспільства починає випереджувати «кодекс», з’являється потреба у більш гнучкому, «живому праві», що адаптоване до суспільних відносин та викликів. Ерліх вказує на природу норми, тобто на її впорядкувальні властивості. Якщо вони наявні і справді регулюють суспільні відносини, вирішують спори, то така норма може претендувати на визнання правовою. Але, також має значення те, наскільки норма є визначальною для прийняття судового рішення, тобто чи має вона застосунок у живих правовідносинах, що може значною мірою вплинути на розуміння того, наскільки вона є правовою. Суспільні відносини цілком можуть випереджати наявні норми, що особливо підтверджує сучасний рух життя, а відтак постає питання необхідності гнучких форм права.

Ерліх вказує на недоліки державного права, що може не враховувати традиційних норм та реалій життя, на прикладі Буковини початку ХХ ст.: «Тепер же на Буковині діє австрійський цивільний кодекс, чужий закон, сімейне право якого розвинулося на основі зовсім іншої організації сім’ї: діє він, однак, чисто поверхово, чисто як норма, на основі якої приймаються судові рішення, і засто-

совується тільки в дуже поодиноких випадках, там, де відносини між батьками і дітьми дають органам влади підставу для втручання. В усіх інших випадках сім'я росте і процвітає відповідно до свого власного споконвічного права, не переймаючись ніякими нормами, на основі яких приймаються судові рішення» [1, с. 80]. Цікавим та показовим є формулювання про «чужий» та «свій» закон, яке означає, що навіть впровадження державою норм, які є обов'язковими для виконання, зовсім не означає забезпечення правопорядку, оскільки приписи цього закону майже не торкаються реальних обставин окремих сфер суспільного життя, тоді як виникає ціла низка різних форм та моделей поведінки, що потребують врегулювання. Водночас правосуддя в будь-якому випадку має відбуватись, оскільки виникають спори та загальна потреба у їх вирішенні. Таке правосуддя не може опиратись на статутне право, відбувається пошук норм, регулятивних змістів, що можуть бути застосовані. Водночас такі норми мають бути міцно вкорінені у правосвідомості, має бути визнаний їх авторитет. У такому випадку опора здійснюється на традиційні норми, що спроможні ефективно регулювати сімейні відносини, на які може посылатись суддя у своєму рішенні для усунення прогалин у законодавстві.

Ерліх відзначає різницю між правом як нормою та правом як формою організації: «Оскільки організаційні форми цивілізованих народів з часу виникнення відносин власності у своїх суттєвих рисах дуже подібні, то дуже подібні й норми, на основі яких приймаються судові рішення, незважаючи на всю їх зовнішню відмітність. Німецька юридична наука часто називає форми організації «природою речі», вона виводить норми, на основі яких приймаються судові рішення, із «природи речі». Антагонізм між правом як формою організації і правом як нормою, на основі якої приймаються судові рішення, особливо чітко проявився у сімейному праві румунських селян на Буковині з тієї причини, що у цьому випадку між ними обома наявна очевидна суперечність» [1, с. 81]. Це черговий раз заводить до дискурсу про «живе право». Справді, норма, прийнята на основі суспільного досвіду конкретної спільноти, буде максимально ефективною та простою у реалізації, оскільки її зміст корелює суспільним життям. З іншого боку, може бути форма організації суспільства, яка сформована історично та комунікативно та має регулятивну функцію, і така норма також є правом, однак не завжди співпадає з державним законом. Рішення судді на основі державної норми та суспільної форми буде різним за характером та ступенем інтеграції у суспільні відносини. Рішення на основі норми важко закласти як прецедент, а от суспільні форми спроможні врахувати всі особливості конкретної спільноти. Особливо це стосується мультикультурних держав, де окремі галузі права можуть бути спільними, а деякі, що особливо залежать від традицій, наприклад, сімейне право, – мають відрізнитись.

Ерліх вказує на проблему антагонізму живого права та норми: «Нормам, на основі яких приймаються судові рішення і які у такий спосіб є безпосереднім наслідком суспільних конфігурацій, протистоять усі ті, які суперечать цим конфігураціям. Суперечність того виду може мати дуже різні причини. Вона може бути мимовільною; для цього я хочу назвати деякі приклади. По-перше: встановлена законом і наукою норма, на основі якої приймаються судові рішення, зберігається, хоча життя вже давно оминуло її. “Закон і права передаються у спадок як вічна хвороба”. У цьому сенсі Герберт Спенсер дотримується тієї думки, що закон є постійною формою панування мертвого над живим. По-друге: норма, на основі якої приймаються судові рішення, запозичається із чужини, хоча вона більше і не відповідає суспільним конфігураціям. По-третє, не усвідомлюється природа суспільних конфігурацій, звідси встановлення норми, на основі якої приймаються судові рішення, відбувається з помилками. Тому нам відомі два види норм, на основі яких приймаються судові рішення, спершу такі, які безпосередньо впливають з відносин, із “природи речі”, і такі, які закон чи наука із уже згаданих причин нав’язують відносинам, що виникають у суспільстві» [1, с. 82]. Правові норми є не завжди гнучкими відносно часу, розвитку суспільних відносин, особливо у період значної динаміки і перетворень у сфері науки, культури, світогляду. Така позиція має не лише історичне значення, в Україні досі відчувається в окремих галузях права та правореалізації радянське минуле, різні форми якого подекуди зберігають свої позиції. Це яскравий приклад, як саме життя може «пережити» норму, яка однак зберігає власну чинність. У такому випадку закон дійсно передається у спадок як «хвороба», яку можна вилікувати або новими нормами, або новим підходом до правотворення та судочинства. З іншого боку, живі актуальні відносини без закону теж переростають у дещо стихійне, руйнується правопорядок, що має деструктивні наслідки. Суддя не може керуватись виключно власним розсудом, виключно неформальними нормами та звичаями, оскільки право тоді впадає в індивідуалізм, що суперечить невід’ємній ознаці загальності. Тут є дуже важливий критерій «природи речей», тобто судові рішення має бути таким, що відповідає актуальному суспільному спілкуванню, навіть якщо норма не спроможна чи не встигає своїм змістом за плином часу. Саме так актуалізується питання вимог до суддівського розсуду, який має врахувати і державну норму, але і відповідати «природі речей». У зв’язку з цим навіть у державах континентальної системи права суддівська практика зберігає своє значення та важливість.

Є. Ерліх відзначає поняття «мовчазне волевиявлення» судді, яке охоплює суддівський розсуд та правотворчість, його вклад у формування «живого права»: «Під впливом цієї думки перебував і я, коли близько чверті століття тому почав працювати над своєю роботою про мовчазне волевиявлення. Я хотів, після

того як я простудіював понад 600 томів збірників судових рішень німецьких, австрійських і французьких судів, зобразити картину того, що зробило судочинство із мовчазного волевиявлення судів. Але незабаром мене набагато більше за судові рішення захопив той фактичний процес, який лежав в основі їх прийняття. І тому в моїй книзі, принаймні у значній її частині, висвітлюються факти й обставини конкретних судових справ, які привели до відповідних судових рішень, перебіг цих фактів і обставин у реальному житті, а також функція мовчазного волевиявлення у юридичному повсякденні» [2, с. 90]. Якщо навіть правова система не передбачає наявності прецедентного права, ігнорувати роль та вплив рішення суддів неможливо, оскільки так реалізується статутне право, так його можна перевірити на предмет спроможності регулювати актуальні суспільні відносини, і навпаки, на предмет застарілості або неефективності виконання регулятивної функції. З іншого боку, судові рішення приймається на підставі закону, однак у його основі лежить не лише норма, суддя вивчає фактичні обставини справи, що полягають у змісті та природі конкретних суспільних зв'язків і моделей поведінки. У такому випадку суддівський розсуд є основою для казуальної правотворчості, тобто вироблення варіантів врегулювання спору у конкретних життєвих обставинах. Доволі вдалим є поняття «юридичного повсякдення», з яким насамперед стикається мовчазне волевиявлення судді, оскільки державний закон не може передбачити всю варіацію можливої поведінки людини. У такому випадку є підстави стверджувати, що державний закон задає регулятивну «систему координат», формує параметри порядку, а мовчазне волевиявлення судді формує додаткові впорядкувальні змісти на основі реальної поведінки, а не лише закладених у законі моделей. Такі змісти можливі лише після вивчення норми, реальних обставин, традицій, неформальних норм. У такому випадку значення суддівського розсуду стає не менш значущою, ніж загальна норма.

Ерліх критично характеризує «юриспруденцію понять», в основі якої лежить державний закон, який дає підстави для суддівського рішення: «Щодо вічного завдання юриспруденції оснащувати суддю повсякчас правоположеннями, які надають підтримку правосуддю і дозволяють йому в той же час мати свободу, якої він потребує, щоб могли йти за рухом суспільства, юриспруденція понять зайняла позицію в новий і цілком своєрідний спосіб. Акційне право прагнуло оберігати суддю від усього, для чого ще не були надані разом з правовим засобом також деякі правоположення, загальна юриспруденція намагалася розробити метод, завдяки якому суддя був би спроможний у будь-який час обходитися наявними правоположеннями, державне праворозуміння бажає обмежувати суддів справами, які вже визначені наперед в правоположеннях: юриспруденція понять, навпаки, нанесла десь у захмарній вишині із правоположень гігантську сіль понять, яку вона спускає на людство, щоб без залишку спіймати в свої то

ширші, то вужчі вічка все, що відбувається на цьому світі» [3, с. 11]. Отже, вчений критикує норму за прагнення до автоматичного вирішення питання регулювання суспільних відносин, які водночас не здійснюються автоматично. З одного боку, суддя має вирішити справу через власне волевиявлення із врахування фактичних обставин, з іншого боку, – закон прагне волю судді зробити максимально передбачуваною, реалізуючи юриспруденцію понять, тобто формування категоріального апарату, що спроможний текстуально дати оцінку будь-яким відносинам. У такої позиції є сильні та слабкі сторони. Чим детальніше та точніше врегульовані суспільні відносини, тим ефективнішим є право, тим легше підтримувати режим правопорядку. Поява нових категорій та понять у праві зумовлена в тому числі розвитком суспільної комунікації. Однак у такому разі виникає складність врахування приватних життєвих випадків, що можуть водночас вимагати складного застосування і принципу справедливості, і гуманності, і рівності, і свободи. Всі ці принципи є правовими і рівнозначними, однак їх застосування у різних випадках не є однаковим. І саме для цього виникає соціологія права, формування приписів на основі живих відносин. Юриспруденція понять дійсно потребує професійного застосування, а не підлаштування обставин під норму. Реалізація права – це не лише рух «зверху вниз», а й навпаки.

Ерліх вказує на аспекти, які все ж дають змогу судді долучатись до правотворення, попри домінування у праві державного закону: “Мовчазне волевиявлення”, “добросовісність”, “добрі звичаї”, “публічний інтерес” – це частково бажані неясності у законах, які можуть означити будь-що; вони дають судді прикриття для провезення контрабандним шляхом своєї власної побудови як усталеного права... А якщо суддя мусить вирішувати справи, які закріплене право не вирішило, то я справді не знаю, як він інакше міг би знайти рішення, ніж у вільному творенні самотужки. Згідно з запропонованим тут розумінням, тепер була б в наявності прогалина в праві й суддя міг би вільно знайти рішення. Однак панівне вчення, яке відкидає вільне правознаходження, змушує суддю, незважаючи на це, ухвалювати рішення згідно з законом за допомогою розширювального тлумачення, аналогії, фікції, конструкції» [4, с. 7–8]. Звісно, мовчазне волевиявлення судді не є нормою і не має такої юридичної сили, однак таке волевиявлення у рішенні може опиратись частково на традиції, звичаї, принципи, а не на припис норми, який може не відповідати фактичним реаліям життя. Добросовісність, власний розсуд також є можливістю для судді реалізувати власну правотворчість, якщо закон містить прогалину або незадовільно регулює актуальні відносини. Добрі звичаї, як уже згадувалось, особливо у мультикультурних країнах, мають велике значення, адже окремі галузі права, що від них залежать, сформовані на основі звичаїв, можуть невдало регулюватися нормами держави. Звичаєве право, попри свою простоту, є ефективним та позитивно сприймається

правосвідомістю. Схожа ситуація із категорією «публічний інтерес», яка дає змогу частково судді відійти від чинної норми, застосувати розширене тлумачення, обґрунтувати рішення вищою суспільною цінністю. Таке бачення наразі зберігає свою актуальність, коли Україна переживає важкі надзвичайні обставини, пов'язані зі збройним конфліктом, режимом воєнного стану, до якого «мирне право» не завжди готове, а відтак суддівська практика виходить на важливу роль у тлумаченні та реалізації норм, що, зокрема, обмежують права та свободи людини, збереженні необхідних критеріїв для цього обмеження. Соціологічна юриспруденція між буквою (приписом) і фактом впевнено обирає останній, саме тому теорія права зміщує свій зміст у напрямі правозастосування [5, с. 217].

**Висновки.** Отже, на підставі дослідження правових поглядів Є. Ерліха щодо функції та ролі діяльності суддів у формуванні «живого права» можна дійти таких висновків:

1. Рішення судді на основі державної норми та суспільної форми буде різним за характером та ступенем інтеграції у суспільні відносини. Рішення на основі норми важко закласти як прецедент, а от суспільні форми спроможні врахувати всі особливості конкретної спільноти. Особливо це стосується мультикультурних держав, де окремі галузі права можуть бути спільними, а деякі, що особливо залежать від традицій (наприклад, сімейне право), мають відрізнятись.

2. Саме життя може «пережити» норму, яка однак зберігає власну чинність. У такому випадку закон дійсно передається у спадок як «хвороба», яку можна вилікувати або новими нормами, або новим підходом до правотворення та судочинства.

3. Критерій «природи речей» означає, що судові рішення має бути таким, що відповідає актуальному суспільному спілкуванню, навіть якщо норма не спроможна чи не встигає своїм змістом за плином часу. Саме так актуалізується питання вимог до суддівського розсуду, який має врахувати і державну норму, але і відповідати «природі речей».

4. Ерліх критикує державну норму за прагнення до автоматичного вирішення питання регулювання суспільних відносин, які водночас не здійснюються автоматично. З одного боку, суддя має вирішити справу через власне волевиявлення із врахування фактичних обставин, з іншого боку, закон прагне волю судді зробити максимально передбачуваною, реалізуючи юриспруденцію понять, тобто формування категоріального апарату, що спроможний дати оцінку будь-яким відносинам.

## Список використаних джерел

1. Ерліх Є. Соціологія та юриспруденція / пер. з нім І. Я. Яцюка, наук. ред. перекладу М. В. Никифорака, анот. С. В. Савчука. *Ерліхівський журнал*. Чернівці, 2018. Вип. 2. С. 78–85.
2. Ерліх Є. Інститут живого права. *Ehrlich's journal*. 2018. Vol. 2. С. 86–95.
3. Ерліх Є. Юридична логіка / пер. з нім., наук. ред. та анот. В. В. Трутня. *Ehrlich's journal*. 2020. Vol. 4. С. 5–15.
4. Ерліх Є. Вільне правознаходження пер. з нім., наук. ред. та анот. В. В. Трутня. *Ehrlich's journal*. 2021. Vol. 5. С. 5–11.
5. Гоцуляк Ю. В. Онтологічне праворозуміння в соціологічній доктрині права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2020. Вип. 60. С. 215–218.

### **Yurii Hotsuliak, Oleksii Martyniuk. «Judicial Discretion as The Basis of ‘Living Law’ in The Doctrine of E. Ehrlich»**

*The article analyses the legal doctrine of E. Ehrlich regarding the concept of living law and the impact of judicial practice on legal reality and the formation of legal content. The author establishes that social relations may well be ahead of the existing norms, which is especially evidenced by the modern movement of life, and thus the question of the need for flexible forms of law arises.*

*The author notes Ehrlich's critical attitude to the regulatory value of the State rule due to the desire for automatic resolution of the issue of regulation of social relations which are not automatically carried out. On the one hand, a judge must decide a case through his or her own expression of will, taking into account the actual circumstances, and on the other hand, the law seeks to make the judge's will as predictable as possible by implementing the jurisprudence of concepts, i. e., the formation of a categorical apparatus capable of assessing any relationship.*

*The author analyses the provisions on the ‘tacit will of the judge’, which is not a norm and does not have such legal force, but such will in a decision may be based partly on traditions, customs, principles, rather than on the prescription of a norm which may not correspond to the actual realities of life. Good faith and discretion are also an opportunity for a judge to exercise his or her own lawmaking if the law contains a gap or does not adequately regulate the actual relations. The emergence of new categories and concepts in law is also due to the development of public communication. However, in this case, it is difficult to take into account private life cases, which may at the same time require a complex application of the principles of justice, humanity, equality and freedom. All these principles are legal and equivalent, but their application in different cases is not the same. And this is why the sociology of law arises, to formulate prescriptions on the basis of living relations.*

*The author comes to the conclusion that E. Ehrlich's vision of the value of judicial discretion remains relevant even now, when Ukraine is experiencing severe extraordinary circumstances related to the armed conflict and martial law, for which ‘peaceful law’ is not always ready, and therefore judicial practice plays an important role in the interpretation and implementation of the rules which, in particular, restrict human rights and freedoms, and in preserving the necessary criteria for such restriction.*

**Keywords:** *judicial discretion, information culture of a judge, sociological doctrine of law, legal doctrine. Ehrlich, case law, continental law, legal relations, legal norms, lawmaking.*