


Юрій Іванович ЧАЛИЙ,

кандидат юридичних наук, доцент,

Харківський національний університет внутрішніх справ;

 <https://orcid.org/0000-0002-3641-0760>,

e-mail: ychaluy66@gmail.com

**КВАЛІФІКОВАНЕ МОВЧАННЯ ЗАКОНОДАВЦЯ:
ПРОБЛЕМА РОЗПІЗНАННЯ**

Критично оцінено спроможність системного тлумачення норм права як самодостатнього методу виявлення кваліфікованого мовчання законодавця. З метою розпізнання дійсного кваліфікованого мовчання законодавця запропоновано концентруватися на з'ясуванні правової політики, яка може виявлятися в тих чи інших випадках мовчазного виявлення волі законодавцем. При цьому відносно потреби з'ясування правової політики історичне чи доктринарне тлумачення законодавства мають похідне значення.

Ключові слова: кваліфіковане мовчання законодавця, методи тлумачення норм законодавства, способи виявлення кваліфікованого мовчання законодавця.

Оригінальна стаття

Постановка проблеми

Становлення у правовій доктрині правового феномена «кваліфіковане мовчання законодавця»¹ відбувалося відносно тривалий період. Попри цю обставину й дотепер не розроблено задовільних способів, за допомогою яких указаний вид мовчазного вираження законодавчої волі міг би розпізнаватися правозастосовцями чи іншими суб'єктами.

Словосполученням «кваліфіковане мовчання законодавця» позначаються випадки відсутності в нормативно-правових актах позитивного впорядкування певного виду соціальних відносин². Слід наголосити, що подібне мовчання законодавця є *цілеспрямованим* і має на меті або (1) *надати правозастосовним органам можливість самостійно виробити правило поведінки відповідно до конкретики тієї чи іншої життєвої ситуації*, або (2), навпаки, *встановити вичерпність*

¹ Законодавству України такий термін невідомий, але сам феномен проявляється саме в нормативно-правових актах як один із прийомів законодавчої техніки.

² «Кваліфіковане мовчання законодавця» слід розуміти в широкому значенні, а саме як мовчазне вираження нормотворцем волі не тільки в законах, але й у підзаконних актах.

правової регламентації деяких соціальних зв'язків уже існуючим правовим режимом, тобто заборонити розширене тлумачення законодавства. В обох випадках не йдеться про прогалинність законодавства. Вказане мовчазне волевиявлення законодавця є не простим, а кваліфікованим, тобто цілеспрямованим і пов'язаним із необхідністю адекватного реагування на нього правозастосовними органами.

Як же розпізнати, що факт мовчання законодавця є не його прорахунком (прогалинністю), а, навпаки, застосовується цілеспрямовано як специфічний прийом законодавчої техніки? Встановити кваліфіковане мовчання законодавця на підставі аналізу лише нормативно-правових актів, де воно виражене, вкрай важко, адже спеціальні застереження з цього приводу в таких актах зазвичай відсутні. Запитати самого законодавця, чому він «промовчав» у певному випадку, також не вдасться, адже наразі відсутні відповідні офіційні комунікації, що дозволяли би оперативно зняти цю проблему. Тому для розпізнання кваліфікованого мовчання законодавця потрібно застосовувати спеціальні пошукові методи, які, на жаль, є мало розробленими у правовій доктрині.

Стан дослідження проблеми

Кваліфіковане мовчання законодавця має статус супутньої наукової проблематики, яка розглядається разом із питаннями прогалинності цивільного законодавства та способів її подолання (див., наприклад, праці О. В. Германова [1], О. В. Колотової [2], Н. А. Маньковського [3], В. М. Орзіх [4]). Існують публікації, спрямовані на визначення понятійних ознак феномена «кваліфіковане мовчання законодавця» та здійснення його видової диференціації (див., зокрема, праці В. М. Баранова [5], Ю. І. Васильєва [6], О. Ю. Щербини [7]). У таких розробках згадане явище піддається детальному розбору. Утім, автори цих праць не ставили перед собою мету розглянути методи розпізнання кваліфікованого мовчання законодавця.

Винятком з наведених праць є дослідження В. Ю. Панченка й А. М. Сабірова [8]. Науковці розробили алгоритм дій, за допомогою якого можливо ідентифікувати кваліфіковане мовчання законодавця. За своєю суттю такий підхід є видом системного тлумачення нормативного матеріалу, водночас застосування запропонованого В. Ю. Панченком та А. М. Сабіровим методу не завжди гарантує отримання позитивного результату. Щоправда, це не свідчить про недосконалість зазначеного методу; скоріше, доводиться говорити про існування об'єктивних обмежувальних чинників його застосування.

Наведеним вище обумовлюється потреба подальшого пошуку способів вирішення проблеми розпізнання кваліфікованого мовчання законодавця.

Мета і завдання дослідження

Метою публікації є подальша розробка методів виявлення в нормах цивільного законодавства так званого кваліфікованого мовчання законодавця. Для досягнення окресленої дослідницької мети необхідно критично оцінити спроможність системного тлумачення норм права як самодостатнього способу розпізнання кваліфікованого мовчання законодавця, що є *завданням* нашої статті.

Наукова новизна дослідження

Наукова новизна результатів дослідження має відносний характер – це подальший розвиток положень, отриманих науковцями-передниками. Зокрема, запропоновано розпізнавати кваліфіковане мовчання законодавця не лише шляхом системного тлумачення норм цивільного законодавства, а й через визначення напрямів правової політики, до якої прагне держава в особі законодавчої та судової влади.

Виклад основного матеріалу

Категорія «мовчання» не є абсолютно новою категорією права. У цивілістиці вона використовується давно, зокрема в розділах знання, присвячених проблемам регулювання договірних і спадкових правовідносин, тобто там, де мовчання є способом волевиявлення осіб щодо їх бажання породити певні правові результати.

Разом із тим досвід застосування норм Цивільного кодексу України 2003 року (далі – ЦК України) змусив звернути увагу на «мовчання» в контексті вираження волі законодавцем¹. У спеціальних дослідженнях ця проблема зазвичай називається «мовчанням законодавця» або «кваліфікованим мовчанням законодавця». Найчастіше вона розглядається у працях науковців супутно, в основному – під час дослідження проблем застосування судами аналогії (аналогії закону й аналогії права) і тлумачення змісту нормативно-правових актів.

«Набирання обертів» диспуту навколо проблеми кваліфікованого мовчання законодавця пояснюється поживавленням судової практики України щодо застосування аналогії закону й аналогії права². Так, перш ніж суд зможе відреагувати на прогалинність законодавства застосуванням аналогії, він повинен пересвідчитись, що зіткнувся саме з прогалиною, а не із цілеспрямованим усуненням законодавця

¹ Слід зазначити, що і в цьому контексті проблема «мовчання» не є новою (див., наприклад, монографію О. О. Красавчикова [9, с. 100]). Така проблема існувала і раніше, але гостро постала саме у зв'язку із застосуванням норм нового цивільного законодавства.

² Хоча останній прийом – аналогія права – і застосовується рідко, однак порівняно з більш ранніми періодами (до 2004 р.) він все ж явно присутній у судовій практиці України.

від регулювання певного соціального зв'язку. Тобто законодавець мовчанням може демонструвати **вичерпність законодавчого регулювання** певних суспільних відносин уже існуючим правовим режимом і вказувати на неможливість регулювання певних суспільних зв'язків за аналогією. Зазначений імперативний прийом хоча й не є найбільш застосованим у цивільному праві, але все ж використовується в ньому та формулюється через відомий принцип «дозволено тільки те, що прямо передбачено законом». За наявності такої мовчазної заборони суд не може застосувати аналогію, оскільки це буде суперечити цілям правового регулювання, визначеним законодавцем.

Обмежувальний характер законодавчих приписів спостерігається вже в перших нормах чинного ЦК України. Так, принцип «дозволено тільки те, що прямо передбачено законом» простежується в чіткому окресленні предмета цивільного права (ст. 1 ЦК України), визначенні кола учасників цивільних відносин (ст. 2 ЦК України). Далі дію цього принципу доводиться спостерігати в імперативному закріпленні підстав обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання її недієздатною, безвісно відсутньою або оголошення особи померлою (ст. 36, 39, 43, 46 ЦК України) та в багатьох інших випадках, які неможливо проілюструвати в межах однієї нашої статті. В наведених та інших подібних прикладах все, що знаходиться поза вказаним імперативом, буде мовчазною заборонаю законодавця, яку він вводить цілеспрямовано та яку суди не можуть долати своїм розсудом, у тому числі й застосуванням аналогії.

Водночас не будь-яке мовчання суб'єкта нормотворчої діяльності призводить до подібної заборони. Є багато прикладів зворотної ситуації, коли законодавець своїм мовчанням цілеспрямовано «провокує» суди та учасників цивільно-правових відносин до певної свободи стосовно інтерпретації положень позитивного права. Такий вид мовчання вже має сприйматись як дія принципу «дозволено все, що не заборонено законом». Він є більш поширеним під час регулювання цивільних відносин, і пояснюється це тим, що для цивільних відносин принципово неможливо чітко та жорстко описати в законодавстві правові форми, з їх найдрібнішою деталізацією, для всіх можливих життєвих ситуацій. (Зайва деталізація була б не меншим недоліком, ніж відсутність у тих чи інших нормах цивільного права конкретики). Законодавець делегує правозастосовним органам і навіть учасникам цивільних відносин можливість самостійно уточнити правову регламентацію відповідно до специфіки тієї чи іншої життєвої ситуації. Для приватного права такий підхід упорядкування суспільних відносин є найбільш адекватним, оскільки він дає можливість суб'єктам приватноправових відносин найбільш повно реалізувати свою свободу.

Наприклад, законодавець «мовчить» з приводу визначення мінімального віку, за умови досягнення якого у фізичних осіб буде виникати часткова дієздатність, у главі 4 ЦК України немає відповідних застережень. Це є цілком виправданим підходом, адже здатність усвідомлювати значення своїх дій і здатність керувати ними проявляється в людей у різні моменти їх соціального зростання¹.

Відсутні в ЦК України також визначення таких засадничих категорій, як «справедливість», «добросовісність» і «розумність», що дозволяє суду або іншим суб'єктам правозастосування витлумачити зміст цих категорій у контексті конкретної життєвої ситуації. Це стосується також інших оціночних понять цивільного законодавства, таких як: «моральні засади суспільства», «публічний порядок», «суспільна необхідність», «істотна зміна обставин», «неналежна якість», «негайне виконання (повідомлення)» тощо. Такі категорії, будучи елементом певної правової норми, спроможні охопити нескінченні види варіації впорядкування цивільних відносин.

Із практичної точки зору описані два види мовчазного законодавчого волевиявлення не завжди одразу можна розпізнати. Дійсно, як дізнатися суду, що насправді мав на увазі законодавець, коли «мовчав»: «дозволено все, що не заборонено законом» чи «дозволено тільки те, що прямо передбачено законом»? Чи, може, суд взагалі зіткнувся з помилковим мовчанням законодавця, тобто з прогалиною? Ще більше загострюється проблема, коли йдеться про пошук відповідей на ці питання учасниками цивільних правовідносин, адже вони зазвичай не мають високого рівня юридичної фаховості.

Як уже згадувалося у правовій науці здійснювалися спроби пошуку відповідей на означені проблемні питання. Так, В. Ю. Панченко й А. М. Сабіров вважають, що ідентифікувати кваліфіковане мовчання законодавця можливо за допомогою послідовного застосування прийомів системного тлумачення норм законодавства. Вони виокремлюють три основні етапи (мовою оригіналу – черги) проведення означеної аналітичної роботи [8].

У першу чергу пропонується визначити групу нормативних актів, пов'язаних із правозастосовною ситуацією, тобто тією ситуацією застосування правових норм, з якої випливає необхідність оцінки мовчання законодавця. При цьому обрані норми мають бути вишикувані за ієрархією юридичної сили. Це, на думку В. Ю. Панченка й А. М. Сабірова, дасть можливість уникнути виникнення удаваного враження про існування мовчання законодавця, оскільки позитивне

¹ Цікаво відзначити, що в одному з варіантів проекту ЦК України (1994 р.) була спроба закріпити цей мінімальний віковий ценз (6 років), але в подальшому від такого підходу відмовилися.

описання впорядкування того чи іншого соціального зв'язку може міститися в одній із норм такої ієрархічної системи.

У другу чергу слід визначити напрямки політики, здійснюваної нормотворчим органом, які можуть мати як правовий, так і інший характер.

У третю чергу потрібно проаналізувати кожен нормативно-правовий акт щодо наявності чи відсутності в ньому критеріїв кваліфікованого мовчання законодавця. Такими критеріями, на думку В. Ю. Панченка й А. М. Сабірова, є наявність у правових нормах положень, що встановлюють певну свободу у виборі поведінки суб'єктами правових відносин. Учені наголошують, що коли норма визначає заборону розширеного тлумачення певного законодавчого припису, то про кваліфіковане мовчання нормотворця не йдеться [8].¹

Безумовно, системне тлумачення норм законодавства є одним з основних прийомів установаження кваліфікованого мовчання законодавця, утім цей інструмент має об'єктивні межі свого застосування. Не завжди аналіз правових норм (навіть якщо він є наскрізним і системним) дозволяє зробити висновок, що законодавець у тому чи іншому випадку мовчазного вираження волі не просто «мовчить», а робить це з певним тактичним або навіть стратегічним задумом.

Наприклад, з яких положень цивільного законодавства за їх системної інтерпретації можна дійти висновку про те, що організаційно-правові форми юридичних осіб не можуть довільно визначатися їх засновниками? Засновники, як відомо, з наданого законодавцем переліку організаційно-правових форм можуть обрати лише найбільш прийнятну для них форму, вони не мають права моделювати нові. Такий підхід є цілком виправданим, оскільки дозволяє встановити визначеність правосуб'єктних можливостей юридичних осіб. Наслідком цього є передбачуваність настання тих чи інших наслідків від правового спілкування з юридичними особами. Отже, інші суб'єкти, які перебуватимуть у правовідносинах з юридичними особами, ще до вступу в ці зв'язки мають можливість дізнатися з вимог законодавства про загальні правосуб'єктні можливості юридичних осіб певної організаційно-правової форми. Це є одним із проявів визначеності цивільного права.

Очевидно, що такі знання є доктринарними, вони не можуть бути отримані безпосередньо шляхом інтерпретації норм законодавства. Виходячи з цього, для визначення справжнього змісту положень законодавства разом із системною інтерпретацією нормативно-правових

¹ Таким чином, В. Ю. Панченко й А. М. Сабіров під кваліфікованим мовчанням законодавця розуміють лише один випадок прояву цієї категорії – це такий вид мовчання, за якого демонструється принцип «дозволено все, що не заборонено законом».

актів необхідно здійснювати також їх доктринарне тлумачення. Причому ці два прийоми будуть застосовуватися не в певній послідовності (черговості), а паралельно, доповнюючи один одного, створюючи неподільний інтелектуальний процес.

Зрештою, застосування доктринарного тлумачення також не є самоцілью при встановленні в актах законодавства кваліфікованого мовчання нормотворця. Правовій доктрині взагалі та її галузевому підрозділу – цивілістичній доктрині зокрема поміж інших функцій (онтологічної, евристичної, прогностичної, методологічної тощо) властива також політико-ідеологічна функція, зміст якої полягає у (1) сприянні формуванню в суспільстві правової свідомості певного спрямування та (2) сприянні виробленню відповідної державної правової політики. У свою чергу, і перше, і друге залежать від усвідомлених даною історичною формацією людей найвищих соціальних цінностей. Наразі наше суспільство декларує, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України). А далі в цій же статті Основного закону України наголошується, що *зміст і спрямованість діяльності держави визначаються необхідністю гарантування реалізації прав і свобод людини*. Зрозуміло, що на «обслуговування» реалізації такої ідеї має бути зорієнтоване все національне право України.

Виходячи з такої високої констатації, всі зрізи правового регулювання – від моменту створення норм позитивного права до їх тлумачення з метою застосування в конкретних життєвих ситуаціях – мають підпорядковуватися єдиній стратегічній меті – утвердженню ідеї свободи людини. Тож і тлумачення правових норм з метою виявлення в них кваліфікованого мовчання законодавця має здійснюватися не у спрощеному вигляді (тобто зводиться лише до застосування тих чи інших юридико-технічних прийомів як таких), а саме з опорою на *напрямок правової політики законодавця, що дозволяє з'ясувати його справжні наміри, а значить установити справжній «зміст» мовчання*.

Ілюстрацією подібного тлумачення може бути аналіз уже згадуваних положень глави 4 ЦК України щодо відсутності в них мінімального вікового цензу виникнення в малолітніх фізичних осіб часткової дієздатності. На перший погляд здається, що в цій нормі наявна прогалина, тобто законодавець не приділив необхідної уваги цій важливій обставині. Однак не так. У цьому випадку законодавець «мовчить» цілеспрямовано, виходячи з необхідності забезпечення реалізації людиною своєї свободи в максимально можливих обсягах¹. Конкретика

¹ Ще раз нагадаємо про спробу в проєкті ЦК України від 1994 р. закріпити мінімальний вік фізичних осіб, з моменту досягнення якого в них виникала б часткова дієздатність, – 6 років.

в цьому питанні призвела би до необґрунтованого обмеження індивідуальної свободи малолітніх осіб, адже інтелектуально-вольові якості людей не можна жорстко пов'язувати з досягненням ними певного віку, однозначно визначеного в законодавстві. Одні особи здатні усвідомлювати значення своїх дій і можуть керувати ними вже в п'ятирічному віці, тобто спроможні здійснювати юридично значущі акти поведінки, передбачені ст. 31 ЦК України, а інші навіть після досягнення ними семи років не можуть демонструвати подібні якості. Таким чином, приведення цих категорій осіб, так би мовити, до одного знаменника не виправдано обмежувало би свободу тих малолітніх осіб, які соціально «визрівають» раніше.

Охорона індивідуальної свободи людини, визначення меж такої свободи, захист прав та інтересів, пов'язаних зі здійсненням людиною свободи, є генеральним напрямком правової політики, так чи інакше вже реалізованої в нормах цивільного права. На цю політико-правову ідеологію орієнтуються у своїх актах правозастосування суди України та інші суб'єкти. Принаймні так має бути. Означений генеральний напрямок правової політики має підвиди, які розвивають і деталізують основну ідею на рівні окремих норм, інститутів, підгалузей або інших видів системного групування норм приватного права. Ці рівні правової ідеології також підлягають розпізнанню під час встановлення кваліфікованого мовчання законодавця в окремих випадках аналізу правових норм.

Отже, встановлення факту прояву в нормах цивільного права кваліфікованого мовчання законодавця не може зводитися лише до застосування методу системного тлумачення як такого. Такий інтелектуальний процес має більш складний характер, здійснюється цілеспрямовано з метою встановлення справжньої волі законодавця, вираженої мовчанням, та являє собою поєднане застосування системного, доктринарного, історичного й інших підходів. Інструментарій залежить від місця розташування «мовчання» в масиві норм позитивного права, моменту його виникнення, ступеня невизначеності положень, з яких випливає мовчання законодавця (тобто мовчання є «невисловленим» або «недовисловленим»), та від інших чинників. Однак ще раз підкреслимо, що весь цей інструментарій повинен застосовуватися з метою встановлення певної правової ідеології законодавця. Отже, встановлення напрямків правової політики є не одним із етапів процесу розпізнання кваліфікованого мовчання законодавця, а основною метою проведення подібної аналітичної роботи. Відсутність ідеологічного задуму в мовчанні свідчатиме, скоріше, про наявність прогалини, а не про кваліфіковане мовчання законодавця.

Висновки

Проблема пошуку способів розпізнання кваліфікованого мовчання законодавця розглянута в цій статті лише з точки зору критичної оцінки застосування одного зі способів інтерпретації норм права – системного тлумачення. Зрозуміло, що цим вирішення даної проблеми не вичерпується, вона заслуговує на окреме повноцінне дослідження.

Вважаємо, що саме зараз є той історичний шанс, коли висновки подібного дослідження можуть зазнати практичної реалізації, адже в Україні здійснюються спроби розробити та ухвалити закон «Про нормативно-правові акти». Без сумніву, такий прийом законодавчої техніки, як кваліфіковане мовчання законодавця, має бути описаний у цьому законі. Законодавча формалізація категорії «кваліфіковане мовчання законодавця» сприятиме адекватному застосуванню положень законодавства як правозастосовними органами, так і учасниками цивільних відносин.

Список бібліографічних посилань: 1. Германов А. В. Аналогия закона в гражданском процессуальном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15. Воронеж, 2019. 206 с. URL: <http://test.ssla.ru/dissertation/dissert/27-06-2019-1d.pdf> (дата звернення: 05.06.2019). 2. Колотова О. В. Відмежування прогалін у праві від суміжних правових явищ. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 3. С. 55–59. 3. Маньковский И. А. Пробелы в гражданском праве и способы их преодоления. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2014. № 1. С. 78–84. 4. Орзіх В. Прогалини в цивільному праві України та причини їх виникнення. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 34–37. 5. Баранов В. М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве). *Пробелы в российском законодательстве*. 2008. № 1. С. 75–78. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/kvalifitsirovannoe-molchanie-zakonodatelaya-kak-obscheppravovoy-fenomen-k-voprosu-o-suschnosti-i-sfere-funktsionirovaniya-probelov-v> (дата звернення: 05.06.2019). 6. Васильев Ю. И. О проблеме классификации квалифицированного молчания законодателя. *Вестник Ярославского государственного университета. Серия: Гуманитарные науки*. 2015. № 3 (33). С. 69–72. 7. Щербина О. Труднощі витлумачення терміна «кваліфіковане мовчання законодавця»: логічний аспект. *European political and law discourse*. 2018. Vol. 5, Iss. 2. С. 95–101. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/evrpol_2018_5_2_15.pdf (дата звернення: 05.06.2019). 8. Панченко В. Ю., Сабиров А. М. Квалифицированное молчание правотворческого органа и идентификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: вопросы идентификации и преодоления : монография / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. Красноярск : Сибир.

федерал. ун-т, 2016. 396 с. URL: <https://sci-lib.biz/gosudarstva-prava-teoriya/kvalifitsirovannoe-molchanie-pravotvorcheskogo-71970.html> (дата звернення: 05.06.2019). 9. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М. : Госюриздат, 1958. 182 с.

Надійшла до редакції 11.06.2019



Chalyy Yu. I. Qualified Legislator's Silence: Problem of Recognition

The problem of developing the ways of recognition of the qualified silence of the legislator has been studied. It has been stated that the "qualified silence of the legislator" is underdeveloped category of law, especially regarding the ways of recognizing such specific legislative silence within the norms of law. This problem has become more urgent due to the revival of case law in Ukraine on the application of the analogy of law and the analogy of legislation. While applying these techniques, overcoming the gaps of civil law, the courts often identify the relevant gaps of the legislation with the qualified silence of the legislator, which is a major shortcoming. Solution of this problem will allow the courts to better identify the qualified silence of the legislator in the law norms.

One of the methodological approaches in solving the problem of recognition of the legislator's qualified silence and the gaps of the legislation is the extension of the relevant research tools. In contrast to the legal position existing in the legal doctrine, the author of the article has critically assessed the ability of systematic interpretation of the law norms to be a self-sufficient method of revealing the legislator's qualified silence. In order to recognize the true qualified silence of the legislator, the author has offered to concentrate on explaining the legal policy that may be manifested in one or other cases of the legislator's silent expression of will. At the same time, systematic, historical or doctrinal interpretation of legislation is of relative importance to the need for clarifying legal policy.

From the point of view of determining the degree of scientific novelty, the suggested approach has the nature of further development of doctrinal provisions. The author has noted on the necessity of further elaboration of the studied problems, in particular, in determining the location of each of the ways of recognizing the qualified silence of the legislator within the system of methods of interpretation of legal norms.

Key words: qualified silence of the legislator, methods of interpretation of the norms of legislation, ways of detecting the qualified silence of the legislator.

