

Олена Щербина, д. філос. н.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна

ТРУДНОЩІ ВИТЛУМАЧЕННЯ ТЕРМІНА «КВАЛІФІКОВАНЕ МОВЧАННЯ ЗАКОНОДАВЦЯ»: ЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

Olena Shcherbyna, ScD in Philosophy

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

THE DIFFICULTIES OF INTERPRETATION OF THE TERM «QUALIFIED SILENCE OF THE LEGISLATOR»: LOGICAL ASPECT

This article considers the logical aspect of the problem of understanding the essence of the concept of "qualified silence of the legislator". In this context, silence is seen as an element of law-making and law enforcement processes. The author determines some difficulties that appear when interpreting this notion, demonstrates the existing inaccuracies from the standpoint of logic in one of the approaches to its interpretation. Among the difficulties that appear when interpreting the notion of "qualified silence of the legislator", the author highlights the following: the polysemicity of the word "silence" and the use of the term "permitted" to express three different notions of permission. The emphasis is placed on the fact that the position on which the principle of "all that is not foreseen by the law is prohibited" can be explained by the concept of "qualified silence of the legislator", does not pay attention to the conceptual delineation when interpreting the concept of permission.

Keywords: legal argumentation, logic, silence, qualified silence of the legislator, permission.

Галузь права є однією із основних царин застосування теоретичних надбань дослідників аргументації. Значна увага до теми юридичної аргументації обумовлена практичними потребами суспільства. У межах досліджень в юридичній аргументації, в яких аналізуються різні методи, прийоми, що становлять тактику аргументації, великого значення набувають питання, пов'язані з аргументацією у правотворчій та правозастосовній практиках при розгляді проблем витлумачень певних понять та їх застосувань. У цьому зв'язку актуальним є звернення до проблеми розуміння та застосування акту мовчання в юридичній аргументації, ґрунтуючись на герменевтичному аспекті логічного аналізу останньої.

Роль мовчання в юридичній аргументації я вже неодноразово розглядала у своїх роботах¹. Предметом моїх досліджень акту мовчання стосовно юридичної аргументації були аргументативна, вольова та метамовна його функції, розглядалося мовчання як прийом впливу та аргумент по суті, як спосіб вчинення обману, репрезентувалися когнітивні схеми мовчазної брехні та мовчазного обману. У цій статті хочу зупинитися на логічному аспекті проблеми розуміння суті поняття «кваліфіковане мовчання законодавця». У такому контексті мовчання розглядається як елемент правотворчого та правозастосовного процесів. Цією роботою я не передбачаю формулювання власного підходу до дефініції зазначеного поняття, а лише хочу визначити деякі труднощі, що виникають при його витлумаченні, та показати існуючі неточності, з точки зору логіки, в одному з підходів до його інтерпретації. Зазначене становить мету статті.

¹ Див., напр.: Щербина, О.Ю. (2013). Мовчазний обман у праві як аргументативний феномен. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Філософія. Політологія»*. Київ: ВПЦ «Київський університет», 2 112/2013, 30-33; Щербина, О.Ю. (2014). Феномен мовчання в юридичній аргументації. *Філософія права і загальна теорія права. Право України*, 1-2, 160-174; Shcherbyna, O. (2015). The relationship of volitional, metalinguistic and argumentative functions of silence in legal argumentation. *Evropský politický a právní diskurz, Svazek 2.6.vydání*, 54-59.

У сучасній науковій літературі досліджуються різноманітні аспекти феномену мовчання. Сучасні філософські студії репрезентують мовчання з позиції філософської герменевтики як дискурсивну практику та спосіб мовної поведінки; з позиції прагматичної філософії досліджується вияв мовчання у мовних контекстах та біблійських, літературних текстах. Неодноразово предметом дослідження лінгвістів виступало комунікативно-значуще мовчання. «Осмисленню природи комунікативного мовчання сприяє комплексний функціональний підхід до зазначеного феномена, аналіз його природи з огляду на дієвість інтеграції біологічного і психологічного, індивідуального та соціального, загальнолюдського і етноспецифічного, інтелектуального й емоційного... Мовчання як невербальний силентціальний компонент комунікації позначений поліаспектністю, полімодальністю та поліфункціональністю, експлікація котрих уможливується міждисциплінарним підходом до об'єкта дослідження»¹. Зазначений феномен виступає предметом вивчення фізіології, нейрофізіології, біології, соціології, філософії, етики, лінгвістики. Мовчання як аргумент, прийом впливу аналізується у контексті сучасних досліджень аргументації.

Розглядаючи проблему прогалин у праві та аналізуючи суміжні правові явища, українські вчені досліджували питання інтерпретації терміна «кваліфіковане мовчання законодавця». Серед таких дослідників М.М. Забарний, О.М. Калашник, О.В. Колотова, Ю.І. Матат та інші. До питання інтерпретації зазначеного терміна звертались у своїх працях такі російські дослідники: В.М. Баранов, Ю.І. Васильєв, О.В. Германов, О.В. Демін, В.В. Лазарев та інші.

Взяти участь у дискусії з приводу зазначеної проблеми мене спонукала стаття Германова О.В. «Мовчання законодавця та прогаліна у цивільному процесуальному праві», у якій автор розглядає питання про співвідношення кваліфікованого мовчання законодавця і прогаліни у цивільному процесуальному праві². Одразу зазначу, що сьогодні розробки окремих аспектів такого явища правової дійсності як «кваліфіковане мовчання законодавця» представлені як у рамках теорії держави та права, так і в галузевій юриспруденції. Проте в юридичній літературі відсутнє єдине, чітке розуміння суті зазначеного терміна. Вважаю, що одним з пояснень такої ситуації може бути полісемічність слова «мовчання». Під «кваліфікованим мовчанням законодавця» мають на увазі таке правове явище, коли законодавець навмисно залишає питання без правового врегулювання, віддаючи його вирішення на розсуд правозастосовного органу. Науковці вважають, що у ситуаціях, які визначаються як кваліфіковане мовчання законодавця, має місце небажання законодавця регулювати певні відносини за посередництвом норм права³. «За своїм характером кваліфіковане мовчання може бути негативним, що виражає прагнення законодавця не надавати питанню правового значення, і позитивним, що передбачає використання юридичних засобів з відкритим змістом, конкретизація та деталізація яких делегується законодавцем на рівень правозастосування»⁴.

До цього часу недосконало вивченим залишається такий аспект мовчання, як можливість бути елементом свідомої стратегії і тактики поведінки, що властиве для багатьох, у тому числі й правових контекстів. У цьому контексті про кваліфіковане мовчання може йти мова саме у такому сенсі, що правотворчий орган через обставини суб'єктивного чи об'єктивного характеру не став (навмисно) детально регулювати діяльність суб'єктів права, відніс рішення справи за межі законодавчої сфери. Таке мовчання адресоване, має мотив, мету.

В основному, аналізуючи сенс поняття «кваліфіковане мовчання законодавця», його розглядають у співвідношенні з поняттям «прогаліна у праві». Саме у такому ключі розглядається розуміння кваліфікованого мовчання законодавця у зазначеній вище статті О.В. Германова. Проте мене у цій статті більше зацікавив аналіз логічного аспекту проблеми співвідношення кваліфікованого мовчання законодавця та прогаліни у цивільному процесуальному праві.

На жаль, немає чітких критеріїв, завдяки яким, маючи справу з нормативним правовим текстом, ми отримуємо розуміння того, що тут ідеться про «кваліфіковане мовчання законодавця».

¹ Анохіна, Т.О. (2008). *Семантизація категорії мовчання в англomовному художньому дискурсі*. Вінниця: Видавництво «Нова Книга», 18.

² Германов, А.В. (2014). Молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном праве. *Право: современные тенденции: материалы II междунар. науч. конф.* Уфа, 91-94.

³ Матат, Ю. (2015). *Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в правозастосовній діяльності*: монографія. Харків: Право.

⁴ Демін, А.В. (2012). Квалифицированное молчание закона в механизме налогово-правового регулирования. *Закон*, 2, 129.

Адже перш, ніж констатувати прогалину у праві потрібно довести, що тут відсутнє «кваліфіковане мовчання законодавця».

Юридична природа поняття «прогалина у праві», причини виникнення таких прогалин вивчалися багатьма дослідниками. Головною спільною ознакою визначень прогалин є загальна вказівка на відсутність правових норм для регулювання існуючих суспільних відносин. Для того, щоб відмежувати прогалини права від суміжних з ними явищ, до яких не допустимо застосування аналогії, юристи-науковці виділяють основні ознаки, що характеризують прогалини у праві. Залежно від підстав поділу існують різні класифікації прогалин у праві. Так, прогалини у праві поділяють залежно від часу їх виникнення (первинні та вторинні), залежно від причини виникнення (об'єктивні та суб'єктивні), залежно від можливості подолання їх під час правозастосування (переборні та непереборні), залежно від того, чи охоплюється існування прогалин умислом законодавця (навмисні та ненавмисні), залежно від ступеня відсутності законодавчої регламентації певної групи суспільних відносин (повні або часткові). Також виділяють прогалини формулювання та оціночні прогалини. Дослідники виділяють різні критерії, за якими можна проводити класифікацію прогалин у праві.

У роботі «Правові підстави, джерела та прогалини» Дж. Раз розрізняє два типи прогалин у праві¹. Перший тип виникає через невизначеність права, яка є наслідком або неясності використовуваних термінів, або неурегульованого конфлікту між підставами для дії. Другий тип виникає тоді, коли право мовчить. За Дж. Разом, прогалини першого типу неминучі, існування прогалин другого – не можливо. Відносно останнього типу, Дж. Раз, використовуючи формалізовану мову логіки, подає доведення їх неможливості у праві.

Дж. Раз виходить з того, що прогалини другого типу можуть існувати лише у випадку, якщо можливо, що $(\sim LR_c x, \phi) \& (\sim LPer_c x, \sim \phi)$: невірно, що юридично існує вирішальна (незаперечна) підстава для x здійснити ϕ , та невірно, що юридично x вирішальним (незаперечним) чином дозволено не робити ϕ . Формула « $Per_c x, \phi$ » визначена як « $\sim R_c x, \sim \phi$ »². Отже, вона є еквівалентною формулі (27) $(\sim LR_c x, \phi) \& (\sim L\sim R_c x, \phi)$ (за нумерацією Дж. Раза). Згідно з Дж. Разом, формула (28) $\vdash (\sim LR_c x, \phi) \leftrightarrow (L\sim R_c x, \phi)$ істинна логічно, з чого слідує формула (29) $(L\sim R_c x, \phi) \& (\sim L\sim R_c x, \phi)$, яка є протиріччям. Отже, формула (28) тягне за собою відхилення (27) і разом з тим заперечує можливість прогалин другого типу. Формула (28) логічно еквівалентна формулі (31) $\vdash (\sim LR_c x, \phi) \leftrightarrow (LPer_c x, \sim \phi)$, яка є «відомим правилом замикання, яке говорить, що те, що юридично не заборонено, юридично дозволено, і навпаки». Дж. Раз приходиться до висновку, що «на противагу існуючій поширеній думці, не існує прогалин у праві, коли право мовчить. У таких випадках правила замикання, які скоріше виступають аналітичними істинами, аніж позитивними нормами права, набувають сили та попереджають появу прогалин»³.

Аналізуючи позицію Дж. Раза щодо прогалин, які виникають через мовчання права, Є.В. Булигін вважає, що прогалини другого типу не тільки можливі, але і трапляються доволі часто, а зазначене правило замикання не виключає їх існування⁴. На його думку, головна помилка Дж. Раза у цьому питанні полягає у визначенні аналізованих прогалин. Останнє пов'язано з розумінням проблеми повноти у праві. Дж. Раз пише, що «система права є юридично повною, коли у ній на всі юридичні питання є певні відповіді... Вона містить прогалину в праві, якщо на деякі юридичні питання, що знаходяться в її юрисдикції, у ній немає такої відповіді... Повна відповідь забезпечується вказівкою на рішення, якого вимагає право»⁵. Далі у своїй роботі Дж. Раз говорить про існування двох можливих повних відповідей щодо питання про те, чи зобов'язаний хтось здійснити певну дію. Перша з цих відповідей – (1) $LR_c x, \phi$ (право вирішальним (незаперечним) чином вимагає цієї дії); друга – (2) $LPer_c x, \sim \phi$ (право вирішальним (незаперечним) чином дозволяє утриматися від цієї дії). Є.В. Булигін звертає увагу на те, що ці дві відповіді не є незалежними, оскільки формула (2) – це просто заперечення формули (1). Диз'юнкція цих формул аналітично

¹ Raz, J. (1979). *Legal Reasons, Sources and Gaps. The Authority of Law*. Oxford, 53-77.

² Raz, J. (1979). *Legal Reasons, Sources and Gaps. The Authority of Law*. Oxford, 64.

³ Raz, J. (1979). *Legal Reasons, Sources and Gaps. The Authority of Law*. Oxford, 77.

⁴ Булигін, Е.В. (2013). *Когда право молчит. «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм*. Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 372.

⁵ Raz, J. (1979). *Legal Reasons, Sources and Gaps. The Authority of Law*. Oxford, 70-71.

істинна, а кон'юнкція їх заперечень є протиріччя¹. Саме так Дж. Раз визначає прогалини другого типу: « $(\sim LR_c x, \phi) \& (\sim LR_c x, \sim \phi)$ істинно»². Виходить, що повна відповідь існує завжди, отже, всі правові системи є повними.

Проблему в такій ситуації Є.В. Булигін бачить у другій відповіді, яка не є повною, якщо під повною відповіддю розуміти певне речення, що стверджує, що розглядувана дія якимось чином регулюється правом. «Сам по собі факт, що дія правом не заборонена, не означає, що ця дія регулюється правом; вона регулюється тільки у тому випадку, коли право дозволяє цю дію, і цей дозвіл виконати певну дію не є те саме, що проста відсутність заборони. ...Поняття вирішального (незаперечного) дозволу, як його визначає Раз, не підходить для визначення понять повноти і прогалин у праві. У цьому випадку необхідне саме поняття сильного дозволу, яке в цілому відповідає тому, що Раз називає експліцитним дозволом»³.

Справа у тому, що у повсякденній мові «дозвіл» означає певну дію, яка надає дозвіл. У такому сенсі зазначеного слова агенту дозволено діяти тільки тоді, якщо він отримує на це дозвіл. Що стосується юридичного сенсу розглядуваного слова, то дозвіл може бути виведений із відсутності заборони, а також може бути результатом певної норми, яка дає цей дозвіл. Саме сильні дозволи є результатом правового регулювання. Мовою формул такий дозвіл виражається через « $\sim O\phi \in L$ »: норма, яка говорить, що ϕ не обов'язково (тобто дозволено $\sim \phi$), належить цій системі права⁴.

Є.В. Булигін звертає увагу на те, що у відповіді (2) йдеться про слабкий дозвіл. Адже вирішальний (незаперечний) дозвіл взагалі не стверджує ніякої підстави, є відсутністю будь-якої підстави. Відповідь (2) не є повною. Повна відповідь вимагає сильного дозволу (« $\sim O\phi \in L$ »: не обов'язковість ϕ , тобто дозвіл утриматися від ϕ , належить L (правовій системі)). Йдеться про відповідь (2') « $\sim O\phi$ » (тобто « $P \sim \phi$ ») $\in L$ – право сильним чином дозволяє утриматися від цієї дії.

Виходячи з того, що відповідь (1) в термінах O-обов'язків має вигляд « $O\phi \in L$ », Є.В. Булигін стверджує, що коли обидві ці відповіді хибні: $\sim (O\phi \in L) \& \sim (\sim O\phi \in L)$, наявна прогалина. Це зовсім не суперечність, а твердження, що має випадковий характер, його істинність залежить від конкретного змісту розглядуваної правової системи. Отже, якщо поняття повноти та прогалини визначати у термінах сильного дозволу, тоді прогалини другого (тобто прогалини, що породжуються мовчанням права) типу стають можливими⁵.

Якщо прогалину у праві розглядати як явище, що пов'язане (стало результатом) з неусвідомленою бездіяльністю, упущенням законодавця, як недолік правової системи, який підлягає усуненню, а кваліфіковане мовчання законодавця – як цілеспрямоване волевиявлення суб'єкта правотворчості, його намір залишити конкретну ситуацію за межами правового регулювання, тоді зазначені терміни мають протилежний характер. У такому сенсі кваліфіковане мовчання законодавця має іншу, відмінну від прогалин у праві природу, інші (позитивні) прогнозовані наслідки. Проте виникає питання: чи завжди у конкретній ситуації правозастосування можна чітко встановити, з яким правовим явищем має справу правозастосувач, адже термін «кваліфіковане мовчання законодавця» в юридичній літературі має неоднозначну інтерпретацію? Які ознаки є підґрунтям розрізнення зазначених понять? Дуже часто в юридичній літературі про поняття «кваліфіковане мовчання законодавця» говориться у контексті проблеми прогалин у праві, крім того, зазначене поняття, а також «удавана прогалина», «навмисна прогалина» розглядаються як синоніми. Мабуть багато що прояснилося б, якби відбулося комплексне дослідження глибинних причин того феномена, який юристи називають «прогалиною у законодавстві».

Хочу зупинитися на одному з підходів до розуміння сенсу поняття «кваліфіковане мовчання законодавця». На підхід Германова О.В. я звернула увагу саме через те, що в ньому питання про співвідношення кваліфікованого мовчання законодавця та прогалини у цивільному процесуальному

¹ Булыгин, Е.В. (2013). *Когда право молчит. «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм.* Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 375.

² Raz, J. (1979). *Legal Reasons, Sources and Gaps. The Authority of Law.* Oxford, 71.

³ Булыгин, Е.В. (2013). *Когда право молчит. «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм.* Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 375, 379.

⁴ Булыгин, Е.В. (2013). *Когда право молчит. «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм.* Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 378.

⁵ Булыгин, Е.В. (2013). *Когда право молчит. «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм.* Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 378-379.

праві розглянуто з логічної точки зору. Автор статті вважає, що дія принципу «все, що законом не передбачено, заборонено» може бути пояснена поняттям «кваліфіковане мовчання законодавця». Отже, на думку автора статті, законодавець не просто мовчить, а своїм мовчанням виражає негативне ставлення до всього того, що виходить за межі безпосередньо визначеного (обговореного) у тексті закону. Ідеться про те, що негативна воля законодавця спрямована на заборону, яка у загальнопоширеному розумінні формулюється як принцип «все, що законом не передбачено, заборонено». Саме у такому розумінні кваліфіковане мовчання законодавця протистоїть прогаліні, що обґрунтовує позицію про неприпустимість розгляду кваліфікованого мовчання законодавця як прогаліни. Германов О.В. стверджує, що «з логічної точки зору кваліфіковане мовчання законодавця і прогаліна являють собою закриту строгу диз'юнкцію: чи законодавець забороняє те, про що він замовчує, чи мовчання законодавця оцінюється як його недогляд, а відсутність необхідної норми права – як прогаліна. Отже, ми маємо справу з двома протилежними поняттями, перше з яких пояснює положення «все, що законом не передбачено, заборонено», друге, навпаки, впливає з уявлення про те, що зовсім не все, що законом не передбачене, у той самий час і тим самим заборонено»¹. З приводу наведеної цитати дозволю собі декілька зауважень. Для мене є незрозумілими слова «закрита строга диз'юнкція», адже строга диз'юнкція, на відміну від слабкої, передбачає використання сполучника «або» («чи») у строго розмежувальному смислі – «*A* або *B*, але не обидва разом». Мабуть, малося на увазі повне диз'юнктивне судження, в якому перелічено всі ознаки або всі види певного роду, проте, яке, зазвичай, репрезентується слабкою диз'юнкцією. Крім того, чому у цитаті йдеться про те, що «ми маємо справу з двома протилежними поняттями»? Адже зазначені положення «все, що законом не передбачено, заборонено» та «зовсім не все, що законом не передбачене, у той самий час і тим самим заборонено», тобто «існує щось, що законом не передбачене, ним не заборонене» виражають суперечність.

Хочу проаналізувати головну думку автора розглядуваної статті, що виявлення прогаліни пов'язано з відмовою від визнання як безумовно діючого положення «все, що законом не передбачено, заборонено». Ще Г. Ляйбніцем було висловлено думку, яка передбачала перенесення поглядів Аристотеля щодо відношень, які мають місце між алетичними модальностями на такі поняття, як «обов'язково», «дозволено», «байдуже», «заборонено»². Якщо законом не передбачено обов'язковість дії, тоді, можемо вважати, що працює принцип «дозволенним є те, від виконання чого не обов'язково утримуватися» ($PA \equiv \sim O \sim A$); якщо законом не передбачено дозволеність дії, то – «не є дозволенним те, що заборонене» ($\sim PA \equiv FA$); якщо законом не передбачено заборонність дії, то під «не заборонено» може розумітися вираз $\sim FA$, а може матися на увазі взагалі відсутність будь-яких приписів у відношенні ситуації *A*, тобто йдеться про дозволеність здійснити дію, оскільки відсутня забороняюча норма по відношенню до цієї дії (слабкий дозвіл за принципом «дозволено все, що не заборонено»). Сильним дозволом вважається такий, у якому йдеться про явне вираження дозволу виконати певну дію (бездіяльність). Судячи з тексту зазначеної статті Германова О.В., у положенні «все, що законом не передбачено, заборонено», слова «не передбачено» слід розуміти як «не дозволено», тоді діє принцип «заборонено все, що не дозволено», який означає, що відсутність явного дозволу є рівносильною забороні.

На жаль у повсякденній мові і навіть у технічній юридичній лексиці один і той самий термін «дозволено» використовується для вираження трьох різних понять дозволу. Ідеться про дозвіл як характер норми, сильний та слабкий дозволи як характеристики дій. Не звертання уваги на зазначені концептуальні розмежування породжує певні труднощі у розумінні, а отже, і вживанні цього терміна та розглянутого вище принципу.

Крім вже зазначеного вище, хоча звернути увагу на ще один не зрозумілий, з моєї позиції, аспект запропонованого автором розглядуваної статті підходу до інтерпретації поняття «кваліфіковане мовчання законодавця». Германов О.В. вважає, що зазначене поняття є спеціальним і тому не може погодитися з його ототожненням з більш загальним по відношенню до нього поняттям «мовчання». На його думку, мовчання законодавця при регулюванні цивільно-процесуальних відносин шляхом відносно визначених норм права, коли нічого не говориться про їх

¹ Германов, А.В. (2014). Молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном праве. *Право: современные тенденции: материалы II междунар. науч. конф.* Уфа, 92.

² Вригт Г.Х. фон. (1986). *О логике норм и действий. Логико-философские исследования.* Москва: Прогресс, 246.

конкретний зміст, «не є кваліфікованим, тобто зведеним в ступінь і що означає щось більше, ніж просто мовчання. Кваліфіковане мовчання означає заборону на законом не передбачене, у той час як мовчання відносно конкретного змісту оціночних понять, навпаки, означає дозвіл і делегування правозастосувачу повноважень на конкретизацію»¹. Виникають запитання: що мав на увазі автор, вживаючи слова «зведеним в ступінь і що означає щось більше, ніж просто мовчання»? Які критерії визначення природи мовчання у конкретному випадку, тобто на чому ґрунтуються чіткі знання – «чи кваліфіковано мовчить законодавець?».

Існує думка, що про «мовчання» у цьому випадку можна говорити лише умовно: «...у даному випадку законодавець саме «говорить», «розмовляє» з суб'єктами права, тому про «мовчання» тут можна говорити лише умовно, маючи на увазі особливу форму вираження та легалізації такого «діалогу»². Проте, вважаю, що таке «говоріння» може призводити до неоднозначного його розуміння правозастосувачем. Якщо розглядати явище кваліфікованого мовчання законодавця як таке, що виражає негативну волю законодавця до того, що законом не передбачено, то, ґрунтуючись на аргументативній складовій діяльності правозастосувача, його міркування щодо конкретизації певних норм права можуть бути визначені як форма аргументу від мовчання (a silentio argument) або аргументом a contratio. Ця аргументативна методика стосується не того, що текст норми говорить, а того, що він не говорить. Вона має на меті з'ясувати, що означає мовчання закону для правового регулювання відповідних справ. Опишу схеми зазначеного аргументу, ґрунтуючись на позиції Д. Канале, Дж. Тузет³. Вони аналізують два способи використання зазначеного аргументу. Такий аргумент ґрунтується на двох видах прагматичного заперечення (сильному і слабкому). Різні варіанти використання цього аргументу пов'язані з відмінністю між зазначеними запереченнями. Пояснити ці відмінності можна, демонструючи логічні схеми варіантів аргументу. У схемі p та q – пропозиційні змінні, P – деонтичний оператор для дозволу, знак \sim – заперечення.

1) Нормативне висловлювання S стверджує «якщо p , тоді Pq »

2) «Якщо p , тоді Pq » означає якщо і тільки якщо p , тоді Pq

3) Отже, якщо $\sim p$, тоді $\sim Pq$.

Засновок 2) є висновком інших висновкувань, засновки яких є правовими нормами або практичними принципами комунікації.

Але може бути інше трактування твердження S , а саме, інтерпретація, яка виключає можливість застосування певної норми до випадків, які не відповідають її буквальному формулюванню. У цьому сенсі «якщо p , то Pq » означає, що якщо p , то Pq (і нічого іншого). Отже, якщо розглядуваний випадок – це $\sim p$, то висновок буде таким, що не визначено, чи дозволено q , оскільки обставина не регулюється інтерпретованим нормативним висловлюванням. Це інше використання аргументу Д. Канале, Дж. Тузет описують так:

(1) Нормативне висловлювання S стверджує «якщо p , тоді Pq ».

(2') «Якщо p , тоді P » означає якщо p , тоді Pq .

(3') Отже, \sim (якщо $\sim p$, тоді Pq).

Прагматичний зміст (3) та (3') різний. (3) є схемою прикладу сильного прагматичного заперечення, а (3') – слабого прагматичного заперечення. З висновком (3) аргумент виправдовує твердження, що $\sim p$ регулюється законом. У цьому випадку регулювання $\sim p$ (тобто $\sim Pq$) буде протилежним регулюванню p (тобто Pq). З висновком (3') зазначений аргумент виправдовує твердження, що $\sim p$ не регулюється законом. У законодавстві існує прогалина, яка може бути заповнена за допомогою аналогії.

Отже, серед труднощів, що виникають при витлумаченні поняття «кваліфіковане мовчання законодавця», можна виділити такі: полісемічність слова «мовчання» та використання терміна «дозволено» для вираження трьох різних понять дозволу. У цьому контексті мовчання передбачає перебування частини інформації в імпліцитній формі. Ідеться про мовчання як відсутність вербального вираження волі законодавця. Таке мовчання може означати, з одного боку, навмисне

¹ Германов, А.В. (2014). Молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном праве. *Право: современные тенденции: материалы II междунар. науч. конф.* Уфа, 94.

² Демин, А.В. (2012). Квалифицированное молчание закона в механизме налогово-правового регулирования. *Закон*, 2, 130.

³ Damiano Canale and Giovanni Tuzet. (2008). On the Contrary: Inferential Analysis and Ontological Assumptions of the A Contrario Argument. *Informal Logic*, vol. 28, no. 1, 33-35.

утримання законодавця від прийняття норми, його небажання здійснювати детальне нормативно-правове регулювання певної царини суспільних відносин, залишаючи питання відкритим, віддаючи його вирішення на розсуд правозастосовного органу, з іншого – упуцнення у формулюванні або недолік. Крім того, чи означає таке мовчання те, що ним законодавець виражає негативне ставлення до всього того, що виходить за межі безпосередньо визначеного у тексті закону, чи ні? Адже слово «мовчання» допускає різні інтерпретації. У зв'язку із зазначеним, позиція, щодо якої поняттям «кваліфіковане мовчання законодавця» може бути пояснена дія принципу «все, що законом не передбачено, заборонено», не звертає увагу на концептуальні розмежування при витлумаченні поняття дозволу. Мова йде про те, що поняття «дозволено» може виражати три різні «типи» дозволу, а саме, як характер норми, сильний та слабкий дозволи як характеристики дій. Зазначене породжує певні труднощі у розумінні, а отже, і вживанні поняття дозволу та витлумаченні терміна «кваліфіковане мовчання законодавця». Все це впливає не тільки на вирішення проблеми дефінування поняття «кваліфіковане мовчання законодавця», а також не прояснює питання методології використання цього юридичного засобу правового регулювання.

Приєднуюсь до думки тих науковців, хто вважає, що поняття «кваліфіковане мовчання законодавця» є загальноправовим феноменом і не може бути «зарахованим» у розряд вузькоспеціальних, а також є тим, що знаходиться «на межі» понятійних рядів теорії правосвідомості, теорії правотворчості, теорії інтерпретації, теорії реалізації права.

References:

1. Anokhina, T.O. (2008). *Semantyzatsiya katehoriyi movchannya v anhlomovnomu khudozhnomu dyskursi*. Monohrafiya [Semantization of the category of silence in the English-language art discourse. Monograph], Vinnitsa: Vydavnytstvo «Nova Knyha».
2. Bulygin, Ye.V. (2013). *Kogda pravo molchit* [When the law is silent]. «*Normativnyye sistemy*» i drugiye raboty po filosofii prava i logike norm ["Normative systems" and other works on the philosophy of law and the logic of norms]. K.E. Al'churron, Ye.V. Bulygin, P. Gerdenfors, D. Makinson; pod red. Ye.N. Lisanyuk, Saint Petersburg: Izd-vo S.-Peterb. un-ta, 371-379.
3. Damiano Canale and Giovanni Tuzet. (2008). On the Contrary: Inferential Analysis and Ontological Assumptions of the A Contrario Argument. *Informal Logic*, Vol. 28, No. 1, 31-43.
4. Demin, A.V. (2012). Kvalifitsirovannoye molchaniye zakona v mekhnizme nalogovo-pravovogo regulirovaniya [Qualified silence of the law in the technology of tax and legal regulation]. *Zakon*, № 2, 129-138.
5. Germanov, A.V. (2014). Molchaniye zakonodatelya i probel v grazhdanskom protsessual'nom prave [The silence of the legislator and the gap in civil procedural law]. *Pravo: sovremennyye tendentsii: materialy II mezhdunar. nauch. konf.* [Law: modern trends: materials of the 2nd international. scien. conf] (g. Ufa, aprel' 2014 g.), 91-94.
6. Matat, YU. (2015). *Prohalyny v zakonodavstvi ta zasoby yikh podolannya v pravozastosovniy diyalnosti: monohrafiya* [Gaps in legislation and ways to overcome them in law enforcement activities: a monograph]. Kharkiv: Pravo.
7. Raz, J. (1979). Legal Reasons, Sources and Gaps. *The Authority of Law*. Oxford. 53-77.
8. Shcherbyna, O.YU. (2013). Movchaznyy obman u pravi yak arhumentatyvnyy fenomen [The silent deception in law as an argumentative phenomenon]. *Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka. Seriya «Filosofiya. Politolohiya»*[The Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv. Series «Philosophy. Politology»]. Kyiv.: VPTS «Kyivskyy universytet». Edition (2) 112/2013, 30-33.
9. Shcherbyna, O.YU. (2014). Fenomen movchannya v yurydychniy arhumentatsiyi [The phenomenon of silence in legal argument]. *Filosofiya prava i zahalna teoriya prava. Naukovyy zhurnal. Red. zhurnalu «Pravo Ukrainy»* [Philosophy of law and general theory of law. Scientific Journal. Editorial office of the magazine «Law of Ukraine»], № 1-2, 160-174.
10. Shcherbyna, O. (2015). The relationship of volitional, metalinguistic and argumentative functions of silence in legal argumentation. *Evropský politický a právní diskurz. Svazek 2.6.vydani*, 54-59.
11. Vriht G.KH. fon. (1986). O logike norm i deystviy [On the logic of norms and actions]. *Logiko-filosofskiyе issledovaniya [Logiko-filosofskiyе issledovaniya]: Izbr. tr.: Per. s angl. Obshch. red. G.I. Ruzavina i V.A. Smirnova*. Moscow: Progress.