

## ТЕОРІЯ ПРАВА



## Костянтин Пільков

кандидат юридичних наук,  
суддя Касаційного господарського суду  
у складі Верховного Суду, старший науковий співробітник  
відділу міжнародного приватного права  
та порівняльного правознавства  
Науково-дослідного інституту приватного права  
і підприємництва  
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України  
(Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8931-0413>  
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/M-3878-2016k.pilkov@supreme.court.gov.ua>

УДК 340.13

## ПИТАННЯ ФАКТУ ТА ПРАВА: ФУНДАМЕНТАЛЬНЕ І ПРИКЛАДНЕ РОЗМЕЖУВАННЯ ОБСТАВИН СПРАВИ, ЇХ ЮРИДИЧНОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВА

АНОТАЦІЯ. Категорії питання права і питання факту, які з доктрини правових систем загального права увійшли у процесуальне законодавство України та закріплюються у теорії правозастосування поряд із традиційно вживаними поняттями фактичних обставин, юридичної кваліфікації та застосування норми права. Водночас критерії розмежування цих питань, яке має фундаментальне значення для теорії правозастосування і судової практики, залишаються нечіткими. Так само й природа окремих питань, які суди вирішують, розглядаючи справи, зокрема природа судового розсуду, застосування оціночних категорій у юридичній кваліфікації, встановлення змісту норми іноземного права тощо, не є чітко окресленою в контексті віднесення їх до питань права чи факту, а отже, й невизначеними залишаються межі втручання у вирішення цих питань судів, які переглядають судові рішення.

Метою статті є аналіз підходів до розмежування питань права і факту у судовому правозастосуванні та висунення за результатами цього аналізу задовільних критеріїв розмежування, а також спроба віднесення за допомогою цих критеріїв до питань права чи факту тих питань у правозастосуванні, природа яких досі визнавалася змішаною.

У статті досліджено витoki поділу питань правозастосування на питання факту та права у традиції загального права і деякі підходи, властиві для континентальних систем. Окреслено функціональний підхід до їх розмежування за критерієм того, який суб'єкт – суддя чи присяжні – вирішує те чи інше питання, а також який стандарт перегляду рішення у цих питаннях застосовують вищі суди. Вказано на незадовільність цих критеріїв як таких, що мають скоріше похідний, а то й логічно замкнений на самих собі характер. Запропоновано підходити до розмежування за формально-логічним критерієм, за яким відповіді на питання права становить

знання про історичні факти, яке має імовірний характер і приймається як істинне внаслідок прийняття індуктивного умовиводу, одержаного з імовірністю, яка задовольняє прийнятий судом стандарт доведення, а відповіді на питання права формулюються на основі знання судом права, яке неспростовно презюмується, не має імовірнісного характеру і виступає у категоріях формальної логіки більшим засновком у дедуктивному умовиводі, де іншим засновком є відповідь на питання факту, якщо йдеться про застосування права у вузькому сенсі, або відповідь на питання права, якщо йдеться про тлумачення норми права.

У статті розкрито, як зовні одне й те саме питання може бути питанням факту або питанням права, залежно від того, чи має місце у відповіді на нього врахування норми права. Обґрунтовано концепцію стадійності у судовому правозастосуванні: від твердження про факти, через встановлення правової природи стверджуваних відносин й окреслення належних доказів існування обставин справи, до встановлення цих обставин за допомогою доказів, кінцевої юридичної кваліфікації встановлених обставин і застосування наслідків, передбачених нормами права, які підлягають застосуванню. Викладено підхід до формулювання правового висновку у судовому рішенні. Також у статті зроблено спробу кваліфікувати так звані змішані питання судового розсуду, застосування оціночних категорій, встановлення змісту норми іноземного права та тлумачення договору у категоріях питань права і факту.

Ключові слова: питання факту; питання права; преюдиція; правовий висновок; правозастосування; розсуд суду; фактичні обставини; юридична кваліфікація.

Проблема чіткого розмежування питань факту і питань права була та досі залишається невирішеною у теорії правозастосування. Вона має значення не тільки як суто теоретична, а й як практична проблема, від вирішення якої залежить здійснення правосуддя: чітка межа між фактами справи і правовими висновками, які суд робить стосовно цих фактів, важлива для розмежування повноважень судів, оскільки межі втручання суду касаційної інстанції мають бути окреслені з урахуванням того, що є питанням права; для ефективного застосування окремих процедур у судочинстві, зокрема для перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами має значення те, що становить, власне, нововиявлену обставину, а що – зміну правового регулювання чи висновок суду

в іншій справі про правову кваліфікацію певної обставини; також для застосування правил про преюдицію вирішальне значення має відмежування встановленої обставини від її юридичної кваліфікації. Отже, від вирішення цієї проблеми залежить ефективність роботи судів України. Так, із цією проблемою тісно пов'язана проблема направлення судом касаційної інстанції справ на новий розгляд у випадках суттєвих помилок саме у питаннях факту, які суд касаційної інстанції з властивими йому функціями суду права вирішити не може. Проблема направлення судами касаційної інстанції справ на новий розгляд до судів першої інстанції не повинна вирішуватися через надання суду касаційної інстанції права

встановлювати факти. Судова практика у розвинених країнах, навпаки, прямує у протилежному напрямку, у напрямку звуження можливостей для оскарження з підстав помилок у питаннях фактів<sup>1</sup>. Водночас внесення ясності у розмежування факту і права повинно допомогти усунути випадки направлення справ на новий розгляд, коли помилки у судових рішеннях є помилками у питаннях права, які суд касаційної інстанції може і повинен виправляти сам.

Незважаючи на те, що категорія питання права згадується у процесуальному законодавстві, чіткості у розмежуванні питань права та факту ані закон, ані судова практика чи доктрина правозастосування досі не внесли. Схожа ситуація спостерігається також в інших країнах, де продовжуються спроби розмежовувати ці питання за будь-якими критеріями (політичними, функціональними тощо), окрім суто формально-логічних, що, як буде показано далі, не вносить чіткості у розуміння сутнісних відмінностей цих категорій, а отже, є незадовільним.

Проблема кваліфікації питань, які постають перед суддею, неоднакова практика їх вирішень навіть у межах одного суду є проблемою, з якою зіштовхується юриспруденція також в інших країнах, що відзначають дослідники, наприклад у США<sup>2</sup>, Австралії<sup>3</sup>. Спроби чіткого розмежування питань права та факту навіть характеризуються деякими дослідниками як штучні або технічні, хоча таке розмежування важливе для тих правових систем, у яких можливість оскарження судових рішень до судів вищих інстанцій обмежується оскарженням лише у питаннях права, а не факту. Відсутність задовільного критерію розмежування призвела до визнання у практиці існування так званих змішаних питань. Існування змішаних питань права і факту визнається у США, де значною проблемою є встановлення єдиної практики чи принаймні більш-менш чітких підходів до стандарту перегляду судових рішень стосовно них. Верховний Суд у США так охарактеризував змішані питання права та факту:

Історичні факти визнані або встановлені, норма права не викликає сумніву, однак питання в тому, чи задовольняють факти відповідний нормативний (або конституційний) стандарт, або, інакше кажучи, чи є норма права, застосована до встановлених фактів, порушеною чи ні<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> J Holland and J Webb, *Learning Legal Rules. A Students' Guide to Legal Method and Reasoning* (8th edn, Oxford University Press 2013) 125.

<sup>2</sup> Ch Gomez, 'Vexed and Perplexed. Reviewing Mixed Questions of Law and Fact' (2018) 3 Appeal Colorado Lawyer 29.

<sup>3</sup> Batrouney J, 'The Distinction Between Questions of Fact and Questions of Law in Section 44 Appeals to the Federal Court' (*Federal Court of Australia*, 20.05.2014) <<https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/seminars/tax-bar-association/jennifer-batrouney>> (accessed: 06.07. 2020).

<sup>4</sup> Gomez (n 2) 26.

Також у доктрині, обґрунтовуючи теоретичну складність вирішення проблеми розмежування питань факту і права, окремі науковці визнають існування “змішаних” питань права і факту<sup>5</sup>. Постає запитання: чи все ж таки можуть вони бути віднесені до однієї з категорій унаслідок більш ґрунтованого дослідження їхньої природи?

Проблемам розмежування питань права і факту були приділені праці багатьох учених. Історично першими на них зосередили увагу правознавці у країнах загального права, зокрема в Англії XVII ст. на них звернув увагу Е. Кок у контексті розмежування повноважень суддів і присяжних, у США у XIX ст. і першій половині XX ст. на цій проблемі зосередили увагу Дж. Таєр, Дж. Вігмор, Дж. Уорвел. У країнах континентальної правової традиції та на вітчизняних теренах питанню розмежування цих питань також приділялася значна увага, вже у XIX ст. ця проблема висвітлювалася у ґрунтовних наукових дослідженнях, зокрема у відомій праці Г. Меєра “Питання факту і прав на суді присяжних”<sup>6</sup>. Серед сучасних дослідників варто відзначити праці С. Будиліна. Також сучасні вітчизняні дослідження, зокрема праці Д. Бочарова, Я. Романюка, присвячені практичним аспектам правозастосування, дослідженню категорії юридичного факту. Водночас чіткого критерію для фундаментального розмежування питань права і факту, фактичних обставин і висновків, які суди роблять, кваліфікуючи ці обставини і застосовуючи право, сучасні дослідження не висувають.

У зв’язку зі складністю викладеної вище проблеми, яка має як фундаментальне значення для теорії правозастосування загалом, так і прикладне значення для судової практики зокрема, перед дослідженням у цій статті постає завдання – виявити критерії розмежування питань права і факту, які використовуються у сучасній судовій практиці і доктрині України та інших країн, проаналізувати відповідність цих критеріїв загальнотеоретичним вимогам до визначення правової природи юридичних феноменів, запропонувати за результатами цього аналізу критерії, які б такі вимоги задовольняли, а також виявити, наскільки окремі, найбільш гострі для практики правозастосовної діяльності, питання можуть бути вирішені із застосуванням запропонованих підходів.

Метою дослідження є аналіз підходів до розмежування питань права і факту у судовому правозастосуванні та висунення за результатами цього аналізу задовільних критеріїв розмежування, а також спроба відне-

<sup>5</sup> С Будилін, ‘Вопрос права или вопрос факта? Доказывание и кассация’ (2014) 2 Вестник ФАС Уральского округа 80.

<sup>6</sup> Мейер Г, *Вопросы факта и права на суде присяжных, в особенности о постановке вопросов присяжным* (Таганцев Н пер, Журн М-ва юстиции 1866).

сення за допомогою цих критеріїв до питань права чи факту тих питань у правозастосуванні, природа яких досі визнавалася змішаною.

Спрощене розуміння питання факту зводиться до того, що воно стосується доведення того, що, власне, сталося. Натомість питання права стосуються юридичних засад, стосовно яких може виникати спір<sup>7</sup>. Водночас весь обсяг питань, які необхідно вирішити, розглядаючи справу, на думку багатьох дослідників, не вкладається у дихотомію “факт – право”, при цьому багато хто з них цей поділ заперечує взагалі, інші ж його визнають, однак вважають, що окрім “чистих” питань факту та права існують також так звані змішані питання.

Р. Уорнер відзначає, що суди поділяють питання, які належить вирішити, на дві (право та факт) або три категорії (право, факт, змішані). До них також додається додаткова категорія питань судового розсуду<sup>8</sup>. П. Крейг розрізняє три види питань: право, факт і розсуд (дискреція)<sup>9</sup>.

У цій статті після аналізу історичного контексту походження категорій питань права і факту з доктрини та практики країн загального права буде зроблено спробу віднайти критерії встановлення межі між питаннями права та факту, а також спробу з'ясувати природу так званих змішаних питань як таких, що перебувають на цій межі або взагалі не вкладаються в означену дихотомію.

## 1. Розмежування питань права і факту у системах загального права

### 1.1. Історичний контекст функціонального розмежування

Історично розмежування питань права (англ. *issue of law* або *question of law*) і факту (англ. *issue of fact* або *question of fact*) засновувалося на тому, кому належало вирішувати відповідні питання: питання факту – присяжним, права – професійному судді. Це знайшло вираз у відповідних латинських максимах “*ad questionem facti non respondent iudices*” (судді не відповідають на питання факту) та “*ad questionem juris non respondent juratores*” (присяжні не відповідають на питання права)<sup>10</sup>. Питання факту належало встановлювати на підставі доказів із застосуванням звичайного життєвого досвіду, питання права – із застосуванням професійних знань у галузі юриспруденції.

<sup>7</sup> Holland and Webb (n 1) 124.

<sup>8</sup> R Warner, ‘All Mixed Up about Mixed Questions’ [2005] 7 (1) The Journal of Appellate Practice and Process 112.

<sup>9</sup> P Craig, ‘Law, Fact and Discretion in the UK, EU and the USA’ (*SciencesPo*, 2007) <[https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/paul\\_craig.pdf](https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/paul_craig.pdf)> (accessed: 06.07.2020); P Craig, ‘Judicial Review of Questions of Law: A Comparative Perspective’ in Susan Rose-Ackerman and Peter L Lindseth (ed), *Comparative Administrative Law* (Edward Elgar 2010).

<sup>10</sup> J Thayer, ‘“Law and Fact” in Jury Trials’ [1890] 4 (4) Harvard Law Review 149; G Warvelle, ‘The Jurors and the Judge’ [1909] 23 (2) Harvard Law Review 123.

Р. Уорнер визнає, що ідея про те, що суддя і присяжні виконують окремі функції завдячує більше бюрократичним принципам, аніж моральній чи політичній філософії<sup>11</sup>. Засадничий підхід стосовно питань факту, на його думку, полягає у тому, що ці питання найкраще вирішуються присяжними, тобто простими громадянами, і дванадцяттеро з них краще, ніж професіонал у юриспруденції, впораються з визначенням того, чи такі ж як вони громадяни кажуть правду. Присяжні сприймають докази безпосередньо, натомість при перегляді їх рішення апеляційні суди отримують лише “холодний протокол”. Інше засадниче підґрунтя полягає у тому, що існує глибоко укорінена традиція того, що особа має право очікувати, що її поведінку оцінюватимуть рівні їй, уособленням чого є журі присяжних. Слід зауважити, що ця ідея вже не має нічого спільного зі встановленням фактів або з’ясуванням істини. Натомість ідеться про оцінювання поведінки або рішень особи з погляду стандартів громади. Через це часто такі оцінки називаються питанням факту, попри те, що вони потребують цілком іншої розумової операції. В одному з рішень Верховний Суд США сформулював те, що можна вважати функціональним підходом до розмежування. У справі “*Miller v. Fenton*” (1985 р.) він відзначив, що розмежування права та факту іноді обертається у визначення того, хто – суддя чи присяжні – з погляду найбільш ефективного здійснення правосуддя перебувають у кращому становищі для вирішення того чи іншого питання<sup>12</sup>.

Також у системах загального права розмежування питань права і факту має значення у зв’язку з тим, що для цих питань застосовуються різні стандарти перегляду вищим судом:

– для питань факту – стандарти, які сукупно можна позначити “*deferentially*”, тобто “з повагою до рішення”, що переглядається, і визнанням того, що втручання у рішення можливе лише тоді, коли незгода з ним є чимось більшим, аніж просто інша думка зі спірного питання “*clearly erroneous*” (стандарти перегляду) або “*manifest error*” (очевидна помилка у питанні факту), “*unsupported by substantial evidence*” (висновок суду про фактичні обставини не підтверджується істотними доказами), “*abuse of discretion*” (зловживання дискрецією));

– для питань права стандарт “*de novo*” (наново), тобто повний перегляд без надання думці суду, рішення якого переглядається, певної, наперед визначеної, ваги.

Як буде видно далі, у сучасних умовах здійснення правосуддя розмежовувати питання права і факту на таких спрощених функціональ-

<sup>11</sup> Warner (n 8) 105.

<sup>12</sup> Ibid 104, 109.

них засадах незадовільно, особливо у правових системах, де правосуддя здійснюється професійним суддею без залучення присяжних, тобто професійний суддя є тим, хто вирішує також питання факту (англ. *trier of fact, finder of fact*). Та й навіть у тих процесах, у яких суд присяжних бере участь, далеко не всі питання факту ставляться на їх вирішення.

У будь-якому разі дефініції питань права і питань факту не повинні замикатись на собі у тому значенні, що сентенція “питання факту віднесені до компетенції присяжних, тому питаннями факту є ті, які віднесені до компетенції присяжних” є визначенням, яке замкнене на собі, а тому не може претендувати на науковість, чи навіть на логічну правильність. Таке визначення не можна визнати задовільним, оскільки необхідно віднайти, за яким критерієм відповідні питання віднесені до компетенції присяжних, а не ставити в основу визначення саме лише віднесення цих питань до їхньої компетенції, тобто визнавати наслідок причиною.

### 1.2. Питання факту

Питання факту – це питання про те, чи була певна обставина, що має значення для вирішення певного спору. До таких обставин можуть належати як події фізичного світу (наприклад, зіткнення автомобілів), так і ментальні стани (наприклад, умисел стосовно певних дій)<sup>13</sup>. “Чисті” питання факту, на думку Р. Уорнера, легко ідентифікувати. Це питання “хто?”, “що?”, “коли?” і “як?": Чи зупинилася машина перед знаком? Чий підпис стоїть у контракті? Які слова особа сказала? У судовій практиці у системах зального права їх називають ще “історичними фактами”, або “базовими фактами”. Вони є предикатами, на яких у кінцевому підсумку базується кожне юридичне рішення. Їх перегляд здійснюється за стандартом *deferentially*<sup>14</sup>. Ці базові факти позбавлені будь-яких оцінок, вони залишаються такими доти, доки їм не надано юридичного значення.

Історичні факти включають не тільки факти об'єктивної, фізичної дійсності, а й суб'єктивні душевні стани особи. Намір особи, її знання є історичними фактами. Звичайно, оскільки єдиним безпосереднім джерелом інформації про психічний стан особи є її свідчення, для доказування певного психічного стану використовуються опосередковані докази<sup>15</sup>.

Інструментально до питань факту можна віднести ті, які встановлюються за допомогою доказів.

Іншу частину визначення питання факту становить те, що фактом є щось, що піддається критерію фальсифікації, тобто може бути перевірено на істинність чи хибність із певною точністю. Л. Гріфін як при-

<sup>13</sup> Будилин (н 5) 83.

<sup>14</sup> Warner (n 8) 115–6.

<sup>15</sup> Ibid 117.

датне до використання визначення факту у цьому контексті пропонує таке: ‘<...> інформація, підтверджена доказами і здатна бути перевірена на предмет істинності чи хибності’<sup>16</sup>.

Певну складність становить те, що дослідники називають передбаченням як факту, наприклад для визначення майбутніх медичних потреб позивача, визначення втраченої вигоди у майбутньому. Р. Уорнер бачить у зв’язку з цим аналітичну відмінність так званих передбачуваних фактів (*predictive facts*) від “чистих” історичних фактів, хоча й відносить їх також до питань факту<sup>17</sup>.

Ми такої аналітичної відмінності не вбачаємо. Не варто виділяти в окрему групу передбачення, так ніби це “факти про майбутнє”, що саме собою є парадоксом. Визначення майбутніх медичних потреб базується на встановленні фактів, які дають змогу зробити судження, засноване на застосуванні знань у галузі медицини, про те, що у майбутньому існуватимуть певні медичні потреби. Базові факти для цього вже є. Підхід добре ілюструється встановленням у спорах із приводу використання торгових марок схожості до ступеня змішування, яка також визнається питанням факту<sup>18</sup>, або змішаним питанням<sup>19</sup>, що також не є “фактом у майбутньому”, однак судженням про імовірне змішування у майбутньому, заснованим на вже наявному факті схожості.

### 1.3. Питання права

В англо-американській ідеології права питання права – це питання про те, чи є певне твердження правилом обов’язкового характеру, яке підлягає застосуванню до невизначеного кола осіб (наприклад, твердження про те, що заподіювач шкоди повинен відшкодувати завдану шкоду). До цієї категорії належать як правила, сформульовані у писаних законах та інших нормативних актах, так і правила, встановлені судами<sup>20</sup>. На думку Р. Уорнера, питання права стосується встановлення, скасування, зміни або тлумачення норм права. Норми права, які тлумачать суди, походять із багатьох джерел: конституції, нормативних актів, судової правотворчості, загального права. Навіть контракти часто розглядаються як такі, що містять “приватне право”. Внаслідок цього вони створюють окрему проблему розмежування. Вони можуть розцінюватись як приватне право – зібрання договірних норм, які регулюють відносини сторін. Водночас

<sup>16</sup> L Griffin, ‘Judging During Crises: Can Judges Protect the Facts?’ (2020) 50 Loyola University Chicago Law Journal 862.

<sup>17</sup> Warner (n 8) 115, 124.

<sup>18</sup> J Thomas, ‘Likelihood of Confusion Under the Lanham Act: A Question of Fact, a Question of Law, or Both?’ [1984] 73(1) Kentucky Law Journal 253.

<sup>19</sup> Warner (n 8) 118.

<sup>20</sup> Будылін (н 5) 83.



тлумачення контракту часто вимагає встановлення намірів сторін, що є питанням історичного факту. При цьому Р. Уорнер розмежовує тлумачення і застосування права, вважаючи, що застосування права, коли воно не потребує тлумачення (яке є чистим питанням права), є інтелектуальною операцією, з якою якнайкраще впорається той, хто встановлює факти. А питанням права вважає тільки те, яке потребує встановлення, скасування, тлумачення або зміни норми у спосіб, який застосовуватиметься також в інших справах<sup>21</sup>.

#### 1.4. Право як соціальний факт

Р. Аллен та М. Пардо вважають розмежування питань права та факту штучним, оскільки між цими категоріями немає аналітичної відмінності, адже у вирішенні питання права має місце вирішення питання факту стосовно змісту норми права<sup>22</sup>. Дж. МакГініс та Ч. Мулані також вказують на те, що не існує аналітичної дихотомії факту та права. Право є соціальним фактом<sup>23</sup>.

Р. Уорнер, натомість, вважає, що така відмінність існує, і до кожного з цих питань має бути забезпечений свій підхід при перегляді судового рішення. Окремі питання потребують більш глибокого аналізу і, в окремих випадках, вирішення на засадах того, хто, суддя чи присяжні, здатен краще вирішити це питання<sup>24</sup>. Хоча сам Р. Уорнер відзначає, що деякі питання тлумачення норм вимагають встановлення наміру законодавця. Багато в чому це операція зі встановлення фактів, тому що суд досліджує тексти актів законодавства, законодавчу історію та інші різноманітні матеріали для встановлення того, що мав на меті законодавець запровадженням певної норми. Однак вирішення таких питань про мету нормотворця – іноді це називають встановленням “законодавчих фактів” (англ. *legislative facts*) – розглядається як елемент тлумачення закону, а тому не розглядається як питання факту<sup>25</sup>.

Все ж зазначена вище подібність, як і існування підстав для віднесення питання встановлення наміру законодавця до питань факту, є примарним. Тлумаченням норми права суд встановлює волю законодавця, яким у правовій державі є все суспільство, народ як носій влади. Так звані законодавчі факти (обставини прийняття певного акта законодавства, історичне підґрунтя для впровадження певної норми) є чимось окремим від фактів справи, тобто того набору фактів, який є унікальним для певної

<sup>21</sup> Warner (n 8) 112–5.

<sup>22</sup> R Allen and M Pardo, ‘The Myth of the Law-Fact Distinction’ (2003) 97 Northwestern University Law Review 1778.

<sup>23</sup> J McGinnis and Ch Mulaney, ‘Judging Facts Like Law’ (2008) 25 Constitutional Commentary 71.

<sup>24</sup> Warner (n 8) 103.

<sup>25</sup> Ibid 115.

справи і стосовно яких сторони можуть сперечатись або визнати їх, що матиме наслідки, як правило, тільки для учасників справи.

Дійсно, право є соціальним феноменом і, як таке, фактом. Однак його особливість дає змогу саме для цілей правозастосування виокремити його з-поміж інших фактів, визнати дихотомію права і факту у правозастосуванні. Ця дихотомія базується на презумпції знання судом права, яку можна було б віднести до неспростовних. Хоча категорія “неспростовна презумпція” (англ. *conclusive, irrebuttable (irrefutable) presumption*) визнається як така, що існує у теорії права, вона залишається спірною як у споріднених правових системах, так і у системах загального права, оскільки суперечить, власне, спростовній суті презумпції<sup>26</sup>, та взагалі є скоріше юридичним правилом, аніж презумпцією<sup>27</sup>. Все ж, не заглиблюючись у дискусію стосовно природи знання судом права й обов’язку самостійно встановлювати зміст і застосовувати його, вважаємо за необхідне відзначити, що в тій мірі, в якій застосування права забезпечене санкціонованим державою примусом, державу можна вважати виразником права. Суд як гілка державної влади неспростовно знає волю законодавця, знає право. Тому стосовно права як соціального факту немає тієї непевності, ймовірного знання, яке є стосовно фактів справи. Презюмується, що всі суди всіх інстанцій знають право однаково, тобто тлумачать і застосовують його однаково. Інструменти перегляду судових рішень покликані наблизити закріпленій у праві ідеальний стан уніфікованого знання права та його практичне втілення. Однак це зовсім не спростовує тезу про право як про унікальний соціальний факт, стосовно якого презюмується знання суду.

Так, деякі дослідники вважають розмежування питань права і факту штучним і на підтвердження тези про штучність розмежування посилаються на існування також у межах питань права ділянки, яку варто було б віднести до питань факту. Йдеться про так звані законодавчі факти та конституційні факти, які стосуються обставин нормотворення.

Звичайно, процес нормотворення є цілком історичним у тому значенні, що він належить до об’єктивної дійсності і в цьому його “фактичність”. Проте зрозуміти, чому факти, пов’язані з нормотворенням, відділені від інших фактів, і чому намір особи є питанням факту, а намір

<sup>26</sup> Н Цуканов, ‘К вопросу о существовании неопровержимых правовых презумпций’ [2020] 17 (1) Сибирское юридическое обозрение 22–9; А Бущенко, ‘Неспростов(а)ні презумпції. Чи розумно посилатися на цитату ЄСПЛ про розумний сумнів?’ (Закон і Бізнес, 25.07–31.07.2020) <[https://zib.com.ua/ua/print/143749-chi\\_rozumno\\_posilatisya\\_na\\_citatu\\_espl\\_pro\\_rozumniy\\_sumniv.html](https://zib.com.ua/ua/print/143749-chi_rozumno_posilatisya_na_citatu_espl_pro_rozumniy_sumniv.html)> (дата звернення: 04.08.2020).

<sup>27</sup> P Rothstein, ‘Demystifying Burdens of Proof and the Effect of Rebuttable Evidentiary Presumptions in Civil and Criminal Trials’ (Georgetown Law’s Scholarly Commons, 2017) <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2001>> (accessed: 06.08.2020) (in English).

законодавця – питанням права, дає змогу розмежовувати факти (обставини) справи і так звані законодавчі факти.

Якщо обставини справи (англ. *adjudicated facts*) стосуються матеріальних відносин сторін, у яких виник спір, то “законодавчі факти” – творення права.

Презумпція знання судом права має сприйматись таким чином, що вона стосується знання не просто тексту певного акта законодавства, а й волі законодавця, яким у підсумку є суспільство, і через певний правовий акт ця воля лише втілюється. Отже, обставини, з якими пов’язане втілення волі законодавця, можуть сприйматись як частина процесу волевиявлення. У цьому полягає їх тісний зв’язок зі змістом права й окремішність від обставин спірних відносин, принаймні у цивільному та господарському судочинстві, у яких не розглядаються спори у відносинах владного підпорядкування. Слід визнати, що відокремлення обставин видання нормативного акта в адміністративному судочинстві та при розгляді справ конституційним судом від обставин спору може бути питанням дискусійним.

Також тлумачення “духу і букви” міжнародного договору вимагатиме певної референтної основи, якою можуть бути *travaux préparatoires* (із фр. “підготовчі роботи”), які є матеріалами, використаними при підготовці міжнародного договору, і які, за своєю суттю, є його нормотворчою історією. *Travaux préparatoires* є допоміжним інструментом тлумачення. Однак, незважаючи на свою допоміжну роль, *travaux préparatoires* у міжнародній судовій практиці виконують функцію першоджерела джерела права, що за певних обставин робить їх незамінним елементом тлумачення договорів<sup>28</sup>.

“Законодавчі факти” у судовій практиці та доктрині можуть розумітись ширше, ніж досі було описано, і не зводяться до обставин, які мали місце в процесі нормотворення, натомість охоплювати також обставини, які стали причиною змін у праві, а то й взагалі будь-яких пов’язаних із цими змінами обставин.

Так, у доктрині законодавчих фактів у США цим поняттям виправдовують здатність Верховного Суду брати до уваги ‘соціальні, демографічні та інші дані, які не були встановлені раніше під час розгляду і навіть вперше постали перед ним при перегляді справи’. Обґрунтування цієї концепції полягає у тому, що такі факти є істотними для тієї частини юрисдикційного процесу, який стосується встановлення загального правила. Історично вони навряд чи можуть бути спірними. Водночас від-

<sup>28</sup> Ю Мовчан, ‘Travaux préparatoires в практике международных судебных институций’ [2015] 5/2 (15) Журналul juridic national: teorie și practică 127, 131.

сутньою стосовно них визнається вимога формальної безспірності або й навіть підтвердженої достовірності<sup>29</sup>.

### 1.5. “Змішані” питання

Незважаючи на те, що поняття “змішані питання права та факту” отримало академічне визначення в авторитетному юридичному словнику Блека, який визначає його як ‘питання, яке не є в чистому вигляді ні питанням факту, ні питанням права, і зазвичай змішані питання права і факту вирішуються присяжними’<sup>30</sup>, Р. Уорнер називає таке визначення досконало чітким і досконало замкненим на самому собі<sup>31</sup>.

Власне, дослідники у правових системах, для яких властива проблема змішаних питань, визнають, що термін “змішані питання” – це скоріше спроба приховати складність комплексу цих питань. Окремі питання, які суди називають “змішаними”, стосуються визначення того, чи певний набір фактів вкладається у відомий правовий стандарт або визначення, тобто йдеться про операцію, відому як “застосування права”. Інші стосуються оцінювання поведінки особи з визначенням того, чи була вона “добросовісною” або “розумною”. Решта питань вважаються змішаними тому, що складаються із декількох поєднаних питань. Суди не досягли згоди з приводу перегляду всіх змішаних питань, тому що цей термін означає занадто багато цілковито відмінних одна від одної речей<sup>32</sup>.

Такий підхід, як загалом і категорія змішаних питань, зазнає критики, адже відсутність чіткості і послідовності стосовно змішаних питань залишає по собі враження, що суди можуть обирати стандарт перегляду залежно від того, якого результату вони хочуть досягти<sup>33</sup>. Так, суди Англії для перегляду “дискреційних” рішень застосовують стандарт “однозначно помилковий”, тоді як для перегляду питань застосування оціночних категорій – стандарт “помилковий”<sup>34</sup>.

Р. Уорнер відзначає, що логічною помилкою буде розглядати змішані питання так, ніби вони містяться посередині діапазону між питаннями права і факту. Деякі питання взагалі перебувають поза цим діапазоном. Наприклад, у справі про заподіяння шкоди внаслідок недбалості встановлені факти не оспоруються, однак сторони не згодні стосовно того, чи була поведінка відповідача розумною, а рішення присяжних стосовно розумності поведінки є, на його думку, ні питанням права, ні питанням

<sup>29</sup> Griffin (n 16) 865.

<sup>30</sup> Garner B, *Black’s Law Dictionary* (9th edn, West 2009) (in English) 1094.

<sup>31</sup> Warner (n 8) 101.

<sup>32</sup> Ibid 102.

<sup>33</sup> Ibid 106.

<sup>34</sup> Ch Edmonds, ‘Appeals from Discretions, Satisfactions and Value Judgments: Reviewing the House Rules’ [2017] 41 (2) *Melbourne University Law Review* 24.

факту. Присяжні не вирішують, що, власне, сталося, адже це встановлено. Водночас вони не вирішують стосовно правила, яке застосовувалося б до всіх осіб у такій ситуації, у якій був відповідач. Вони лише вирішують, чи була поведінка особи розумною у визначених обставинах<sup>35</sup>.

Р. Уорнер визнає, що в багатьох випадках змішані питання слід було б називати “складеними”, оскільки одне питання насправді розкладається на декілька, окремі з яких є у чистому вигляді питаннями факту, інші – правовими з відповідним їм стандартом перегляду. Багато питань є питаннями права і при цьому вони залишені на вирішення присяжних, наприклад, питання про те, чи діяла особа в межах своїх посадових обов’язків<sup>36</sup>.

С. Будилін вказує на існування у системах загального права “прикордонних”, або “змішаних” питань, які складно віднести однозначно до питань права чи факту. До таких, на його думку, належать, зокрема, питання прийняття оферти у межах “розумного часу” (англ. *reasonable time*) після її одержання, існування достатніх підстав для порушення кримінальної справи, питання необережності тощо<sup>37</sup>. Щоправда, учений вважає, що вирішення проблеми стосовно віднесення цих “прикордонних” питань до тієї чи іншої категорії засноване не так на формальних параметрах питання, як на політико-правових міркуваннях стосовно того, хто і яким чином може вирішити це питання найбільш ефективно – суддя чи присяжні.

Тому ми можемо відкинути функціональний підхід для розмежування з двох причин. По-перше, його застосування призводить до того, що ми підмінюємо причину наслідком. Не питання факту є тими питаннями, що вирішують присяжні, вони вирішують ті питання, які є питаннями факту. По-друге, як будо щойно зазначено, присяжні вирішують не тільки питання факту.

Визнаючи існування так званих змішаних питань, таких як застосування оціночних категорій і застосування дефініцій, що у звичній нам термінології вкладається у поняття юридичної кваліфікації, які, на думку Р. Уорнера, не є ані питанням історичного факту, ані питанням права, він сам же виділяє так звані складені питання, які можуть бути розкладені на підпитання права і факту<sup>38</sup>. При цьому учений не застосовує той же підхід до інших змішаних питань, хоча це цілком виправдано, а результат переважно вдалий і дає змогу усунути нечіткість у підходах до них разом із самим поняттям змішаних питань.

<sup>35</sup> Warner (n 8) 108.

<sup>36</sup> Ibid 110–1.

<sup>37</sup> Будилін (н 5) 83–8.

<sup>38</sup> Warner (n 8) 136.

Підхід до так званих змішаних питань як до питань, у яких потрібно одночасно встановити факт і право, не витримує критики. Так, у багатьох випадках застосування права не потребує встановлення факту, тобто вирішення питання факту з допомогою доказів або інших засобів, якими виконується тягар доказування. Тому зі значними застереженнями можна було б погодитися з тим визначенням поняття “змішаних” питань, яке відносить їх ні до питань права, ні до питань факту. Водночас видається більш виправданим відносити значну частину так званих змішаних питань, зокрема тих, які стосуються застосування оціночних категорій, тобто питання застосування права, до питань права.

### 1.6. Застосування права як “змішане” питання

Як бачимо з поданих вище визначень, “чистим” питанням права у традиції загального права визнається те, що ми б назвали тлумаченням норми права, а також творення норм права, судова правотворчість. Власне, застосування права випадає за межі цього визначення. Хоча за дефініціями, які дає Інститут юридичної інформації та Школа права *Cornell*, питання права – це питання, яке: 1) стосується застосування або тлумачення права; 2) питання стосовно того, яке право підлягає застосуванню; 3) питання факту, яке, утім, було віднесене на вирішення суддів, а не присяжних<sup>39</sup>. Інше енциклопедичне визначення також відносить до питань права питання, ‘які належать до компетенції судді, а не присяжних, оскільки вони потребують застосування або тлумачення юридичних принципів або нормативних актів’<sup>40</sup>.

Отже, застосування права все ж віднесене до питань права, однак, знову ж таки, за функціональним критерієм, тобто через те, що його вирішує суддя, а не як результат глибокого аналізу природи цього питання.

Поняття “застосування права” Р. Уорнер взагалі вважає за необхідне свідомо уникати, оскільки, на його думку, воно є неоднозначним і часто може стосуватись різних речей: застосування оціночних категорій і дефініцій, тлумачення права. При цьому позначення його як змішаного питання тільки додає плутанини<sup>41</sup>.

Нам складно погодитися з необхідністю уникати поняття “застосування права”, оскільки, з одного боку, воно традиційно закріпилося у вітчизняній теорії процесуальних галузей права, та й у теорії права загалом, а з другого – сучасну практику здійснення правосуддя без нього складно

<sup>39</sup> ‘Question of law’, *Wex legal dictionary and encyclopedia by the Legal Information Institute at the Cornell Law School* <[https://www.law.cornell.edu/wex/question\\_of\\_law](https://www.law.cornell.edu/wex/question_of_law)> (accessed: 17.07.2020).

<sup>40</sup> ‘Question of Law’ in *West’s Encyclopedia of American Law* (2nd edn, 2008) <<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Question+of+Law>> (accessed: 17.07.2020).

<sup>41</sup> Warner (n 8) 129.

увияти. На тому, що є застосуванням права, побудовано відмежування повноважень суду касаційної інстанції.

Дослідивши історичні витoki розмежування питань права і факту та з'ясувавши слабкі місця, а саме незадовільність функціонального критерію як основи для розмежування, у подальших розділах цієї статті ми звернемося до того, який критерій можна було б визнати задовільним як у системах, із яких походить це розмежування, так і у вітчизняному праві, де функціональний критерій тим паче непридатний, зважаючи на те, що справи загалом переважно вирішуються професійними суддями без залучення присяжних.

## *2. Питання права і факту у вітчизняній теорії правозастосування та національних судових процесах*

Незважаючи на те, що поняття “питання права”, яке є широко вживаним у правовій доктрині західноєвропейських країн і на американському континенті, у вітчизняній теорії правозастосування донедавна не використовувалося (визначення цього терміна також відсутнє у вітчизняній юридичній енциклопедії), воно все ж є поняттям процесуального законодавства. Так, відповідно до абзацу 2 ч. 2 ст. 98 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) предметом висновку експерта не можуть бути питання права. У тій же ч. 2 цієї статті визначено, що ‘предметом висновку експерта може бути дослідження обставин, які входять до предмета доказування та встановлення яких потребує наявних у експерта спеціальних знань’<sup>42</sup>. Це, власне, і є питання факту.

Від поняття “питання права” слід відрізнити “питання про право”, що є категорією, яка також використовується у національному процесуальному праві в контексті випадків, коли суд може ухвалити додаткове рішення: суд, вирішивши питання про право, не зазначив точної грошової суми, присудженої до стягнення, або майно, яке підлягає передачі, або дії, що потрібно виконати (п. 2 ч. 1 ст. 270 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)<sup>43</sup>, п. 2 ч. 1 ст. 244 ГПК України), суд, вирішивши питання про право, не визначив способу виконання судового рішення (п. 2 ч. 1 ст. 252 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)<sup>44</sup>).

При вирішенні питання про право йдеться про суб’єктивне право особи, а названі вище підстави для ухвалення додаткового рішення вво-

<sup>42</sup> Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (дата звернення: 27.07.2020).

<sup>43</sup> Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (дата звернення: 27.07.2020).

<sup>44</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>> (дата звернення: 27.07.2020).

дять у національний процес категорію біфуркації, тобто відокремлення послідовних стадій вирішення суті справи, хоча й видно, що в означених випадках таке відокремлення розглядається імовірніше як недолік, який слід виправити, аніж як звичайна допустима практика, спрямована на підвищення ефективності процесу, якою вона є в деяких інших країнах, у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) (де має місце ухвалення окремих рішень стосовно визнання порушення конвенційних прав і стосовно справедливої сатисфакції) і в арбітражі (наприклад, біфуркація питань про юрисдикцію і стосовно суті справи, або біфуркація стосовно визнання порушення і вирішення питання про стягвані суми<sup>45</sup>).

Отже, питання права стосується об'єктивного права – тлумачення правових норм і їхнього застосування. Натомість питання про право у національному процесуальному законодавстві стосується суб'єктивного права особи.

Обґрунтувавши важливість розмежування питань права та факту й описавши у попередньому розділі цієї статті поширену закордонну практику функціонального і по суті логічно замкненого на самому собі підходу до розмежування, ми впритул підходимо до того, що на заміну такому підходу слід запропонувати, якщо це можливо, критерії, в основі яких лежатиме розуміння природи цих феноменів.

### 2.1. Формально-логічне та філософсько-правове розмежування питань факту і права

Визнаючи виправданою дихотомію права і факту у правозастосуванні, варто також визнати відмінності у тому, як суд у процесі застосування права здобуває знання про те і те. Знання про факти конкретної справи мають імовірний характер, у змагальному процесі на сторони покладається тягар доказування і подання доказів для того, аби це знання у суду сформувалося, а ризик того, що це знання буде неповним або недостовірним, покладається на сторону, яка не виконала тягар доказування в умовах забезпечення їй належного процесу. Натомість знання права, принаймні національного, для суду неспростовно презюмується, як і його однакове застосування.

Це послідовно відображає принцип “*jura novit curia*”, у якому втілено неспростовну презумпцію знання судом права або, якщо відкинути поняття неспростовної презумпції як суперечливе, то ця максима закріплює правило про обов'язок суду *ex officio* встановлювати зміст і засто-

<sup>45</sup> К Пильков, *Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже* (Освита України 2016) 165.



совувати право, що також виражається у латинській максимі “*Da mihi factum dabo tibi jus*” (“Дай мені факти, я дам тобі право”).

На обґрунтованість окресленого вище підходу вказують також прийняті у багатьох правових системах стандарти перегляду судових рішень, які є вищими для питань факту порівняно з питаннями права. Це також стосується обмеження українським процесуальним законодавством суду касаційної інстанції у можливості самостійно вирішувати питання факту, однак не права, що загалом підкріплює ідею про те, що у питаннях факту, які є спірними між сторонами і стосовно яких діє принцип змагальності, сторонам має бути надана можливість один раз в умовах належного процесу сперечатись і переконувати суд, а перегляд судового рішення не повинен перетворюватися на надання повторної такої можливості. Натомість у питаннях права, де існує обов'язок суду забезпечити правильне й однакове застосування права, перегляд не наштовхується на викладені вище обмеження.

Отже, на заміну незадовільному функціональному критерію слід запропонувати формально-логічний критерій того, яке знання покладено в основу висновку у тому чи іншому питанні – результат індукції, що має імовірний характер і прийняття якого як істинного становитиме нове знання, або результат дедукції, коли виведене знання не є новим, а вже міститься у засновках. На принципі індукції та індуктивному умовиводі як джерелі нового знання, на відміну від дедуктивного, який є достовірним, однак не містить у самому собі нового знання порівняно з тим, що вже міститься у його засновках, зосереджував увагу Б. Рассел<sup>46</sup>. Вирішення питання факту в кінцевому підсумку здійснюється унаслідок прийняття як істинного індуктивного умовиводу, який далі становить більший із засновків в умовиводі про встановлення конкретного факту. Умова, за якого умовивід, що має імовірний характер, може бути прийнятий як істинний, є стандартом доведення (доказування)<sup>47</sup>. Натомість вирішення питання, зрештою, тобто, власне, у застосуванні права – це дедуктивний умовивід.

Проілюструємо прикладом. Маємо питання факту: “Чи був поставлений товар?”. Маємо доказ: “Накладна, в якій вказано товар та містяться підписи біля прізвищ і посад директорів підприємств продавця та покупця”. Умовивід у питанні факту схематично може бути зроблено таким чином, як подано нижче.

<sup>46</sup> Б Рассел, *Історія західної філософії* (Лісняк Ю пер, Основи 1995); Б Рассел, *Проблеми філософії* (пер с англ, Республіка 2000).

<sup>47</sup> К Пільков, ‘Стандарт доказування як складник забезпечення права на справедливий суд’ в *Імплементація міжнародних стандартів у цивільне та господарське судочинство України: збірник матеріалів II науково-практичного круглого столу* (Бобрик В наук ред, НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф Г Бурчака НАПрН України) 49.

Таблиця 1. Умовивід у питанні факту

Приклад	Схема умовиводу
Іноді (з імовірністю $P$ ) якщо товар поставлено ( $A$ ), сторони підписують накладну ( $B$ )	Більший засновок, який є результатом індуктивного умовиводу Іноді (з імовірністю $P$ ), якщо $B$ істинне, то $A$ істинне
Тому іноді ( $P$ ) підписана накладна ( $B$ ) свідчить про те, що товар поставлено ( $A$ )	
Є підписана сторонами накладна про поставку товару ( $B$ )	Менший засновок $B$ істинне
Імовірно, товар поставлено	$A$ істинне з імовірністю $P$

Сам цей умовивід є дедуктивним, однак у його основі лежить більший засновок, який є результатом індуктивного умовиводу, який має імовірнісний характер, що далі переноситься в умовивід у досліджуваному прикладі. Внаслідок того, що імовірнісне судження приймається як істинне, набувається нове знання. Рівень імовірності, за якого таке судження приймається як істинне, у теорії судового доказування називається стандартом доказування.

Таблиця 2. Вирішення питання права – застосування норми до встановлених обставин

Більший (правовий) засновок – норма права: У випадку, якщо за поставлений товар ( $A$ ) покупець не розрахувався ( $B$ ), із нього слід стягнути ціну товару ( $C$ )	Якщо $A$ та $B$ істинні, то $C$ істинне
Менший (фактичний) засновок 1 Товар покупцю поставлено ( $A$ )	$A$ істинне
Менший (фактичний) засновок 2 За товар покупець не розрахувався ( $B$ )	$B$ істинне
Висновок Із покупця слід стягнути ціну товару ( $C$ )	$C$ істинне

Висновок про те, що з покупця слід стягнути ціну товару з необхідністю виводиться із попередніх засновків за допомогою дедуктивного умовиводу:

- перший засновок містить норму права;
- другий та третій засновки містять відповіді на питання факту – власне, набір фактів, з якими норма права пов'язує певний наслідок;
- висновок із необхідністю випливає з цих двох засновків.

Знання суду про факти справи завжди має імовірнісний характер, воно складається внаслідок виконання сторонами тягара доведення на підставі доказів та інших засобів, за допомогою яких виконується тягар доведення (юридичні презумпції, фікції, преюдиція, визнання обставин, інші випадки застосування правил про звільнення від доказування). Таким чином, із застосування певного стандарту доведення формується внутрішнє переконання судді, тобто імовірне знання приймається як істинне. За висловом Г. Шпета, який дав найбільш загальну характеристику віри, вона полягає ні в чому іншому, як у прийнятті можливого за дійсне<sup>48</sup>. Саме у формуванні такого різновиду віри як внутрішнього переконання судді стосовно істинності певного імовірного знання полягає вирішення питання факту. При цьому вимога до того, що рішення суду не може ґрунтуватись на припущеннях, яке застосовувалося загальними судами України всіх юрисдикцій, а в окремих процесуальних законах залишилося закріпленим у різних формулюваннях ('Доказування не може ґрунтуватись на припущеннях' у ч. 6 ст. 81 ЦПК України та 'Обвинувальний вирок не може ґрунтуватись на припущеннях <...>' у ч. 3 ст. 373 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)<sup>49</sup>) слід розуміти не так, що індуктивне, імовірнісне знання відкидається загалом. Недопустимим є припущення, яке не ґрунтується на доказах або інших засобах, за допомогою яких виконується тягар доведення замість доказів.

Іншим послідовним втіленням принципу "*jura novit curia*" і підтвердженням існування підстав для розмежування питань права і факту з різними підходами до них є ставлення у національному процесі до того, що у загальній теорії судового доказування називається доказами права, за допомогою яких встановлюється зміст права. Суд, який неспростовно знає національний закон, не потребує сторонньої допомоги у питанні застосування його норм. Ця теза також підкріплена тим, що процесуальний закон передбачає право учасників справи подати до суду висновок експерта у галузі права щодо: 1) застосування аналогії закону, аналогії права, або 2) змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній державі (ч. 1 ст. 108 ГПК України, ч. 1 ст. 114 ЦПК України, ч. 1 ст. 112 КАС України). У питанні застосування конкретних норм національного права суд процесуально висновок експерта у галузі права не потребує, а наукові висновки з цих питань, подані учасниками до суду, можуть бути взяті до уваги як частина пояснень учасника з на-

<sup>48</sup> Б Мещеряков, В Зинченко, *Большой психологический словарь* (3-е изд, Прайм-Еврознак 2002) 129.

<sup>49</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 27.07.2020).

уковим викладенням його позиції, як це зробив Верховний Суд у п. 26 постанови у справі від 7 грудня 2018 р. № 910/7547/17<sup>50</sup>.

Вітчизняне процесуальне законодавство виходить із того, що такі “докази” права, які стосуються застосування норми національного права, власне, доказами у процесуальному значенні не є. Це вкладається у межі раніше окресленої логіки, відповідно до якої неспростовно презюмується, що непевності у питаннях права для суду немає, тому й імовірного знання, яке одержується за допомогою доказів, у суду у питаннях права одержувати немає потреби, а відповідно, і на сторони не покладається тягар переконування суду у цих питаннях. Відповідно, не вважається, що, одержуючи такі “докази” права, як наукові висновки щодо застосування норми права, суд має поширювати на них правила, якими регулюється одержання доказів факту. Так, Верховний Суд як суд касаційної інстанції позбавлений права одержувати і самостійно досліджувати докази. Прийняття викладеного вище підходу до “доказів” права, як таких, що доказами не є, виправдовує право Верховного Суду в передбачених законом випадках (ч. 7 ст. 303 ГПК України, ч. 7 ст. 404 ЦПК України, ч. 7 ст. 347 КАС України, ч. 7 ст. 434<sup>2</sup> КПК України) одержати від фахівців Науково-консультативної ради при Верховному Суді науковий висновок щодо застосування норми права. Такі висновки завжди мають консультативний, а не доказовий характер. А сам науковий висновок, як його розуміє Верховний Суд, ‘не передбачає покладення на автора висновку частини повноважень суду з юридичної кваліфікації обставин конкретної справи, а має бути надано стосовно абстрактної ситуації, як вона описана у питаннях, які ставляться для надання висновку’<sup>51</sup>. Аналогічно не є доказом і будь-який науковий висновок щодо застосування норми права, який може бути наданий учасником справи, зокрема й до Верховного Суду.

Також, якщо поглянути на відмінність питання факту та питання права на рівні узагальнення, яке досягається у філософії права, то одним із важливих аспектів цієї відмінності буде те, що питання факту – це питання про те, *що* мало місце у дійсності або які передумови вже існують для того, аби внаслідок дії певних об’єктивних законів чи закономірностей у майбутньому мав місце певний стан чи подія, тоді як питання права – це питання про те, *як є, має бути або як мало б бути відповідно до норми права*. Залежно від того, якої відповіді потребує питання, з озиранням на право чи без нього, відповідь на зовні одне й те саме питання буде відповіддю або на питання права, або на питання факту.

<sup>50</sup> Постанова Верховного Суду у складі суддів об’єднаної палати Касаційного господарського суду від 7 грудня 2018 р. № 910/7547/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/78484783>> (дата звернення: 20.07.2020).

<sup>51</sup> Там само.

## 2.2. “Трансформація” питань факту у питання права

Щойно питання факту зазнає впливу права, воно “розпадається” на питання права і питання факту, тобто відповідь на нього необхідно дати у формі дедуктивного умовиводу, де засновками будуть відповідна норма і відповідь на питання факту. Якщо бути більш точним, то питання факту, яке зазнає впливу права, стає питанням права. Наприклад, питання “Чи був укладений між сторонами спору договір А?” при поданні на підтвердження існування договору друкованого документа, який містить підписи керівників компаній сторін договору, було б питанням факту і відповідь на нього можна було б дати за наслідками оцінки цього документа як доказу. Однак припустимо, що стверджується, що договір не було укладено, оскільки підписи на ньому були проставлені сторонами у різний час і в різних місцях, а не у місці і в дату підписання договору, вказану у його преамбулі. Тоді має місце трансформація первинного питання факту у питання права “Чи слід вважати договором підписаний сторонами у різний час та у різних місцях документ А?”.

Далі питання факту про те, чи насправді був підписаний керівниками сторін документ А, може трансформуватись у питання права, якщо, наприклад, стверджується, що документ містить не підпис керівника компанії-покупця, а всього лише його прізвище, однак написане від руки самим керівником у графі для підпису. Тоді, якщо, відповідаючи на запитання – чи слід вважати підписом таку позначку? – ми застосовуємо норму права, яка каже, що значення має не графічне відтворення звичайного підпису особи, а виявлений письмово намір прийняти зобов’язання, і будь-яка позначка, зроблена з таким наміром, може бути прийнята як підпис, ми знову ж таки відповіли на питання права.

Як бачимо, у цьому простому прикладі питання про те, чи укладено між сторонами договір, який сам первинно міг бути питанням факту, виявилось питанням права і далі для свого вирішення потребувало послідовної відповіді на наступні питання права, аж поки ми не досягли остаточного питання факту.

Так само вже зазначене раніше питання факту стосовно схожості торгових марок до ступеня змішування може зазнавати впливу права, якщо, наприклад, закон чи практика його застосування висуватимуть критерії або підстави для висновку про таку схожість. Тоді це питання перетвориться на питання права, на яке можна буде дати відповідь після вирішення питання факту – встановивши існування обставин, які далі можуть бути кваліфіковані як визначені у законі підстави.

Зважаючи на неспростовну презумпцію знання права судом – *jura novit curia* – у теорії судового правозастосування слід вважати, що на всіх

етапах суд самостійно вирішує питання права, однак якщо у процесі матимуть місце обставини, які будуть підставами для такої трансформації. Такими процесуальними обставинами є твердження сторін. Без твердження сторони про те, що документ А було підписано у різні дати і у різних місцях, у суду немає підстав вирішувати питання про те, чи укладено договір А як питання права, а не факту. Так само без твердження сторони про те, що підпис керівника покупця на документі А є не звичайним підписом, а лише написанням прізвища цієї особи, у суду немає підстав трансформувати питання факту “Чи підписаний сторонами документ А?” у питання права “Чи належить вважати підписаним документ А, який містить замість звичайного підпису власноручне написання прізвище особи?”.

Всюди, де суд робить висновок, у якому одним із засновків має бути норма права, такий висновок є відповіддю на питання права. Це має особливе значення для уникнення помилок, які трапляються, коли висновки у питаннях права, а саме стосовно юридичної оцінки того чи іншого факту, приймаються як висновки стосовно встановлення фактичних обставин, зокрема у трьох важливих випадках: коли суд касаційної інстанції визначає, що є встановленими судами обставинами; при застосуванні правил про преюдицію; у випадку перегляду судового рішення за нововиявленими обставинами. Немає “обставин незаконності”, натомість можуть мати місце обставини, які відповідно до права, що підлягає застосуванню, даватимуть підставу для висновку про незаконність. Зрозуміло, що у багатьох випадках вживання таких понять є просто способом скоротити назву категорії, суть якої від цього не змінюватиметься. Наприклад, саме так можна поставитись до словосполучення “за фактом незаконного заволодіння майном” у кримінальному судочинстві. Очевидно, що не йдеться про спробу віднести питання законності до питань факту, натомість мовиться про обставини, які можуть бути кваліфіковані певним чином. Однак, коли питання права дійсно штучно визнається питанням факту, це може зашкодити правильному вирішенню справи. Так може трапитись, якщо, наприклад, висновок суду у питанні права буде помилково взято до уваги як обставину, що має преюдиціальне значення в іншій справі<sup>52</sup>, наприклад, якщо суд надасть преюдиціального значення встановленим в іншій справі “обставинам незаконності дій” сторони. Тобто, як бачимо, проблема трансформації питань факту у питання права відчутна у практиці застосування правил про преюдицію, коли розмежування встановленої

<sup>52</sup> К Пільков, ‘Умови обов’язковості для господарського суду фактів, встановлених в іншій справі’ (2019) 11 Підприємництво, господарство і право 108.

фактичної обставини (питання факту) і її юридичної кваліфікації (питання права) особливо важливе.

### 2.3. Розмежування фактичних обставин і їх юридичної кваліфікації

Вітчизняна доктрина правозастосування, яка донедавна не оперувала широко поняттями питання права та питання факту і не розглядала правозастосовний процес як послідовне вирішення цих питань, утім, традиційно досліджувала процес правозастосування як стадійний процес. У процесі застосування права у вітчизняній теорії права було прийнято виділяти такі стадії:

- 1) встановлення фактичних обставин справи;
- 2) встановлення юридичної основи справи (юридична кваліфікація фактичних обставин);
- 3) прийняття рішення та його документальне оформлення у правозастосовному акті.

При цьому поняття факту (фактичної обставини) та юридичного факту (факту, якому вже надано певне юридичне значення) є, як бачимо, відмінними поняттями. Вітчизняна доктрина і судова практика для недопущення використання понять факту та юридичного факту як синонімів навіть ввели у вжиток поняття фактичної обставини, що саме собою містить тавтологію, яка все ж виявилася необхідною для зосередження уваги на тому, що фактична обставина – це факт у чистому вигляді.

О. Скакун, аналізуючи процес правозастосування, розкриває стадію встановлення фактичних обставин справи і жодного разу не ототожнює фактичні обставини та юридичні факти. Фактичні обставини встановлюються через доказування. Доказування дає змогу відтворити той чи інший фрагмент дійсності. Наступною після встановлення фактичних обставин справи в її описі стадій є встановлення юридичної основи справи (інакше: юридична кваліфікація фактичних обставин). Вона здійснюється через співвіднесення певної обставини з певними юридичними нормами<sup>53</sup>.

Натомість Я. Романюк відзначає, що важливою, якщо не головною, передумовою ухвалення законного й обґрунтованого судового рішення є встановлення фактичних обставин справи – певного кола фактів, з якими закон пов'язує правові наслідки. Фактичні обставини встановлюються завдяки доказуванню. Встановлення фактичних обставин (фактів), на його думку, є першою стадією судового правозастосування у цивільному процесі, на якій відбувається встановлення фактів, що мають значення для вирішення цієї справи (юридичних фактів), або, інакше кажу-

<sup>53</sup> О Скакун, *Теорія права і держави: підручник* (2-ге вид, Алерта 2010) 420–1.

чи, фактичних обставин справи. Я. Романюк робить загальний висновок про те, що результатом доказування є встановлення юридичних фактів судом<sup>54</sup>.

Якщо визнати, що встановлення юридичних фактів є першою стадією правозастосування, чого робити не варто, як буде показано далі, то видається, що тут закралася логічна неточність, яка полягає в ототожненні юридичного факту з фактичною обставиною. Дійсно, суддя, одержуючи інформацію про факти справи, зосереджує увагу на тих фактах, які є належними до справи, тобто таких обставинах, які матимуть юридичне значення. Але таке юридичне значення фактам справи буде надано в результаті їх юридичної кваліфікації, за наслідками якої про певні встановлені факти можна буде говорити як про юридичні факти. Юридичний факт, як його визначають у теорії права, вже має у своїй основі зв'язок між фактом і правовими наслідками, які такий факт тягне за собою. Фактичні обставини самі собою, тобто без юридичної кваліфікації, такого зв'язку не мають.

Що є причиною такої плутанини складно відповісти. Можливо, помилку проковує саме поняття юридичного факту та, ще більшою мірою, пов'язане з ним поняття фактичного складу. Юридичний факт – передбачена нормами права конкретна життєва обставина (подія, дія, стан), котра є підставою для настання певних юридичних наслідків<sup>55</sup>. Сукупність юридичних фактів, необхідних для настання правових наслідків, передбачених нормами права, називається фактичним складом<sup>56</sup>.

Можливо, причина ще й у тому, що юридичний факт розцінюють як факт, який містить юридичну компоненту у потенціалі. Однак це не так. Факт є юридичним лише тоді, коли юридична компонента існує. Сам собою певний факт може навіть мати різні юридичні значення у контексті різних відносин. У теорії правозастосування це означає, що юридичним факт стає внаслідок юридичної кваліфікації. Ілюстрацією на підтвердження цієї тези може бути те, що серед юридичних фактів виділяють дії, а дії як юридичний факт поділяють на правомірні та неправомірні (проступки та злочини)<sup>57</sup>. Тобто злочин у теорії юридичних фактів є юридичним фактом. Цілком зрозуміло, що дія для того, аби називатись злочином, потребує кримінально-правової кваліфікації.

Юридичні факти в правовій науці зазвичай трактуються як передбачені правовими нормами реальні життєві обставини, що призводять до виникнення, зміни або припинення правовідносин. Водночас у дійсності

<sup>54</sup> Я. Романюк, 'Встановлення фактичних обставин справи як перша стадія правозастосування у цивільному процесі' [2016] 6 (2) Jurnalul juridic national: teorie și practică 99–100.

<sup>55</sup> Скакун (н 53) 401.

<sup>56</sup> А. Васильєв (ред), *Теорія права і держави: підручник* (КНТ 2010) 297.

<sup>57</sup> Скакун (н 53) 403.



юридично значущі обставини мають конкретний характер, являють собою одиничні факти (конкретна дія конкретного суб'єкта в конкретній ситуації; конкретна одинична подія). Але правові норми саме тому є нормами (загальними правилами), що не розраховані на одиничний факт і регулюють відносини певного виду чи навіть роду, а отже, орієнтують лише на ідеальні моделі, що є результатом узагальнення й абстрагування. Ситуація зі своїми специфічними особливостями і проблема її зіставлення з певною нормою дають поштовх до того, аби встановити й за потреби уточнити обсяг сфери застосування норми, беручи до уваги конкретну ситуацію. О. Черданцев вважає, що конкретизація сфери застосування норми може здійснюватися або “зверху” (від загального правоположення до конкретного факту), або “знизу” (від конкретної ситуації до загальної й абстрактної норми). У першому випадку йдеться про виведення конкретних положень із більш загальних, у другому – про підведення (субсумцію) конкретного факту під дію загальної й абстрактної норми, унаслідок чого він неначе “включається” до сфери застосування норми. Р. Циппеліус протиставляє конкретизацію сфери застосування норми, здійснювану “зверху” (у термінології О. Черданцева), з конкретизацією “знизу” (надаючи перевагу першій), хоча й зазначає, що конкретизацію “здійснюють, “кидаючи погляд то туди, то сюди”, то на норму, то на ситуацію, що її ця норма має врегулювати”<sup>58</sup>. Такий підхід, за якого у правозастосуванні неодноразово доводиться “кидати погляд” то на норму права, то на факт, не дає змогу визначитися з тим, із чого ж, власне, починається процес правозастосування – із вирішення питання факту чи, хоч б і попередньо, права.

Класичні вітчизняні підручники з теорії права, розкриваючи механізм правозастосування, принаймні схематично вказують на встановлення фактів як першу стадію, тобто підтримують концепцію руху від факту до права. Історично ця концепція відома здавна і була закріплена ще у латинській максимі “*Da mihi factum dabo tibi jus*” (“Дай мені факти, я дам тобі право”), за якою певна життєва ситуація з набором встановлених фактів співвідносилася з відповідними правовими нормами (рух від факту до права), а не правова норма вказувала на те, які факти далі слід встановити (рух від права до факту).

#### 2.4. Рух “твердження про факт – право – встановлення належних фактів – настання правових наслідків”

Детально розкриваючи у правозастосуванні рух від факту до права, тобто від встановлення обставин до їх юридичної кваліфікації і застосу-

<sup>58</sup> Д Бочаров, *Правозастосовча діяльність: поняття, функції та форми: проблемні лекції* (АМСУ 2006) 22, 24.

вання правових наслідків, Ж.-Л. Бержель описав його таким чином. Механізм переходу від факту до права уявляється досить простим: закон має на увазі певний факт, набір обставин, у центр якого поставлено людину, аби видобути з цього правові наслідки. Перший факт – це людський акт, з яким співвідносяться внаслідок причинного зв'язку правові наслідки. Як і у випадку з фізичним законом, реалізація правового наслідку часто передбачає об'єднання численних і складних умов. Однак на противагу тому, що відбувається з фізичними явищами, юридичний наслідок, який співвідноситься з цими умовами, не набуває чинності автоматично. Факт сам собою не тягне за собою правових наслідків. Для того аби він їх мав, необхідно, щоб існувало юридичне правило, яке застосовує до певних фактів певні наслідки і яке виступає у ролі більшого терміну силлогізму; необхідно також, щоб якийсь інститут влади визначав правило, яке підлягає застосуванню до таких фактів, і виводив із цього наслідок. Відповідно, у зв'язку з процедурою встановлення посилок виникають два види утруднень: для визначення меншого терміну необхідно, щоб була встановлена фактична ситуація; для виявлення більшого терміну необхідно ідентифікувати цю ситуацію відносно юридичних понять, правил та інститутів, тобто необхідно її концептуалізувати. Певний факт не може створити юридичні наслідки винятково через власні якості. Необхідно, щоб юридична норма додала такому факту властивість, якої не вистачає, а саме надала йому особливе значення, певні правові наслідки й одночасно з цим дала йому певну назву<sup>59</sup>. Як бачимо, незважаючи на те, що Ж.-Л. Бержель проголошує рух від факту до права, з його опису процесу цього руху складно чітко визначити відправну точку. За таких умов можна було б погодитися з тезою Н. Чертової та І. Юринської про те, що єдиний процес правозастосування розбивається на низку стадій досить умовно, з метою більш ефективного вивчення цього процесу, а на практиці застосування права здійснюється через одночасне звернення до фактів та принципів і норм права, які становлять основу судового рішення<sup>60</sup>.

Все ж видається, що від підходу до правозастосування як такого, що на практиці не має чіткої відправної точки у вигляді факту чи права, можна відійти. Попри те, що процес судового правозастосування описується деякими дослідниками так, що може скластись враження, що це замкнене коло (встановлені обставини справи дають змогу обрати норму права, яка підлягає застосуванню, а перелік обставин, які необхідно встановити

<sup>59</sup> Ж.-Л. Бержель, *Общая теория права* (пер с фр, NOTA BENE 2000) 500–1.

<sup>60</sup> Н. Чертова и И. Юринская, 'Механизм принятия судебного решения: теоретические аспекты' (2015) 3 Вестник Северного (Арктического) федерального университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки 119.

для застосування норми права, встановлює сама норма права), пропонуваній нижче підхід все ж знаходить вхід і вихід із цього процесу.

Видається, що у змагальному судовому процесі правозастосування слід розглядати як послідовність таких стадій:

- 1) твердження про обставини, які становлять підставу позову;
- 2) визначення норми права і визначення серед поки що стверджуваних обставин тих, з якими норма права пов'язує певні наслідки, внаслідок чого відбувається окреслення предмета доказування;
- 3) встановлення обставин, які належать до предмета доказування;
- 4) висновки про наслідки, з якими право пов'язує встановлені факти;
- 5) вольовий акт суду, спрямований на настання визначених законом наслідків.

Опосередкованим практичним підтвердженням правильності такого теоретичного бачення стадійності (замість “факт – право – наслідки” концепція “твердження про факт – право – встановлення факту – юридичні наслідки”) є закріплення у процесуальних кодексах можливих наслідків подання завідомо безпідставного позову.

Очевидно, що у випадку завідомо безпідставного позову не йдеться про звичайну ситуацію подання позову і подальшу нездатність позивача довести обставини, які становлять його підставу, що може бути оцінено лише в процесі розгляду справи по суті за результатами оцінки доказів. Тоді як можливо вже на стадії вирішення питання про відкриття провадження дійти висновку про те, що позов подано як завідомо безпідставний? Адже наслідком подання завідомо безпідставного позову (п. 3 ч. 2 ст. 44 ЦПК України, п. 3 ч. 2 ст. 43 ГПК України, п. 3 ч. 2 ст. 45 КАС України) є право суду повернути або залишити без розгляду позовну заяву. Такий висновок не повинен потребувати дослідження доказів, а тільки вирішення питання права. Отже, такого висновку суд може дійти, оцінюючи не докази на підтвердження певних обставин, а самі лише твердження позивача про обставини і їх наслідки через призму права, що підлягає застосуванню. Якщо стверджені позивачем обставини відповідно до права, що підлягає застосуванню, не можуть бути підставою для настання тих наслідків, про які просить позивач, то предмет доказування відсутній, інакше кажучи, немає потреби у доведенні тих обставин, на які посилається позивач, адже вони не мають юридичного значення. Немає потреби починати встановлювати обставини справи, рухатись у напрямку “факт – право”.

Те, що суд здатен дослідити і досліджує ще до розгляду справи по суті і навіть до відкриття провадження у справі підстави позову у тому вигляді, в якому про них стверджується, тобто твердження про обставини,

а не самі обставини, підтверджується існуванням у суду повноваження відмовити у відкритті провадження, якщо є таке, що набрало законної сили, рішення чи ухвала суду про закриття провадження у справі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, або є судовий наказ, що набрав законної сили, за тими самими вимогами; або у провадженні цього чи іншого суду є справа зі спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав (пункти 2 та 3 ч. 1 ст. 186 ЦПК України, пункти 2 та 3 ч. 1 ст. 175 ГПК України). Схожі правила містяться у пунктах 2 та 4 ч. 1 ст. 170 КАС України.

Вирішення цих питань не потребує встановлення обставин, тобто вирішення питання факту, а лише кваліфікації тверджень про певні обставини як підстави позову, що є питанням права.

У зв'язку з цим варто відзначити можливий напрям удосконалення процесуального законодавства через запровадження наслідків у вигляді повернення або залишення без розгляду позовної заяви також для випадків, коли подано безпідставний позов, однак суд не вважає таке подання зловживанням процесуальними правами.

Концепцію руху від факту до права в її уточненому вище вигляді, тобто від твердження про факти до права, яке пов'язує з цими фактами певні наслідки, і далі, до доведення цих фактів, і застосування до встановлених фактів передбачених правом наслідків, загалом підтримує чинне процесуальне законодавство, яке історично не містило, а у сучасних умовах в окремих процесах досі не містить серед вимог до позовної заяви наявності правового обґрунтування позовних вимог.

Вимога зазначити правові підстави позову висунута у господарському процесі (п. 5 ч. 3 ст. 162 ГПК України), у цивільному процесі її немає. У чинній до 15 грудня 2017 р. редакції ГПК України містилася вимога навести “законодавство, на підставі якого подається позов” (п. 5 ч. 2 ст. 54). Відсутність фундаментальної відмінності між цивільним і господарським процесами у застосуванні принципу змагальності до питань факту, а не права, вказує на те, що ця додаткова вимога у господарському процесі пояснюється сприйняттям сторін у господарській справі як більш підготовлених у питаннях права порівняно зі сторонами у цивільній справі. Ця додаткова вимога, однак не спростовує загальної тези про те, що на сторони не покладено тягар доведення у питаннях права.

Водночас до позовної заяви також не повинні бути обов'язково надані докази, якими, за твердженням позивача, підтверджуються обставини, на яких ґрунтуються позовні вимоги. Позивач зобов'язаний тільки зазначити про ці докази.

Це залишає суду можливість надалі оцінити значення стверджуваних позивачем обставин через призму норм права, які підлягають застосуванню, встановити обсяг предмета доказування і, відповідно, те, які докази будуть належними, тобто стосуватимуться обставин предмета доказування, адже належність також є питанням права<sup>61</sup>.

### 2.5. Висновок суду у лексиці судових рішень

Відповідями на питання факту є висновки суду про встановлення обставин справи, відповідями на питання права – висновки про правову кваліфікацію цих обставин та існування підстав для настання певних юридичних наслідків.

Із поняттям “висновок”, яке як категорія формальної логіки є досить однозначним, у процесуальних галузях національного права, утім, пов’язані істотні проблеми, а вживання цього поняття у лексиці судових рішень часто відбувається із наданням значення, яке суперечить його змісту у формальній логіці.

Процесуальні кодекси використовують поняття “висновок суду” у декількох значеннях: 1) висновок у питанні факту; 2) висновок у питанні права; 3) висновок як, власне, рішення, вольовий акт суду. В останньому випадку це використання є недоречним і таким, що створює підґрунтя для помилок.

Висновками у певних питаннях пояснюється необхідність існування підстав для певного рішення, однак сам висновок не є таким рішенням як вольовим актом. Нагадаємо, що у загальнозживаному значенні висновок – це остаточна думка про що-небудь, логічний підсумок, зроблений на основі спостережень, міркувань або розгляду певних фактів<sup>62</sup>.

Із тим змістовим навантаженням, яке в більшості випадків надає терміну “висновок” процесуальний закон, суд “доходить висновку” про щось (ч. 6 ст. 11, частини 2 і 3 ст. 39, ч. 6 ст. 208, ч. 3 ст. 246, ч. 5 ст. 302, ч. 6 ст. 303 ГПК України), суд має зробити висновки щодо питань права (ч. 2 ст. 109 ГПК України), в ухвалі “наводяться висновки суду про доведеність” (ч. 2 ст. 363 ГПК України). При виборі і застосуванні норм права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках Верховного Суду (ч. 4 ст. 236 ГПК України). У ГПК України у редакції, чинній до 15 грудня 2017 р., окремо згадувалося про правову позицію, викладену у висновках Верховного Суду України (ч. 4 ст. 82 ГПК України).

<sup>61</sup> К Пільков, ‘Властивості доказів та критерії їх оцінювання’ (2020) 4 Підприємництво, господарство і право 91.

<sup>62</sup> Словник української мови, т 11 (Наукова думка 1980) 492.

Вживаючи поняття “висновок” як категорію логіки, не можна дійти висновку, наприклад, про проведення засідання або задоволення позову. Натомість можна дійти висновку про необхідність, можливість або про існування підстав для задоволення позову. Так, наприклад, у ч. 4 ст. 183 ГПК України визначено випадки, коли суд призначає та проводить підготовче засідання спочатку при колегіальному розгляді справи, якщо суд “дійшов висновку про необхідність його проведення”.

Лише описуючи складові судового рішення, процесуальний закон вносить термінологічну плутанину, використовуючи термін “висновок” для позначення вольового акту – рішення, а не інтелектуальної операції.

Так, у мотивувальній частині ухвали має бути зазначено мотиви, з яких суд дійшов висновків, постановляючи ухвалу (п. 3 ч. 1 ст. 234 ГПК України). Натомість далі вказано, що в резолютивній частині мають бути висновки суду (пп. 4 (а) ч. 1 ст. 234 ГПК України). Те саме стосується і змісту рішення суду. У мотивувальній частині рішення зазначається, зокрема, ‘висновок про те, яка обставина, що є предметом доказування у справі, визнається судом встановленою або спростованою з огляду на більшу вірогідність відповідних доказів’ (п. 3 ч. 4 ст. 238 ГПК України)<sup>63</sup>.

У пункті 6 ч. 4 ст. 238 ідеться про необхідність зазначення, зокрема, мотивів для висновку про те, чи були порушені права, за захистом яких мало місце звернення до суду.

Тобто “висновок про порушення права” – це висновок про те, що мало місце у минулому, а не про те, що суду слід порушити право. Так само і висновок про задоволення позову мав би стосуватись того, що у минулому позов було задоволено, а не того, що суд вирішує задовольнити позов.

Однак далі у п. 1 ч. 5 ст. 238 ідеться про те, що у резолютивній частині рішення зазначається ‘висновок суду про задоволення позову чи відмову в позові <...>’<sup>64</sup>.

Тобто “висновок” тут вживається у значенні, власне, рішення як вольового акту, а не логічної операції.

Те саме стосується і змісту постанови суду апеляційної інстанції. У ній одночасно містяться висновки (результат логічної операції) за результатами розгляду апеляційної скарги в мотивувальній частині (пп. 3(г) ч. 1 ст. 282 ГПК України) і висновки (вольовий акт) по суті вимог апеляційної скарги у резолютивній частині (пп. 4 (а)).

Так само у ч. 10 ст. 240 ГПК України йдеться про те, що ‘в ухвалі, яку суд постановляє без виходу до нарадчої кімнати, оголошуються висно-

<sup>63</sup> Господарський процесуальний кодекс України (н 42).

<sup>64</sup> Там само.

вок суду та мотиви, з яких суд дійшов такого висновку<sup>65</sup>. Тут вже наявна відверта термінологічна плутанина. Очевидно, що під висновком тут мається на увазі, власне, результат вольового акту – те, що суд вирішив, а не результат логічної операції – висновок, якого суд дійшов. І все ж норма вказує на те, що суд доходить цього висновку. А власне висновки вкладені у поняття “мотиви” у цій нормі.

Непритаманне логіці вживання цього поняття є й у ч. 3 ст. 250 ГПК України: ‘Якщо суд <...> дійде висновку про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження, він зазначає про це в ухвалі про відкриття провадження у справі’<sup>66</sup>. Суд може дійти висновку про необхідність або про існування підстав для розгляду справи у спрощеному позовному провадженні, однак цей висновок ще не є вольовим актом – рішенням про розгляд справи у спрощеному позовному провадженні.

В іншому місці законодавець такої помилки не робить. Так, відповідно до ч. 3 ст. 293 ГПК України ухвала про відмову у відкритті касаційного провадження ‘повинна містити мотиви, з яких суд дійшов висновку про відсутність підстав для відкриття касаційного провадження’<sup>67</sup>. Як бачимо, висновок тут вжито для позначення саме інтелектуальної операції, а не вольового акту, тобто у правильному значенні.

Так само, коли читаємо, що відповідно до ч. 5 ст. 310 ГПК України ‘висновки суду касаційної інстанції, у зв’язку з якими скасовано судові рішення, є обов’язковими для суду першої чи апеляційної інстанції під час нового розгляду справи’<sup>68</sup>, видається, що законодавець спеціально відзначив саме обов’язковість висновків щодо застосування норм права (з мотивувальної частини), а не наголосив на очевидній речі – обов’язковості виконання того, що викладено у резолютивній частині постанови. Хоча як і для рішення суду першої інстанції чи постанови апеляційного суду, для постанови суду касаційної інстанції процесуальний закон вказує на необхідність зазначення у мотивувальній частині висновків за результатом розгляду касаційної скарги, а в резолютивній частині – висновок по суті вимог касаційної скарги і позовних вимог (підпункти 3(в) та 4(а) ч. 1 ст. 315 ГПК України відповідно).

Окрема вимога до постанови палати, об’єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду, аби вони містили висновок про те, як саме має застосовуватись норма права, очевидно стосується також першого значення поняття “висновок”, тобто як категорії логіки (ч. 2 ст. 315 ГПК України).

<sup>65</sup> Господарський процесуальний кодекс України (н 42).

<sup>66</sup> Там само.

<sup>67</sup> Там само.

<sup>68</sup> Там само.

Незважаючи на те, що у чинному КПК України також ідеться про те, що суд доходить висновків (ч. 2 ст. 406 КПК України), в описі структури судових рішень у кримінальному провадженні висновки суду згадуються як складова резолютивної частини ухвали (п. 3 ч. 1 ст. 372 КПК України). У мотивувальній частині йдеться про мотиви. Стосовно змісту вироку (ст. 374 КПК України) термінологія інша: у мотивувальній частині – мотиви, у резолютивній – рішення (“рішення про визнання <...> невинуватим у пред’явленому”, “рішення про поновлення в правах, обмежених під час кримінального провадження”, “рішення щодо заходів забезпечення кримінального провадження, в тому числі рішення про запобіжний захід до набрання вироком законної сили”, “рішення щодо речових доказів і документів” тощо). Як бачимо, кримінальному процесу, де немає рішення суду як виду судового рішення, описана вище термінологічна плутанина присутня набагато менше. Так, пояснюючи, наприклад, зміст резолютивної частини обвинувального вироку, фахівці (Н. Стефанів) зазначають, що вона має містити, зокрема, рішення про визнання обвинуваченого винним у висунутому обвинуваченні, рішення про цивільний позов, рішення про інші майнові стягнення, рішення щодо речових доказів і документів<sup>69</sup>. У жодному з цих випадків не йдеться про висновок.

Структура ухвали апеляційного суду (ст. 419 КПК України) та постанови суду касаційної інстанції (ст. 442 КПК України) у кримінальному провадженні вже, на жаль, має цей властивий іншим юрисдикціям недолік: резолютивна частина має бути із зазначенням висновку суду апеляційної (касаційної) інстанції по суті вимог апеляційної (касаційної) скарги. При цьому у мотивувальній частині ухвали висновки відсутні, натомість є, зокрема, зазначення встановлених обставин і мотивів, з яких виходив суд.

У тих випадках, коли КПК України згадує про висновки суду в контексті підстав для скасування або зміни судового рішення судом апеляційної інстанції (ст. 409), ідеться про ‘невідповідність висновків суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам кримінального провадження’<sup>70</sup>. Далі з опису того, що означає ця невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи (ст. 411), видно, що йдеться про висновки у питаннях факту, тобто про встановлення певних обставин.

Отже, складно погодитися, що ‘у резолютивній частині рішення суд підсумовує те, що викладено в його мотивувальній частині’ і що ‘резолютивна частина має містити вичерпні висновки, обґрунтування яких

<sup>69</sup> Посібник з написання судових рішень у цивільному і кримінальному судочинстві (Ваїте 2016) 161.

<sup>70</sup> Господарський процесуальний кодекс України (н 42).



міститься у мотивувальній частині<sup>71</sup>. Незважаючи на те, що процесуальний закон називає те, що міститься у резолютивній частині, висновками, вони ними не є. Це наказ, припис, тобто вольовий акт суду, спрямований назовні в тому значенні, що він створює певні правові наслідки (породжує, змінює або припиняє правовідносини) для інших осіб, окрім суду. Відзначаючи цю наказову, вольову, а не інтелектуальну природу резолютивної частини рішення і все ж користуючись термінологією процесуального закону, М. Штефан зазначав, що резолютивна частина рішення повинна містити сформульовані в імперативній формі завершальні висновки суду по суті справи<sup>72</sup>. Висновки як категорія логіки імперативного характеру не мають в тому значенні, що вони не є спонуканням, натомість, власне, рішення суду, його вольова частина – є.

Процесуальні правила, за якими здійснюється розгляд справ юрисдикційними органами в багатьох інших країнах не містять цієї термінологічної помилки. Так, за Регламентом ЄСПЛ (Правило 74<sup>1</sup> “Зміст рішення”) рішення має містити, зокрема, факти справи (f), обґрунтування у питаннях права (h), резолютивні положення (i)<sup>73</sup>. Складові резолютивної частини не деталізовано, а положення про розподіл витрат та аутентичний текст названо окремо.

Так само у процесуальних кодексах європейських держав відсутня ця, можливо, зайва деталізація, яка присутня в українському процесуальному законодавстві стосовно опису резолютивної частини рішення. Так, за § 313 Цивільного процесуального кодексу Німеччини рішення повинно містити, зокрема опис фактів справи (нім. *den Tatbestand*, англ. *merits of the case*), обґрунтування рішення (нім. *die Entscheidungsgründe*, англ. *reasons on which a ruling is based*) та резолютивну частину (нім. *die Urteilsformel* – дослівно “формула присуду”, англ. *operative provisions of a judgment*)<sup>74</sup>.

У висновку № 11 Консультативної ради європейських суддів про якість судових рішень, стосовно тієї частини рішення, яка має бути введена в дію чи виконана (тобто йдеться про резолютивну частину), застосовано поняття “присуд” (англ. *order*)<sup>75</sup> (“припис” за іншим перекладом). Слово “присуд” також в українській мові вживається у значенні рішення якого-небудь органу; ухвали<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> Посібник з написання судових рішень у цивільному і кримінальному судочинстві (н 69) 77.

<sup>72</sup> М Штефан, Цивільний процес. Підручник (Ін Юре 1997) 360.

<sup>73</sup> European Court of Human Rights, Rules of Court, new edition entered into force on 1 January 2020 <[https://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf)> (accessed 01.07.2020).

<sup>74</sup> Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781) <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BjNR005330950.html>> (accessed: 01.07.2020).

<sup>75</sup> Документи Консультативної ради європейських суддів = *Documents of the Consultative Council of European Judges* (Кавакін А упоряд, Ін Юре 2017) 505.

<sup>76</sup> Словник української мови, т 8 (Наукова думка 1977) 50.

Отже, термінологічну неточність вітчизняного процесуального законодавства у використанні поняття “висновок суду” можна було б усунути, замінивши його у тих випадках, коли йдеться про вольовий акт суду, а не про логічну операцію, на більш відповідне поняття “присуд” або “припис”, або й взагалі виключити деталізацію структури резолютивної частини судового рішення у цих випадках як зайву.

Питанню визначення того, що є висновком у судовому рішенні, тут приділено таку увагу тому, що розглянута вище термінологічна плутанина погіршує умови для того, аби відокремити висновки у питаннях факту та права, якими обґрунтовується рішення, від власне рішення як вольового акту, яке процесуальний закон чомусь також називає висновком. Лише усунувши цю плутанину, або принаймні визнавши її існування, можна більш зважено підійти вже до розмежування висновків у питаннях факту і права. Чітке розуміння, що є висновком у питанні факту, має вирішальне значення для окреслення того, що є встановленими судами обставинами і, відповідно, що становить обставини, які можуть мати преюдиціальне значення. Натомість висновки у питаннях права можуть бути як такими, які стосуються юридичної кваліфікації конкретних обставин справи і у зв'язку з цим навряд чи можуть бути застосовані в іншій справі, так і можуть бути сформульовані таким чином, щоб бути застосовані в інших справах у подібних правовідносинах. Саме про останній із цих двох випадків ідеться у процесуальному законодавстві, коли застосовано терміни “висновок про застосування норми права”, “висновок про те, як саме має застосовуватись норма права”, а також “правова позиція” у висновках Верховного Суду України (далі – ВСУ) (ч. 4 ст. 82 ГПК України у редакції, чинній до 15 грудня 2017 р.).

У термінах формальної логіки висновок щодо застосування норми права (правовий висновок) – це таке судження, яке є більшим засновком у дедуктивному умовиводі, який зроблено в процесі застосування норми права в одній справі, і яке може так само бути більшим засновком в іншій справі. Такий висновок формулюється подібно до того, як формулюється норма права, тобто таким чином, аби він міг бути застосований до невизначеного кола осіб у правовідносинах, які за всіма істотними ознаками, викладеними абстрактно у висновку, подібні до тих правовідносин, стосовно яких було зроблено висновок щодо застосування норми права у розглянутій справі.

Звичайно, подібність може визначатись з урахуванням багатьох факторів. Спроби віднайти формулу подібності неодноразово робив ВСУ. Так, у своїй постанові у 2012 р. він звернув увагу на найбільш істотні ознаки подібності: ‘Подібність правовідносин означає, зокрема, тотож-

ність об'єкта та предмета правового регулювання, а також умов застосування правових норм'. Однак далі суд залишив цей перелік ознак невичерпним, вказавши, що 'зміст правовідносин з метою з'ясування їх подібності в різних рішеннях суду (судів) касаційної інстанції визначається обставинами кожної конкретної справи'<sup>77</sup>. Вже у 2014–2015 рр. ВСУ у своїх постановах вдався до ще більш вузького підходу до питання подібності, додавши до її істотних знак тотожність суб'єктного складу учасників відносин та уточнивши, що слід розуміти під умовами застосування норми:

Подібність правовідносин означає, зокрема, тотожність суб'єктного складу учасників відносин, об'єкта та предмета правового регулювання, а також умов застосування правових норм (зокрема, часу, місця, підстав виникнення, припинення та зміни відповідних правовідносин)<sup>78</sup>.

Цього відходу ВСУ дотримувався і в наступні роки, він же був прийнятий і Верховним Судом, зокрема, знайшов своє відображення у практиці Великої Палати Верховного Суду<sup>79</sup>. В окремих випадках Велика Палата Верховного Суду також уточнювала:

<...> ухвалення різних за змістом судових рішень має місце в разі, якщо суд (суди) касаційної інстанції під час розгляду двох чи більше справ з подібними предметами спору, підставами позову, змістом позовних вимог, установленими судом фактичними обставинами й однаковим матеріально-правовим регулюванням спірних правовідносин дійшов (дійшли) неоднакових правових висновків, покладених в основу цих судових рішень<sup>80</sup>.

Вочевидь, не обов'язково, щоб у всіх випадках всі ці елементи збіглися. Інакше йтиметься про тотожність правовідносин, а не про їхню подібність. На це звернув увагу у своїй окремій думці суддя Верховного Суду Д. Гудима у 2018 р., відзначивши, зокрема:

<...> до складу правовідносин включають їх суб'єктів, об'єкти та юридичний зміст, яким є взаємні права й обов'язки цих суб'єктів. <...> Проте подібність правовідносин, виявлена одночасно за трьома критеріями,

<sup>77</sup> Постанова Верховного Суду України від 23 травня 2012 р. № 6-37цс12 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/24704789>> (дата звернення: 20.07.2020).

<sup>78</sup> Постанова Верховного Суду України від 24 травня 2014 р. № 21-41а14 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/39332844>> (дата звернення: 20.07.2020); Постанова Верховного Суду України від 20 січня 2015 р. № 21-614а14 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/42576427>> (дата звернення: 20.07.2020).

<sup>79</sup> Постанова Великої Палати Верховного від 27 березня 2018 р. № 910/17999/16. <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/73188742>> (дата звернення: 20.07.2020).

<sup>80</sup> Постанова Великої Палати Верховного від 16 травня 2018 р. № 910/24257/16 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/74121020>> (дата звернення: 20.07.2020).

може свідчити, на мій погляд, про їх, умовно кажучи, тотожність (однаковий вид суб'єктів, однаковий вид об'єкта й однакові права та обов'язки щодо нього). <...> Основний критерій, без якого неможливо встановити подібність правовідносин, є змістовний<sup>81</sup>.

Часто суд застосовує *mutatis mutandis* висновки, які висловлені стосовно застосування норми права у відмінних правовідносинах, які однак є подібними в тих аспектах, які видаються суду істотними. Про подібність правовідносин має йтися не загалом і не в усіх аспектах спору. Отже, подібність правовідносин не тотожне подібності спору і навіть не тотожне подібності всієї сукупності спірних правовідносин. Подібність правовідносин стосується суто тих відносин, до яких суд застосовує норму права.

Висновок щодо застосування норми права у подібних правовідносинах повинен містити абстрактний опис фактів, за наявності яких норма права застосовується таким чином, як про це зазначено у висновку. Норма права, про застосування якої може бути зроблено певний висновок, як правило, не є єдиною, яка регулює всі аспекти відносин, які є предметом розгляду у суді. Тому сам висновок, у якому сформульовано всі істотні аспекти відносин, до яких застосовується норма, повинен давати змогу виокремити істотні аспекти цих відносин, інакше його складно буде перенести на інші подібні відносини без помилки.

Під абстрактним формулюванням тут розуміється таке формулювання, яке дає змогу відокремити висновок від конкретних обставин справи, характеристик, які мають унікальне значення для цієї справи. Висновок може бути застосований у подібних правовідносинах, якщо він дозволяє визначити істотні ознаки правовідносин, стосовно яких він зроблений.

### 3. “Змішані” питання у національному процесі

Напевне варто одразу відзначити, що властиве для правових систем загального права, зокрема для судової практики у США, ставлення до питання застосування права як до “змішаного” питання, на противагу “чистому” питанню права, яким є питання тлумачення, навряд чи властиве для правових реалій України, де існують усі доктринальні і практичні передумови для віднесення питання застосування права суто до питань права. Попри те, що питання тлумачення закону і загалом тлумачення норм права у теорії правозастосування розглядалось також як стадія правозастосування, тривалий час у національних судових процесах мала місце тенденція уникати виокремлення тлумачення норми права у діяль-

<sup>81</sup> Окрема думка судді Великої Палати Верховного Суду Гудими Д. А. від 8 лютого 2018 р. у справі № 357/3258/16-ц <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/72243445>> (дата звернення: 20.07.2020).

ності суду загальної юрисдикції, оскільки офіційне тлумачення законів протягом тривалого часу розглядалось як компетенція Конституційного Суду України (далі – КСУ), а також зберігається доктринальний підхід виокремлювати в офіційному тлумаченні казуальне судове тлумачення судами при розгляді конкретної справи, яке не має виходити за межі цієї справи<sup>82</sup>.

Водночас традиційно визнавалося у доктрині і знайшло закріплення у процесуальному законі те, що неправильним застосуванням норм матеріального права вважається: неправильне тлумачення закону, або застосування закону, який не підлягає застосуванню, або незастосування закону, який підлягає застосуванню (ч. 3 ст. 311 ГПК України, ч. 3 ст. 412 ЦПК України, ч. 3 ст. 351 КАС України). Про неправильне тлумачення закону як окремий випадок неправильного застосування закону України про кримінальну відповідальність ідеться також у ч. 1 ст. 413 КПК України.

Саме неправильне застосування, а не суто неправильне тлумачення норм матеріального права і порушення норм процесуального права у передбачених законом випадках є підставою для касаційного оскарження судових рішень у цивільному (ч. 2 ст. 389 ЦПК України), господарському (ч. 2 ст. 287 ГПК України), адміністративному (ч. 4 ст. 328 КАС України) процесах. Тобто тлумачення не розглядається окремо від застосування. Навіть після того, як КСУ втратив повноваження здійснювати офіційне тлумачення законів України. Хоча, як свідчить практика Верховного Суду, в багатьох випадках він тлумачить норми права, не застосовуючи їх (у тому значенні, що не настають наслідки, передбачені відповідною нормою). Найчастіше це буває тоді, коли Верховний Суд скасовує судові рішення і передає справу на новий розгляд, водночас робить висновки стосовно застосування норм права, аби вказати, у чому, власне, полягало неправильне застосування норм матеріального права судами.

Віднесення питання застосування норми права до питань права полегшує визначення природи інших традиційно проблемних питань, які в розглянутих вище у цій статті правових системах кваліфікувались як змішані. До переліку цих проблемних із точки зору знаходження їх місця у дихотомії “факт – право” питань належать також інші, зокрема: питання змісту іноземного права, змісту договору, проблема реалізації судами дискреції.

### *3.1. Судовий розсуд – питання факту чи права?*

Критикуючи функціональний підхід до розмежування питань права і факту у традиції загального права, ми вже звертали увагу на те, що у пи-

<sup>82</sup> Скакун (н 53) 443.

тання реалізації дискреційних повноважень нижчими судами вищі суди дозволяли собі втручатись, застосовуючи досить високий стандарт перегляду, не властивий для “чистих” питань права, і за цією зовнішньою ознакою дослідники помилково, на нашу думку, відносили питання дискреції до питань факту чи до змішаних питань. Знову ж таки, визнаючи незадовільність функціонального підходу, вважаємо за необхідне схилитись до аналізу правової природи дискреційних повноважень, як до належного способу встановлення правильного підходу до цього питання як питання права чи факту.

Визначення судового (суддівського) розсуду (дискреції) як інтелектуально-вольової діяльності, спрямованої на законне, об’єктивне, неупереджене і справедливе вирішення спірних питань, що виникають у судочинстві або є предметом розгляду у випадках, дозволених або не врегульованих законом, яке наводить, зокрема, М. Савенко<sup>83</sup>, не дозволяє віднести розсуд до питань права чи факту. Натомість інструментальна “підказка” про те, що можливість суддівського розсуду в цивільному процесі, як правило, закладається у термінах “може”, “має право”, “вирішує”, “встановлює”, “знайде”, “залежить” або виникає з норми права чи прямо передбачене нею, на що там таки звертає увагу М. Савенко, вказує на те, що це питання права, адже вирішується із застосуванням норми права.

Дійсно, реалізуючи дискреційні повноваження, суд вирішує питання права (“Який із дозволених законом варіантів поведінки слід обрати у зв’язку з такими обставинами?”). Оскільки вибір будь-якого з цих варіантів вважатиметься законним, обрання жодного з них не вважатиметься помилкою у питанні права – неправильним застосуванням норми матеріального права чи порушенням норми процесуального права. Відповідно, відсутні підстави для втручання вищого суду, суду касаційної інстанції у дискрецію судів попередніх інстанцій. У тих же випадках, коли суд касаційної інстанції вказує на помилку при реалізації дискреційних повноважень, він, по суті, вже тлумачить межі дискреції, а не замінює здійснений судом вибір із декількох законних варіантів на свій вибір. У таких випадках вищий суд має вказати на умови, якими дискреція обмежується. А оскільки дискреційні повноваження як раз і мають місце внаслідок того, що відсутні чіткі норми, які визначають варіант дій, обмеження або винятки у реалізації дискреції виводяться, скоріше за все, також із загальних норм-принципів, які застосовуватиме вищий суд, вирішуючи питання права про те, в яких випадках певний варіант реалізації дискреційних повноважень є помилковим.

<sup>83</sup> М Савенко, ‘Суддівський розсуд у цивільному процесі’ (2004) 26 Наукові записки 75.

Слід відзначити, що навіть у тих випадках, коли судовий розсуд стосується встановлення питань факту, сам він, тобто його реалізація, є питанням права. Прикладом є ч. 2 ст. 74 ГПК України:

У разі посилення учасника справи на невчинення іншим учасником справи певних дій або відсутність певної події, суд може зобов'язати такого іншого учасника справи надати відповідні докази вчинення цих дій або наявності певної події. У разі ненадання таких доказів суд може визнати обставину невчинення відповідних дій або відсутності події встановленою<sup>84</sup>.

Реалізуючи це повноваження, суд не вирішує питання факту безпосередньо, він спочатку вирішує питання права – “Чи слід застосувати презумпцію невчинення дій або відсутності події?”. У цьому полягає дискреція.

Можливість вибору з декількох варіантів при реалізації дискреційних повноважень – не те саме, що імовірнісний характер висновку в індукційному умовиводі. Тому множина варіантів дій при реалізації дискреції, як і те, що суд касаційної інстанції не повинен втручатись у реалізацію дискреції, якщо йому просто видається, що інший з однаково законних варіантів рішення є кращим, оскільки реалізація дискреції не може бути помилкою у питанні права, не повинні вводити в оману і підштовхувати до думки, що питання розсуду – це питання факту.

### 3.2. Застосування оціночних категорій

Поняття “оціночні судження” (англ. *evaluative determination, value judgement*) Р. Уорнер використовує для таких категорій, як недбалість, можлива причина, розумна підозра, стосовно яких очікується оцінка того, хто ухвалює рішення. Він справедливо відзначає, що оціночні категорії можна знайти всюди у праві. Майже завжди, коли стосовно якогось питання використано слова типу “розумний” або “добрсовісний”, це вимагає застосування оціночного судження<sup>85</sup>. Однак для Р. Уорнера, як і для багатьох дослідників, чий погляд сформовані під впливом традиції загального права, природа цих категорій знову зводиться до того, за яким стандартом вони можуть бути переглянуті. Він бажав би привести це до єдиного стандарту – або *deferentially*, або *de novo*. Водночас сам відзначає, що практика пішла іншим шляхом, і переважив запроваджений у США Верховним Судом функціональний підхід (“*policy approach*”):

<sup>84</sup> Господарський процесуальний кодекс України (н 42).

<sup>85</sup> Warner (н 8) 120.

перегляд застосованих оціночних категорій здійснюється залежно від того, хто (суддя чи присяжні) краще здатен вирішити це питання<sup>86</sup>.

Ми ж вважаємо, що формально-логічне підґрунтя цих питань віднайти все ж можливо, а отже, можливою є і їх більш точна кваліфікація.

Попри певну подібність оціночних категорій із питанням реалізації дискреції, ці питання є відмінними. Так, якщо в реалізації дискреції множина можливих законних варіантів дій лежить стадійно у часі після встановлення і кваліфікації обставин, які дозволяють застосувати дискрецію, то у вирішенні питання про оціночні категорії йдеться саме про кваліфікацію певних обставин. К. Едмондс також звернув увагу на відмінності між дискрецією та оціночними категоріями. Якщо дискреція у вузькому значенні стосується поведінки правозастосовувача у майбутньому, то застосування оціночних категорій при оцінці фактів стосується оцінки фактів. Дискреція у вузькому розумінні стосується ситуації, коли закон дозволяє суду обрати рішення у певному діапазоні або з поміж декількох можливих варіантів і виходить із того, що не існує якогось єдиного правильного рішення. Натомість для застосування оціночної категорії потрібна об'єктивна оцінка фактів і, принаймні в теорії, існує все ж одне правильне рішення, яке через гнучкість застосованих категорій може бути відмінним для кожного раціонального розуму<sup>87</sup>.

Настільки, наскільки оціночні категорії закріплені у праві, кваліфікація певних обставин із їхньою допомогою є теж юридичною оцінкою, тобто застосування оціночних категорій, закріплених у праві, є питанням права. Помилка у застосуванні оціночних категорій неочевидна саме через нечіткість цих категорій. У праві, як у нормативних актах, так і у судовій практиці, можуть встановлюватись винятки, або шляхом тлумачення звужуватись застосування певних оціночних категорій, тим самим встановлюватись межі питання права, у яких надалі суд відповідатиме на нього, наприклад, "Чи слід визнати вчинену дію вчиненою у розумний строк?". Так само у питанні визнання певних обставин поважними причинами пропуску строку необхідним є встановлення цих обставин (питання факту) та подальша їхня оцінка (питання права, у якому суд застосовує правову, однак оціночну категорію). У суду вищої інстанції немає підстав переглядати висновок стосовно визнання певної обставини поважною, якщо тільки не буде виявлено помилки, тобто не будуть встановлені певні обмеження у застосуванні оціночної категорії, які, як і в уже розглянутому випадку дискреції, частіше за все виводитимуться із загальних принципів.

<sup>86</sup> Warner (n 8) 130.

<sup>87</sup> Edmonds (n 34) 24.



### 3.3. Зміст іноземного права

Іноземне право розглядається як питання права майже в усіх країнах континентальної правової традиції, щоправда, щоразу з певними особливостями, тоді як правові системи, засновані на загальному праві, або такі що зазнали його впливу, підходять до іноземного права як до питання факту. Принаймні такого висновку доходять укладачі Звіту XIX Конгресу Міжнародної академії порівняльного права<sup>88</sup>.

Право учасників справи подати висновок експерта у галузі права щодо 'змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній державі' (абзац 2 ч. 1 ст. 108 ГПК України), а також вказівка на те, що висновок експерта у галузі права не є доказом, і що суд може посилатись на нього, однак має зробити самостійні висновки щодо відповідних питань (ст. 109 ГПК України)<sup>89</sup>, вказують на те, що питання змісту іноземного права – це питання права для національного суду.

На це також вказують положення Закону України "Про міжнародне приватне право"<sup>90</sup> (статті 7 та 8), які встановлюють правила правової кваліфікації та встановлення змісту норм права іноземної держави. Так, при визначенні права, що підлягає застосуванню, суд чи інший орган керується тлумаченням норм і понять відповідно до права України, якщо інше не передбачено законом. Якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі праву України або відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені через тлумачення правом України, то при їх правовій кваліфікації також враховується право іноземної держави. При застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі. З метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може звернутися в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном або залучити експертів. Особи, які беруть участь у справі, мають право подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм. Якщо зміст норм права іноземної держави в розумні строки не встановлений, незважаючи на вжиті згідно з цією статтею заходи, застосовується право України.

<sup>88</sup> Schauer M and Verschraegen B (eds), *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law* (Springer 2017) 173.

<sup>89</sup> Господарський процесуальний кодекс України (н 42).

<sup>90</sup> Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text>> (дата звернення: 20.07.2020).

Отже, як бачимо, у питанні встановлення змісту норми права іноземної держави закон хоч і встановлює певні особливості, яких немає при застосуванні національного права, водночас не передбачає тих наслідків, які властиві вирішенню питань факту. Так, незважаючи на те, що сторони можуть подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави (так звані докази права), на них не покладається тягар доведення змісту права з тими ж наслідками, які існують для сторони, яка не виконала цей тягар у питаннях факту. На право як нейтральну категорію не поширюється принцип змагальності в тому значенні, що суд не позбавлений права самостійно здійснювати дослідження іноземного права, і це не повинно розцінюватись як прояв упередженості суду до сторони, адже будь-яке право, як презюмується, однаково справедливе для будь-якої зі сторін. Зрозуміло, що на практиці сторони можуть сперечатися з метою застосування при вирішенні спору більш сприятливих для кожної з них норм права різних держав. Однак це не заперечує того загально-го підходу, що питання встановлення змісту і застосування норм права іноземної держави для суду України є питанням права, оскільки законом на суд покладено обов'язок його встановлення *ex officio*, а для практичної реалізації цього обов'язку передбачено спеціальні механізми і навіть вихід із ситуації, коли зміст норми права не встановлений – застосування права України.

#### 3.4. Тлумачення договору – право чи факт?

Свого часу ВСУ з посиланням на статті 6, 111 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)<sup>91</sup> визнав, що договір підлягає застосуванню при вирішенні спору як джерело матеріального права<sup>92</sup>. Практика Верховного Суду також багата на випадки подання у постановах результатів тлумачення Верховним Судом положень правочинів. Так, у справі № 910/12484/18 він розтлумачив положення договору з посиланням на застосування в офіційно-діловому, нормативному та науковому стилях сполучників, вжитих у ньому (пункти 5.17, 5.18 постанови від 7 листопада 2019 р.)<sup>93</sup>.

Також у системах загального права тлумачення контракту часто визнається питанням права, або принаймні змішаним питанням, яке апеляційні суди можуть переглядати за стандартом *de novo*<sup>94</sup>. Отже, є під-

<sup>91</sup> Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 20.07.2020).

<sup>92</sup> Постанова Верховного Суду України від 8 квітня 2014 р. № 3-7rc14 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/38285955>> (дата звернення: 20.07.2020).

<sup>93</sup> Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 7 листопада 2019 р. № 910/12484/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/85711194>> (дата звернення: 20.07.2020).

<sup>94</sup> Warner (n 8) 146.

стави стверджувати: незважаючи на те, що договір, зокрема той, що укладений сторонами спору, не є джерелом права у вузькому сенсі, тобто не містить норм, які є обов'язковими для невизначеного кола осіб, його тлумачення і застосування все ж є питанням права. Якщо навіть відкинути суто функціональний підхід, який вказує, що контракт як документ, складений юристами і такий, що містить специфічні юридичні терміни, краще розтлумачить суддя як професіонал у питаннях права, залишиться важливий довід стосовно того, що договір становить зібрання “приватного права”, систему правил, які регулюють відносини його сторін.

Водночас є й протилежний, знову ж таки, функціональний підхід, який зводиться до того, що присяжним належить встановлювати наміри сторін. У цьому є сенс, як і в тому, що важливим питанням у тлумаченні контракту є встановлення наміру сторін, що є очевидним питаннями історичних фактів<sup>95</sup>.

Із цим можна погодитися лише частково, настільки, наскільки ми вказували раніше на те, що так звані змішані питання можна і слід вважати складеними і такими, у яких можна виділити послідовне вирішення питання факту і права. Питання тлумачення контракту настільки зазнає впливу права, що у ньому можна відокремити суто правове питання. Так, наприклад, у ст. 213 ЦК України визначено правила тлумачення правочину. Дійсно, наміри сторін відіграють при цьому значну роль. Однак встановлення за прямими чи опосередкованими доказами дійсних намірів сторін як історичного факту (питання факту) має значення для тлумачення положень договору, а не навпаки – за допомогою тлумачення договору встановлюються наміри сторін. Крім того, питання факту стосовно дійсних намірів сторін зазнає впливу правових норм, закріплених в актах законодавства (якщо не доведено інше і за допомогою доказів не встановлено певних намірів, для їх визначення можуть застосовуватись презумпції, зокрема розумності поведінки, добросовісності) і в судовій практиці. Прийняти цей підхід простіше, якщо зважити також на те, що і в інших аспектах тлумачення правочину підхід той же. Наприклад, подальша поведінка сторони, яка за правилами ст. 213 ЦК України також може бути взята до уваги для встановлення волі особи, яка вчинила правочин, також встановлюється як питання факту, а потім з її урахуванням здійснюється тлумачення договору як питання права, а не навпаки, як було б, якби зміст поведінки сторони визначався за допомогою тлумачення правочину. І схожим чином, як із наміром сторони, це питання може зазнавати впливу права, наприклад, через застосування

<sup>95</sup> Warner (n 8) 146–7.

доктрини *venire contra factum proprium* (заборона суперечливої поведінки), яка набула визнання останнім часом у судовій практиці.

Висновки. Підбиваючи підсумки дослідження, слід визнати, що, незважаючи на зовнішню простоту відділення у правозастосуванні питань факту від питань права на тих засадах, що питання факту стосуються історичних обставин у їх об'єктивній дійсності, все ж навіть у правових системах загального права, звідки походить цей поділ, чіткості у ньому не досягнуто. Так званий функціональний підхід до розподілу питань права і факту, який бере за основу те, кому належить вирішувати відповідне питання – судді чи присяжним – і який стандарт перегляду рішення стосовно цього питання застосує вищий суд, як критерій розподілу видається незадовільним через логічну замкненість на самому собі і спробу зробити наслідок причиною кваліфікації певного питання як питання факту чи права. Не вирішує також цей підхід і проблему кваліфікації у координатах “факт – право” окремих складних чи змішаних питань, зокрема тих, у яких реалізується судовий розсуд, або тих, що пов'язані з застосуванням оціночних категорій.

Попри критику поділу питань, які вирішуються судами, на питання права і факту, з посиланням на те, що право – це теж факт, варто визнати особливості права як соціального факту. Оскільки державу можна вважати виразником права, а суд як гілка державної влади неспростовно знає волю законодавця, знає право, то стосовно права як соціального факту немає тієї непевності, ймовірного знання, яке є стосовно фактів справи.

Отже, на заміну незадовільному функціональному критерію слід запропонувати формально-логічний критерій того, яке знання покладено в основу висновку у тому чи іншому питанні – результат індукції, що має імовірний характер і прийняття якого як істинного становить нове знання, або результат дедукції, коли виведене знання не є новим, а вже міститься у засновках. Вирішення питання факту *в кінцевому підсумку* здійснюється внаслідок прийняття як істинного індуктивного умовиводу, який сам далі становить більший із засновків в умовиводі про встановлення конкретного факту. Умова, за якого умовивід, що має імовірний характер, може бути прийнятий як істинний, є стандартом доведення (доказування). Натомість вирішення питання права в кінцевому підсумку, тобто, власне, у застосуванні права – дедуктивний умовивід.

Відмінність питань факту і права у філософсько-правовому аспекті полягає у тому, що питання факту – це питання про те, *що* мало місце у дійсності або які передумови вже існують для того, аби внаслідок дії певних об'єктивних, неюридичних законів чи закономірностей у майбутньому мав місце певний стан чи подія, тоді як питання права – це пи-

тання про те, як є, має бути або як мало б бути відповідно до норми права. Залежно від того, якої відповіді потребує питання, з озиранням на право чи без нього, відповідь на зовні одне й те саме питання буде відповіддю на питання права або на питання факту.

У вітчизняній теорії правозастосування вирішенню питань факту і права традиційно відповідало розмежування правозастосування на стадії встановлення обставин справи, їх юридичної кваліфікації і настання наслідків, передбачених правовою нормою. При цьому, хоча теорія загалом виходила з концепції руху від факту до права, однозначно стверджувати, що спочатку встановлюються факти, а потім відбувається їх юридична кваліфікація, було складно, оскільки на практиці суди намагаються встановлювати лише юридично значущі для справи факти, тобто вже має місце вирішення питання права до вирішення питання факту.

Видається, що у змагальному судовому процесі для уникнення цієї нечіткості правозастосування слід розглядати як послідовність таких стадій:

- 1) твердження про обставини, які становлять підставу позову;
- 2) визначення норми права і визначення серед поки що стверджуваних обставин тих, з якими норма права пов'язує певні наслідки, внаслідок чого відбувається окреслення предмета доказування;
- 3) встановлення обставин, які належать до предмета доказування;
- 4) висновки про наслідки, з якими право пов'язує встановлені факти;
- 5) вольовий акт суду, спрямований на настання визначених законом наслідків.

Якщо стверджувані позивачем обставини відповідно до права, що підлягає застосуванню, не можуть бути підставою для настання тих наслідків, про які просить позивач, то предмет доказування відсутній, інакше кажучи, немає потреби у доведенні тих обставин, на які посилається позивач, адже вони не мають юридичного значення. У зв'язку з цим варто відзначити можливий напрям удосконалення процесуального законодавства через запровадження наслідків у вигляді повернення або залишення без розгляду позовної заяви також для випадків, коли подано безпідставний позов, однак суд не вважає таке подання зловживанням процесуальними правами.

Відповідями на питання факту є висновки суду про встановлення обставин справи, відповідями на питання права – висновки про правову кваліфікацію цих обставин та існування підстав для настання певних юридичних наслідків. Процесуальні кодекси використовують поняття “висновок суду” у декількох значеннях: 1) висновок у питанні факту;

2) висновок у питанні права; 3) висновок як, власне, рішення, вольовий акт суду. Хоча в останньому випадку використання цього терміна відбувається з невластивим йому у логіці та загальному вжитку значенням, що створює ґрунт для плутанини. Зважаючи на позитивну практику інших країн, процесуальні норми яких на позначення вольового акту суду використовують поняття “присуд” або “припис”, а то й взагалі не містять деталізації структури резолютивної частини судового рішення, термінологічну неточність вітчизняного процесуального законодавства у використанні поняття “висновок суду” можна було б усунути, замінивши його у тих випадках, коли йдеться про вольовий акт суду, а не про логічну операцію, на більш відповідне поняття “присуд” або “припис”, або й взагалі виключити деталізацію структури резолютивної частини судового рішення у цих випадках як зайву.

Висновки у питаннях права можуть бути як такими, що стосуються кваліфікації конкретних обставин справи, так і такими, які можуть бути виокремлені та застосовані в іншій справі (правовий висновок). У термінах формальної логіки висновок щодо застосування норми права (правовий висновок) – це таке судження, яке є більшим засновком у дедуктивному умовиводі, який зроблено в процесі застосування норми права в одній справі, і яке може так само бути більшим засновком в іншій справі. Такий висновок формулюється подібно до того, як формулюється норма права, тобто таким чином, аби він міг бути застосований до невизначеного кола осіб у правовідносинах, які за всіма істотними ознаками, викладеними абстрактно у висновку, подібні до тих правовідносин, стосовно яких було зроблено висновок щодо застосування норми права у розглянутій справі.

Визнавши, що у вітчизняній теорії правозастосування і судовій практиці застосування права, складовою якого є його тлумачення, у своїй сукупності є питанням права, можна зробити висновки і стосовно правової природи тих категорій, однозначна кваліфікація яких традиційно викликала труднощі, а саме питання реалізації розсуду суду (дискреції), застосування оціночних категорій, тлумачення договору та застосування іноземного права.

Реалізуючи дискреційні повноваження, суд вирішує питання права – обирає з дозволених законом варіантів поведінки. Оскільки вибір будь-якого з цих варіантів вважатиметься законним, обрання жодного з них не вважатиметься помилкою у питанні права – неправильним застосуванням норми матеріального права чи порушенням норми процесуального права, що могло б виправдати втручання вищого суду. У тих же випадках, коли суд касаційної інстанції вказує на помилку при реалізації

дискреційних повноважень, він, по суті, вже тлумачить межі дискреції, а не замінює здійснений судом вибір із декількох законних варіантів на свій вибір, і тому має вказати на умови, якими дискреція обмежується.

Також оскільки оціночні категорії закріплені у праві, кваліфікація певних обставин із їхньою допомогою є теж юридичною оцінкою, тобто застосування оціночних категорій, закріплених у праві, є питанням права.

Питання встановлення змісту і застосування норм права іноземної держави для суду України є питанням права, оскільки законом на суд покладено обов'язок його встановлення *ex officio*, а для практичної реалізації цього обов'язку передбачено спеціальні механізми, а також вихід із ситуації, коли зміст норми права не встановлений – застосування права України.

Незважаючи на те, що договір, зокрема той, що укладений сторонами спору, не є джерелом права у вузькому сенсі, тобто не містить норм, які є обов'язковими для невизначеного кола осіб, його тлумачення і застосування як зібрання “приватного права”, системи правил, які регулюють відносини його сторін, все ж є питанням права. При цьому встановлення за прямими чи опосередкованими доказами дійсних намірів сторін як історичного факту (питання факту) має значення для тлумачення положень договору (наступного вирішення питання права), а не навпаки – за допомогою тлумачення договору встановлюються наміри сторін.

Водночас розглянуті у статті концептуальні засади до розмежування питань права і факту дають змогу визначити в цій системі координат природу окремих досліджених правових феноменів, які досі виділялися в окрему групу “змішаних” питань. Однак дослідження повністю не вирішує питання кваліфікації всіх таких явищ. Судова практика щоразу відкриватиме нові, а у подальших наукових дослідженнях можуть бути зроблені спроби встановити їхню правову природу, а відповідно, і вирішити для судової практики пов'язані з цим проблеми розмежування повноважень судів у розв'язанні цих питань та обов'язковості висновків судів стосовно них для інших судових процесів.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Holland J and Webb J, *Learning Legal Rules. A Students' Guide to Legal Method and Reasoning* (8th edn, Oxford University Press 2013) (in English).
2. Bocharov D, *Pravozastosovcha diialnist: poniattia, funktsii ta formy: Problemni lektsii* [Application of Law: Definition, Functions and Forms. Lectures on Problem Topics] (AMSU 2006) (in Ukrainian).

3. Pil'kov K, *Dokazatel'stva i dokazyvanie v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe* [Evidence and Proof in International Commercial Arbitration] (Osvita Ukrainy 2016) (in Russian).
4. Shtefan M, *Tsyvilnyi protses: pidruchnyk* [Civil Proceedings: Handbook] (In Yure 1997) (in Ukrainian).
5. Skakun O, *Teoriia prava i derzhavy: pidruchnyk* [Theory of Law and State: Handbook] (2nd edn, Alerta 2010) (in Ukrainian).

*Edited and translated books*

6. *Documents of the Consultative Council of European Judges. Dokumenty Konsultatyvnoi rady yevropeyskykh suddiv* (Kavakin A uporiad, In Yure 2017) (in English and Ukrainian).
7. Schauer M and Verschraegen B (eds), *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law* (Springer 2017) (in English).
8. Bergel J-L, *Obshhaja teoriya prava* [General Theory of Law] (Danilenko V red, Izdatel'skij dom Notabene 2000) (in Russian).
9. Mejer G, *Voprosy fakta i prava na sude prisjaznyh, v osobennosti o postanovke voprosov prisjaznym* [Questions of Fact and Law on the Jury Trial, in Particular on Raising Questions Before Jurors] (Tagancev N translator, Izdanie Zhurnala Ministerstva justicii 1866) (in Russian).
10. *Posibnyk z napysannia sudovykh rishen u tsyvilnomu i kryminalnomu sudochynstvi* [Handbook on Drafting Court Decisions in Civil and Criminal Jurisdictions] (Vaite 2016) (in Ukrainian).
11. Russell B, *Istoriia zakhidnoi filosofii* [A History of Western Philosophy] (Osnovy 1995) (in Ukrainian).
12. Russell B, *Problemy filosofii* [The Problems of Philosophy] (Respublika 2000) (in Russian).
13. Vasyliiev A (red), *Teoriia prava i derzhavy: pidruchnyk* [Theory of Law and State: Handbook] (KNT 2010) (in Ukrainian).

*Dictionaries*

14. Garner B, *Black's Law Dictionary* (9th edn, West 2009) (in English).
15. 'Question of Law', *West's Encyclopedia of American Law* (2nd edn, 2008) <<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Question+of+Law>> (accessed: 17.07.2020) (in English).
16. 'Question of law', *Wex legal dictionary and encyclopedia by the Legal Information Institute at the Cornell Law School* <[https://www.law.cornell.edu/wex/question\\_of\\_law](https://www.law.cornell.edu/wex/question_of_law)> (accessed: 17.07.2020) (in English).
17. Meshherjakov B and Zinchenko V, *Bol'shoj psichologicheskij slovar'* [Big Psychological Dictionary] (3rd edn, Prajm-Evroznak 2002) (in Russian).
18. *Slovyk ukrainskoi movy* [Ukrainian Language Dictionary], t 1 (1970) (in Ukrainian).
19. *Slovyk ukrainskoi movy* [Ukrainian Language Dictionary], t 8 (1977) (in Ukrainian).

*Journal articles*

20. Allen R and Pardo M, 'The Myth of the Law-Fact Distinction' (2003) 97 Northwestern University Law Review 1769–807 (in English).
21. Edmonds Ch, 'Appeals from Discretions, Satisfactions and Value Judgments: Reviewing the House Rules' [2017] 41 (2) Melbourne University Law Review 1–42 (in English).
22. Craig P, 'Judicial Review of Questions of Law: A Comparative Perspective' in Susan Rose-Ackerman and Peter L Lindseth (ed), *Comparative Administrative Law* (Edward Elgar 2010) (in English).
23. Gomez Ch, 'Vexed and Perplexed. Reviewing Mixed Questions of Law and Fact' (2018) 3 Appeal Colorado Lawyer 24–30 (in English).



24. Griffin L, 'Judging During Crises: Can Judges Protect the Facts?' (2020) 50 *Loyola University Chicago Law Journal* 857–77 (in English).
25. McGinnis J, Mulaney Ch, 'Judging Facts Like Law' (2008) 25 *Constitutional Commentary* 69–130 (in English).
26. Thayer J, "'Law and Fact" in Jury Trials' [1890] 4 (4) *Harvard Law Review* 147–75 (in English).
27. Thomas J, 'Likelihood of Confusion Under the Lanham Act: A Question of Fact, a Question of Law, or Both?' [1984] 73 (1) *Kentucky Law Journal* 235–53 (in English).
28. Warner R, 'All Mixed Up about Mixed Questions' [2005] 7 (1) *The Journal of Appellate Practice and Process* 101–49 (in English).
29. Warvelle G, 'The Jurors and the Judge' [1909] 23 (2) *Harvard Law Review* 123–31 (in English).
30. Budylin S, 'Vopros prava ili vopros fakta? Dokazyvanie i kassacija' ['Question of Law or Question Fact? Proof and Cassation'] (2014) 2 *Vestnik FAS Ural'skogo okruga* (in Russian).
31. Chertova N and Jurinskaja I, 'Mehanizmy prinjatija sudebnogo reshenija: teoreticheskie aspekty' ['Mechanisms of Making a Court Decision: Theoretical Aspects'] (2015) 3 *Vestnik Severnogo (Arkticheskogo) federal'nogo universiteta. Serija: Gumanitarnye i social'nye nauki* (in Russian).
32. Pilkov K, 'Umovy obov'iazkovosti dlja hospodarskoho sudu faktiv, vstanovlenykh v inshii spravi' ['Preconditions for Preclusive Effect of Issues Determined in the Other Case'] (2019) 11 *Pidprijemnytstvo, hospodarstvo i pravo*. DOI: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.11.17> (in Ukrainian).
33. Pilkov K, 'Vlastyvoli dokaziv ta kryterii yikh otsiniuvannia' ['Properties of Evidence and Their Evaluation Criteria'] (2020) 4 *Pidprijemnytstvo, hospodarstvo i pravo*. DOI: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.4.14> (in Ukrainian).
34. Movchan Ju, 'Travaux préparatoires v praktike mezhdunarodnykh sudebnykh institucij' ['Travaux Préparatoires in Jurisprudence of International Jurisdictional Authorities'] [2015] 5/2 (15) *Jurnalul juridic national: teorie și practică* (in Russian).
35. Romaniuk Ya, 'Vstanovlennia faktychnykh obstavyn spravy yak persha stadiia pravozastosuvannia v tsyvilnomu protsesi' ['Determination of Facts of the Case as First Stage of Applicat of Law'] [2016] 6 (2) *Jurnalul juridic national: teorie și practică* (in Ukrainian).
36. Savenko M, 'Suddivyskyi rozsud u tsyvilnomu protsesi' ['Discretion of a judge in civil proceedings'] (2004) 26 *Naukovi zapysky. Yurydychni nauky: zbirnik naukovykh prats* (in Ukrainian).
37. Tsukanov N, 'K voprosu o sushhestvovanii neoproverzhimyh pravovykh prezumpcij' ['On the Existence of Irrefutable Legal Presumptions'] [2020] 17 (1) *Sibirskoe juridicheskoe obozrenie* 22–9. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2020-17-1-22-29> (in Russian).

#### Conference papers

38. Pilkov K, 'Standart dokazuvannia yak skladova zabezpechennia prava na spravlyvyi sud' ['Standard of Proof as Element of Guaranty of the Right to a Fair Trial'] v *Implementatsiia mizhnarodnykh standartiv u tsyvilne ta hospodarske sudochynstvo Ukrainy [Implementation of International Standards in Civil and Commercial Court Proceedings of Ukraine]* (NDI pryvatnoho prava i pidprijemnytstva imeni akademika F. H. Burchaka NAPrN Ukrainy 2019) (in Ukrainian).

#### Websites

39. Batrouney J, 'The Distinction Between Questions of Fact and Questions of Law in Section 44 Appeals to the Federal Court' (*Federal Court of Australia*, 20.05.2014)

- <<https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/seminars/tax-bar-association/jennifer-batrouney>> (accessed: 06.07.2020).
40. Craig P, 'Law, Fact and Discretion in the UK, EU and the USA' (*SciencesPo*, 2007) <[https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/paul\\_craig.pdf](https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/paul_craig.pdf)> (accessed: 06.07.2020) (in English).
41. Rothstein P, 'Demystifying Burdens of Proof and the Effect of Rebuttable Evidentiary Presumptions in Civil and Criminal Trials' (*Georgetown Law's Scholarly Commons*, 2017) <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2001>> (accessed: 6.08.2020) (in English).
42. Bushchenko A, 'Nesprostov(a)ni prezumptsii. Chy rozumno posylatysia na tsytatu YeSPL pro rozumnyi sumniv?' ['Unrebutted Presumptions. Is it Reasonable to Cite ECtHR on Reasonable Doubt?'] (*Zakon i Biznes*, 25.07–31.07.2020) <[https://zib.com.ua/ua/print/143749-chi\\_rozumno\\_posilatisya\\_na\\_citatu\\_espl\\_pro\\_rozumnyi\\_sumniv.html](https://zib.com.ua/ua/print/143749-chi_rozumno_posilatisya_na_citatu_espl_pro_rozumnyi_sumniv.html)> (accessed: 04.07.2020) (in Ukrainian).

Kostiantyn Pilkov

#### QUESTIONS OF FACT AND LAW: FUNDAMENTAL AND APPLIED DIFFERENTIATION OF CIRCUMSTANCES OF THE CASE, THEIR LEGAL QUALIFICATION AND APPLICATION OF LAW

ABSTRACT. Categories of the question of law and the question of fact have flown into Ukraine's procedural legislation from the doctrine of common-law legal systems and are fixed in the law application theory along with the traditionally used concepts of factual circumstances, legal qualification and application of the provision of law. At the same time, the criteria for differentiation of these questions, which is fundamental to the law application theory and judicial practice, still remain rather vague. Similarly, the nature of some issues resolved by courts in the course of court proceedings, in particular, nature of judicial discretion, use of evaluative categories in legal qualifications, establishment of the content of a foreign law provision etc., is not clearly defined in the context of referring them to the questions of law or fact, and therefore, it also remains unclear to which extent courts, while reviewing court judgments, may intervene into the decision-making on these issues.

The purpose of the article is to analyze the approaches to differentiation of the questions of law and fact in the context of law application in court and, based on the results of this analysis, to offer satisfactory criteria for such differentiation; the article also aims, with the use of these criteria, at attempting to refer to the questions of law or fact the law application issues which so far have been recognized as mixed ones by nature.

The article examines the origins of the division of law application issues into the questions of fact and law in the common law tradition, as well as some approaches typical of the continental systems. The author outlines the functional approach to their differentiation by the criterion of the subject – a judge or a jury – which decides on a particular issue, as well as by the standard of reviewing the decisions on these issues applied by higher courts. It is pointed out that these criteria are unsatisfactory, as they are rather derivative, or even logically loopbacked. The author proposes the approaches of differentiation by the formal logic criterion according to which answers to the questions of law is the

Костянтин Пільков

knowledge of historical facts which is probabilistic and is accepted as true as a result of inductive inference obtained with a probability consistent with the standard of proof adopted by the court, and answers to the questions of law are formulated on the basis of the court's knowledge of law which is irrefutably presumed, has a non-probabilistic character and, in the formal logic categories, is a larger base in deductive inference, with another base being the answer to the questions of fact, if we are talking about application of law in a narrow sense, or the answer to the question of law, if we are talking about interpretation of the provision of law.

The article demonstrates how the same question can be the question of fact or the question of law, depending on whether the answer to it takes into account the provision of law. The author substantiates the concept of stages in court law application: from allegations of facts, via establishing the legal nature of the alleged relationship and determining the appropriate proof that circumstances of the case exist, to establishing these circumstances based on proof, final legal qualification of the established circumstances and application of the consequences provided for by the applicable provisions of law. The article also offers the approach for formulating the legal opinion in a court judgment. Furthermore, the article attempts at qualifying the so-called mixed issues of judicial discretion, use of evaluative categories, establishment of the content of a foreign law provision, and interpretation of a contract in the categories of the questions of law and fact.

KEYWORDS: question of fact; question of law; prejudice; legal opinion; law application; court discretion; factual circumstances; legal qualification.

Юридичний журнал

# “ПРАВО УКРАЇНИ”

8  
2020

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації  
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красенко*  
Комп'ютерна верстка *О. Карташової*  
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 30.09.2020. Формат 70x100/16.  
Папір офсетний. Офсетний друк.  
Ум. друк. арк. 23,74. Обл.-вид. арк. 19,43.  
Зам. 469. Ціна договірна.

Адреса редакції:  
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна  
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),  
+380(44) 537-51-10 (редакція)

[www.pravoua.com.ua](http://www.pravoua.com.ua)

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,  
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Віддруковано у ТОВ-Видавництві “ЛОГОС”  
Україна, 01030, м. Київ, вул. Богдана Хмельницького, 10, оф. 31,  
тел. +380(44) 235-81-78

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготівників  
і розповсюджувачів видавничої продукції  
Серія ДК № 201 від 27.09.2000 р.