

ПРАКТИЧНИЙ КУРС ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВОВИХ АКТІВ

Навчальний посібник для суддів
і кандидатів на посади суддів

За редакцією *І. Л. Самсіна*

Рекомендовано Вищою кваліфікаційною комісією суддів України

Харків
«Право»
2014

УДК 340.132(075.8)
ББК 67.0я73
П69

*Рекомендовано Вищою кваліфікаційною комісією суддів України
як навчальний посібник для суддів, що проходять підвищення кваліфікації,
і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку
(рішення № 36/ВП-12 від 14.11.2012 р.)*

Практичний курс тлумачення правових актів : навч. посіб. для суддів
П69 і канд. на посади суддів / [І. Л. Самсін, В. Г. Ротань, А. Г. Ярема та ін.] ; за
ред. І. Л. Самсіна. – Х. : Право, 2014. – 488 с.

ISBN 978-966-458-608-2

Це видання розраховане на його використання з навчальною метою і для цілей підвищення кваліфікації разом із навчальним посібником «Новітнє вчення про тлумачення правових актів», що вийшов із друку минулого року. Якщо зазначений посібник перш за все розрахований на його використання для самостійної роботи над курсом тлумачення правових актів, то це видання підлягає використанню при підготовці і проведенні аудиторних занять з використанням інтерактивних методів навчання. При належній організації навчального процесу книга забезпечує поглиблення знань і набуття навичок використання розроблених авторами логічних інструментів опрацювання правових актів.

Книга може бути використана не тільки суддями, а й іншими фахівцями у галузі права, а також при підготовці і проведенні занять із студентами вищих юридичних навчальних закладів.

УДК 340.132(075.8)
ББК 67.0я73

ISBN 978-966-458-608-2

© Самсін І. Л., Ротань В. Г., Ярема А. Г. та ін., 2014
© Видавництво «Право», 2014

Колектив авторів:

І.Л. Самсін – Голова Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, заслужений юрист України, кандидат юридичних наук;

В.Г. Ротань – завідувач кафедри цивільного і трудового права Таврійського національного університету ім. В.І. Вернадського, член Науково-консультативної ради Верховного Суду України, доктор юридичних наук, професор;

А.Г. Ярема – заступник Голови Верховного Суду України, заслужений юрист України;

В.В. Кривенко – заступник Голови Верховного Суду України, заслужений юрист України, кандидат юридичних наук, доцент;

В.Я. Карабань – суддя Вишого господарського суду України, заслужений юрист України, кандидат юридичних наук;

О.Є. Сонін – доцент кафедри цивільного і трудового права Таврійського національного університету ім. В.І. Вернадського, кандидат юридичних наук

Вступне слово

Нагальною потребою в Україні стало забезпечення єдності судової практики. Такої єдності, яка є в країнах Європи і Північної Америки. Це обумовлено процесами глобалізації та перспективами європейської інтеграції України. Усталена і єдина судова практика в названих країнах формувалась століттями. Україна повинна створити таку практику впродовж нетривалого часу.

Це є можливим, якщо прийде усвідомлення того, що час інтуїтивної, мистецької, органолептичної, асоціативної та ірраціональної юриспруденції минув. Настав час юриспруденції раціональної. Настання цього часу затрималось із тієї причини, що до останнього часу ні в нашій країні, ні в інших країнах світу не здійснювалися такі ретельні дослідження нормативно-правових актів, які здійснили автори цього видання. Ці дослідження дали змогу побачити весь комплекс логіко-юридичних засобів, використання яких розкриває зміст положень правових актів у їх системі. У свою чергу, зазначені засоби дають змогу побачити в правових актах увесь їх юридичний зміст, який сьогодні пересічний юрист бачить менш ніж на п'ятдесят відсотків.

На базі знань про систему права і про правила опрацювання нормативних текстів з'являється можливість конструктивного вирішення цілої низки проблем, які без цих знань вирішуються однобоко і неконструктивно. Ідеться про проблеми співвідношення природного і позитивістського праворозуміння, судової правотворчості, судових рішень *contra legem*, алгоритму правотлумачення, застосування принципів права, особливо принципу верховенства права, аналогії закону

і права. Автори уважно вивчали відповідні наукові розробки, але ж і вони очікують на увагу до здійснених ними досліджень вітчизняної нормативної юридичної системи, бо розробка перелічених вище проблем з опорою на знання логіко-юридичних інструментів опрацювання нормативних юридичних текстів може надати результатам відповідних наукових розробок значно більшої конструктивності.

Ця книга дає змогу засвоїти розроблене авторами вчення про тлумачення правових актів на рівні не тільки знань, а й практичних навичок.

І.Л. Самсін,
Голова Вищої кваліфікаційної
комісії суддів України

Програмна анотація

1. Мета тлумачення правових актів. Метою тлумачення нормативних і індивідуальних правових актів є виявлення вираженої в них волі правотворчого органу з урахуванням положень інших правових актів, що поширюються на ті ж суспільні відносини. Тлумачення є об'єктивним у тій мірі, в якій результати тлумачення відповідають юридичному змісту положень правових актів, що тлумачаться. При цьому слід виходити з того, що правові акти відриваються від своїх творців і існують як об'єктивна реальність.

2. Наука і мистецтво тлумачення правових актів. Історично так склалось, що вчення про тлумачення правових актів розроблялось у відриві від нормативної бази та практики правозастосування. Ці слова можна віднести навіть до творчості Ф. К. ф. Савіньї, який виконав величезну за обсягом роботу щодо дослідження сучасного йому римського цивільного права, що застосовувалось у німецьких державах як чинне. Хоч Ф. К. ф. Савіньї і визнається основоположником юридичної герменевтики, він вважав тлумачення лише мистецтвом, а теорію тлумачення називав слабкою. До цього часу в усіх країнах панує мистецький, асоціативний, інтуїтивний, ірраціональний, органолептичний підхід до тлумачення правових актів. Йому протистоїть раціональний підхід. Але останній потребує добротного теоретичного підґрунтя. Спробу створити таке підґрунтя – вчення про тлумачення цивільних законів – на рубежі XIX і XX ст. здійснив Є. В. Васьковський. Проте йому не вдалось довести своє вчення до стану, що дає можливість його практичного застосування. Другу спробу створити вчення про тлумачення правових актів здійснили автори цього видання. Це вчення спирається на добротну емпіричну базу і досвід підготовки коментарів до трудового (п'ятнадцять видань, починаючи з 1998 р.), цивільного (два видання, починаючи з 2005 р.) законодавства, науково-практичних видань з проблем договірної права (2002 р.), застосування Цивільно-

го і Господарського кодексів (2005 р.), багаторічний досвід тлумачення правових актів, накопичений суддями – учасниками авторського колективу. Слід зазначити і на вісім семінарів із суддями, які проводились підсумково впродовж 29 днів і на яких обговорювались положення новітнього вчення про тлумачення правових актів.

3. Позитивістське і природне праворозуміння. Скасування цензури та ідеологічного тиску на юридичну науку зробило доступними історичний і сучасний зарубіжний досвід правотлумачення і правозастосування, іноземні наукові твори з питань праворозуміння. Це призвело до запозичення зарубіжного досвіду наукової розробки проблем праворозуміння, який стали рекомендувати як актуальний для України. При цьому не враховувались специфіка і стан суспільних відносин в Україні, і особливості вітчизняного законодавства. Так стали розроблятися проблеми природного праворозуміння, різноджерельності права, судової правотворчості, можливості прийняття судових рішень *contra legem*. При цьому достатньою мірою не враховувалось, що: 1) *contra legem* в умовах конституційно закріпленого принципу верховенства права означає лише послідовне проведення принципу субординації правових норм, неможливість застосування правових норм, установлених законами і навіть Конституцією, якщо ці норми явно не відповідають принципу верховенства права; 2) ідеї природного права знайшли втілення в позитивному праві, перш за все в Конституції України, що виключає застосування норм природного права як окремого джерела права, відмінного від змісту правових актів; 3) наразі в Україні позитивне право в максимально можливій мірі враховує ті норми, які раніше існували поза позитивним правом (це стосується і норм моралі), тому сьогодні в Україні природне праворозуміння – це конституційне (відтак – позитивістське) праворозуміння.

4. Судова практика як джерело права. Судову правотворчість слід визнати у тій частині, в якій вона визнана чинними законами. Спектр, у якому судова практика визнається джерелом права, є широким: 1) джерелом права в Україні визнається практика Європейського Суду з прав людини (ст. 17 Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини»); 2) обов'язковість рішень Верховного Суду, що встановлена ст. 360⁷ ЦПК, ст. 111²⁸ ГПК, ст. 244² КАС, ст. 458 КПК; 3) обов'язковість рішень Конституційного Суду в їх резолютивній частині (частина третя ст. 150 Конституції); 4) усталена судова практика також набуває обов'язкового значення в силу позиції,

опрацьованої Європейським Судом з прав людини. Урешті в практиці і в науці при опрацюванні теоретичних позицій і практичних рекомендацій слід враховувати, що судді при здійсненні правосуддя незалежні, але закону підпорядковуються (частина перша ст. 129 Конституції).

5. Алгоритм правотлумачення. Алгоритм тлумачення – це послідовність розумових операцій. Головними проблемами тут є подолання стереотипу, за якого суб'єкт правозастосування спочатку відшукує справедливе, на його думку, рішення, а потім шукає нормативні положення, на які можна послатись у судовому рішенні, а також відмова від бланкетного мотивування судових рішень з посиланням на системні зв'язки правових норм і нормативних положень, зміст яких (зв'язків) при цьому не розкривається. Таке «мотивування» в перспективі повинне оцінюватись як відмова у правосудді.

===== Вступна лекція

1. Метою здійснення судами тлумачення нормативно-правових актів є виявлення їх змісту та втілення вимог цих актів у суспільні відносини шляхом застосування до цих відносин відповідних нормативно-правових актів при здійсненні правосуддя. При цьому слід виходити з існування історичної тенденції до посилення об'єктивності тлумачення, тобто до більшої відповідності результатів тлумачення волі правотворчих органів, вираженій в актах законодавства. Основним засобом забезпечення цієї тенденції є використання науково обґрунтованих правил тлумачення, які входять до змісту вчення про тлумачення правових актів. Ці правила не є привнесеними у систему законодавства ззовні. Вони виводяться із змісту нормативно-правових актів через проникнення за допомогою абстракції в логіку цих актів. В одному із своїх рішень Європейський Суд з прав людини зазначив: «Європейська конвенція про захист прав людини повинна тлумачитись об'єктивно, а не відповідно до того, як вона могла розумітись Стороною в момент її ратифікації» (М. де Сальвіа. Прецедентная практика Европейского Суда по правам человека. – СПб.: Юрид. Центр Пресс, 2004. – С. 41).

Проблема забезпечення об'єктивності результатів тлумачення юридичних актів чітко позначилась в історії правосуддя. Російський дореволюційний дослідник римського права С. А. Муромцев звертав

увагу на формалізм римського права епохи видання Законів XII таблиць (середина V ст. до н. е.). У цей період за формою ніхто не шукав змісту закону чи правочину. Тим більше було неможливим шукати у змісті закону чи правочину волю правотворчого органу чи учасників правочину. Це пізніше була поставлена проблема пошуку волі законодавця у змісті закону і з'явилися дві протилежні концепції: 1) пошуку волі законодавця (теорія волі); 2) пошуку змісту волевиявлення законодавця, віддзеркаленого в законі (теорія волевиявлення). Тут ми поки що не будемо торкатися коректності виокремлення цих двох концепцій. Звернемо увагу на інше.

Формалізм і суворо об'єктивний підхід до тлумачення законів і правочинів в епоху видання Законів XII таблиць С. А. Муромцев пояснював «відносною грубістю і нерозвиненістю думки» (Муромцев С. А. Гражданское право Древняго Рима. – М., 1883. – С. 140). «...Формалізм, – пише він, – був необхідним шаблоном, через який право повинне було пройти, слідуючи історичному розвитку людської думки... У Римі граничний розвиток військового побуту і військового строю міг посилити природну схильність до формалізму» (там же, с. 144). Р. ф. Ієринг також писав, що для римського права формалізм був тією ж школою дисципліни і порядку, яку народ бачив у таборі. Як і військовий формалізм, дисципліна юридичних правочинів була порядком заради порядку. Воно карало без будь-якої милості будь-який проступок, будь-яку помилку, відступлення від зовнішнього порядку, хоч би само по собі воно було байдужим (там же, с. 144). С. А. Муромцев звертав увагу і на те, що формалізм у певних межах був ворогом судового свавілля. Ця сторона формалізму була дорогою плебеям у їх боротьбі з патриціями, тому Закони XII таблиць і освятили формалізм (там же, с. 145). Об'єктивність тлумачення в епоху видання Законів XII таблиць полягала в його єдності, в однаковому підході, у максимально можливому виключенні впливу суб'єктів тлумачення, у тому числі і тих, хто здійснюватиме правосуддя, на результати тлумачення. У цій же книзі йдеться про об'єктивність тлумачення як про відповідність результатів тлумачення об'єктивному змісту юридичного акта, що тлумачиться.

Пізніше розвиток римського права і правосуддя був пов'язаний із відходом від формалізму. Уже при Цицероні дійшли висновку, що за словами сторін правочину слід шукати їх наміри. Цей новий на той час спосіб тлумачення став застосовуватись і до законів (там же, с. 357).

С. А. Муромцев називає цей спосіб тлумачення тлумаченням за смислом (там же, с. 360). Тут ми вже помічаємо брак інструментів тлумачення в період наукової творчості С. А. Муромцева, бо сам термін «тлумачення за смислом» є невизначеним і прикриває собою брак зазначених інструментів. Отже, суть проблеми не в пошуку волі та її переваги над волевиявленням і не в перевазі смислу над текстом, а в тому, **що** можна виявити із тексту, який тлумачиться за допомогою належних логічних засобів, у розмежуванні суто формального (буквального, вульгарного, бюрократичного) тлумачення нормативно-правових і індивідуальних актів і такого опрацювання текстів даних актів, яке дає змогу виявити весь їх юридичний зміст.

2. Тлумачення нормативно-правових актів – це суто раціональна діяльність, що підпорядкована законам людського мислення. Тому інтуїтивний підхід до тлумачення є припустимим лише остільки, оскільки інтуїтивні міркування перевіряються за допомогою засобів раціонального опрацювання нормативних положень.

Логічні основи розуміння того права, яке отримало назву позитивного, тобто законодавства, було закладено в Стародавньому Римі. Саме тоді були сформульовані, зокрема, широко відомі і такі, що визнаються юридичною наукою і практикою на цей час, правила «*lex specialis derogat generali*», «*lex posterior derogat priori*». Проте логіка впродовж століть здавала свої позиції як засіб адекватного розуміння позитивного права. Це просто дивує, але є фактом: дана людині Богом здатність розумно мислити належною мірою не використовується там, де це використання є найбільш необхідним.

Ідеться про те, що законодавство є певною системою. Його окремі положення узгоджуються між собою, а в неузгодженій частині існують такі, що впливають із логіки людського мислення, логічні правила подолання неузгодженостей. Наявність неузгодженостей є цілком закономірною з огляду на те, що законодавство складається із десятків і сотень тисяч нормативно-правових актів, прийнятих різними уповноваженими на те державними органами і різного часу. Але логіка не зайняла панівної позиції як засіб адекватного праворозуміння.

Прагнучи до відповідності судової практики України європейським стандартам, не можна ігнорувати ті специфічні умови, які існують в Україні. Так, пп. 47, 48 Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень, з одного боку, визнається право суддів тлума-

чити закон, використовуючи принципи тлумачення, прийняті в національному і міжнародному праві, але цьому всякою мірою протиставляється вимога до судів сприяти правовій визначеності. Для забезпечення правової визначеності рекомендується орієнтуватись на судовий прецедент (у країнах *common law*) або на судову практику (у країнах континентального права) (Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К.: Істина, 2010. – С. 353). Як бачимо, тут у найбільш загальному вигляді йдеться про принципи тлумачення, а за орієнтир при тлумаченні рекомендується брати судову практику.

Україна повинна вийти на новий рівень правотлумачення, а після цього послідовно забезпечувати орієнтацію на практику, створену із застосуванням науково обґрунтованої методології правотлумачення. У Висновку Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень звертається увага на те, що якість судового рішення залежить від якості юридичної освіти (там же, с. 349). Треба задуматись над тим, якою ж ця якість була в СРСР. З тих пір вона не змінилась.

Ось що пишуть німецькі дослідники приватного права про правосуддя епохи пізнього середньовіччя в Німеччині: «Відповідно до традиції судді приймали рішення на основі усталених правових понять, практичної кмітливості, життєвого досвіду і знання справи, інтуїтивного розуміння того, що найбільшою мірою відповідає конкретній життєвій ситуації, яка була в них перед очима. Такий ґрунтований не на умовисновках, а на чуттєвому сприйнятті «органолептичний» метод здійснення правосуддя, який своїм корінням сягав у далеке минуле, переважно перестав відповідати економічним і соціальним умовам пізнього середньовіччя, які ставали все більш складними, багатоманітними і заплутаними» (Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 1. Основы. – М.: Международн. отношения, 1998. – С. 207).

Треба подумати над тим, чи не повторюється в Україні сьогодні цей німецький досвід трьохсотрічної давності.

Інтуїція займає панівне становище в праворозумінні. Інакше і не може бути в умовах, коли фахівці не володіють інструментарієм раціонального опрацювання нормативного тексту. Інша справа, що в цьому рідко хто зізнається. Лише Н. М. Ярмиш, що досліджувала філософські і теоретичні проблеми причинного зв'язку у сфері кримінального права, вичерпавши раціоналістичні засоби встановлення наявності чи

відсутності причинного зв'язку, рекомендувала у складних випадках довіритись «лінгвістичній інтуїції» (Ярмиш Н. М. Теоретичні проблеми причинно-наслідкового зв'язку в кримінальному праві (філософсько-правовий аспект): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2003. – С. 22–23). Забувається при цьому те, що колись сказав про інтуїтивне право Л. Й. Петражицький – засновник психологічної теорії права: інтуїтивне право принципово залишається індивідуальним, індивідуально-різноманітним за змістом; за змістом сукупностей інтуїтивно-правових переконань інтуїтивних прав є стільки ж, скільки є індивідів (Петражицький Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб.: Лань, 2000. – С. 383). Тому видається, що інтуїція не придатна для кінцевих висновків при тлумаченні актів законодавства, а на більш ранніх стадіях з'ясування змісту правових актів та їх окремих положень, що підлягають застосуванню, інтуїція може бути корисною. Іншими словами, інтуїція при правотлумаченні має істотне значення, але інтуїтивні міркування підлягають перевірці за допомогою раціональних засобів.

Тому при тлумаченні актів законодавства застереження «на мою думку», «з моєї точки зору», «видається» тощо є доречними лише за умови, якщо після цього наводяться конкретні аргументи, що є результатом раціоналістичного опрацювання нормативного тексту.

Спокуса покластися на інтуїцію та на використання інших ірраціональних засобів при опрацюванні нормативних текстів є великою, бо це звільняє від напруженої інтелектуальної праці при роботі з нормативним матеріалом. Тож, нормальним є посилення групи народних депутатів у конституційному поданні на ідею Конституції України, тим більше що вони у своїй абсолютній більшості не здатні професійно опрацьовувати нормативні тексти. Але ж С. П. Головатий виконав величезну за обсягом дослідницьку роботу, суто раціональну за своїм змістом. Проте і він не утримався від того, щоб не звернутись до «духу» Конституції України. При цьому він забув сказати, що цей «дух» криється саме в принципі верховенства права, якому він присвятив своє дослідження, що опубліковане в трьох книгах (Головатий С. П. Верховенство права: Монографія: У 3 кн. Кн. 3. Верховенство права: Український досвід. – К.: Фенікс, 2006. – С. 1120). Різниця в тому, що посилення на «дух» підштовхують до інтуїції і ірраціоналізму, а посилення на принцип верховенства права підштовхують до логіки і раціонального опрацювання нормативних текстів.

Раціоналістичному вченню про тлумачення нормативно-правових актів найбільш рішуче протистоять ідеї школи вільного права. Г. Канторович – один із засновників школи вільного права назвав рух за вільне право відродженням природного права (Завадский А. В. К учению о толковании и применении гражданских законов. – М.: ЮрИнфоР, 2008. – С. 90) і визнавав антираціоналістичний характер цього напрямку в юридичній науці. Поняття тлумачення нормативно-правових актів, логічного опрацювання нормативного тексту інший представник школи вільного права Е. Ерліх замінив поняттям вільного пошуку права, до якого, на думку автора, належало перейти «від сучасної техніки» тлумачення нормативно-правових актів. «...Різниця між технічною системою тлумачення і новим вільним пошуком права, – писав Е. Ерліх у викладенні А. В. Завадського, – полягає якраз у тому, що в той час як перша дивиться на особисті чинники як на неминуче зло, інший з радістю готовий їх вітати. Для нього задача вільного пошуку права є не питанням матеріального права, а питанням судоустрою, питанням про допуск до суддівських посад сильних особистостей, причому, звичайно, сучасна система призначення повинна вважатись вельми сумнівною, і прийдеться шукати іншу систему, краще всього в Стародавньому Римі або в Англії, яка збирає на суддівські посади найкращі відбірні розумові сили... Необхідно підкреслити, що при вільному пошуку права недостатньо одного здорового людського розуму... Воно, навпаки, пред'являє жорсткі вимоги не тільки до духу і характеру судді, а й до його знань. Справжньою для нього людиною буде лише той, що не тільки має гострий зір на суть суспільних явищ і належне сприймає... потреби сьогодення, а й добре розуміє історичний розвиток права: тільки той, хто черпає з повного, хто як господар володіє переданою мудрістю століть, покликаний іти шляхом справедливості» (цит. за: там же, с. 113–114).

3. Система законодавства України, включаючи міжнародні договори, що стали частиною законодавства України, інтегрувала до себе ідеї природного права як безпосередньо, так і через конституційне закріплення принципу верховенства права, окремих засад, що входять до змісту цього принципу, посилення в актах законодавства на моральні засади суспільства, принцип справедливості тощо. За таких умов безпосереднє посилення на принцип справедливості чи на інші цінності, що захищаються природним правом, стало зайвим. Конституцієдавець, законодавець багатократно і багатоступенево (нормами різного рівня

узагальнення) закріпили в позитивному праві ідеї природного права. Застосування звичаїв, традицій як регуляторів суспільних відносин також є припустимим лише остільки, оскільки нормативно-правові акти, перш за все – законодавчі акти, відсилають до цих нормативних регуляторів. Отже, первинним джерелом права в Україні є виключно нормативні акти. У тій мірі, в якій положення нормативно-правових актів прямо відсилають до інших нормативних систем (моралі, звичаїв, локальних нормативних актів) чи інших джерел, що розкривають зміст нормативно-правових актів, або передбачають урахування неюридичних нормативних положень, при тлумаченні нормативно-правових актів ураховуються ці джерела, включаючи доктрину.

4. Усталена судова практика поряд із позитивним правом (законодавством) також набуває обов'язкового значення з урахуванням: 1) ст. 17 Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» («суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права»); 2) ст. 360 ЦПК, ст. 111²⁸ ГПК, ст. 244² КАС, ст. 458 КПК. Із цих статей випливає, що обов'язковість рішень Верховного Суду полягає в обов'язковості того варіанта тлумачення і застосування норм матеріального права, неоднакове застосування яких стало підставою розгляду справи Верховним Судом і який (варіант) сформулював Верховний Суд; 3) сформульованого Європейським Судом з прав людини положення про те, що «закон є чинним положенням з урахуванням практики його тлумачення компетентними судами» (рішення у справі «Лейла Шахін проти Туреччини»). Останнє стосується як усталеної практики судів у конкретних справах, так і роз'яснень вищих судів, у яких виражається усталена практика. Ці роз'яснення називаються рекомендаційними (п. 6 ч. 2 ст. 36 Закону «Про судоустрій і статус суддів»), але вони віддзеркалюють усталену судову практику і в силу викладеного вище положення, сформульованого Європейським Судом з прав людини, набувають обов'язкового значення. При цьому у випадках, передбачених ст. 17 Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини», ст. 360⁷ ЦПК, ст. 111²⁸ ГПК, ст. 244² КАС, ст. 458 КПК, у судовому рішенні слід зазначати на обов'язковість судової практики, на яку посилається суд. У випадках, коли йдеться про врахування іншої судової практики, у тому числі вираженої в рекомендаційних роз'ясненнях вищих судів, слід акцентувати увагу на тому, що ця практика є усталеною, а тому обов'язковою.

Тому посилання на одиничне судове рішення (його мотивувальну частину), хоч би це було рішення Конституційного Суду, було б недостатнім. А посилання на частину третю ст. 150 Конституції, яка встановлює обов'язковість рішень Конституційного Суду, як на підставу обов'язковості тлумачення правових норм, наданого Конституційним Судом лише один чи два рази, у таких випадках є помилковим, бо це конституційне положення передбачає обов'язковість резолютивної частини рішення Конституційного Суду, а не того тлумачення, яке дане в мотивувальній частині рішення на його обґрунтування. Слід визнати припустимими відступлення від судової практики, що склалась, у тому числі і від практики Верховного Суду України, від усталеної практики вищих судів, проте тільки у разі невідповідності цієї практики законодавству (стосовно конкретної справи). Слід також визнати право Конституційного Суду і Верховного Суду України відступити від раніше сформульованих ними правових позицій з метою забезпечити наближення судової практики до об'єктивного змісту актів законодавства.

Ідея судової правотворчості, що розробляється в зарубіжній правовій науці і запозичена російською і українською юридичною наукою, для України є неприйнятною. Ця ідея задає неправильний вектор для правозастосовної і правотлумачної діяльності судів. Правильним є вектор поглиблення в зміст положень Конституції, законів, інших правових актів. Певну регулятивну роль судової практики слід визнати. Але перш за все слід визнати необхідність оволодіння методами раціонального тлумачення положень Конституції, законів, інших правових актів, бо без цього судова практика втрачає раціональні орієнтири. Урешті-решт, слід завжди мати на увазі, що судді при здійсненні правосуддя незалежні, але відповідно до частини першої ст. 129 Конституції закону підкоряються (тим більше вони зобов'язані підкорятись Конституції, а підзаконні й індивідуальні правові акти вони зобов'язані застосовувати, оскільки це приписує їм закон, якому судді підкоряються згідно з названим вище конституційним положенням).

5. Алгоритм правотлумачної діяльності складається із низки послідовних стадій: 1) текстуальне опрацювання положень законодавства, що підлягають застосуванню до спірних правовідносин; 2) логічне тлумачення (урахування контексту); 3) виявлення правових норм, які текстуально не закріплені в актах законодавства, а закріплені лише логічно і стосовно яких необхідно вирішити питання про їх застосування до правовідносин, що є предметом судового розгляду; 4) систем-

не тлумачення з метою уточнення змісту нормативних положень та вирішення колізій між правовими нормами; 5) історичне і телеологічне тлумачення; 6) виявлення підстав для застосування аналогії закону; 7) перевірка зроблених висновків на предмет їх відповідності принципу верховенства права і виявлення можливості застосування цього принципу; 8) викладення результатів тлумачення в мотивувальній частині судового рішення в обґрунтування цього рішення (його резолютивної частини).

На жаль, юридична наука сьогодні нав'язує судам інші стереотипи. Немає будь-яких підстав заперечувати значення правотлумачної і правозастосовної практики Європейського Суду з прав людини уже хоч би тому, що її обов'язковою вважає законодавець. Але не можна не помітити і того, що Європейський Суд застосовує Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод, що складається із принципів. Тому досвід Європейського Суду – це досвід тлумачення принципів. Застосування принципів, особливо конституційних, – це для українського правосуддя є гострою проблемою, але ж нею ніхто не переймається. Натомість практика тлумачення принципів Європейським Судом нав'язується українським судам як загальний стереотип. Звідси загальна наукова рекомендація для суддів – керуватися принципами, а правові норми використовувати лише як засіб аргументації рішення, прийнятого на підставі принципів. Притому і принципи не розуміються як частина змісту позитивного права, хоч позитивне право України – це природне право, що пройшло процедуру легітимації через Конституцію України і законодавство.

==== **Нормативні матеріали до дискусії**

I

1.1. «Американський науковець Р. А. Познер песимістично зауважив, що завдання зробити тлумачення актів законодавства об'єктивним виконати неможливо. Вибір між жорстким та гнучким, вузьким і широким тлумаченням, пише він, ще довго залежатиме не від аналітичних міркувань, а від особливостей характеру судді (по Ч. Беккарія – від поганого травлення їжі), тому він пропонує досліджувати залежність результатів тлумачення від якостей суб'єкта тлумачення (Познер Р. А. Проблеми

юриспруденції. – К.: Реферат, 2003. – С. 292). Остання думка є дуже плідною для сучасної України, але ж попередні зауваження Р. А. Познера обумовлені суто філософським підходом автора до проблеми тлумачення актів законодавства, який (підхід) йде від найбільш загальних уявлень про право і не ґрунтується на аналізі більш-менш значного нормативного масиву та практики тлумачення і застосування нормативно-правових актів, а тому цей підхід не дає можливості побачити перспективу» (Методологія тлумачення нормативно-правових актів України // Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: В 4 т. Т. 4 / Відп. ред. В. Г. Ротань. – К.: Юрид. кн.; Севастополь: Ін-т юрид. досліджень, 2008. – С. 43).

Як Ви – суддя оцінюєте можливість власного угляду при вирішенні справ і прийнятті судових рішень?

Як Ви оцінюєте можливість досягнення мети об'єктивності правотлумачення з урахуванням прислів'я «два юристи – три думки»?

Чи необхідне для судді і чи є можливим оволодіння науково обґрунтованою методологією тлумачення правових актів?

2.1. «Смисл підготовки юриста не в тому, що він вивчив... чинні сьогодні норми... Але для юриста є важливим розуміння структурного взаємозв'язку норм, термінів, якими ці норми оперують, способів, якими користуються для фіксації норм та їх погодження між собою» (Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М.: Междунар. отношения, 1998. – С. 19).

Як Ви оцінюєте власне навчання у вищому юридичному навчальному закладі з точки зору оволодіння навичками раціонального опрацювання положень актів законодавства?

Чи оцінюєте Ви як необхідне вивчення майбутніми юристами методології тлумачення правових актів? Чи є реальним упровадження такого курсу у навчальні плани вищих юридичних навчальних закладів?

Чи вважаєте Ви необхідним для себе оволодіння навичками раціонального опрацювання положень актів законодавства?

II

1.1. «Когда кодифицированное законодательство Пруссии и Австрии вступило в силу на рубеже XVIII и XIX веков, звездный час эпохи Просвещения уже прошел. Оптимистичные прогнозы мыслителей того времени о том, что человеческому разуму под силу разработать

всеобщие и вечные этические принципы, оказались недолговечными в свете кантовской критики познания.

Не оправдались надежды на подъем реформаторства и в связи с просвещенным абсолютизмом в Центральной Европе, который часто давал формально ограничить себя законами. Амбициозной буржуазии XIX века рационализм стал все более казаться инструментом авторитарного государства, способствующим полной регламентации существования граждан. Появились новые интеллектуальные течения и оттеснили рационализм на второй план. Гердер первым привлек внимание к поэзии, языку и другим элементам культуры. Он утверждал, что их истоки следует искать не в абстрактном разуме, а в народности, понятии историческом и потому находящемся в постоянном развитии вместе с духовной жизнью народов, порождением которой культура и является. Эпоха романтизма открыла природные и иррациональные жизненные силы человечества. Вместе с ней появились такие понятия, как “народность”, “развитие”, “душа”, “чувство” и “ощущение”. Не удивительно, что в это время оптимистический рационализм эпохи Просвещения должен был казаться тривиальностью.

В этот период смены духовных вех в Германии зародилась историческая школа права. Ее общепризнанным главой был один из классиков немецкой юриспруденции – Фридрих Карл фон Савиньи (1779–1861).

В то время как рационализму было присуще представление о порядке как о заранее продуманном во всех деталях искусственном порождении ума государственного законодателя, то, по мнению Савиньи и его исторической школы права, право – это исторически обусловленный элемент культуры. Оно зарождается в глубинах народной души и там проходит длительный исторический процесс созревания. И право появляется не как воплощение идеи, оформившейся в уме законодателя, а как результат работы «внутренних, незримых сил народного духа», которым определяется сам ход истории. Процесс становления права, равно как и языка, поэзии, религии, под воздействием этих сил подобен внешне незаметному процессу роста растения под воздействием сил живой природы. Потому для представителей исторической школы права настоящим правом является обычное право, нашедшее свое отражение в нравах, привычках, традициях и этических нормах. Соответственно носитель права – народ, а представители народа – юристы.

Эта основополагающая идея исторической школы права проявилась особенно отчетливо в 1814 году в знаменитом споре между Савиньи

и гейдельбергским профессором Тибо по вопросу о том, нужен ли Германии унифицированный ГК.

После окончания победоносных освободительных войн, вызвавших воодушевление и подъем национальных чувств у немецкого народа, Тибо в статье “О необходимости всеобщего гражданского права для Германии” выдвинул требование о замене многочисленных, а потому ставших помехой местных законодательств мелких германских княжеств единым общегерманским ГК по примеру ГК Франции. Это послужило бы правовой основой для государственного объединения Германии. Однако в то время эта идея не могла быть реализована на практике, так как после падения Наполеона Центральную Европу захлестнула волна реставрации. И династический партикуляризм немецких князей очень скоро перечеркнул все надежды на создание единого демократического германского государства с унифицированной правовой системой.

Неблагоприятная для предложения Тибо политическая система усугублялась энергичным противодействием Савиньи, что и похорило в конечном счете эти предложения.

В своей ответной статье “О современных задачах законодательства и правовой науки” Савиньи высказал точку зрения, что для общегерманского ГК время еще не пришло. Он отверг в качестве образцов ГК Франции и Австрии: по его мнению, оба законодательства были слишком консервативны и, несмотря на демократический пафос, сохраняли традиции сословности и аристократизма, были проникнуты антиисторическим духом рационализма, а потому он подверг уничижительной критике как содержание, так и структуру этих кодексов. По мнению Савиньи, законодательство, дарованное государством, не тот путь, по которому следует идти при формировании общегерманского права, так как этот путь противоестественен, антинаучен, противоречит традиции и по существу является актом насилия. В противоположность этому, с его точки зрения, необходимо было тщательно изучить и отработать уже имеющийся исторически выкристаллизованный правовой материал. И только такой метод исследования он признавал в качестве “естественного, ведущего к прогрессу правовой науки” и “способного объединить всю нацию”.

Поскольку для Савиньи право – предмет, исторически обусловленный и потому изменяющийся во времени, он и его школа рассматривали право в его историческом развитии, учитывая при этом большую

роль немецких правовых источников. Он всегда акцентировал внимание именно на этой стороне исторического развития права и тем самым решающим образом стимулировал научные исследования немецкого права в Германии. Сам он и его ученики сосредоточились исключительно на изучении римского права, причем не в его средневековых формах или пандектов, а на римском праве времен античности в изложении источников, кодифицированных Юстинианом» (Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 1. Основы. – М.: Междунар. отношения, 1998. – С. 213–215).

Яке місце в правотлумачній діяльності в сучасній Україні може зайняти раціоналізм, що йде від епохи Просвітництва?

Як слід оцінити перспективність використання в Україні ідей історичної школи права?

Як впливає на відповіді на два попередніх запитання процес глобалізації і перспективи європейської інтеграції України?

Як Ви розумієте і оцінюєте слова Савінї «антиісторичний дух раціоналізму»?

Який підхід є пануючим у Вашій правозастосовній діяльності – інтуїтивний, мистецький, ірраціональний, органолептичний чи раціональний?

Якою є тенденція розвитку співвідношення між ірраціональним і раціональним підходами до правотлумачної діяльності?

2.1. «Тлумачення є мистецтвом, опануванню яким сприяють навяні в достатку зразки стародавнього і нового часу. Незрівнянно більш слабким є те, що опрацьоване до цього як теорія тлумачення. Ця недостатність сучасної теорії – випадкова; але не слід вводити себе в оману стосовно значення подібної теорії взагалі, навіть найкращої, бо це мистецтво так же мало, як і будь-яке інше, може передаватись і придбаватись через посередництво правил. Але ми можемо шляхом вивчення кращих зразків дізнатись, у чому полягає їх перевага, і навчитися спрямовувати наші зусилля в належний бік. До цього, а також до уникнення деяких хибних шляхів зводиться все, що ми можемо надіятися придбати за допомогою теорії в цьому мистецтві, як і в будь-якому іншому» (Ф. К. ф. Савінї, цит. за: Васьковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. – М.: АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002. – С. 56).

2.2. «З правил критики і тлумачення утворилась особлива наука, юридична герменевтика, зазвичай вельми поверхнева, безплідна, така, що не проникає в суть справи, суха дисципліна. Однак, крім здорового глузду, вся юриспруденція має бути герменевтикою... Від крайностей юриста мають охороняти здоровий юридичний такт і розум; зовнішні ж правила корисні тільки для слабких голів, урятовуючи їх від самостійного мислення, але таким особам краще за все не братись за тлумачення» (Г. Ф. Пухта, цит. за: Васьковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. – М.: АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002. – С. 57).

Який Ви обираєте для себе шлях у професійній діяльності – услід за класиками світової юридичної думки чи за авторами новітнього вчення про тлумачення правових актів?

3.1. «Життя права полягало не в логіці: це був досвід. Відчутні потреби часу, пануючі моральні та політичні теорії, інтуїтивні міркування публічної політики, як проголошені, так і підсвідомі, навіть забобони, що поділялися судьями з їхніми сучасниками, набагато більше за силіогізми впливали на визначення правил, якими повинні були керуватись судді» (О. У. Голмс, цит. за: Шевчук С. В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К.: Реферат, 2007. – С. V).

Чи прийнятне таке твердження як узагалі, так і для континентальної системи права, для правової системи України?

4.1. «Музыка таится не в черных значках, испещряющих партитуру, а в пространстве между ними» (Ю. Темірканов, цит. за: Шевчук С. В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К.: Реферат, 2007. – С. V).

Чи можна ці слова віднести до діяльності судді, що інтерпретує нормативно-правові акти?

5.1. «При читанні Фауста або слуханні героїчної симфонії Бетховена діють не надруковані на аркушах паперу літери та ноти, а рефлекси, які з'являються в читачі чи слухачі; ці рефлекси не є складовою частиною самих Фауста і героїчної симфонії, а належать читачам і слухачам. Вони істотно обумовлені індивідуальністю осіб, на яких вони впливають; не в кожній голові світ видається пофарбованим в однаків колір... Те ж саме відбувається при сприйнятті закону... За закон вона (теорія тлумачення. – Авт.) сприймає те, що суб'єкт тлумачення особисто взяв із цього закону. І думку суб'єкта тлумачення, його

волю сприймає за волю закону» (З. Шлоссман, цит. за: Завадський А. В. К учению о толковании и применении гражданских законов. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2008. – С. 106).

Чи згодні Ви з таким твердженням? Чи так Ви сприймаєте нормативні положення, які читаєте?

6.1. «Інтуїтивне право принципово залишається індивідуальним, індивідуально-різноманітним за змістом: за змістом сукупностей інтуїтивно-правових переконань інтуїтивних прав є стільки ж, скільки є індивідів» (Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб.: Лань, 2000. – С. 383).

Чи не підштовхує ця думка до висновку про необхідність оволодіння основами раціонального тлумачення правових актів?

7.1. «...Суддівське розуміння закону відбувається за допомогою методу “герменевтичного кола”, тобто філологічного і психологічного розуміння правового тексту в контексті розв’язуваного випадку... Для “підходу до кола” з метою подальшого внутрішнього розуміння норми гіпотетично судді, що є апіорі висококваліфікованим юристом, достатньо тих правових знань, якими він володіє як фахівець. Для безпосереднього ж проникнення у нього він повинен мислити метафізично і ірраціонально. Саме за допомогою своїх юридичних знань “про ціле” суддя на чуттєвому, не підвладному логічним операціям рівні, починає робити для себе висновки про зміст як правових норм, так і письмово не зафіксованих підтекстів, які наближають до справедливості при вирішенні справи. І навпаки, “відшукання” з подальшим осягненням саме частин, як “відкритих”, так і “прихованих”, дає змогу краще розумітися на праві взагалі. Процес розгортання думок судді під час праворозуміння нагадує класичну герменевтичну характеристику суб’єкта в універсальній “фігурі пізнання”: безперервний рух думок у замкненому колі – від цілого до його частин та у зворотному напрямку.

Отже, осягнення відбувається на двох взаємопов’язаних рівнях – граматичному та психологічному. Перший вид розуміння передбачає осмислення волі закону взагалі та застосованого нормативного акта зокрема. При цьому методі проникнення в правову норму суддя повинен володіти певними знаннями в сфері юридичної лінгвістики та законодавства. Тобто він повинен мати ґрунтовні уявлення про статичні та динамічні сторони правотворчості. Під час психологічного розуміння закону суддя на емпірично-підсвідомому, духовному рівні починає ро-

зуміти норму права – не прагматичний розум, а душа та серце починає керувати ним. Причому головним знаряддям виступає його індивідуальний рівень ірраціоналізму, інакше кажучи, ступінь душевного “занурення” для “відчуття” правової норми. При цьому юридичне розуміння має характер внутрішнього диспуту, в результаті якого народжуються підстави для різних альтернативних варіантів трактування права, наслідком того, навіть за методично абсолютно бездоганної роботи, не завжди є абсолютно точні та безсумнівні висновки...» (Бернюков А. М. Здійснення правосуддя: герменевтичний підхід // Правосуддя. Філософське та теоретичне осмислення. – К., 2009. – С. 189–190).

Чи вмієте Ви мислити «метафізично і ірраціонально»?

Як Ви розумієте слова «письмово не зафіксовані підтексти»? Чи не є це правові норми, які логічно закріплені в правових актах і виявляються за допомогою відповідних логічних висновків? Чи не є це правові норми, які впливають із контексту?

Якою є роль «душі і серця» в процесі правотлумачення?

8.1. «Задовго до появи будь-якої науки юридичний інстинкт, що керується невиразним, але правильним уявленням, уже взявся за цю задачу; з яким успіхом – про це красномовно свідчить стародавнє римське право. Мистецтво і в галузі науки з'являється раніше науки, тому що мистецтву достатньо і однієї здогадливості, простого почуття або інстинкту, в той час як наука починається тільки з пізнання» (Иеринг Р. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2006. – С. 331–332).

Чи залишається на цей час юридична герменевтика мистецтвом? Чи, може, уже створена відповідна наука? Чи вона в процесі створення? Чи її взагалі створити неможливо?

9.1. «Заклики йти тим шляхом, яким більше двох століть йшли європейські держави, можна було б порівняти із закликами до континентальних держав Європи йти англійським шляхом. Так, досвід правового розвитку Англії є зразком, але коли в країнах Європи були ліквідовані абсолютні монархії, ці країни не пішли шляхом копіювання англійського досвіду. Вони уже спізналися, а тому пішли шляхом формування правової системи, яку зараз називають континентальною і яка ще в кінці XIX століття стала забезпечувати верховенство права не гірше, ніж англійська (англо-саксонська).

Україна ще більше спізналася, ніж країни континентальної Європи, тому вона повинна врахувати і досвід Англії, і досвід інших країн

англо-саксонської системи права, і досвід країн континентальної Європи, доповнити його розвиненою концепцією тлумачення актів законодавства. Такою концепцією мають оволодіти судді. У такий спосіб від судової влади буде виходити потужний імпульс ідеї верховенства права, який зможе забезпечити інтеграцію суспільства на підставі цієї ідеї і піднесення України до рівня найбільш організованих і розвинених країн світу.

Україна не може йти таким шляхом, яким йшли європейські країни, а йдучи шляхом запозичення європейського історичного досвіду, вона поставить себе поза європейською спільнотою, бо емпірична база тлумачення актів законодавства в Україні створена впродовж нетривалого часу. Вона не є усталеною, характеризується високим рівнем суперечливості. З цим перш за все пов'язані і численність заяв, які подаються до Європейського Суду з прав людини з приводу порушення Україною прав людини, що захищаються Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, і численність рішень, які виносить названий Суд проти України. За таких умов для України особливого значення набуває розробка методології тлумачення актів законодавства, яка не тільки відображала б європейський досвід здійснення правосуддя і досягнення світової юридичної науки, а й була б адаптована до вітчизняного законодавства» (Методологія тлумачення нормативно-правових актів України // Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: В 4 т. Т. 4 / Відп. ред. В. Г. Ротань. – К.: Юрид. кн.; Севастополь: Ін-т юрид. досліджень, 2008. – С. 11–12).

Чи дійсно правова система України має історично обумовлені особливості, що породжують потребу в ученні про тлумачення правових актів?

III

1.1. «Поняття прав людини несе навантаження й у сенсі їх походження та захищеності. Позитивізм вважає, що права діють відповідно до того та в тому обсязі, в якому вони гарантуються державно-правовими нормами (нормативістська теорія Кельзена). Від цих прав відрізняються ті, джерелом яких є християнські цінності, які не потребують державного визнання, а діють як надпозитивні права. Але такий підхід не має особливого практичного значення у ФРН, оскільки