

старший викладач кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», адвокат

СУДОВЕ ТЛУМАЧЕННЯ ЯК ЗАСІБ ПОШУКУ ПРАВА ПРИ РОЗГЛЯДІ КОНКРЕТНИХ СПРАВ (ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ)

Розглянуто теоретичні аспекти судового тлумачення як засобу пошуку права при розгляді конкретних справ. Доведено, що тлумачення як необхідний і важливий елемент правозастосовчої діяльності суду не обмежується пошуком права тільки в нормативно-правових актах, а може виходити і за їх межі. У цьому аспекті важливу роль відіграють принципи права, які не завжди закріплені у правових актах, тобто є писаними, і виводяться суддями з правової матерії. Застосування таких принципів неминує має наслідком здійснення добудови права судами.

Ключові слова: судове тлумачення, правозастосування, принципи права, справедливість, пропорційність, правова визначеність, правотворення, добудова права.

Рассмотрены теоретические аспекты судебного толкования как средства поиска права при рассмотрении конкретных дел. Доказано, что толкование как необходимый и важный элемент правоприменительной деятельности суда не ограничивается поиском права только в нормативно-правовых актах, а может выходить и за их пределы. В этом аспекте важную роль играют принципы права, которые не всегда закреплены в правовых актах, то есть писанными, и выводятся судьями с правовой материи. Применение таких принципов неизбежно влечет осуществления дополнения права судами.

Ключевые слова: судебное толкование, правоприменение, принципы права, справедливость, пропорциональность, правовая определенность, правообразование, дополнение права.

Theoretical aspects of judicial interpretation as a mean for finding law in deciding cases are discussed. It is proved that interpretation as a necessary and important element of judicial enforcement activity is not limited in finding law only by the provisions of legal acts but may also overstep these limits. In this respect a special role play legal principles that are not always stipulated in the legal acts, namely are written, and may be formulated by the judges from legal matter. Application of such principles leads to supplementing the law by the courts.

Key words: Judicial interpretation, application of law, legal principles, equity, proportionality, legal certainty, judge-made law, law supplement.

У національних правових системах, які належать до романо-германської правової сім'ї, та системах, близьких до неї, при вирішенні конкретних справ судами і досі залишається незмінним і діючим принцип, викладений ще в Кодексі Юстиніана: *non exemplis sed legibus iudicatum est* [1]. А якщо висловлюватись юридичною мовою конституцій країн континен-

тальної традиції права, то судді при розгляді справ керуються та / або зв'язані законом [2], а тому у кожному конкретному випадку повинні застосовувати норми закону і діяти на їх підставі. Не є винятком у цьому і Конституція України, у ст. 129 якої зазначається, що судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону.

Віддаючи належне найважливішому джерелу країн континентальної традиції права, безсумнівно залишається факт, що закон завжди виражений абстрактними нормами права, які застосовуються до невизначеного кола осіб і не вичерпуються їх однократним застосуванням. Тому справа судді за кожного випадку – індивідуалізувати норму, тобто розтлумачити її зміст, конкретизувати для того, щоб застосувати цю норму у судовій справі. Тому тлумачення у даному випадку розглядається як інтерпретація з точки зору діатомії «право – факт», тобто потреб юридичної оцінки конкретних фактичних випадків [3, с. 9]. З огляду на це, навряд чи у науковців та практиків повинні залишатися сумніви щодо того, чи є тлумачення невід'ємною та важливою складовою застосування законів. Принаймні на думку І. Фойницького, не існує і не може існувати способу застосування правової норми без тлумачення її змісту, без визначення обсягу нормативного регулювання та його відповідності обставинам спірних відносин. Не надати суду право тлумачити означало б відібрати у нього можливість застосувати закон [4, с. 162].

Разом з тим, часто трапляється ситуація, за якої на певному етапі застосування «закон розглядається як норма несправедлива чи коли він залишає незрозумілість і прогалини. І справедливий закон за особливих умов може виявитися для даної конкретної ситуації несправедливим. Закон, навіть якщо він вважається найдосконалішим на момент його прийняття, із плином часу, за мінливих умов може навіть перетворитися на повну несправедливість. Більше того, відомо, що значна частина законів характеризується недоліками, зокрема недоліками думки чи недоліками редакції». І зрештою навіть найдосконаліший на перший погляд закон, у процесі його практичного застосування, може містити прогалини, оскільки закон регулює ті суспільні відносини, які вже існують або перебувають принаймні у зародковому

стані, і передбачити їх подальший розвиток на довгострокову перспективу не спроможний. Відповідно до цього інтерпретаційна діяльність суду досить часто пов'язана з потребою пошуку права або й спричинена цією потребою.

Таким чином, виникає питання, як суди здійснюють цей пошук, які принципи, ідеї використовують при прийнятті рішення? Чи повинні судді при здійсненні тлумачення обмежуватися виключно суворим смислом слів, які складають тексти законів, чи можливо займатися дослідженням більш глибокого змісту. Також не менш важливим є питання і про природу судової правотлумачної діяльності і з'ясування, чи є вона виключно складовою застосування нормативно-правових актів чи і способом правотворення. І якщо їй властиве і перше і друге, то виникають питання і про співвідношення судового тлумачення і правотворення, про їх межі та критерії, які б ці межі визначали. З огляду на вимоги обмеження обсягу статті, спробуємо все ж таки дати відповідь на ці питання.

«Пошук права» як основне завдання суду ґрунтується на уявленнях про те, що законодавець передбачив за допомоги своїх абстрактних і загальних правил те, яким чином право вирішує конкретні конфлікти. Тоді завдання судді полягає в тому, щоб знайти рішення, а для цього потрібно лише ґрунтовно і кваліфіковано шукати. А от де суд може чи повинен шукати аби вирішити справу на різних етапах історичного розвитку права це питання отримувало різні відповіді.

Систему вільних пошуків права пропонував ще давньогрецький філософ Платон. У Платоновій ідеальній державі суддям можна усі справи вирішувати повністю на власний розсуд, не обмежений жодними ухваленими законодавцем нормами [5].

Пошук права здійснювався суддями при вирішенні конкретних справ у Стародавньому Римі. Як відомо, римські юристи чітко розрізняли старе римське строге право (*jus strictum*) і право спра-

ведливе (*jus aequum et bonum*). Однак у всіх випадках суддя, який розглядав справу, був зобов'язаний вирішувати спір відповідно до формули преторського едикту [6, с. 435–436], який вимагав дотримання справедливості. «У справах, які входили до групи так званих *actiones bonae fidei*, суддя, підкорюючись вимогам *aequitas*, присуджував відповідачеві сплатити позивачеві *ex fide bona* (добросовісно) відому грошову суму, при цьому тут малося на увазі, звісно, *bonum et aequum*» [7, с. 10–11]. І хоч пошук «справедливого права» істотно ускладнював юридичну практику, однак саме йому мала бути, за уявленнями тих часів, підпорядкована правозастосовча діяльність [8, с. 4].

Проблема пошуку права також стояла перед суддями, починаючи з раннього середньовіччя. При цьому в історії західноєвропейського права прослідковуються певні коливання у вирішенні цієї проблеми, які були поставлені в залежність від визнання чи заперечення права тлумачити норми права судами. Отож, в історії були періоди, коли життя та юриспруденція вимагають неухильного підкорення судді закону, повного утримання його від будь-якої оцінки і виправлення закону відповідно до його уявлень про справедливість. У цьому випадку пошук права судді обмежувався виключно рамками закону; і є, з іншого боку, періоди, коли переважає тенденція протилежна: суддям надається право не тільки широкого тлумачення закону, а й навіть його виправлення *in concrete*. При цьому зміна цих епох знаходиться у відомій залежності від падіння чи підвищення природно-правових настроїв: чим сильніше заперечення відношення до позитивного права, чим поширенішою внаслідок цього симпатія до права природного, тим більша у судів схильність визнавати справедливість (*aequitas*, яка отожднюється з *jus naturale*) безпосереднім джерелом права, що здатне заповнювати і навіть виправляти позитивний закон [9].

XVIII ст. характеризувалося найбільшим підйомом природно-правових на-

строїв. Це було зумовлено тим, що позитивне право відставало від життя, яке еволюціонувало поза межі феодального устрою і таким чином сприяло закріпленню за судами можливості здійснювати пошук права у глибинах людського життя. Такий підхід дозволяв пристосувати старе право до нових умов життя, але, з іншого боку, виникали побоювання, що така широка свобода судів призведе до розвитку суддівського суб'єктивізму, до свавільних рішень і невизначеності права. Як наслідок, до кінця століття укріпилась тенденція посилити залежність судів від закону, усунути можливість судового суб'єктивізму, навіть якщо довелося б взагалі позбавити їх права тлумачити.

У цьому аспекті Монтеस्क'є розглядав заборону суддівської інтерпретації закону прямим наслідком, який випливає з принципу розподілу влади. Його висловлювання про суддю як про «уста, які вимовляють слова закону» [10], стало крилатим. Чезаре Бекарія, сучасник Монтеस्क'є, також один з тих, хто не стояв осторонь Великої французької революції, вважав навіть, що краще мати одного єдиного володаря замість численної орди «одержимих тлумаченням» суддів, здатних робити з громадянина раба. Він також наголошував, що неточності в законі – це справа законодавця, а не судді [11].

Такі настрої відобразилися у більшості провідних країн континентальної Європи XVIII ст., зокрема у Пруссії, Франції, Австрії, Росії через позбавлення суддів можливості самостійно інтерпретувати закон. Тож не встигло правосуддя стати третьою гілкою влади, як та ж сама доктрина, яка піднесла її до вершини, забрала у правосуддя основний інструмент її діяльності – тлумачення. Суд був приречений на механічне застосування законів, яким надавався всезагальний характер завдяки казуїстичному редагуванню, і навіть під погрозою штрафу [12]. Це призводило до того, що суди, шукаючи норми для вмотивування своїх рішень тільки в текстах законів, натомість на практиці досить часто по-

силалися на норми законів, які не мали ніякого відношення до врегулювання судового спору.

У XIX ст. судді Європи намагалися жити за тими принципами, що укріпилися в попередню епоху: тільки із закону, з його прямих приписів чи з його загального духу суд повинен черпати норми для своїх вироків, а не з будь-якого природного права чи із загальних уявлень про справедливість тощо. Це ще раз підкреслювало традиційне для тих часів сповідування ідеології правового позитивізму, тобто право є логічно завершеною правовою системою, до якої входять концепції, принципи та норми, які пов'язані між собою і не містять прогалін.

У Росії наприкінці XIX ст., як зазначає І. В. Михайловський, «попередні погляди замінились нині існуючими, відповідно до яких суд не тільки має право, але й зобов'язаний тлумачити закони. Він не має права звертатися за роз'ясненням до будь-кого, а всі труднощі, без сумніву, зобов'язаний вирішувати сам» [13, с. 413]. Однак така «самодіяльність» суду зовсім не надіяла суд правом вирішувати конкретні справи на власний розсуд. Замість того, щоб дозволити суду пристосовувати на практиці законодавство до життєвих перетворень, що відбувалися у суспільстві (динамічна тенденція у правотлумачній діяльності), обов'язок суду «самостійно вирішувати всі труднощі» передбачав необхідність встановлювати «волю законодавця», причому історичного (статична тенденція у правотлумачній діяльності) [14, с. 35–39].

Це черговий раз підкреслило те, що «формалізм намагається піднести до абсолюту елемент формальності, механічної логіки при прийнятті судових рішень, заперечуючи творчий, дискреційний елемент вибору» [15, с. 9] і тим самим унеможлиблює належний пошук права судом, який не повинен обмежуватися виключно нормативними приписами.

Проте численні спроби обмежити судові тлумачення рамками закону зазнали фіаско, оскільки «суддя ніколи не

був і ніколи не може стати простим механічним пристроєм для застосування закону, логічною машиною, що автоматично викидає свої рішення» [16, с. 92]. Яскравим підтвердженням цього є всебічне вивчення судової практики Німеччини та Франції по заповненню прогалін і створення на початку XX ст. школи вільного права як закономірна реакція на заперечення позитивістського напрямку в юриспруденції.

Висхідним пунктом вільноп правового руху в юриспруденції вважається фундаментальна книга визнаного «батька» соціологічної школи права Є. Ерліха «Вільне знаходження права і вільна наука права», опублікована 1903 р. У своїй книзі він писав, що дуже часто в законодавстві делегуються дискреційні повноваження судам на прийняття рішень, оскільки в ньому містяться концепції та терміни, неоднозначні для розуміння, як, наприклад, «несправедливе збагачення», «дії проти доброї моралі», «природа речей» та ін. [17, с. 513].

Його послідовник, французький науковець Ф. Жені, обґрунтовував логічну недовершеність позитивного права і необхідність застосування методу «вільного наукового пошуку». Він викрив обманливість ідеї, яка стверджувала, що закон передбачає все; неправдивим, на думку Ф. Жені, є те, що законодавець наділяється інтенціями, яких він ніколи не мав і не міг мати. Французький науковець стверджував, що акцент на аналізі думки законодавця минулого веде до знищення динамізму права.

Варто відзначити, що висновки Є. Ерліха та його послідовників про те, що закон не є виключною підставою для прийняття рішення і що адаптація тексту закону до потреб часу є необхідною шляхом його тлумачення, вважаються досить актуальними для сучасної теорії права загалом та теорії тлумачення зокрема. Принаймні, такі твердження цілком відповідають сучасній теорії динамічного тлумачення та послідовній позиції Європейського суду з прав людини, який від-

значав у деяких своїх рішеннях, що право – це живий інструмент, який має змінюватися відповідно до вимог часу [18].

На жаль, девіз Жені: «Цивільний кодекс є керівництвом до дії, але не догмою» так і не знайшов послідовників у сфері юриспруденції Франції, і суди у своїй діяльності орієнтувалися переважно на формулу Салейя: «Цивільний кодекс не догма, але керівництво до дії». Разом з тим, хоча «суддя так і не перетворився у законодавця, навіть не дивлячись на те, що йому доводилося проявляти велику свободу при поводженні з текстами законів» [19, с. 430], теорія вільного пошуку права отримала поширення в Європі, особливо у Німеччині, завдяки діяльності школи вільного права (наприклад, Е. Ієринг, Г. Канторович, Р. Штамплер та ін.), в США, де її положення розвивала школа соціологічної юриспруденції (наприклад, Б. Н. Кардозо, Р. Паунд) та американська (наприклад, К. Н. Левелін, Дж. Френк) і скандинавська (наприклад, А. Хегерстрем, К. Олівекрона) школи правового реалізму.

Представники вільноправової течії у своїх працях, зокрема, зазначали, що позитивне право не може бути застосоване до кожної практичної ситуації, яка виникає, оскільки позитивне право логічно незавершене, а отже, неминуче містить прогалини. У такому випадку «правотлумач, особливо суддя, повинен перейти від тлумачення закону до вільного наукового пошуку, щоб не свавільно, але з посиланням на історичні дані, на соціальні реалії та свіжі ідеї вибудувати рішення, яке відповідало би принципу справедливості і вимогам, які висуває ситуація» [19, с. 430]. Адже суспільні відносини завжди перебувають у динаміці, а закон є майже незмінним, тому твердження про те, що на підставі закону суди можуть вирішити всі справи – це фікція.

Беручи за основу тезу: «Право варто шукати не в нормах, а в самому житті», представники вільноправової течії розвивали у рамках своєї школи соціологіч-

ний напрям права. Для соціологічного підходу право є не просто нормативним установленням, наказом, «волею» і т. д., а те, що реально визначає поведінку суб'єктів, їх права та обов'язки, які втілюються у правових відносинах. Звідси право, яке реально існує в житті, або право живе протиставляється праву, записаному в книгах. Таке книжне право цілком може бути «мертвим», тобто фактично не здійснювати будь-якого впливу на суспільні відносини. З огляду на це, на думку представників соціологічного напрямку, провідну роль у питаннях розрізнення «правового» та «неправового» повинен відігравати суд. Акцентуючи увагу не на текстах нормативно-правових актів, а на результатах їх реалізації та правозастосовчій практиці, вважається, що «суд своїми рішеннями навіть може створювати право, базуючись на уявленнях про справедливе та належне, які формуються у суспільстві» [20, с. 88].

Значний внесок у розвиток та утвердження вищезазначених ідей було зроблено представниками школи правового реалізму. Саме завдяки останнім було остаточно підірвано довіру до формальної логіки та переконання в те, що закон передбачає все і на всі випадки життя, а отже, є достатнім джерелом як підстава для вирішення конкретної справи. Такі висновки ознаменували новий підхід до роз'яснення правових норм та судових рішень, а відповідно і до меж пошуку права. Так, закон або норма, на їх переконання, – це не право, а лише одне із його джерел, до яких звертається суддя, коли вирішує конкретну справу [21, с. 431], разом з яким враховуються також економічні, соціальні, моральні, особисті та інші чинники правозастосовчої діяльності, що забезпечить відповідність стандартам суспільства.

В Україні після розвалу тоталітарної системи і переходу до демократичної і правової держави до напрацювань школи соціологічного спрямування ставляться загалом, як і в радянські часи, дуже скептично. Дається визнаки і радян-

ське минуле з принципом «соціалістичної законності», і не тривала історія реалізації Конституції України, і правовий нігілізм, властивий українському менталітетові, і численні «атрибути» позитивістського світосприйняття.

Як наслідок, у вітчизняному правознавстві на доктринальному рівні ще й досі продовжує існувати (хоча не домінує вже) думка, що судді тільки роз'яснюють вже існуючі норми і тому їм нічого не треба шукати. А при вирішенні конкретних справ суди обмежуються знаходженням відповідної норми права у межах діючого законодавства, яке дає відповіді на всі питання. Можливість пошуку права поза текстами нормативно-правових актів з метою заповнення прогалів у праві категорично відкидається, оскільки є побоювання, що судді доповнюватимуть діюче право новими правоположеннями і тим самим перебиратимуть на себе правотворчі функції. А це, на їх думку, суперечитиме принципу розподілу влади на законодавчу, виконавчу і судову [22, с. 107; 23, с. 53–54].

На практиці суди досить часто мають справу із нормами права з нечітким змістом, тоді суд шукає лінгвістично найбільш правдоподібне значення, яке приписується словам, що застосовуються. «Якщо одне значення є більш переконливим, ніж інші, і це відповідає конкретній справі на думку суду, суддя застосовує цю версію значення слова. Цей процес з'ясування значення може бути настільки автоматичним і несвідомим, що судді іноді думають про це як “про пошук права”» [24, с. 138]. Однак ми вважаємо, що тут можна говорити швидше про пошук не стільки права, скільки пошук «належної» норми права. Основним, але не легким завданням судочинства у даному випадку є пошук, встановлення і розмежування «юридично значимих ознак». Передусім ідеться про ознаки тієї норми права, яка регулюватиме ситуацію, з одного боку, і ознаки певної ситуації, тобто конкретного випадку з життя, який і потребує правового вирішення, – з другого.

У цьому аспекті визнаний фахівець з методології права Карл Енгіш пропонує кидати погляд «туди-сюди» – то на норму, то на ситуацію, а також за допомогою такого самого почергового переходу від аргументації, яка використовується в ситуації, до аргументації, яка стосується норми. Такий перехід від аргументації норми до аргументації ситуації, яка потребує правового розв'язку, на думку Карла Енгіша, завжди є спробою зрозуміти норму і так скоригувати відповідно до обставин її зміст, щоб забезпечити справедливе вирішення ситуації. Однак слід погодитися із думкою дослідника Шопенгауера, що складність і небезпека помилок чагують на нас при встановленні ознак, на яких будується висновок, а не в самому висновку; висновок виникає сам по собі, щойно передумови встановлено. Однак у пошуку останніх і полягає вся складність; і саме тут сама лише логіка втрачає свою вагу» [25, с. 361].

Піддаючи сумніву всесильність логіки при вирішенні конкретних справ, французький науковець Ф. Жені стверджував: «... оскільки позитивне право не є логічно завершеним, а отже, неминуче містить прогалини ... суддя, знаходячи прогалину у праві, повинен вільно шукати правило або принцип, згідно з яким має бути вирішена справа» [26]. На думку Ф. Жені, пошук суддею правильного рішення є вільною діяльністю, результатом якої – певне правоположення, сформульоване суддею у процесі вільного пошуку. Воно не вважається суб'єктивним, оскільки «виводиться» з об'єктивної соціологічної реальності, потреб цінностей, природи речей [26].

На наш погляд, така думка є слушною, однак вимагає більш глибокої аргументації на підставі аналізу законодавства та судової практики.

У світі є лише кілька країн, які мають окремо прийняті правові акти, що визначають загальні правила та особливості інтерпретаційної діяльності. Окремі акти про тлумачення, хоча їх назви і різняться

дещо, прийняті і діють у Австралії, Великобританії, Ірландії, Новій Зеландії і Канаді. В інших країнах, де немає окремо прийнятих актів про інтерпретацію, і особливо тих, де закон є основним джерелом права, основні вектори для пошуку права зазвичай знаходимо в законодавстві.

У законодавстві України питання про тлумачення і застосування правових норм із «нечітким» змістом майже не врегульоване. Конституція України прямо, чітко і ясно це питання не регулює. Чи не єдиний відомий випадок – це пункт 56.21 статті 56 Податкового кодексу України, в якому зазначається таке: «У разі коли норма цього Кодексу чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі цього Кодексу, або коли норми різних законів чи різних нормативно-правових актів, або коли норми одного і того ж нормативно-правового акта суперечать між собою та припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, внаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу, рішення приймається на користь платника податків» [27]. Хоча мусимо відзначити, що навіть за наявності поодиноких випадків слідування даній нормі, на практиці зазначене правоположення загалом залишається, на жаль, декларативною і не більше.

Зважаючи на такий поодинокий випадок, суддя, не знаходячи вирішення справи на підставі норм чинного законодавства, змушений шукати «правило або принцип, згідно з яким має бути вирішена справа», при цьому досить часто виходячи за межі нормативно-правових приписів. Такий пошук права суддею кожний раз підкреслює необхідність розрізняти право і закон, а не отожднювати ці поняття, виходити з духу, а не букви закону. З огляду на це суд має виводити свої аргументи з правової матерії, яка, окрім нормативних приписів, охоплює також принципи, ідеї, моральні норми,

відносини, які сприяють її логічності, послідовності і збалансованості.

Одним із орієнтирів пошуку права є загальні принципи права. Не зупиняючись на питанні про визначення природи цих принципів, оскільки воно і досі залишається складним і дискусійним у західній літературі [20, с. 163] і вимагає окремої уваги у дослідженні, головне тут полягає в тому, що все ж таки не можна говорити про те, що загальні принципи права виводяться формально-логічним шляхом.

Загальні принципи права не створюються людьми, – як і природні, економічні закони вони існують об'єктивно. Висловлюючись словами професора М. І. Козюбри, «загальні принципи права – це вираз правових тенденцій, які розвиваються в глибинах нормативно розвинутого суспільного життя» [28, с. 6]. Але суддя «витагує» з глибин нормативно розвинутого суспільного життя принцип права і формулює його.

Англійський дослідник М.-В. Хоек [Ноеке М.-В.] у праці «Право як комунікація» теж схиляється до думки, що суди при вирішенні конкретних справ вимушені оперувати принципами права, які можуть бути як писаними, тобто такими, що закріплені в нормативно-правових актах, так і неписаними, тобто не закріплені у таких актах. При цьому він виділяє два типи неписаних принципів права: ті, що суд може вивести із духу власне існуючого законодавства, які він називає «імпліцитними» або «структурними юридичними принципами», а також ті, які суд не виводить із законодавства, а трансформує неюридичні принципи, які належать до таких існуючих і переважаючих поглядів суспільства, як мораль, політика чи інші неюридичні ідеології, в юридичні, які називаються «(власне) ідеологічними принципами» [29, с. 160–171].

Як стверджує М.-В. Хоек, очевидним є факт, що суди у деяких континентальних європейських країнах почали формувати і застосовувати «загальні

принципи права», щоб заповнити прогалини [30] або навіть «скоректувати» (або доповнити чи добудувати. – В. В.) законодавство [31]. У більшості правових систем існує формальний обов'язок для суддів вирішувати справи навіть якщо норма права відсутня у діючому законодавстві [32].

Інколи законодавець скеровує суддів у питанні здійснення пошуку права в процесі заповнення прогалін. Так, Цивільний кодекс Австрії 1811 р., норми якого формувалися під сильним впливом ідей природного права, спрямовує суддів шукати вирішення справи на підставі «принципів природного права». Цивільний кодекс Іспанії 1888 р. передбачає, що недоліки в законі повинні заповнюватися за допомогою звернення до «загальних принципів закону», під якими розуміються принципи, виведені з правил позитивного права. На відміну від Цивільного кодексу Іспанії, де пошук права обмежується позитивним правом, Цивільний кодекс Німеччини передбачає доцільність звернення суду до загальних принципів, які включають не тільки ті принципи, які виявлені у позитивному праві, а й ті, які можна вивести з духу правового порядку. Однак найпоспідовніше з усіх пошукових спрямувань для суду міститься у ст. 1 Цивільного кодексу Швейцарії 1907 р., в якій зазначається, що якщо суддя не може знайти правила у писаному праві, він повинен вирішити справу відповідно до чинного звичаєвого права та, за його відсутності, відповідно до правил, які б він сам для себе встановив, діючи як законодавець, при цьому звертаючи увагу на «загальноприйнятую доктрину і судову традицію» [24, с. 145]. Українське законодавство спрямовує вектор пошуку права до «загальних засад законодавства» (ч. 8 ст. 9 Цивільного процесуального кодексу України, ч. 2 ст. 8 Цивільного кодексу України), «конституційних принципів і загальних засад права» (ч. 7 ст. 9 Кодексу адміністративного судочинства України). Однак у багатьох правових системах, наприклад,

таких як Франція, Німеччина, Нідерланди і Бельгія, відсутні законодавчі норми, які б вказували суддям, як заповнювати прогалини. І саме в цих правових системах зростає роль і застосування суддями неписаних принципів права, тобто тих, які не знайшли свого текстувального закріплення у законодавстві.

До таких принципів належать, наприклад, приватна автономія, захист основних прав, правова визначеність, рівноправність, адекватність (домірність, відповідність, пропорційність), відповідальність за заподіяну шкоду тощо.

Прогресивною у цьому аспекті є позиція Конституційного Суду ФРН стосовно принципу пропорційності (*Verbaeltnismaessigkeit*). Суд зазначив: «У Федеративній Республіці Німеччина принцип пропорційності є неписаним конституційним принципом. Він походить від принципу верховенства права, а отже, з природи основних прав, оскільки вони відбивають загальне право на свободу громадянина від держави і можуть бути обмежені державними органами тільки у разі переслідування абсолютно необхідного публічного інтересу» [33].

В Україні правові принципи традиційно пов'язують з текстом Конституції України або законів чи інших нормативно-правових актів, і якщо виведення принципів права із системи законодавства ще з певною критикою, але таки сприймається, то можливість застосування принципів права, які «формулюються» і «виводяться» за межами законодавства, не сприймається взагалі, за винятком деяких науковців (М. І. Козюбра, С. В. Шевчук, С. П. Погребняк). Але безсумнівним залишається факт, що правові принципи виходять за межі Конституції та інших нормативно-правових актів, при цьому вони навіть «коригують» та «доповнюють» як окремих закон, так і правову систему загалом.

Без сумніву, необхідно віддати належне Конституції та законам, які уособлюють правові цінності, визнані всім світом, і які у демократичній державі

відіграють важливу роль як фактор стабільності і правової визначеності, адже це дозволяє передбачити подальше їх застосування та мінімізувати суб'єктивний вплив при вирішенні конкретних справ. Однак життєві ситуації є набагато складнішими і виписати один єдиний «рецепт» на всі випадки життя, у тому числі і шляхом прийняття закону – це швидше ілюзія, аніж відповідність реаліям сьогодення. Закон не може дати більше того, що в ньому закладено, разом з тим суспільство не стоїть на місці, а навпаки, є дуже динамічним і мінливим, і якщо закон є «застиглою масою», яку не завжди легко змінити чи доповнити певним змістом, то принципи права, якраз навпаки, є досить гнучкими, які можна легко прилаштувати до динамічного життя. Тому і не дивно, що за часів античності переважала думка, що принцип є найважливішою частиною всього (*principium est potissima pars cujuscue rei*). А твердженням Т. Р. С. Аллана, що загальні принципи права часто є важливішими від конкретних формально-визначених положень «писаної» Конституції, тільки підтверджують попередню тезу [34, с. 13].

Разом з тим, навряд чи можна стверджувати, що коли суддя і формулює новий правовий принцип, то це його абсолютно вільний розсуд, як це має місце у висловлюваннях Ф. Жені. Принципи права формулюються суддею на підставі конкретного правового досвіду, правової культури відповідної країни і базуються на основних положеннях правової системи з урахуванням досягнутого рівня розвитку права. Ми живемо у розгалуженому нормативному світі, де існує безліч нормативного матеріалу і міжнародних пактів про права людини, де існують відвідні моральні принципи. Не зважати на це не можна, тобто не можна протиставляти право моралі. І справді, коли формується новий принцип у судовій практиці, то це не є витвір «самодіяльності» суду, який бере абстрактну категорію справедливості та керується нею. Для цього залучається великий масив

матеріалу і не завжди нормативно-правового. Однак при цьому не менш важливим є рівень підготовленості, компетентності та моральності судді.

Як зазначає О. Аверін, суддя повинен володіти мінімально необхідним рівнем знань, який дозволяє правильно розуміти і застосовувати закон при вирішенні правових конфліктів. Цей рівень об'єктивно має бути на порядок вище рівня буденної свідомості і так же об'єктивно не може не бути на порядок нижче наукового рівня [35, с. 183]. Іншими словами, суддя має володіти знаннями про способи та прийоми тлумачення, без чого неможливо вирішити правовий конфлікт. І цей рівень знань має бути достатнім як з точки зору практичної необхідності, так і методологічної, для здійснення правосуддя. Як відзначив Ю. Тодика, способи тлумачення права являють собою систему прийомів, вмиле використання яких сприяє істинному пізнанню як букви, так і духу права [36, с. 123].

Пошук права поза нормативно-правовими текстами значно ускладнює правозастосовний процес, а тому вимагає від судді дуже високого рівня знань, правосвідомості та здатності заглиблюватися у навіть неправові категорії, такі як справедливість, мораль та інші цінності, що домінують і схвалюються суспільством. У зв'язку з цим суддя повинен періодично підвищувати свою кваліфікацію. Більше того, у зв'язку із прийняттями на себе Україною зобов'язаннями щодо захисту прав людини та визнанням на законодавчому рівні рішень Європейського суду з прав людини джерелом права, судді також повинні бути обізнані із рішеннями зазначеного суду.

Однак більшість національних суддів обмежуються формальним застосуванням нормативно-правових актів, оскільки це зручно, просто, швидко і не вимагає додаткових затрат часу і розуму. Хоча слід визнати, що не завжди це пов'язано із небажанням суддів удосконалювати свою кваліфікацію. Всім відомо про факт презавантаженості українських судів,

яким доводиться розглядати по десять, а то і більше справ на день, і часу для самовдосконалення і заглиблення у правову матерію, що далеко за нормами права, немає. Однак слід мати на увазі, що обмеження виключно рамками нормативних приписів є доцільним при застосуванні кримінальних та адміністративних справ. Як зазначає проф. М. І. Козюбра, якщо говорити про кримінальне чи навіть про адміністративне право, то там пошуки права суддею чи адвокатом можуть призвести до свавілля. Тут дійсно є небезпека. І якщо Кримінальний кодекс говорить про те, що злочином є лише те діяння, яке передбачено кодексом, то це абсолютно правильно [37, с. 2–3]. Однак зазначені вище причини не можуть вважатися достатнім аргументом при вирішенні суддями конкретних справ, якщо ідеться про необхідність визнання або захисту порушених прав людини, а то й навіть діяти всупереч закону (*contra legem*), щоб захистити права людини.

Безумовно, не можна і абсолютизувати інтерпретаційну діяльність суду при вирішенні конкретних справ, оскільки це

може призвести до сваволі. Тож слід погодитися із екс-суддею Конституційного Суду РФ проф. Т. Г. Морщаковою, що «правозастосування не може виходити ні із механічного прикладання норми до конкретної ситуації, ні із абсолютної дискреції у виборі норм та їх інтерпретації» [38, с. 296]. Однак ми змушені «подивитися в очі» реальним обставинам життя і погодитися, що судді, здійснюючи пошук права при виведенні, обґрунтуванні та застосуванні принципів права, коригують, добудовують та доповнюють шляхом тлумачення правову систему і тим самим беруть участь у формуванні права загалом – і це є практична необхідність та об'єктивна реальність. При цьому межі між тлумаченням і власне добудовою права є досить тонкі. Тому метою наступної статті автора буде аналіз конкретних справ із практики, які підтверджуватимуть, що судове тлумачення як засіб пошуку права при вирішенні конкретних справ не обмежується виключно межами нормативно-правових актів, і постарається показати співвідношення судового тлумачення і добудови права.

Література

1. Суд вирішує справу на підставі закону, а не прецеденту.
2. Додаткові вимоги містяться у положеннях Основного Закону ФРН та Конституції Турецької Республіки, згідно з якими дії третьої гілки влади обмежуються рамками не тільки законів, а й права загалом. Так, відповідно до абз. 3 ст. 20 Основного Закону ФРН, правосуддя зв'язане законом і правом; у ч. 1 ст. 138 Конституції Турецької Республіки зазначається, що суди ... приймають рішення відповідно до Конституції, закону і права.
3. Смирнов, А. В. Толкование норм права : учеб.-практ. пособие / А. В. Смирнов, А. Г. Манукян. – М. : Проспект, 2008. – 144 с.
4. Фойницький, И. Я. Курс уголовного судопроизводства / И. Я. Фойницький. – СПб. : АЛЬФА, 1996. – Т. 1. – 552 с.
5. Платон. Законы. Книга XII.
6. Нерсесянц, В. С. Философия прав : учеб. для вузов / В. С. Нерсесянц. – М. : Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1998. – 648 с.
7. Кипп, Т. История источников римского права / Т. Кипп. – СПб., 1908. – 156 с.
8. Козюбра, М. І. Дихотомія букви і духу права: виникнення проблеми, її аспекти та напрями вирішення / М. І. Козюбра // Наукові записки: Юридичні науки. – Т. 77. – 2008. – С. 4.
9. Покровский, И. А. Естественно-правовые течения в истории гражданского права / И. А. Покровский. – СПб., 1909. – 53 с.
10. Монтескье, Ш. Л. О духе законов / Ш. Л. Монтескье ; ред. И. Щербина. – Кн. XI. – Гл. 6. – М., 1955. – 799 с.
11. Гаттенгауер, Європейська історія права, 1999, пункт 1511.
12. Так, Фрідріх Вільгельм II, даночі дозвіл на опублікування Пруського загального земського права, строго приписував суддям «з метою запобігання Нашої Монаршої Немилості і суворой кари ні на йоту не відступати від зрозумілих і чітких норм закону з причин удаваних філософських пустослів'їв чи під приводом тлумачення, що впливає з його букви і духу». У випадку сумнівів судді зобов'язані були подавати запит до комісії законодавства. (Цит. за: Цвайгерт, К. Введение в сравнительное

- правоведение в сфере частного права: в 2-х т. / К. Цвайгерт, Х. Кётц. – Т. 1: Основы; пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 1998. – С. 138). В Австрії ще у першому проекті кодексу, названому кодексом Терезії і схваленому у 1766 р., також містилися положення, які забороняли суддям відхилятися від його тексту.
13. Михайловский, И. В. Очерки философии права / И. В. Михайловский. – Т. 1. – Томск, 1914. – 632 с.
 14. Про статичну та динамічну тенденції у правотлумачній діяльності детальніше дивиться, напр.: Циппеліус, Р. Юридична методологія / Р. Циппеліус. – К., 2004. – 176 с.
 15. Carpeletti, M. The Judicial Process in Comparative Perspective / M. Carpeletti. – Oxford: Clarendon Press, 1989. – 417 p.
 16. Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М.: Статут, 1998. – 353 с.
 17. Geny, F. The Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law (J. Mayda trans. 1954). – P. 513.
 18. Tyrer v. the United Kingdom, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26.
 19. Бержель, Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель. – М.: NOTA BENE, 2000. – 576 с.
 20. Поляков, А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций / А. В. Поляков. – СПб.: Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. – 864 с.
 21. История политических и правовых учений: учебник. – СПб.: Изд. Дом С.-Петербур. ун-та, Изд-во юрид. фак. СПбГУ, 2007. – 856 с.
 22. Нерсисянц, В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий / В. С. Нерсисянц // Судебная практика как источник права. – М.: Юристъ, 2000. – С. 107–112.
 23. Хабриева, Т. Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика / Т. Я. Хабриева. – М., 1998. – 245 с.
 24. Glendon, M. Comparative legal traditions in a nutshell / M. Glendon, M. Gordon, P. Carozza. – St. Paul, Minnesota, 1999. – 344 p.
 25. Schopenhauer, Vprlesungen über die gesamte Philosophie, Erster Teil, Cap.3 (Werke, hrsg. v. P.Deussen, 1913, S. 361) (Цит. за: Циппеліус, Р. Юридична методологія / Р. Циппеліус. – К.: Вид-во «Реферат», 2004. – С. 125).
 26. Herget, G. The German Free Law Movement at the Source of American Legal Realism / G. Herget, S. Wallace // 73 Virginia Law Review 410.
 27. Відомості Верховної Ради (ВВР) від 08.04.2011р., № 13 / № 13-14, № 15-16, № 17 /, стор. 556, стаття 112.
 28. Козюбра, М. І. Тенденції розвитку джерел права України в контексті європейських інтеграційних процесів / М. І. Козюбра // Наукові записки. – Том 26. Юридичні науки. – 2004. – С. 6.
 29. Hoeske, M.-V. Law as Communication / M.-V. Hoeske. – England: Oxford–Portland Oregon, 2002. – 224 p.
 30. Так, у Бельгії суди почали формулювати і застосовувати «загальні принципи права» для заповнення прогалін з прийняттям рішення Верховного Суду (Cour de Cassation/Hof van Cassatie) від 10 січня 1950 р., у Франції – рішення Агамі від 26 жовтня 1945 р., прийнятого Державною Радою (Conseil d'Etat), у Нідерландах – Акт від 20 червня 1963 р. надав Верховному Суду право застосовувати не тільки закони, а й більш загальне «право».
 31. У німецькій юридичній методології легітимність повноважень суддів добудовувати писане право ставиться у залежність від наявності законодавчої прогаліни. При цьому прогаліною вважається неповнота закону, яка, в свою чергу, полягає в тому, що текст закону не відповідає чи відповідає не повною мірою справжній регулятивній волі законодавця або вищим за рангом (як правило, закріпленім у Конституції) уявленням про цінності та справедливість (За прац.: Вюртенбергер, Т. Роль юридичної методології в демократичній правовій державі / Т. Вюртенбергер // Укр. прав. часопис. – Вип. № 6 (11). – С. 7-8).
 32. Наприклад, у Франції про це зазначається у ст. 4 Цивільного Кодексу, у Швейцарії – ст. 1 Цивільного кодексу.
 33. BverfGE 19, 342, 348.
 34. Аллан, Т. Р. С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / Т. Р. С. Аллан. – К.: Вид. дім «Кієво-Могилянська Академія», 2008. – 385 с.
 35. Аверин, А. В. Истина и судебная достоверность (Постановка проблемы) / А. В. Аверин. – 2-е изд., доп. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2007. – 466 с.
 36. Тодика, Ю. М. Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика: монографія / Ю. М. Тодика. – Х.: Факт, 2003. – 328 с.
 37. Козюбра, М. Верховенство права як вихідна засада демократичного суспільства / М. Козюбра // Перша сесія Української школи політичних студій. 17–19 лютого, 2006 року. – С. 2-3.
 38. Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике. – М., 2009. – 432 с.