

DOI: 10.17803/1729-5920.2026.230.1.019-036

А. С. Гамбарян

Российско-Армянский университет
Академия государственного управления Республики Армения
г. Ереван, Республика Армения

Развитие права *extra legem* и *contra legem* в случае закрытых законодательных перечней

Резюме. В статье рассматриваются малоизученные вопросы теории права: молчание законодателя, закрытые законодательные перечни, а также «открытие» этих списков с помощью доктрины *contra legem* или восполнение посредством доктрины *extra legem*. В целях уточнения терминов автор выделяет два проявления законодательного молчания (законодательного пробела): упущение и сознательное молчание законодателя. Законодательный пробел является не только следствием упущения, но и результатом сознательного молчания законодателя. В статье выдвигается идея презумпции законодательного упущения, согласно которой если отсутствуют фактические данные о сознательном неурегулировании отношений законодателем, то необходимо исходить из опровергаемой презумпции, что неурегулирование этих отношений стало следствием упущения (ошибки) законодателя. Презумпцию законодательного упущения можно опровергнуть фактическими данными, подтвердив сознательное молчание законодателя. В условиях презумпции законодательного упущения этот пробел восполняется на основе доктрины развития права *extra legem*. Иная ситуация с закрытыми списками. Автор, имея в виду специфику техники закрытых перечней (имплицитный запрет на совершение юридических действий с неперечисленными элементами), отмечает, что в случае закрытых списков действует не презумпция законодательного упущения, а презумпция сознательного молчания законодателя. Если в случае с закрытыми перечнями презумпция сознательного молчания законодателя не была опровергнута, то этот список можно «открыть» по велению принципов права и включить в него новый элемент на основе доктрины развития права *contra legem*.

Ключевые слова: законодательный пробел; законодательное упущение; сознательное молчание законодателя; *contra legem*; *extra legem*; закрытый перечень

Для цитирования: Гамбарян А. С. Развитие права *extra legem* и *contra legem* в случае закрытых законодательных перечней. *Lex russica*. 2026. Т. 79. № 1. С. 19–36. DOI: 10.17803/1729-5920.2026.230.1.019-036

Development of Law *Extra Legem* and *Contra Legem* in Cases of Closed Legislative Lists

Artur S. Gambaryan

Russian-Armenian University; Academy of Public Administration of the Republic of Armenia
Yerevan, Republic of Armenia

Abstract. The paper addresses underexplored issues in legal theory, including legislative silence, closed legislative lists, and the «opening» of such lists through the application of the *contra legem* doctrine, as well as supplementing these lists via the *extra legem* doctrine. For purposes of terminological precision, the author identifies two manifestations of legislative silence (legislative gap): legislative omission and deliberate legislative silence. A legislative gap may result not only from omission but also from deliberate silence on the part of the legislature. The study proposes the concept of a presumption of legislative omission, whereby, in the absence of factual evidence of the legislature's conscious decision not to regulate certain relations, one should proceed from a rebuttable presumption that such non-regulation is the result of legislative omission (error). This presumption may be rebutted by factual evidence confirming the legislature's deliberate silence. Where the presumption of legislative omission applies, the gap may be filled through the *extra legem* doctrine as a means of legal development. A different approach applies in the case of closed lists. Given the specific legislative drafting

© Гамбарян А. С., 2026

technique inherent in closed enumerations (an implicit prohibition on performing legal acts involving elements not included in the list), the author notes that closed lists operate under a presumption of deliberate legislative silence. If, in the case of closed enumerations, this presumption is not rebutted, the list may be «opened» in accordance with fundamental principles of law, incorporating a new element through the *contra legem* doctrine of legal development.

Keywords: statutory lacuna; legislative omission; deliberate legislative silence; *contra legem*; *extra legem*; closed legislative lists

Cite as: Gambaryan AS. Development of Law Extra Legem and Contra Legem in Cases of Closed Legislative Lists. *Lex russica*. 2026;79(1):19-36. (In Russ.). DOI: 10.17803/1729-5920.2026.230.1.019-036

Введение

В настоящей работе будет обсуждаться различие между упущением законодателя и его сознательным молчанием в закрытых перечнях, а также в этом контексте разграничение видов развития права *extra legem* и *contra legem*. Прежде чем мы перейдем к рассмотрению этих сложных и запутанных вопросов, представим ряд общих суждений, касающихся их.

С точки зрения широкого правопонимания можно выделить следующие виды развития права: *intra legem* (лат. «по закону»), *extra legem* (лат. «за пределами закона») и *contra legem* (лат. «вопреки закону»).

При развитии права *extra (praeter) legem* в законе имеется упущение, при котором правоприменитель разрешает дело на основе норм, регулирующих аналогичные отношения, или общих принципов права (восполнение упущения в законе по аналогии закона и права). В случае правоприменения *extra legem* решение правовой проблемы хотя напрямую не урегулировано законом, но не противоречит закону (не является противозаконным), если, конечно, соблюдаются предусмотренные законом условия восполнения пробелов.

При развитии права *contra legem* имеется регулирование, установленное законом, однако правоприменительный орган, исходя из определенных правомерных целей (например, неотступного требования справедливости или иных принципов права), принимает решение вопреки существующему законодательному регулированию.

Различие между типами развития права *extra legem* и *contra legem* не вызывает затруднений в случае жесткого (строгого) развития *contra legem*, однако становится проблематичным в случае мягкого развития права *contra legem*,

особенно при молчании законодателя, т.е. в ситуациях, когда подлежащие регламентации отношения не урегулированы законодателем.

Если неурегулированность отношений законодательным путем является крайне спорной с точки зрения принципов права, возникает необходимость разрешения соответствующего вопроса судом — посредством развития права вне текста закона. На первый взгляд кажется, что в условиях молчания законодателя развитие права может осуществляться только по модели *extra legem*, поскольку отсутствует законодательная норма, которой можно было бы противопоставлять решение. Поэтому развитие *contra legem* исключается. На самом деле вопрос не столь однозначен.

Для того чтобы разграничить типы развития права *contra legem* и *extra legem* в случае молчания законодателя, необходимо учитывать ряд обстоятельств.

Во-первых, является ли неурегулированность отношений (законодательный пробел) следствием упущения законодателя или его сознательного молчания (квалифицированного или красноречивого).

Во-вторых, необходимо учитывать характер отношений, подлежащих регулированию: относятся ли они к сфере публичного или частного права (например, право человека на свободу действий) либо к сфере материального или процессуального права.

Для решения этих сложных вопросов важна также техника законодательного регулирования, в частности, применялся ли при этом прием закрытого либо открытого перечня.

Далее будут рассмотрены общие вопросы разграничения упущения законодателя и сознательного молчания, а затем особенности такого разграничения в контексте закрытых законодательных перечней.

1. Упущение законодателя и его сознательное молчание

1.1. Различие и его практическое значение

Необходимо выяснить, включает ли понятие «законодательный пробел» в правовой доктрине и практике конкретного государства упущение законодателя (пробел, возникший в результате законодательной ошибки) или также сознательное (квалифицированное или красноречивое) молчание законодателя (так называемые мнимые или «неслучайные» пробелы).

Если в доктрине и практике конкретного государства законодательный пробел трактуется в узком смысле, то он включает только законодательное упущение (законодательную ошибку). В случае узкого понимания законодательного пробела возникает необходимость четкого разграничения категорий «законодательный пробел» и «сознательное молчание законодателя».

Если в доктрине и практике конкретного государства законодательный пробел понимается буквально, то он включает как упущение законодателя, так и его сознательное молчание. В случае буквальной трактовки законодательного пробела разрыва между законодательным пробелом и сознательным молчанием законодателя не существует, поскольку сознательное молчание законодателя считается одним из проявлений законодательного пробела (законодательное упущение + сознательное молчание законодателя = законодательный пробел). В этом случае законодательный пробел считается негативным фактом, т.е. свидетельствует об отсутствии нормы, независимо от причин.

В обсуждаемом вопросе наблюдается разницей в словоупотреблении, что затрудняет работу. Например, в европейских странах неурегулированность законодателем соответствующих отношений (законодательное молчание) характеризуется различными терминами. Так, в 2008 г. главной темой обсуждений на XIV Конгрессе Конференции европейских конституци-

онных судов были законодательные пробелы (Вильнюс, 3–6 июня 2008 г.). Генеральный доклад Конгресса был составлен на основе национальных докладов конституционных судов. Из изучения генерального доклада ясно, что конституционные суды европейских стран используют различные термины в отношении молчания законодателей, например «пробел права», «пробел закона», «правовой вакуум»¹.

В правовых системах, где законодательный пробел понимается буквально, формулировка «сознательное молчание законодателя», как правило, не встречается, вместо нее используются выражения «неслучайный пробел» или «мнимый пробел»². Так, в национальных докладах конституционных судов некоторых государств (Азербайджан, Грузия, Латвия, Литва, Россия, Турция) были выделены виды случайных и неслучайных пробелов в праве. В этих странах неслучайный пробел отождествляется с сознательным молчанием законодателя, поскольку неслучайные пробелы в праве возникают, когда законодатель, зная о существовании фактических отношений, намеренно не устанавливает соответствующее регулирование вследствие политических, экономических или иных причин³.

Впрочем, в национальных докладах конституционных судов некоторых государств (Литва, Россия, Швейцария) упоминается возможность разграничения законодательного пробела и сознательного молчания законодателя: «...согласно некоторым мнениям, неслучайных пробелов в праве не может быть. Например, отмечено, что пробелы в законах (или любых иных правовых актах) не следует смешивать с обстоятельствами, когда законодатель воздерживается от принятия нормы, давая понять, что проблема решается, например, в соответствии с нормами этики, а не закона (или любого иного правового акта), — это так называемое квалифицированное молчание права (Литва, Россия, Швейцария)»⁴.

¹ Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов (Вильнюс, 3–6 июня 2008 г.) // Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. Ереван, 2008. Вып. 2–3. С. 81–89.

² Под мнимыми пробелами понимается преднамеренное молчание законодателя, т.е. когда он сознательно оставляет вопрос открытым, предлагая передать его решение на усмотрение правоприменителя, или сознательно выводит данные общественные отношения за сферу правового регулирования. Такие действия законодателя именуют квалифицированным молчанием. См.: Морозова Л. А. Теория государства и права : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Эксмо, 2010. С. 258.

³ Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. С. 86–87.

⁴ Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. С. 86–87.

Практика описания молчания законодателя разными терминами также присутствует в судебных актах одного и того же государства. Например, Конституционный суд Республики Армения (далее — РА) для описания молчания законодателя использует выражения «правовой пробел», «законодательный пробел» и «пробел правового регулирования» (см., например, постановление Конституционного суда РА от 29.10.2019 по делу УЏН-1486)⁵. Конституционный суд РА не использовал формулировку «сознательное (квалифицированное) молчание законодателя», однако в отдельных случаях, по существу, говорил об этом. Так, Конституционный суд РА в постановлении от 04.09.2019 по делу УЏН-1476 заявил: «Законодательный пробел может стать предметом рассмотрения Конституционного суда в том случае, когда он является недостатком правового регулирования, а не волей правотворческого органа, в данном случае законодателя, воздержаться от правового регулирования, воспринимаемого как законодательный пробел»⁶.

Из этого решения ясно, что Конституционный суд РА использовал законодательный пробел в буквальном смысле, как негативный факт, указывающий на отсутствие нормы. В этом случае законодательный пробел включает упущение законодателя (недостаток правового регулирования) и сознательное молчание законодателя (волю законодателя). При этом формулировка «законодательный пробел как воля законодателя», содержащаяся в решении Суда, фактически приравнивается к сознательному (квалифицированному) молчанию законодателя.

На данный момент, оставляя в стороне терминологические вопросы, отметим, что Конституционный суд РА провел различие между упущением и сознательной волей законодателя, признав их критерием отграничения его

полномочий от полномочий законодательного органа. Согласно Конституционному суду РА, определение конституционности законодательного пробела как упущения в законодательстве (дефекта правового регулирования) находится в сфере его компетенции, а оценка правомерности законодательного пробела как воли законодателя выходит за рамки его полномочий и, по всей вероятности, находится в сфере компетенции законодательного органа. В контексте данного постановления Конституционного суда РА методология разграничения законодательного пробела как упущения и как сознательного молчания законодателя становится еще более актуальной.

Вернемся к терминологическому вопросу. В доктрине СССР и постсоветских государств формулировка «сознательное (квалифицированное) молчание законодателя» не имела и не имеет широкого признания⁷. Принято считать, что выражение «квалифицированное молчание законодателя» впервые было использовано в советское время известным российским теоретиком В. В. Лазаревым. Он предложил различать законодательный пробел и квалифицированное молчание законодателя, поскольку законодательный пробел всегда обусловлен законодательной ошибкой, тогда как в случае квалифицированного молчания законодатель не желает регулировать отношения⁸. Квалифицированное молчание законодателя в постсоветский период отметил В. М. Сырых⁹, а в 2008 г. в тему соотношения законодательного пробела и квалифицированного молчания законодателя вдохнул новую жизнь В. М. Баранов¹⁰.

Сегодня в российских доктринальных источниках часто можно встретить научные работы о квалифицированном молчании законодателя, причем большинство авторов понимают законодательный пробел в узком смысле и отличают его от квалифицированного молчания

⁵ Постановление Конституционного суда РА от 29.10.2019 УЏН-1486 // URL: <https://concourt.am/decision/decisions/sdv-1486.pdf> (дата обращения: 15.04.2025).

⁶ Постановление Конституционного суда РА от 04.09.2019 УЏН-1476 // URL: <https://concourt.am/decision/decisions/sdv-1476.pdf> (дата обращения: 15.04.2025).

⁷ В литературе утверждается, что термин «квалифицированное молчание законодателя» по сути является эквивалентом западного «символического законодательства». См.: Молчание в праве (доктрина, практика и техника) : монография / под ред. А. С. Гамбаряна. М. : Юрлитинформ, 2021. С. 56.

⁸ Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М. : Юрид. лит., 1974. С. 15–16.

⁹ Сырых В. М. Теория государства и права : учебник. 2-е изд. М. : Юстицинформ, 2002. С. 287.

¹⁰ Баранов В. М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 75–78.

законодателя¹¹. Например, академик В. С. Нерсисянц четко различал законодательный пробел (как результат упущения законодателя) и сознательное молчание законодателя. Он отмечал, что может случиться так, что в действующем позитивном праве отсутствует конкретная правовая норма, которая должна была бы регламентировать эти отношения. Такая ситуация может означать 1) либо сознательное нежелание законодателя регулировать эти обстоятельства, 2) либо наличие пробела в действующем позитивном праве¹².

Ученые-юристы Российско-Армянского университета в 2021 г. опубликовали монографию под названием «Молчание в праве (доктрина, практика и техника)», в которой интерпретировали законодательный пробел в узком смысле, приравнявая его к упущению законодателя; следовательно, законодательный пробел и сознательное молчание законодателя рассматривались как разные явления¹³.

Впрочем, в доктрине и практике постсоветских государств узкое понимание законодательного пробела (упущение законодателя) и в этом контексте различие между законодательным

пробелом и сознательным молчанием законодателя до сих пор не получили всеобщего признания. В учебниках по теории государства и права, изданных в России в последние годы, выражение «квалифицированное молчание законодателя» либо не употребляется¹⁴, либо даже если применяется, то соответствующее явление не рассматривается как самостоятельное: оно по-прежнему считается одним из видов законодательных пробелов (мнимый или неслучайный пробел) или признается одной из субъективных причин законодательных пробелов¹⁵. Армянские юристы в учебниках по теории государства и права также не используют выражение «сознательное молчание законодателя»; они просто упоминают в рамках темы, посвященной законодательному пробелу, что возможна ситуация, когда законодатель по каким-то причинам сознательно не регулирует данное отношение¹⁶.

Таким образом, перспектива широкого признания различия между законодательным пробелом в узком смысле (законодательным упущением) и сознательным молчанием законодателя туманна. Дело в том, что в юриспруден-

¹¹ См.: Демин А. В. Квалифицированное молчание закона в механизме налогово-правового регулирования // Закон. 2012. № 2. С. 129–138 ; Васильев Ю. И. Квалифицированное молчание законодателя как общеправовой феномен (постановка проблемы) // Юридическая наука и практика : Вестник Нижегородской академии МВД России. 2015. № 1 (29). С. 227–230 ; Панченко В. Ю., Сабиров А. М. Квалифицированное молчание в правотворчестве и правовая культура правоприменения // Юридическая техника. 2016. № 10. С. 427–432 ; Лугинец Э. Ф. «Квалифицированное молчание законодателя» как одна из культурных предпосылок эффективности правоприменения в процессе судопроизводства // Юридическая техника. 2016. № 10. С. 705–709 ; Панченко В. Ю., Сабиров А. М. Квалифицированное молчание в правотворчестве // Евразийский юридический журнал. 2018. № 2 (117). С. 83–86 ; Гамбарян А. С. Правовые режимы молчания и фиктивных выводов, вытекающих из него // Журнал российского права. 2019. № 12. С. 19–29 ; Машовец А. О. Пробелы в праве и квалифицированное молчание законодателя в практике Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционализация уголовного судопроизводства (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации) : сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции, Санкт-Петербург, 30 октября 2021 г. / под ред. К. Б. Калиновского. СПб., 2022. С. 74–80 ; Крупнова Т. Б. Пробельность в праве как продукт волеизъявления субъекта правотворчества // Пробелы в праве в условиях цифровизации : сборник научных трудов / под общ. ред. Д. А. Пашенцева, М. В. Залоило. М. : Инфотропик Медиа, 2022. С. 221–228 ; Чепенко Я. К. Правовые пробелы в механизме конституционного обеспечения прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации (в свете практики Конституционного Суда Российской Федерации) : монография. М. : Проспект, 2022. С. 18.

¹² Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства : учебник. М. : Норма, Инфра-М, 1999. С. 489.

¹³ Молчание в праве (доктрина, практика и техника).

¹⁴ Сорокин В. В. Фундаментальная теория права : монография. М. : Юрлитинформ, 2020. С. 350–351.

¹⁵ См.: Теория государства и права : учебник / под ред. В. Н. Жукова, Е. А. Фроловой. М. : Проспект, 2024. С. 460–461 ; Шафиров В. М. Теория права: человекоцентристский подход : научное, учебное, практико-ориентированное пособие. М. : Проспект, 2024. С. 255–256.

¹⁶ Теория государства и права : учеб. пособие / под ред. А. Гамбаряна, М. Мурадяна. 4-е изд. Ереван : Лусабац, 2023. С. 204 (на армянском языке).

денции распространено буквальное понимание законодательного пробела (законодательный пробел = упущение законодателя + сознательное молчание законодателя).

В сфере юриспруденции такое понимание законодательного пробела имеет лингвистическое обоснование, поскольку в толковых словарях армянского языка прямо указано: «Пробел — это невыражение (по забывчивости или намеренно) какого-либо слова, цифры и т.д., когда вы пишете или говорите»¹⁷. То есть «пробел» как слово указывает не только на недостаток чего-либо, но и на состояние вакуума, нехватку, которая может быть вызвана как намерением, так и забывчивостью. В этом смысле законодательный пробел является негативным фактом, указывающим на отсутствие нормы, независимо от причины. Если быть более последовательными в использовании терминов, то следует отметить, что «законодательный пробел» — это общее понятие, включающее в себя как упущение, так и сознательное молчание законодателя. Следовательно, законодательный пробел является результатом не только упущения, но и сознательного молчания законодателя.

В этой работе мы в основном будем использовать понятия «упущение законодателя» и «сознательное молчание законодателя», которые являются самостоятельными проявлениями законодательного пробела.

Разделение законодательного упущения и сознательного молчания законодателя имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Во-первых, как уже упоминалось, Конституционный суд РА придал различию между упущением и сознательным молчанием законодателя значение критерия разделения компетенции.

Кроме того, если законодательный пробел является результатом упущения (ошибки) законодателя, то правоприменитель имеет право восполнить пробел с помощью аналогии закона или права, однако если законодательный пробел стал результатом преднамеренной воли законодателя (сознательное молчание), то в этом случае институт аналогии закона неприменим. Это важное обстоятельство пока не отражено в армянском законодательстве, поскольку в

Законе РА «О нормативных правовых актах» режимы законодательного пробела как упущения и сознательного молчания законодателя не разграничены, в результате чего институт аналогии закона и права может применяться, даже когда установлено, что неурегулированность отношений является результатом сознательного молчания законодателя¹⁸. Так, заголовок гл. 9 Закона «О нормативных правовых актах» сформулирован следующим образом: «Применение норм правовых актов в случае правовых противоречий (правовых коллизий и законодательных пробелов)», а согласно ст. 39 Закона применение аналогии закона и права возможно при отсутствии правовой нормы в законодательстве, независимо от того, является ли отсутствие нормы следствием упущения или сознательного молчания законодателя. Между тем аналогия закона и права является лишь способом преодоления упущения законодателя (законодательной ошибки). Согласно господствующему подходу правоприменитель не может посредством института аналогии противопоставлять свое решение воле законодателя, в данном случае — сознательному молчанию.

Из вышесказанного ясно, что законодательный пробел может иметь две причины: отношения не урегулированы из-за упущения законодателя (законодательная ошибка) или по его воле (сознательное молчание законодателя). В случае упущения законодатель, хотя и должен был урегулировать конкретное отношение, допустил ошибку и не регламентировал его (законодательная ошибка). В случае квалифицированного молчания законодатель **сознательно** не регулирует данные отношения. В отличие от квалифицированного молчания упущение законодателя — это не сознательное, а незапланированное молчание, т.е. когда законодатель просто не думал о том, чтобы урегулировать вопрос, но если бы он обратил на это внимание, то он бы его урегулировал.

1.2. Методология разграничения упущения и сознательного молчания законодателя

Как на практике следует определять, является ли неурегулированность отношений следствием упущения или результатом сознательного молчания законодателя? В. М. Баранов

¹⁷ Толковый словарь современного армянского языка. Т. 1. Ереван : Изд. Академии наук Армянской ССР, 1969. С. 305 (на армянском языке).

¹⁸ Закон Республики Армения от 21.03.2018 НО-180-N (ՀՕ-180-Ն) «О нормативных правовых актах» (вступил в силу с 07.04.2018) // ՀՀՊՏ 2018.03.28/23(1381).

отмечает, что, прежде чем констатировать пробел в праве (имеется в виду упущение законодателя), необходимо достоверно доказать, что здесь отсутствует «квалифицированное молчание законодателя»¹⁹.

Если отсутствуют обоснования того, что законодатель сознательно не регламентировал отношения, следует исходить из предположения, что неурегулирование этих отношений является результатом упущения (ошибки) законодателя. Логически мала вероятность того, что законодатель сознательно не урегулировал отношения, которые нуждаются в законодательном регулировании. Скорее молчание законодателя является результатом ошибки. Предположение о причине неурегулированности отношений назовем презумпцией законодательного упущения.

Презумпцию законодательного упущения можно опровергнуть и говорить о сознательном молчании законодателя, если фактическими данными: официальными документами, составленными во время обсуждения проекта закона, например обоснованиями проекта закона, ответами компетентного лица во время обсуждений в системе e-draft, протоколами парламентских обсуждений и т.д., подтверждается, что законодатель намеренно не хотел регулировать эти отношения.

В условиях презумпции законодательного упущения этот пробел восполняется на основе доктрины развития права *extra legem*. Если фактическими данными опровергнута презумпция законодательного упущения и подтверждено сознательное молчание законодателя, то суд в случае вопиющего противоречия между сознательным молчанием законодателя и принципами права решает вопрос на основе доктрины развития права *contra legem*. Эти суждения не относятся к закрытым спискам, в отношении которых действует другая логика (об этом далее).

Впрочем, вопрос не так прост. Различие между упущением и сознательным молчанием законодателя, а также в этом контексте разграничение видов развития права (*extra legem* и *contra legem*) являются одним из сложных и многогранных вопросов в юриспруденции. Дело в том, что для решения этих вопросов имеет значение ряд других обстоятельств, например, в контексте каких отношений эти вопросы обсуждаются — материальных или процессуальных, частных или публичных.

В частных отношениях (в области права человека на свободу действий) государство терпит или должно терпеть действия частного лица, не предусмотренные (специально не регулируемые), но и не запрещенные законом, независимо от того, является ли неурегулированность этих действий конкретными нормами результатом упущения или сознательного молчания законодателя. Дело в том, что на частных лиц распространяется дозвольтельный тип правового регулирования, в основе которого лежит постулат «дозволено всё, что не запрещено законом». Если бы у законодателя было противоположное желание (намерение), он, скорее всего, прямо запретил бы частному лицу совершать это действие материально-правового характера или иным образом специально урегулировал эти отношения (например, установил бы четкий порядок совершения действий частным лицом или список действий, за пределами которых совершение чего-либо косвенно запрещено). Следовательно, если частное лицо совершает действие, не установленное специальной разрешающей нормой, но также не запрещенное (не регулируемое иным образом), действие этого лица должно рассматриваться как правомерное.

Если общее право человека на свободу действий было признано Конституцией в качестве основного права человека, то в этом случае трудно утверждать, что в контексте упущения или сознательного молчания законодателя эти отношения вообще не урегулированы. В этой ситуации было бы правильно отметить, что отсутствует *специальное* урегулирование этого вопроса. В отсутствие *специального* законодательного регулирования поведение человека (общественные отношения) регламентируется на основе *общего* права человека на свободу действий. Например, в ст. 39 Конституции РА прямо закреплено конституционное право человека на свободу действий, которое является универсальным и регламентирует многочисленные проявления поведения, не запрещенного (никак не регулируемого) законом, в том числе действия, которые стали предметом судебного разбирательства.

Конституционное признание права человека на свободу действий, по-видимому, делает законодательство системой без пробелов. Если любое действие человека, не регулируемое *конкретными* нормами, регламентируется

¹⁹ Баранов В. М. Указ. соч. С. 75.

общим правом человека на свободу действий, то разговоры об упущении или о сознательном молчании законодателя становятся беспредметными. История права свидетельствует о том, что даже в периоды, когда право человека на свободу действий не было включено в позитивное право, позитивисты на основе формулы «дозволено всё, что не запрещено законом» утверждали, что позитивное право представляет собой всеобъемлющую и беспробельную систему. Еще в 1900 г. русский юрист Н. А. Гредескул отметил: «Молчание права чему же равняется? Конечно, дозволению. Отсюда и эта интерпретация молчания права: “не запрещено — значит дозволено”! <...> Когда молчит о чем-нибудь в общественной жизни право, то мы говорим — молчание права есть дозволение с его стороны. Тогда как приказы и запреты должны быть всегда выражены прямо, дозволения могут быть нередко выставлены перед обществом без затраты каких-либо внешних знаков для этого выражения, т.е. посредством молчания»²⁰.

Концепция всеобъемлющего и беспробельного позитивного права в европейских странах связана с именем Кельзена. Он критиковал теорию пробелов со следующим обоснованием: «...если правопорядок не устанавливает обязанности индивида к определенному поведению, то он дозволяет это поведение. <...> Хотя применение в этом случае некоей отдельной нормы права невозможно, но возможно применение правопорядка — поэтому возможно и применение права как таковое»²¹.

Хотя подход, исключаящий пробелы в позитивном праве, не получил широкого признания, эксплицитное конституционное признание права человека на свободу действий вновь придает актуальность дискуссии о позитивном праве как всеобъемлющей и беспробельной системе.

В отличие от частных отношений в сфере публичных отношений действует другая логика, основанная на постулате «запрещено всё, кроме прямо разрешенного» или «уполномочен делать то, что определено законом». Если законодатель не желает, чтобы государственный орган совершал определенное действие, он может либо установить законом прямой запрет на его совершение либо просто не предусмотреть

данное полномочие в законе. Если фактические данные подтверждают, что законодатель сознательно не установил такого полномочия, то не вызывает сомнений, что он не желал наделять участников правоотношений, в частности государственный орган (должностное лицо), соответствующим полномочием материально-правового характера, поэтому можно предположить, что законодатель молчаливо (косвенно) запретил государственному органу совершать не предусмотренное законом действие. Если законодатель путем преднамеренного молчания косвенно запретил государственному органу материально-правовое действие, то он запретил и совершение процессуальных действий, направленных на реализацию этого действия.

Таким образом, из сознательного молчания законодателя в сфере публичных отношений можно сделать условное заключение о запрете законодателем действий материально-правового характера (негативный вывод, сделанный из молчания, т.е. вывод о запрете).

Что касается упущения законодателя в публичных отношениях, то необходимо учитывать несколько обстоятельств.

Для диагностики наличия или отсутствия законодательного пробела, обусловленного законодательной ошибкой, в отношении полномочий государственного органа, принципиальным является вопрос о том, считается ли полномочие государственного органа предусмотренным законом только в том случае, если это полномочие в тексте закона сформулировано эксплицитно (прямо, наглядно), или в этой системе признана также доктрина имплицитных полномочий государственного органа. В последнем случае полномочия, *однозначно и необходимо* вытекающие из функций государственного органа, считаются существующими в правопорядке, даже если они прямо (зримо) не сформулированы в тексте закона. Ясно, что при таком подходе нельзя говорить о пробеле в правопорядке, обусловленном законодательной ошибкой.

Кроме того, немаловажен и тот факт, что полномочия государственного органа формулируются техникой закрытого перечня (вопрос пробелов в закрытом перечне полномочий подлeжит отдельному обсуждению).

²⁰ Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права: социально-юридическое исследование. Харьков : Типография Адольфа Дарре, 1900. С. 65–66.

²¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве : пер. с нем. 2-е изд. СПб. : Алеф-Пресс, 2015. С. 306.

2. Упущение законодателя и сознательное молчание законодателя в случае закрытых перечней

Как уже упоминалось, использование техники закрытого законодательного перечня также важно для разграничения законодательного упущения или преднамеренного молчания и в этом контексте для разделения типов развития права *extra legem* или *contra legem*.

Является ли отсутствие какого-либо элемента в законодательном закрытом перечне (неурегулированность отношений) результатом упущения или исключительно сознательного молчания законодателя? Согласно правилу толкования *expressio unius* невключение какого-либо элемента в исчерпывающий список (неурегулирование отношений) следует интерпретировать в смысле его исключения. То есть если законодатель регламентировал отношения, используя прием установления закрытого перечня, то он, скорее всего, сознательно не хотел связывать какие-либо правовые последствия с элементами, не включенными в перечень. Западная правовая доктрина гласит: «Одно из правил толкования, *expressio unius*, основано на концепции, что если Конгресс высказывает идею один раз, то он, очевидно, знает, как ее выразить, и если она включена в одном месте и не включена в другом, то такое исключение является преднамеренным»²².

Таким образом, законодатель, предусмотрев закрытый перечень и не включив в него конкретный элемент, скорее всего, сознательно (намеренно) не хотел регулировать отношения, не вошедшие в перечень, в противном случае он бы не закрывал перечень или высказал иной подход. Однако осознанность (преднамеренность) молчания законодателя в закрытом списке, как правило, является не фактом, а скорее предположением с высокой степенью вероятности (презумпция). На практике редко удастся установить на основе фактических данных, что законодатель намеренно (умышленно)

не включил тот или иной элемент в закрытый перечень. Если не представляется возможным доказать фактическими данными, что невключение конкретного элемента в закрытый перечень является преднамеренным поведением законодателя, то с учетом особенностей закрытого законодательного перечня следует исходить из презумпции сознательного молчания законодателя. Получается, что в отличие от обычных случаев (не связанных с закрытыми законодательными перечнями), где действует презумпция законодательного упущения, в случае закрытых законодательных перечней действует презумпция сознательного молчания законодателя²³.

На первый взгляд может показаться, что в закрытом перечне возможно исключительно сознательное молчание законодателя (как презумпция), а законодательное упущение невозможно. Сказанное в целом верно, но даже в случае закрытого перечня нельзя полностью исключать законодательное упущение. Законодательное упущение в закрытом перечне, хотя и редко, возможно, если будет опровергнута презумпция сознательного молчания законодателя в закрытом списке.

Презумпция сознательного молчания законодателя в закрытом перечне может быть опровергнута, если фактические данные подтверждают, что имело место законодательное упущение. Например, в период, когда в законе не был предусмотрен закрытый перечень (на момент принятия закона), данный элемент (общественные отношения) не существовал, но возник позже, поэтому законодатель не мог сознательно исключить элемент, отсутствовавший на тот момент, при перечислении элементов закрытого списка. Предположим, что закон определяет закрытый перечень судебных актов: «А», «Б», «В», подлежащих непосредственному (прямому) обжалованию в апелляционном порядке. Позднее закон предусмотрел новый вид судебного акта «Д», который как акт, существенно ограничивающий права человека, не-

²² Roth B. H. Retaining the Hope That Rejection Promises: Why Sunbeam is a Light That Should Not Be Followed // Emory Bankruptcy Developments Journal. 2014. Vol. 30. Issue 2. P. 562–563.

²³ Ранее из-за некорректного примера сложилось впечатление, что презумпция законодательного пробыла (точнее, законодательного упущения) действует и в случае законодательного закрытого перечня. См.: Гамбарян А. С. Развитие уголовно-процессуального права Армении вне закона (*extra legem*) и вопреки закону (*contra legem*) // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2024. Т. 15. № 1. С. 221. В действительности в случае законодательного закрытого перечня презумпция законодательного упущения неверно отражает суть метода правового регулирования при закрытых законодательных перечнях.

сомненно, должен подлежать непосредственному (прямому) обжалованию. Ввиду того, что на момент установления закрытого перечня судебных актов, подлежащих обжалованию, судебный акт типа «Д» не существовал, нет оснований полагать, что законодатель сознательно не включил судебный акт типа «Д» в закрытый перечень судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию. С учетом того что судебный акт типа «Д» по своей природе существенно ограничивает основные права человека, законодатель должен был также внести его в закрытый перечень судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию, однако не сделал этого, допустив законодательную ошибку. Невключение законодателем судебного акта категории «Д» в перечень судебных актов, подлежащих обжалованию, создало последующий законодательный пробел вследствие законодательной ошибки.

Приведем реальный пример последующего законодательного пробела в закрытом перечне. Так, Суд Европейского Союза (ЕС), игнорируя положения учредительных документов о закрытом перечне объектов судебного контроля, расширил сферу своего контроля. Например, в 1980-х гг. французская экологическая партия подала иск в Суд ЕС с требованием признать решение Европейского парламента недействительным на том основании, что оно является дискриминационным по отношению к партиям. Судебное разбирательство было инициировано на основании статьи 173 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (Рим, 25 марта 1957 г.), которая в период рассмотрения этого дела была сформулирована следующим образом: «Суд осуществляет надзор за законностью актов Комиссии и Совета...». Т. К. Хартли отмечает: «Это положение абсолютно и не содержит упоминания об актах Парламента; тем не менее Суд постановил, что оно охватывает также акты Парламента. <...> Сообщество действует на основе принципа верховенства права, и акты как государств-членов, так и институтов Сообщества в целях обеспечения соответствия Договору являются объектом судебного контроля. <...> В Договоре ЕС не закреплены полномочия рассматривать акты Парламента, так как в период его составления Парламент не обладал полномочиями принимать

акты, способные затрагивать интересы третьих сторон. Акты Парламента не выступали объектом судебного контроля, это противоречит духу Договора. Таким образом, Суд вынес решение, что статья 173 охватывает акты Парламента. Логика такого решения абсолютно понятна: всё, что сделал Суд, это констатировал, что акты Парламента должны подвергаться пересмотру, следовательно, они ему и подвергаются»²⁴.

Из ситуации, описанной Т. К. Хартли, становится ясно, что в данном случае мы имеем дело с последующим пробелом в закрытом перечне, вызванным законодательной ошибкой, поскольку на момент составления Договора Европейский парламент не имел полномочий принимать акты, затрагивающие интересы третьих сторон, следовательно, не было оснований для включения его актов в закрытый перечень объектов судебного контроля. Такая необходимость возникла позже, но в Договор не было внесено никаких изменений. Кстати, Т. К. Хартли приходит к выводу, что имело место не толкование, а изменение права. Он отмечает: «Трудно представить более выразительный пример изменения права вместо его толкования»²⁵.

В данном случае Суд ЕС, несомненно, изменил предусмотренный Договором закрытый перечень объектов судебного контроля, т.е. право ЕС развивалось, однако на основе этого примера следует понять, по доктрине *extra legem* или *contra legem*. Т. К. Хартли, по сути, опроверг презумпцию сознательного молчания законодателя в закрытом перечне и заявил, что в закрытом списке объектов судебного контроля существует *последующий* пробел, обусловленный законодательной ошибкой (т.е. законодательным упущением), поэтому Суд ЕС осуществил развитие права по доктрине *extra legem*.

В закрытом перечне также возможен *первоначальный* законодательный пробел, вызванный законодательной ошибкой. Например, фактическими данными подтверждается, что законодатель явно хотел включить соответствующий элемент в закрытый перечень, но в окончательной версии закона (проекта) этот элемент не вошел в закрытый список по техническим причинам.

Презумпция сознательного молчания в закрытом списке может быть опровергнута основ-

²⁴ Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества : Введение в конституционное и административное право Европейского сообщества : пер. с англ. М. : Закон и право ; Будапешт, 1998. С. 90–91.

²⁵ Хартли Т. К. Указ. соч.

ными фактическими данными, вторичными источниками законодательных процессов, в частности обоснованиями законопроекта, протоколами парламентских слушаний.

Суды РА в основном не обсуждают вопрос о том, является ли невключение какого-либо элемента в закрытый перечень результатом упущения или сознательного молчания законодателя. Суды, не принимая во внимание специфику закрытого перечня (презумпцию сознательного молчания законодателя), как правило, квалифицируют невключение какого-либо элемента в закрытый перечень в общем виде как законодательный пробел, причем причина этого пробела, имеющая практическое значение, остается в тени. Например, решения суда первой инстанции РА об отклонении ходатайства о замене заключения под стражу залогом или о прекращении заключения под стражу (далее — судебный акт о непрекращении заключения под стражу) не были включены в закрытый перечень судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию в апелляционном порядке (п. 4 ст. 376.1 УПК РА 1998 г.²⁶), что Конституционный суд РА просто квалифицировал как законодательный пробел. Так, Конституционный суд РА в постановлении от 06.11.2019 по делу УЊН-1487 указал: «В оспариваемом по данному делу пункте 4 ст. 376.1 УПК РА 1998 г. имеется **законодательный пробел**: отсутствует возможность непосредственного обжалования в апелляционном порядке решений об отклонении ходатайств об изменении или отмене ареста, избранного в качестве меры пресечения. Упомянутый законодательный пробел привел к формированию противоречивой правоприменительной практики (полужирный мой. — А. Г.)»²⁷.

Конституционный суд РА квалифицировал невключение судебного акта о непрекращении заключения под стражу в закрытый перечень судебных актов, подлежащих обжалованию, как законодательный пробел, не уточнив, обусловлен ли этот пробел дефектом (недостатком) правового регулирования или волей законодателя. Другими словами, Конституционный суд РА не обсуждал вопрос о том, был ли этот пробел упущением или сознательным молчанием законодателя. Как уже отмечалось, различие

проявлений законодательного пробела (упущение или сознательное молчание законодателя) имеет практическое значение, поскольку Конституционный суд РА за два месяца до вынесения постановления от 06.11.2019 по делу УЊН-1487 в постановлении от 04.09.2019 по делу УЊН-1476 отметил, что законодательный пробел может стать предметом рассмотрения Конституционного суда в том случае, когда он является **недостатком** правового регулирования, а **не волей правотворческого органа** — законодателя — воздержаться от правового регулирования, воспринимаемого как законодательный пробел. После выражения подобной позиции Конституционный суд РА при рассмотрении любого дела, связанного с законодательным пробелом, чтобы выяснить вопрос о наличии у него полномочий (юрисдикции) на рассмотрение данного дела, должен эксплицитно (прямо и открыто) обсудить, относится ли законодательный пробел к упущению или к сознательному молчанию законодателя (к воле законодателя). В случае обхода этого вопроса он оставит в тени вопрос о наличии полномочий на рассмотрение данного дела.

Что касается случая невключения судебного акта о непрекращении содержания под стражей в перечень решений, подлежащих обжалованию, то, исходя из того факта, что Конституционный суд РА рассмотрел вопрос о конституционности законодательного пробела в п. 4 ст. 376.1 УПК РА 1998 г., можно сделать вывод, что Суд посчитал, что невключение судебного акта о непрекращении содержания под стражей в закрытый перечень судебных актов, подлежащих обжалованию в апелляционном порядке, является следствием дефекта (недостатка) правового регулирования (законодательного упущения). Если бы Конституционный суд РА признал этот законодательный пробел не следствием законодательного упущения, а проявлением воли законодателя, то ввиду позиции, выраженной им в постановлении по делу УЊН-1476, он не был бы правомочен рассматривать это дело.

Впрочем, вывод о законодательном упущении из сухого факта рассмотрения и разрешения Конституционным судом РА спора о законодательном пробеле не соответствует выдвинутому нами тезису о презумпции сознательного мол-

²⁶ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Армения 1998 г. (ЗО-248) (утратил силу 1 июля 2022 г.) // Бюллетень Национального собрания. 1998.09.21/22(55).

²⁷ Постановление Конституционного суда РА от 06.11.2019 по делу УЊН-1487 // URL: <https://concourt.am/decision/decisions/sdv-1487.pdf> (дата обращения: 15.04.2025).

чания законодателя в закрытом перечне. Если бы Конституционный суд РА руководствовался презумпцией сознательного молчания законодателя в закрытом перечне, то для рассмотрения дела ему необходимо было бы установить, что существует законодательное упущение, т.е. он должен был бы опровергнуть презумпцию сознательного молчания в закрытом перечне. Если презумпция сознательного молчания законодателя в закрытом перечне не опровергается, то она продолжает действовать, а на практике это означает, что Конституционный суд РА, согласно спорной позиции, выраженной в постановлении по делу UҗП-1476, не правомочен рассматривать конкретное дело, касающееся законодательного пробела, поскольку считается, что этот пробел обусловлен волей законодателя. Так, в вышеуказанном случае отсутствуют (насколько нам известно) фактические данные о том, что невключение судебного акта о прекращении заключения под стражу в закрытый перечень судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию в апелляционном порядке (п. 4 ст. 376.1 УПК РА 1998 г.), является следствием ошибки, допущенной Национальным собранием РА (недостатком правового регулирования), следовательно, продолжает действовать презумпция сознательного молчания законодателя в закрытом перечне. То есть следует предположить, что Национальное собрание РА сознательно не внесло судебный акт о прекращении заключения под стражу в закрытый перечень судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию, в результате чего создало неконституционную ситуацию. Однако в случае такого подхода Конституционный суд РА не имел бы полномочий рассматривать данное дело.

3. Доктрина развития права *contra legem* при закрытых перечнях

На практике возможна ситуация, когда невключение какого-либо элемента в закрытый список

(неурегулирование отношений) создает гипер-несправедливость (вопиющую несправедливость) или гипернелогичную ситуацию²⁸. Тогда суд, исходя из какого-либо принципа права, должен развивать право *contra legem*, т.е., вопреки закрытому перечню, «открыть» его и включить в него новый элемент. Дело в том, что из факта использования техники закрытого перечня следует вывод о том, что законодатель косвенно запрещает совершение юридических операций с элементами, не попавшими в закрытый список. Запрет на совершение юридических операций с элементами, не включенными в закрытый список, не является фактом: в реальности такой запрет не предусмотрен, просто из-за того, что список закрыт, предполагается, что законодатель установил такой запрет. В случае такого косвенного законодательного запрета суд развивает право *contra legem*, поскольку его решение противопоставляется предполагаемой воле законодателя не урегулировать данные отношения.

В российской судебной практике были случаи, когда суды «открывали» закрытый перечень, однако вышестоящие суды в основном отменяли судебные акты об «открытии» закрытых списков²⁹.

В армянской судебной практике также имеются случаи «открытия» судами закрытого перечня. Суды РА в отдельных случаях противопоставляли закрытому списку и, «открыв» этот перечень, включали в него новые элементы. Например, ранее мы представляли случаи, когда решения судов РА противопоставлялись закрытому перечню оснований прекращения уголовного преследования (прекращения уголовного производства), установленному процессуальным законом, и, «открыв» этот перечень, включили в него новое основание прекращения уголовного преследования, не предусмотренное законом³⁰. Теперь добавим еще несколько примеров, которые в основном касаются «открытия» закрытого перечня судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию в апелляционном порядке.

²⁸ Вопиющую нелогичность или несправедливость законодательного регулирования, которую можно определить по формуле «четырнадцатилетнего ребенка», назовем гипернелогичностью или гипернесправедливостью. О формуле «четырнадцатилетнего ребенка» см.: Гамбарян А. С. Принцип законности и положение «судья подчиняется закону» в контексте доктрины развития права *contra legem* // Правоприменение. 2023. Т. 7. № 4. С. 15–24.

²⁹ Жуков Ф. Numerus clausus или numerus apertus? // URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/numerus-clausus-ili-numerus-apertus/> (дата обращения: 13.11.2024).

³⁰ Гамбарян А. С. Развитие уголовно-процессуального права Армении... С. 220–221.

В УПК РА 1998 г. был определен закрытый перечень судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию в Апелляционном суде РА. Кассационный суд РА в отдельных случаях выступил против закрытого перечня актов, подлежащих обжалованию, и установил, что судебные акты, в отношении которых законом прямо не предусмотрено положение об обжаловании, могут быть обжалованы непосредственно в Апелляционный суд РА. Так, Кассационный суд РА обсудил правомерность обжалования в апелляционном порядке решения о прекращении процессуального статуса потерпевшего (правопреемника потерпевшего). В данном случае Апелляционный суд РА зафиксировал, что вынесенное судом первой инстанции решение «о прекращении процессуального статуса и отстранении от производства по делу» не включено в перечень судебных актов, подлежащих обжалованию (ст. 376.1 УПК РА 1998 г.), а затем пришел к выводу, что апелляционная жалоба подана на судебный акт, не подлежащий непосредственному обжалованию. В результате Апелляционный суд РА оставил апелляционную жалобу без рассмотрения. Кассационный суд РА не согласился с Апелляционным судом РА и отметил, что мотивировка того, что решение о прекращении процессуального статуса правопреемника потерпевшего не подлежит обжалованию, привела к такому ограничению права правопреемника потерпевшего на доступ к суду, в результате которого была нарушена сама суть упомянутого права. Кассационный суд РА в решении от 01.11.2016 указал: «...с учетом позитивного обязательства государства по защите прав потерпевшего (правопреемника потерпевшего), а также необходимости обеспечения реализации права последнего на доступ к суду решение суда о прекращении процессуального статуса потерпевшего (правопреемника потерпевшего) подлежит обжалованию в апелляционном порядке. <...> Ограничение права потерпевшего (правопреемника потерпевшего) на доступ к суду путем непредоставления возможности обжалования такого решения подрывает саму суть этого основного права, превращая последнее в иллюзорную идею» (уголовное дело № ԵԷԴ/0110/01/12)³¹.

В данной ситуации, исходя из презумпции сознательного молчания законодателя в случае закрытого перечня, можно отметить, что законодатель, не включив решение о прекращении процессуального статуса правопреемника потерпевшего в исчерпывающий перечень актов, подлежащих обжалованию, не желал, чтобы это решение подлежало непосредственному обжалованию в апелляционном порядке. Кассационный суд РА, основываясь на соответствующих принципах права, справедливо выступил против данного регулирования и, «открыв» закрытый перечень, внес в него новый вид судебного акта, подлежащего непосредственному обжалованию. При таком подходе можно утверждать, что Кассационный суд РА развивал уголовно-процессуальное право согласно доктрине *contra legem*.

Кассационный суд РА решением от 28.11.2024 по делу № ՉԿԴ/0044/15/24 фактически применил доктрину развития права *contra legem* и развил уголовно-процессуальное право вопреки исчерпывающему перечню судебных актов, подлежащих обжалованию в Апелляционный суд РА, предусмотренному статьей 389 УПК РА 2021 г. Кассационный суд РА фактически руководствовался доктриной развития права *contra legem*, поскольку «открыл» закрытый перечень, установленный статьей 389 УПК РА, и добавил к нему судебный акт Х³², принимая за основу принцип равенства сторон и состязательности, а также принцип обеспечения судебной защиты права собственности. Кассационный суд РА, «открывая» закрытый перечень по этому делу, сослался на принципы равенства сторон и состязательности, поскольку судебный акт об отказе в возбуждении производства в связи с ходатайством следователя о наложении ареста на имущество включен в список судебных актов, подлежащих обжалованию, в то время как судебный акт об отказе в возбуждении производства по ходатайству частного участника процесса по аналогичному вопросу отсутствует в перечне³³.

Суды РА по другому делу также развили право вопреки закрытому перечню. Так, в ч. 1 ст. 245 Налогового кодекса РА определен исчерпывающий перечень оснований для осво-

³¹ Решение Кассационного суда РА от 01.11.2016 по уголовному делу № ԵԷԴ/0110/01/12 // CPC DataLex.

³² Определение суда первой инстанции РА об отказе в возбуждении производства по делу в связи с ходатайством частного участника процесса о снятии ареста с имущества.

³³ Решение Кассационного суда РА от 28.11.2024 по уголовному делу № ՉԿԴ/0044/15/24 // CPC DataLex.

бождения от налога на транспортные средства (налога на имущество), однако в этом списке хищение транспортного средства в качестве основания для освобождения от налога на имущество не предусмотрено. Это означает, что если у человека украли автомобиль, то по закону он обязан продолжать платить налог на имущество.

В правоприменительной практике РА возник вопрос правомерности (разумности) уплаты владельцем налога на имущество в случае хищения автомобиля. Так, по факту хищения автомобиля у гражданина 29 декабря 2016 г. было возбуждено уголовное дело, однако в ходе предварительного следствия автомобиль и лицо (лица), совершившее преступление, не были обнаружены, а 17 ноября 2017 г. производство по уголовному делу было приостановлено. В 2019 г. городские власти уведомили владельца угнанного автомобиля о том, что он обязан платить налог на автомобиль. Владелец обратился к мэру Еревана и, представив документы, подтверждающие хищение автомобиля, попросил освободить его от обязанности платить налог на имущество. Хотя орган, осуществляющий административное производство, не возражал против представленных аргументов (вероятнее всего, участники производства также посчитали этот довод обоснованным), его заявление было отклонено. 16 июля 2019 г. решением № 1134-А главы административного района было предъявлено требование о взыскании суммы налога на имущество на том основании, что статьей 8 Закона РА «О налоге на имущество», действовавшего в тот период, прекращение обязанности по уплате налога на имущество в случае хищения транспортного средства не предусмотрено, а автомобиль, согласно информации, предоставленной полицией РА, зарегистрирован на имя данного гражданина, право собственности на него не прекращено, следовательно, автомобиль остается собственностью данного гражданина³⁴.

Гражданин в судебном порядке оспорил решение административного органа № 1134-А «О предъявлении требования о взыскании суммы налога на имущество». Административный суд РА решением от 24.03.2020

по административному делу № ЧГ/5879/05/19 признал административный акт о требовании налога на имущество недействительным по следующим основаниям: «Получается, что, хотя транспортное средство принадлежит истцу на праве собственности, оно как таковое носит формальный характер, поскольку последний объективно, по независящим от него причинам лишен возможности в полной мере осуществлять свое право собственности. <...> Субъективное право собственности — это юридически закрепленная возможность лица владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему имуществом по своему усмотрению в пределах, установленных законом. <...> В этом случае лицо объективно лишено права владения и пользования имуществом.

Таким образом, права владения и пользования, являющиеся основанием для возникновения субъективного права собственности, фактически не реализуются истцом еще с декабря 2016 г.; при таких обстоятельствах суд считает, что с того момента, как истец был лишен права владения и пользования транспортным средством, являющимся объектом налогообложения, налог на имущество не мог быть начислен.

Учитывая всё вышеизложенное, суд считает, что решение административного органа № 1134-А было принято в результате неправильного применения и неправильного толкования статьи 8 Закона РА «О налоге на имущество» и статьи 163 Гражданского кодекса РА»³⁵.

Хотя Административный суд РА отметил, что административный орган неправильно применил и истолковал ст. 8 Закона РА «О налоге на имущество» и ст. 163 Гражданского кодекса РА³⁶, очевидно, что данные законы не предусматривают фактического прекращения права собственности и освобождения от налога на имущество по факту хищения транспортного средства, поэтому административный орган не мог неправильно истолковать или применить эти нормы.

В данном случае требование административного органа об уплате налога на имущество было хотя законным, но не правомерным, поскольку противоречило принципам справедливости и разумности (Административный

³⁴ Закон Республики Армения от 31.01.1998 ЗР-187 «О налоге на имущество» // СДЗ РА. 1998. Т. 2.

³⁵ Решение Административного суда РА от 24.03.2020 по административному делу № ЧГ/5879/05/19 // СПС DataLex.

³⁶ Гражданский кодекс Республики Армения от 28.07.1998 НО-239 (вступил в силу с 01.01.1999) // ОВМИД РА. 1998.08.10/18(51) ; ՀՀԴՏ 1998.08.10/17(50).

суд РА в мотивировочной части акта не указал ни одного принципа права). Очевидно, что непредусмотрение в законодательных основаниях освобождения от налога на имущество хищения транспортного средства создает не только нелогичную (неразумную), но и крайне несправедливую ситуацию: государство, с одной стороны, не выполнило должным образом функции по предупреждению и раскрытию преступлений (похищенный автомобиль не был обнаружен и не был возвращен владельцу), а с другой — усердно требует от жертвы преступления уплаты налога на имущество за угнанный автомобиль.

Административный суд РА справедливо выступил против закрытого перечня законодательных оснований освобождения от налога на имущество и ввел еще одно основание — хищение транспортного средства.

Данная позиция Административного суда РА настолько разумна и справедлива, что ответчик не обжаловал ее. Более того, спустя несколько лет после решения Административного суда РА, в 2024 г., исполнительная власть РА инициировала процесс внесения законодательных изменений. Так, Министерство внутренних дел РА подготовило пакет законодательных изменений, который предусматривает дополнение перечня законодательных оснований освобождения от уплаты налога на имущество (ч. 1 ст. 245 Налогового кодекса РА) еще одним: выход имущества из владения собственника по причине преступления. Правительство РА одобрило этот законопроект³⁷. В обоснованиях законопроекта указано: «...дорожная полиция Министерства внутренних дел РА с установленной периодичностью передает органам местного самоуправления сведения о возникновении и прекращении права собственности на транспортные средства. В передаваемую информацию также включены сведения о транспортных средствах, в отношении которых органами предварительного следствия возбуждены уголовные дела по факту хищения, а их владельцы фактически лишены возможности распоряжаться, владеть и пользоваться своим имуществом.

Вышеуказанная проблема создает как минимум **несправедливую ситуацию** для данной категории собственников, поскольку с них необходимо взимать налог на имущество, которым они не владеют (полужирный мой. — А. Г.)».

Данная законодательная поправка фактически основана на аргументации Административного суда РА по делу № ЧГ/5879/05/19, но в отличие от Суда исполнительная власть РА сослалась на принцип справедливости. Разработка исполнительной властью законодательной политики на основе принципов права сама по себе приветствуется, однако мышление и принятие решений, основанные на принципах права, должны быть присущи в первую очередь судам.

Заключение

В случае молчания законодателя, чтобы различать типы развития права *contra legem* и *extra legem*, необходимо учитывать ряд обстоятельств, в частности, является ли неурегулированность отношений (законодательный пробел или молчание законодателя) следствием законодательной ошибки (законодательного упущения) или сознательного молчания законодателя (квалифицированного молчания). Если отсутствуют фактические данные о том, что законодатель сознательно не регламентировал отношения, то необходимо исходить из опровергаемой презумпции, что неурегулированность этих отношений стала следствием упущения (ошибки) законодателя. Презумпцию законодательного упущения можно опровергнуть, подтвердив факт сознательного молчания законодателя.

В условиях презумпции упущения (ошибки) законодателя этот пробел заполняется на основе доктрины развития права *extra legem*. Если фактическими данными опровергается презумпция законодательного упущения и подтверждается сознательное молчание законодателя, то суд в случае вопиющего противоречия сознательного молчания законодателя и принципов права решает вопрос на основе доктрины развития *contra legem*.

В случае законодательно закрытых списков действует презумпция не законодательного упущения, а сознательного молчания законодателя. В случае закрытого списка упущение законодателя, хотя и редко, возможно. Презумпция сознательного молчания законодателя может быть опровергнута, если фактические данные подтверждают наличие упущения законодателя.

³⁷ URL: <https://e-gov.am/sessions/>.

В случае закрытых списков ввиду презумпции сознательного молчания законодателя «открытие» закрытого списка и включение в него

нового элемента на основе принципов права осуществляются согласно доктрине развития права *contra legem*.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Баранов В. М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 75–78. DOI: 10.17803/1729-5920.2008.13.1.075-078.

Васильев Ю. И. Квалифицированное молчание законодателя как общеправовой феномен (постановка проблемы) // Юридическая наука и практика : Вестник Нижегородской академии МВД России. 2015. № 1 (29). С. 227–230.

Гамбарян А. С. Правовые режимы молчания и фиктивных выводов, вытекающих из него // Журнал российского права. 2019. № 12. С. 19–29. DOI: 10.12737/jrl.2019.12.2.

Гамбарян А. С. Принцип законности и положение «судья подчиняется закону» в контексте доктрины развития права *contra legem* // Правоприменение. 2023. Т. 7. № 4. С. 15–24. DOI: 10.52468/2542-1514.2023.7(4).15-24.

Гамбарян А. С. Развитие уголовно-процессуального права Армении вне закона (*extra legem*) и вопреки закону (*contra legem*) // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2024. Т. 15. № 1. С. 206–224. DOI: 10.21638/spbu25.2024.114.

Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов (Вильнюс, 3–6 июня 2008 г.) // Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. Вып. 2–3. Ереван, 2008. С. 70–246.

Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права: социально-юридическое исследование. Харьков : Типография Адольфа Дарре, 1900. 235 с.

Демин А. В. Квалифицированное молчание закона в механизме налогово-правового регулирования // Закон. 2012. № 2. С. 129–138. DOI: 10.17803/1729-5920.2012.65.2.129-138.

Жуков Ф. Numerus clausus или numerus apertus? // URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/numerus-clausus-ili-numerus-apertus/>.

Кельзен Г. Чистое учение о праве : пер. с нем. 2-е изд. СПб. : Алеф-Пресс, 2015. 542 с.

Крупнова Т. Б. Пробельность в праве как продукт волеизъявления субъекта правотворчества // Пробелы в праве в условиях цифровизации : сборник научных трудов / под общ. ред. Д. А. Пашенцева, М. В. Залоило. М. : Инфотропик Медиа, 2022. С. 221–228. DOI: 10.18572/978-5-604-82534-2-2022-221-228.

Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М. : Юрид. лит., 1974. 184 с.

Лугинец Э. Ф. «Квалифицированное молчание законодателя» как одна из культурных предпосылок эффективности правоприменения в процессе судопроизводства // Юридическая техника. 2016. № 10. С. 705–709.

Молчание в праве (доктрина, практика и техника) : монография / под ред. А. С. Гамбаряна. М. : Юрлитинформ, 2021. 336 с. DOI: 10.38133/978-5-4396-0987-3-2021.

Морозова Л. А. Теория государства и права : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Эксмо, 2010. 510 с.

Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства : учебник. М. : Норма, Инфра-М, 1999. 552 с.

Панченко В. Ю., Сабиров А. М. Квалифицированное молчание в правотворчестве и правовая культура правоприменения // Юридическая техника. 2016. № 10. С. 427–432.

Сорокин В. В. Фундаментальная теория права : монография. М. : Юрлитинформ, 2020. 448 с. DOI: 10.7850/978-5-4396-0987-3-2020.

Сырых В. М. Теория государства и права : учебник. 2-е изд. М. : Юстицинформ, 2002. 592 с.

Теория государства и права : учебник / под ред. В. Н. Жукова, Е. А. Фроловой. М. : Проспект, 2024. 696 с.

Теория государства и права : учеб. пособие / под ред. А. Гамбаряна, М. Мурадяна. 4-е изд. Ереван : Лусабац, 2023. 476 с. (на армянском языке).

Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества : Введение в конституционное и административное право Европейского сообщества : пер. с англ. М. : Закон и право ; Будапешт, 1998. 648 с.

Чепенко Я. К. Правовые пробелы в механизме конституционного обеспечения прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации (в свете практики Конституционного Суда Российской Федерации) : монография. М. : Проспект, 2022. 120 с. DOI: 10.31857/9785421912345.

Шафиров В. М. Теория права: человекоцентристский подход : научное, учебное, практико-ориентированное пособие. М. : Проспект, 2024. 464 с.

Roth B. H. Retaining the Hope That Rejection Promises: Why Sunbeam is a Light That Should Not Be Followed // *Emory Bankruptcy Developments Journal*. 2014. Vol. 30. Issue. 2. P. 530–582. DOI: 10.2139/ssrn.2345678.

REFERENCES

Baranov VM. The legislator's qualified silence as a general legal phenomenon (On the question of the nature and scope of the functioning of gaps in the law). *Gaps in Russian Legislation*. 2008;1:75-78. (In Russ.). DOI: 10.17803/1729-5920.2008.13.1.075-078.

Chepenko YaK. Legal Lacunae in the Constitutional Safeguarding Mechanism for Human and Civil Rights and Freedoms in the Russian Federation: In Light of the Constitutional Court's Case Law. Moscow: Prospekt Publ.; 2022. (In Russ.). DOI: 10.31857/9785421912345.

Demin AV. The qualified silence of the law in the mechanism of tax-law regulation. *Zakon*. 2012;2:129-138. (In Russ.). DOI: 10.17803/1729-5920.2012.65.2.129-138.

Gambaryan A, Muradyan M, (eds). *Theory of the State and Law*. 4th ed. Yerevan: Lusabats Publ.; 2023. (In Armenian).

Gambaryan AS (ed.). *Silence in the Law: Doctrine, Practice, and Technique*. Moscow: Yurлитinform Publ.; 2021. (In Russ.). DOI: 10.38133/978-5-4396-0987-3-2021.

Gambaryan AS. Development of criminal procedure law of Armenia out of the law (*extra legem*) and contrary to the law (*contra legem*). *Vestnik of Saint Petersburg University. Law*. 2024;1:206-224. (In Russ.). DOI: 10.21638/spbu14.2024.113.

Gambaryan AS. Legal Regimes of Silence and Fictitious Conclusions Arising from It. *Journal of Russian Law*. 2019;12:19-29. (In Russ.). DOI: 10.12737/jrl.2019.12.2.

Gambaryan AS. The principle of legality and the provision «the judge is subject to the law» in the context of the doctrine of the development of law *contra legem*. *Pravoprimerenie [Law Enforcement Review]*. 2023;7(4):15-24. (In Russ.). DOI: 10.52468/2542-1514.2023.7(4).15-24.

General Report of the 14th Congress of the Conference of European Constitutional Courts (Vilnius, June 3–6, 2008). *Vestnik Konferentsii organov konstitutsionnogo kontrolya stran molodoy demokratii [Bulletin of the Conference of Constitutional Control Bodies of Young Democracies]*. 2008;2-3:70-246. (In Russ.).

Gredeskul NA. On the doctrine of the exercise of law. The intellectual process required for the exercise of law: a socio-legal study. Kharkov: Adolf Darre Publishing House; 1900. (In Russ.).

Hartly TK. *Fundamentals of European Unity Law: An Introduction to Constitutional and Administrative Law*. Moscow: Zakon i pravo Publ.; 1998. (In Russ.).

Kelzen G. *The Pure Theory of Law*. 2nd ed. St. Petersburg: Alef-Press Publ.; 2015. (In Russ.).

Krupnova TB. Gaps in the law as a product of a lawmaker's expression of will. In: Pashentsev DA, Zaloilo MV (eds.). *Gaps in Law in the Context of Digitalization: A Collection of Scholarly Papers*. Moscow: Infotropik Media Publ.; 2022. P. 221–228. (In Russ.). DOI: 10.18572/978-5-604-82534-2-2022-221-228.

Lazarev VV. *Gaps in the Law and Ways to Address Them*. Moscow: Yurid. Lit. Publ.; 1974. (In Russ.).

Luginets EF. «Qualified Silence of the Legislator» as One of the Cultural Preconditions for the Effectiveness of Law Enforcement in the Judicial Process. *Yuridicheskaya tekhnika [Legal Techniques]*. 2016;10:705-709. (In Russ.). Morozova LA. *Theory of the State and Law*. 4th ed. Moscow: Eksmo Publ.; 2010. (In Russ.).

Nersesyants BS. *General Theory of the State and Law*. Moscow: Norma, Infra-M Publ.; 1999. (In Russ.).

Panchenko VYu, Sabirov AM. Qualified Silence in Legislative Drafting and the Legal Culture of Law Application. *Yuridicheskaya tekhnika [Legal Techniques]*. 2016;10:427-432. (In Russ.).

Roth BH. Retaining the Hope That Rejection Promises: Why Sunbeam is a Light That Should Not Be Followed. *Emory Bankruptcy Developments Journal*. 2014;30(2):530-582. DOI: 10.2139/ssrn.2345678.

Shafirov VM. *Theory of Law: A Human-Centered (Person-Centered) Approach — Scholarly Textbook and Practical Guide*. Moscow: Prospekt Publ.; 2024. (In Russ.).

Sorokin VV. Fundamental theory of law. Moscow: Yurlitinform Publ.; 2020. (In Russ.). DOI: 10.7850/978-5-4396-0987-3-2020.

Syrykh VM. Theory of the State and Law. 2nd ed. Moscow: Yustitsinform Publ.; 2002. (In Russ.).

Vasiliev Yul. The legislator's qualified silence as a general legal phenomenon (problem statement). *Yuridicheskaya nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii [Legal Science and Practice: Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia]*. 2015;1(29):227-230. (In Russ.).

Zhukov F. Numerus clausus or numerus apertus? Available at: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/numerus-clausus-ili-numerus-apertus/> (Accessed 13.11.2024). (In Russ.).

Zhukov VN, Frolova EA (eds.). Theory of the State and Law. Moscow: Prospekt Publ.; 2024. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Гамбарян Артур Сиреканович, доктор юридических наук, заслуженный юрист Республики Армения, заведующий кафедрой теории права и конституционного права Российско-Армянского университета, профессор кафедры права Академии государственного управления Республики Армения
д. 123, Овсепя Эмина ул., г. Ереван 0051, Республика Армения
artur.ghambaryan@gmail.com

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Artur S. Gambaryan, Dr. Sci. (Law), Honored Lawyer of the Republic of Armenia; Head of the Department of Theory of Law and Constitutional Law, Russian-Armenian University; Professor, Department of Law, Academy of Public Administration of the Republic of Armenia, Yerevan, Republic of Armenia
artur.ghambaryan@gmail.com

Материал поступил в редакцию 17 апреля 2024 г.

Статья получена после рецензирования 19 мая 2025 г.

Принята к печати 15 декабря 2025 г.

Received 17.04.2024.

Revised 19.05.2025.

Accepted 15.12.2025.