

## ИНСТИТУЦИОНАЛЬНАЯ СИСТЕМА РАЗВИТИЯ ПРАВА ВОПРЕКИ ЗАКРЫТОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМУ ПЕРЕЧНЮ

АРТУР ГАМБАРЯН \*  
Российско-Армянский университет

В статье исследуется институциональная система развития права вопреки установленным законодательным ограничениям, представленным в форме закрытых перечней судебных актов, подлежащих обжалованию. В качестве теоретической рамки используется концепция «нормального судьи» Карла Шмитта, с акцентом на институциональную природу судебного акта *contra legem*.

Автор рассматривает судебную практику Республики Армения, где уголовные суды проявляют относительную гибкость в применении закрытых перечней — в отличие от гражданских и административных судов, придерживающихся строго формального подхода. В статье анализируются случаи, в которых суды признают подлежащими обжалованию акты, не предусмотренные в закрытом перечне, а также оценивается подход Конституционного суда РА к законодательным пробелам.

Автор критикует позицию Конституционного суда РА, выраженную в постановлении УТ-1476, согласно которому Суд уполномочен рассматривать конституционность лишь тех законодательных пробелов (упущений), которые являются следствием дефекта (ошибки) правового регулирования, тогда как сознательное молчание законодателя выходит за пределы его компетенции.

**Ключевые слова:** *contra legem, закрытые перечни, судебное усмотрение, Карл Шмитт, законодательный пробел, законодательное упущение, сознательное молчание законодателя, правомерные ожидания, компетенция суда*

---

\* Артур Гамбарян – доктор юридических наук, заслуженный юрист РА, заведующий кафедрой теории права и конституционного права Российской-Армянского университета, профессор кафедры права Академии государственного управления РА

Արթուր Ղամբարյան – իրավաբանական գիտությունների դոկտոր, ՀՀ վաստակավոր իրավաբան, Հայ-ռուսական համալսարանի իրավունքի տեսության և սահմանադրական իրավունքի ամբիոնի վարիչ, ՀՀ պետական կառավարման ակադեմիայի իրավունքի ամբիոնի պրոֆեսոր

Artur Ghambaryan – Doctor of Law, Honored Lawyer of the Republic of Armenia, Head of the Chair of Theory of Law and Constitutional Law of the Russian-Armenian University, Professor at the Chair of Law of the Academy of Public Administration of the Republic of Armenia

Эл. почта: artur.ghambaryan@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-6322-4664>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Ստացվել է՝ 05.05.2025  
Գրախոսվել է՝ 05.06.2025  
Հաստատվել է՝ 25.06.2025  
© The Author(s) 2025

## 1. Общие положения

Единственным самодостаточным адресатом доктрины развития права *contra legem* является институционально и функционально независимый от исполнительной власти суд. Суды (судьи) первой или других инстанций, несомненно, являются адресатами доктрины развития права *contra legem*, но их соответствующие решения обретут правомерный характер только в том случае, когда суд высшей инстанции (Верховный суд, Кассационный суд) признает, что суд действовал в соответствии с доктриной развития права *contra legem*<sup>1</sup>. Из характеристики «самодостаточного субъекта» следует, что судья, решая вопрос о применении доктрины развития права *contra legem*, должен руководствоваться не своими сугубо личными представлениями и желаниями, а должен учитывать (предвидеть), будут ли другие судьи, особенно судьи суда высшей инстанции (судебная система), в подобной ситуации противопоставляться регулированию закона, в том числе имплицитному запрету, вытекающему из законодательного закрытого перечня. Например, судья Апелляционного суда РА для того, чтобы противопоставиться закрытому перечню судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию, и принять к производству жалобу, поданную на судебный акт, который не включен в список судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию, должен учитывать не свои, сугубо личные, соображения и желания, а должен предвидеть, будут ли другие судьи, особенно судьи Кассационного суда РА, в подобных условиях противопоставляться этому закрытому списку. Судья должен ответить на этот вопрос не путем запроса «предварительного разрешения» у судей суда высокой инстанции, а путем рассмотрения и анализа преобладающих правовых подходов и представлений, существующих в судебной системе. Анализ судьи относительно возможности вынесения другими судьями *contra legem* акта не требует рациональных обоснований, для этого во многих случаях достаточно интуитивно-правового чувства судьи, основанного на его опыте и правопонимании.

Кроме этого, следует отметить, что ничего предосудительного или недопустимого не произойдет, если вопрос, составляющий предмет развития права *contra legem*, в качестве общетеоретического вопроса (в отрыве от обстоятельств конкретного дела), станет предметом обсуждения на внутрикорпоративных собраниях судей и на неформальных встречах.

Это институциональное ограничение развития права *contra legem* напоминает подход молодого немецкого ученого Карла Шмитта (раннего Шмитта) к вопросу о судебных актах *contra legem*, принимаемых «нормальным судьей».

Молодой К. Шмитт в 1912 году на немецком языке опубликовал книгу «Закон и приговор: исследование проблемы юридической практики», которая много лет оставалась в тени. Он полностью стал доступен англоязычному читателю в 2021 году, когда в Кембридже университете на английском языке были опубликованы первые научные труды молодого К. Шмитта, включая книгу «Закон и приговор»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Гамбарян, А. Легитимация развития права *contra legem* и механизмы его сдержек // Вестник Ереванского университета. Правоведение. 2024. Vol. 15, No. 2 (41). С. 89-90 (на армянском языке).

<sup>2</sup> See Carl Schmitt's Early Legal-Theoretical Writings: Statute and Judgment, and The Value of the State and the Significance of the Individual. Edited and translated by Lars Vinx and Samuel Garrett Zeitlin. Cambridge. Cambridge University Press. 2021. 260 p.

Подходы К. Шмитта к принятию судебных актов *contra legem*, отраженные в работе «Закон и приговор», русскоязычному читателю стали в некоторой степени доступны благодаря М. Лазарсону<sup>3</sup> и И. Покровскому<sup>4</sup>.

В своей работе «Закон и приговор» К. Шмитт обсуждает вопрос независимости судебных актов от законодательных норм, может ли судья выносить решение вопреки буквальной формулировке закона. На этот вопрос он дает положительный ответ и представляет формулу для вынесения противоречащего закону, но верного приговора (судебного акта). К. Шмитт, говоря о судебных актах *contra legem*, тем самым закладывает основу для децизионистских («*decisio - я решаю*»<sup>5</sup>) размышлений об истинном смысле приговора.

К. Шмитт начинает свою работу «Закон и приговор» следующим образом:

*«Решающим является вопрос: когда решение судьи верное?»<sup>6</sup>. Он предлагает уникальную методологию определения верности (английский: *correct*, немецкий: *richtigkeit*) приговора. Вердикт может быть верным не только в том случае, если он соответствует положениям закона, но и в тех случаях, когда он противоречит закону. Он считал, что судебный акт *contra legem* будет считаться верным, если у судьи есть основания полагать, что в подобной ситуации другие судьи также приняли бы судебный акт *contra legem*.*

*Его формула для определения верности судебного акта, противоречащего закону, выглядит следующим образом:*

*«Судебный приговор сегодня можно счесть верным, только если можно предположить, что другой судья принял бы точно такое же решение. «Другой судья» в этом случае означает эмпирический тип современного судьи с юридическим образованием»<sup>7</sup>.*

К. Шмитт подчеркивает важность подхода сообщества судей («другого судьи») к определению верности судебного акта *contra legem*. Другими словами, он предлагает судье при выражении позиции *contra legem* полагаться на принцип коллегиальности и прецедентную практику.

К. Шмитт считал недопустимым вынесение судебного акта *contra legem* основанного исключительно на личных представлениях отдельного судьи, даже если такое решение было продиктовано наилучшими побуждениями со стороны судьи. Он писал:

Некоторые части этой работы были переведены на английский язык в 2002 году. Schmitt, C. Statute and Judgement // Weimar: A Jurisprudence of Crisis. Berkley, 2002. Pp. 191-201.

<sup>3</sup> См.: Лазарсон, М. Я. Рец. на: C. Schmitt. «Gesetz und Urteil». Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin, 1912 // Право: Еженед. юрид. газ. СПб. 23 сентября, 1912. № 38. С. 2041-2043.

<sup>4</sup> См.: Покровский, И. А. "Прагматизм" и "релятивизм" в правосудии. Петроград. Типография Бр. В. и И. Линник. 1916. С. 6-18.

<sup>5</sup> К. Шмитт сознательно отходит от употребления более распространенного немецкого слова, обозначающего решение - *Entscheidung*, для того чтобы, используя *Dezision* (от лат. *decidere* - отрезать), создать новый термин «децизионизм», стремясь подчеркнуть особый характер того решения, о котором он ведет речь. У Шмитта, *Dezision* - это абсолютное решение, решение, которое создает норму. См.: Гузикова, М. О. Решение или право: суверенитет по Карлу Шмитту // Социум и власть. 2015. №3 (53). С. 47.

<sup>6</sup> Carl Schmitt's Early Legal-Theoretical Writings ... P. 47.

<sup>7</sup> Ibid. P. 103.

*«Решение, противоречащее буквальному смыслу закона, то есть решение contra legem, является верным, когда оно было бы принято таким же образом другим судьей (исходя из практики в целом)»<sup>8</sup>.*

И. А. Покровский, комментируя К. Шмитта, отметил, что каждый судья при постановке своего решения должен смотреть не на себя лично, а на окружающую его судейскую среду, должен полагаться не на свои личные понимания закона, справедливости, культуры, сравнительной ценности интересов и т.д., а на их объективное преломление в данной среде судей и на данный момент<sup>9</sup>. Однако, ни в коем случае судье не разрешается проявлять абсолютную свободу действий – руководствоваться только личными побуждениями.

По словам К. Шмитта, «другой судья», конечно же, является нормальным судьей, прошедшим юридическую подготовку. Слово «нормальный» используется здесь в количественном смысле, относящемся к среднему показателю, а не как обозначение идеального типа<sup>10</sup>. По большому счету, К. Шмитт использует термины «другой судья» и «нормальный судья» в одном и том же значении.

Таким образом, согласно Шмитту, всякий судья, должен стремиться, чтобы его решение соответствовало не тем или иным теоретическим учениям, а фактически существующей практике, должен считаться не с идеальным типом судьи, а с типом нормального в смысле среднего, обычного судьи<sup>11</sup>.

В контексте вышеизложенного вполне понятен подход, согласно которому самодостаточным адресатом доктрины развития права contra legem является не конкретный судья со своими личными желаниями и предпочтениями, а вся судебная система.

Обратимся к вопросу какие суды РА на практике «открывают» закрытые законодательные перечни по логике contra legem. Данный вопрос будет рассмотрен преимущественно на примере закрытого перечня судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию.

## 2. Практика судов РА в сфере соблюдения закрытых законодательных перечней

### 2.1. Соблюдение закрытых перечней административными и гражданскими судами РА

Административные суды<sup>12</sup> и гражданские суды<sup>13</sup> РА в целом строго соблюдают закрытые законодательные перечни (имплицитный запрет на совершение юридических действий с элементами, не включенными в этот список). Проявляя формалистическую строгость (ригоризм), они избегают «открыть» закрытые

<sup>8</sup> Ibid. P. 135.

<sup>9</sup> См.: Покровский И. А. указ. соч., С. 9.

<sup>10</sup> See Carl Schmitt's Early Legal-Theoretical Writings ... P. 109.

<sup>11</sup> См.: Покровский, И. А. указ. соч., С. 7.

<sup>12</sup> Административный суд РА, Апелляционный административный суд РА и административная палата Кассационного суда РА.

<sup>13</sup> Суды первой инстанции, рассматривающие гражданские дела (в том числе антикоррупционные гражданские дела), Апелляционный гражданский суд РА и гражданская и антикоррупционная палаты Кассационного суда РА.

перечни, даже если отсутствие необходимого элемента в этом списке находится в вопиющем противоречии с принципами права.

Например, в деле № ЧԴ/1073/05/19 Административный суд первой инстанции РА (далее – Административный суд РА) РА вынес решение о перенаправлении иска в гражданский суд РА, на том основании, что спор не относится к его подсудности. Решение Административного суда РА о перенаправлении иска не включен в закрытый перечень промежуточных судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию (часть 1 статьи 131 Кодекса об административном судопроизводстве РА), однако истец обжаловал данное определение в Административном апелляционном суде РА.

Апелляционный административный суд РА, соблюдая имплицитный запрет, вытекающий из закрытого законодательного перечня, в решении от 08.04.2019 г. по делу № ЧԴ/1073/05/19 указал:

*«На основании известного принципа «numerus clausus» (ограничение по количеству) в статье 131 Кодекса представлен исчерпывающий перечень промежуточных судебных актов Административного суда РА, подлежащих обжалованию в апелляционном порядке, в который не включено решение о перенаправлении иска. По сути, в данном случае была подана апелляция на решение о перенаправлении иска, хотя оно обжалованию не подлежит».*

Истец обжаловал решение Апелляционного суда РА в Кассационном суде РА на том основании, что решение о перенаправлении иска является актом, исключающим возбуждение судебного производства, что является вмешательством в право на доступ к специализированному правосудию и законному суду. Кассационный суд РА уклонился от обсуждения данного вопроса об «открытии» закрытого законодательного перечня и отказался принять кассационную жалобу к производству.

В данном случае административные суды РА не обсуждали вопрос о том, нарушает ли отсутствие непосредственного обжалования решения о перенаправлении иска эффективность судебной защиты. По логике истца, до тех пор, пока поднятый им вопрос о надлежащей подсудности не будет решен, само правосудие (решение по существу дела) не может состояться. Дальнейшее развитие событий в данном деле показало, что разрешение вопроса о подсудности посредством режима отложенного обжалования (защиты права на осуществление правосудия судом, созданным «на основании закона») крайне неэффективно. Дело в том, что в результате рассмотрения дела, длившегося в гражданских судах РА около пяти лет, Кассационный суд РА подтвердил, что Административный суд РА допустил ошибку, переадресовав дело в гражданский суд РА. Кассационный суд РА прекратил производство по делу на том основании, что спор был рассмотрен неправомочным судом. Это означает, что судебное разбирательство, проводившееся неправомочным судом в течение пяти лет, становится недействительным, и истец должен начать с нуля, вновь подав иск в Административный суд РА (хотя изначально он подавал иск в Административный суд РА).

Административные суды РА и по другим делам ригористически соблюдают имплицитный запрет, вытекающий из закрытого перечня судебных актов, подлежащих обжалованию. Так, в рамках административного дела № ЧԴ/0839/05/23

об оспаривании законности подзаконного нормативно-правового акта заявитель подал ходатайство о приостановлении действия оспариваемого нормативно-правового акта до завершения рассмотрения дела. Административный суд РА принял решение отклонить ходатайство. Это решение не включено в закрытый перечень промежуточных судебных актов, подлежащих обжалованию (часть 1 статьи 131 Кодекса об административном судопроизводстве РА), однако заявитель обжаловал его в Апелляционном административном суде РА. Апелляционный административный суд РА решением от 17.07.2023 г. отказал в принятии апелляционной жалобы по следующей причине:

*«(...) стороны имеют право в непосредственном порядке обжаловать только те промежуточные судебные акты, возможность обжалования которых прямо предусмотрена Кодексом об административном судопроизводстве РА. (...) указанный перечень промежуточных судебных актов является исчерпывающим, что означает, что судебные акты, не включенные в данный перечень, не могут быть обжалованы в апелляционном порядке.*

*(...)*

*Следовательно, в случае обжалования промежуточного судебного акта, который не включен в перечень, установленный частью 1 статьи 131 Кодекса, или для которого не предусмотрена возможность непосредственного обжалования, Апелляционный суд правомочен вынести решение об отказе в принятии апелляционной жалобы. При таких обстоятельствах вынесенное судом первой инстанции РА решение «Об отклонении заявления о приостановлении действия нормативного правового акта» не является судебным актом, подлежащим обжалованию в порядке, установленном статьей 131 и главой 26 «Производство по делам об оспаривании законности нормативного правового акта» Кодекса, следовательно, принятие поданной апелляционной жалобы подлежит отклонению».*

Заявитель подал кассационную жалобу на вышеуказанное решение. Кассационный суд РА по данному делу также уклонился от обсуждения вопроса об «открытии» закрытого перечня и отказался принять кассационную жалобу к производству. Создавшееся противоправное положение исправил Конституционный суд РА. Он постановлением УЧ-П-1725 от 16.04.2024г. признал соответствующее положение Кодекса неконституционным в той мере, в какой оно не предусматривает возможности непосредственного обжалования решения об отказе в ходатайстве о приостановлении действия оспариваемого нормативного правового акта.

Таким образом, административные и гражданские суды РА в целом строго соблюдают закрытые перечни, независимо от каких-либо обстоятельств. В результате изучения судебной практики не выявлено ни одного дела, в рамках которого административные и гражданские суды РА по логике contra legem «открыли» закрытый законодательный перечень судебных актов, подлежащих обжалованию. В то же время в отдельных случаях наблюдается смягчение ситуации. Например, административный суд РА решением от 24.03.2020г. по делу № Ч-5879/05/19 противопоставился закрытому перечню законодательных оснований для освобождения от налога на имущество и признал в этом перечне

новое основание для освобождения от налога на имущество (похищенного автомобиля, который по праву собственности принадлежал истцу, но которым истец фактически не владел вследствие кражи данного автомобиля).

## **2.2. Действия уголовных судов РА вопреки закрытым перечням**

В отличие от административных и гражданских судов РА уголовные суды<sup>14</sup> РА более гибко подходят к соблюдению закрытых перечней судебных актов, подлежащих обжалованию (и вытекающих из этого имплицитного запрета); они, как правило, свободны от формальной строгости. В отношении закрытых перечней судебных актов, подлежащих обжалованию (и вытекающего из них имплицитного запрета), они иногда свободны от формалистической строгости.

Так, статья 376.1 УПК РА<sup>15</sup> 1998 года установила исчерпывающий (закрытый) перечень судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию в апелляционном порядке. До 2016 года в судебной практике преобладал подход, согласно которому решение суда первой инстанции не может быть обжаловано непосредственно в Апелляционном суде РА, если данное решение не включено в указанный перечень. Уголовная палата Кассационного суда РА в течение многих лет слепо соблюдала имплицитный запрет, вытекающий из этого списка. Но так, Кассационный суд РА в решении от 28.11.2008 г. по делу № ԵԿԴ/0225/06/08 рассмотрел вопрос о том, имеет ли Апелляционный суд РА полномочия пересматривать постановление суда первой инстанции об отказе в изменении избранной меры пресечения в виде заключения под стражу, в том числе постановление об отказе замены заключения под стражу залогом (далее – судебный акт о неотмене заключения под стражу). Он решил, что данный судебный акт не подлежит обжалованию, поскольку не входит в установленный законом закрытый перечень. Кассационный суд РА спустя десять лет, 20 марта 2018 года в деле № ԵԿԴ/0274/01/15 вновь обратился к тому же вопросу и подтвердил свою ранее высказанную позицию.

В отличие от Кассационного суда РА, Апелляционный суд РА с 2016 года отказался от строго легистского подхода относительно недопустимости обжалования судебного акта о неотмене заключения под стражу. Он сформировал практику, согласно которой решение суда первой инстанции РА о неотмене заключения под стражу подлежит обжалованию, хотя оно и не включено в перечень судебных актов, подлежащих обжалованию (см., например, решения Апелляционного уголовного суда РА по делу № ԵԿԴ/0267/01/15 от 08.09.2016 г., по делу № ԵԿԴ/0001/01/15 от 15.09.2016 г., по делу № ԵԿԴ/0032/01/16 от 24.01.2017 г. и др.).

Напомним, что когда Апелляционный суд РА начал рассмотрение апелляционных жалоб на решение о неотмене заключения под стражу, Кассационный суд РА еще 28.11.2008 г. выразил свою позицию о том, что данный акт суда первой инстанции не может быть обжалован в Апелляционном суде РА, поскольку он не

---

<sup>14</sup> Суды первой инстанции РА рассматривающие уголовные дела, уголовные и антикоррупционные апелляционные суды РА, уголовная и антикоррупционная палаты Кассационного суда РА.

<sup>15</sup> Утратил силу в 01.07.2022 году.

входит в перечень судебных актов, подлежащих непосредственному обжалованию. Это означает, что Апелляционный суд РА не мог не осознавать, что, «открыв» закрытый список, он выступил против регулирования закона.

Апелляционный суд РА не просто принял к рассмотрению апелляционную жалобу на судебный акт, не включенный в закрытый перечень, и проверил законность и обоснованность этого акта, а попытался как-то объяснить, почему он рассмотрел апелляционную жалобу на судебный акт, не включенный в перечень обжалуемых судебных актов. Так, Апелляционный суд РА по делу № ЕЧУ/0001/01/15 решением от 15.09.2016 г. разрешил апелляционную жалобу на решение суда первой инстанции РА о неотмене заключения под стражу. Апелляционный суд РА, прежде чем рассмотреть апелляцию по существу, рассмотрел вопрос о том, подлежит ли данный акт обжалованию или нет. Он дал положительный ответ на вопрос и объяснил свой подход к действиям вопреки закрытому законодательному перечню, следующим образом:

*«Следует отметить, что, несмотря на то, что в свете правовой позиции Кассационного суда РА выраженной в решении от 28.11.2008 г., по делу ЕЧУ/0225/06/08, апелляционная жалоба, поданная защитником, должна была быть оставлена без рассмотрения, однако, учитывая то обстоятельство, что суд первой инстанции РА в заключительной части своего решения зафиксировал: «Решение может быть обжаловано в Апелляционный уголовный суд РА в течение пяти дней со дня его опубликования», поэтому для обеспечения права обвиняемого на защиту апелляционная жалоба была принята к производству и должна быть рассмотрена по существу».*

Фактически Апелляционный суд РА обусловил свое поведение исключительно тем фактом, что суд первой инстанции РА в заключительной части своего решения отметил, что его решение может быть обжаловано. На первый взгляд кажется, что Апелляционный суд РА хотел защитить правовые ожидания обвиняемого в вопросе обжалования судебного акта, которые у него возникли из формулировки суда первой инстанции РА «решение может быть обжаловано». Однако в данном случае невозможно говорить о защите правовых ожиданий, поскольку Апелляционный суд РА не коснулся доктрины правовых ожиданий и принципа защиты доверия.

В таких условиях трудно выявить принципиальную позицию Апелляционного суда РА относительно правомерности обжалования судебного акта, не включенного в закрытый список, и, следовательно, трудно предсказать, каким был бы подход Апелляционного суда РА, если бы суд первой инстанции РА не указал, что его решение может быть обжаловано в Апелляционном суде РА.

Тем не менее фактом остается то, что Апелляционный суд РА признал подлежащим обжалованию судебный акт, не входящий в перечень судебных актов, подлежащих обжалованию. Иными словами, Апелляционный суд РА, вопреки имплицитному запрету, вытекающему из закрытого перечня, «открыл» закрытый список судебных актов, подлежащих обжалованию. Конституционный суд РА позднее подтвердил правомерность практики «открытия» Апелляционным судом РА закрытого перечня судебных актов, подлежащих обжалованию (Постановление Конституционного суда РА УЧП-1487 от 06.11.2019 г.).

Что касается Кассационного суда РА, то он после 2016 года был непоследователен в вопросе соблюдения закрытого списка. Как отмечалось, в 2018 году Кассационный суд РА подтвердил свою позицию относительно недопустимости обжалования решения о неотмене заключения под стражу по причине того, что данное решение не включено в закрытый перечень. С другой стороны, в 2016 году Кассационный суд РА признал возможность обжалования решения о прекращении процессуального статуса потерпевшего, хотя это решение также не было включено в закрытый перечень. Так, Кассационный суд РА, учитывая позитивное обязательство государства по защите прав потерпевшего (правопреемника потерпевшего), а также необходимость обеспечения права последнего на доступ к суду, решением от 01.11.2016 г. по делу ЕЕ-1 /0110/01/12 постановил, что решение суда о прекращении процессуального статуса потерпевшего (правопреемника потерпевшего) подлежит обжалованию в апелляционном порядке. Можно констатировать, что признав постановление о прекращении процессуального статуса потерпевшего судебным актом, подлежащим обжалованию, Кассационный суд РА смягчил свой крайне легистский и формальный подход к закрытому списку.

### **3. Компетенция Конституционного суда РА по определению конституционности пробелов в закрытых перечнях**

Конституционный суд РА правомочен определять конституционность законодательного пробела в закрытых перечнях, если в результате этого пробела нарушаются конституционные ценности (например, в результате отсутствия законодательных процедур человек лишается возможности осуществлять основное право). Данный вопрос не стал бы предметом обсуждения, если бы Конституционный суд РА не поставил наличие своей компетенции по определению конституционности законодательного пробела в зависимость от того, является ли этот пробел следствием упущения законодателя или результатом его сознательного молчания.

Конституционный суд РА, делая различие между законодательным ущущением и сознательным молчанием законодателя, признал их критерием разграничения своей компетенции от компетенции Национального собрания РА. Так, Конституционный суд РА постановлением УЧП-864 от 05.02.2010 г. отметил:

*«Рассматривая компетенцию Законодательного органа и Конституционного суда в вопросе преодоления правового пробела в контексте принципа разделения властей, Конституционный суд считает необходимым констатировать, что во всех случаях, когда правовой пробел обусловлен отсутствием нормативного предписания в отношении конкретных обстоятельств, находящихся в сфере правового регулирования, преодоление такого пробела находится в компетенции законодательного органа. Конституционный суд в рамках разрешения дела рассматривает вопрос о конституционности пробела закона, если правовая неопределенность, вызванная содержанием оспариваемой нормы, приводит к такому толкованию и применению данной нормы в правоприменительной практике, которые нарушают или могут нарушить конкретное конституционное право».*

В дальнейшем Конституционный суд РА своим постановлением УП-1476 от 04.09.2019г., конкретизировал свою позицию и прямо отметил, что 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.

По сути, Конституционный суд РА счел решение о конституционности упущения законодателя (дефекта правового регулирования) вопросом, находящимся в сфере его компетенции, а оценку законодательного пробела как результата волеизъявления законодателя – вопросом, выходящим за пределы его компетенции.

Во-первых, в результате вышеуказанной позиции Конституционного суда РА создается впечатление, что суды общей юрисдикции теряют свою известную возможность восполнить имеющееся в законе упущение на основе аналогии закона, поскольку Конституционный суд РА счел рассмотрение пробела, обусловленного недостатком правового регулирования, своей компетенцией.

Во-вторых, Конституционный суд РА, получая какое-либо заявление, касающееся законодательного пробела, чтобы выяснить наличие у него компетенций для рассмотрения данного дела, должен прямо и открыто обсудить, является ли законодательный пробел следствием упущения законодателя или результатом сознательного молчания законодателя (проявления воли законодателя). Конституционный суд РА, хотя рассматривал и рассматривает дела о конституционности законодательных пробелов (например, конституционность невключения морального вреда в перечень видов ущерба, причиненного лицу<sup>16</sup>), однако никогда не обсуждал, является ли данный пробел следствием законодательного упущения или результатом сознательного молчания законодателя.

Трудно согласиться с подходом, что исходя из самого факта принятия и рассмотрения Конституционным судом РА заявления о конституционности, например, непредусмотрения (незакрепления) института морального вреда в Гражданском кодексе РА, следует считать, что в данном случае речь идет не о сознательном молчании законодателя, а о его упущении. В правовой системе РА институт морального ущерба и материального возмещения, причиненного в результате этого ущерба, является вопросом широкого масштаба, следовательно, это обстоятельство, само по себе, подтверждает, что законодатель, не предусмотрев его, не мог допустить ошибки в правовом регулировании; он сознательно не закрепил это в частном праве. О сознательном молчании законодателя по данному вопросу свидетельствуют и заявления политических властей РА, сделанные в разное время, о том, что они не считают целесообразным предусмотреть нормы о материальной компенсации морального вреда.

<sup>16</sup> Конституционный суд РА постановлением УП-1121 от 05.11.2013 г. часть 2 статьи 17 Гражданского кодекса РА, в той мере, в какой моральный ущерб не рассматривается как разновидность ущерба и не обеспечивает возможности компенсации морального вреда, блокируя эффективную реализацию прав лица на доступ к суду и справедливое судебное разбирательство, в то же время препятствуя добросовестному выполнению международных обязательств РА, признал противоречащей ряду статей Конституции РА и недействительной.

Если руководствоваться логикой, выраженной Конституционным судом РА в его постановлении УГП-1476, то следует заключить, что Конституционный суд РА не был компетентен обсуждать конституционность отсутствия морального вреда в Гражданском кодексе РА.

После позиции, выраженной постановлением Конституционного суда РА УГП-1476, предположение о допущенном законодателем упущении, исходя из «голых» фактов принятия к производству и рассмотрения дела о конституционности законодательного пробела, становится недопустимым. Отныне Конституционный суд РА для подтверждения своей компетенции рассматривать дело о законодательном пробеле должен эксплицитно подтвердить, что оспариваемый законодательный пробел является следствием законодательного упущения. Если Конституционный суд РА принимает к производству заявление по делу, касающемуся законодательного пробела, обходя молчанием вопрос выявления причины законодательного пробела (законодательное упущение или сознательное молчание), то он оставляет в тени наличие своей компетенции по определению конституционности данного пробела.

Однако проблема в том, что Конституционный суд РА не определил методологию, которой он будет решать вопрос: относится ли законодательный пробел к упущению законодателя или к его сознательному молчанию. До тех пор, пока Конституционным судом не будет разработана методология разделения (идентификации) законодательного упущения и сознательного молчания законодателя, этот фактор не будет жизнеспособным при определении его компетенции.

В-третьих, вообще трудно понять, по какой логике Конституционный суд РА решил, что он не правомочен обсуждать конституционность законодательного пробела, если неурегулированность отношений является результатом воли законодателя. Конституционный суд РА, имеющий полномочия признавать позитивную волю законодателя (существующую норму) неконституционной, тем более должен иметь возможность признать неконституционной его негативную волю - волю не урегулировать какие-либо отношения, если неурегулированность отношений нарушает возможность осуществления основных прав человека. Например, если законодатель не установил в законе механизмы реализации основных прав человека, изложенных во 2-й главе Конституции РА, или механизмы реализации законодательных гарантий в социальной или культурной сфере, изложенных в 3-й главе Конституции РА, то такой пробел должен стать предметом обсуждения Конституционного суда РА, даже если фактическими данными подтверждается, что неурегулированность отношений является результатом воли законодателя.

В контексте вышеизложенного более приемлемым является подход, выраженный Конституционным судом РА в постановлении УГП-914 от 14.09.2010 г.:

*«Законодательный пробел может быть предметом рассмотрения Конституционного суда только в том случае, если в законодательстве отсутствуют другие правовые гарантии для восполнения этого пробела или при наличии соответствующих правовых гарантий в законодательстве сформировалась противоречивая правоприменительная практика, или*

когда существующий законодательный пробел не обеспечивает возможности реализации того или иного права. В противном случае вопрос конституционности пробела правового регулирования не подлежит рассмотрению Конституционным судом».

Данным постановлением Конституционный суд РА не акцентировал свое внимание на вопрос о своей компетенции рассматривать законодательный пробел в зависимости от причин возникновения законодательного пробела. Конституционный суд РА рассматривает конституционность законодательного пробела, если в результате этого пробела невозможно обеспечить реализацию того или иного основного права, независимо от того, является ли этот пробел следствием упущения законодателя или результатом воли законодателя.

### **Заключение**

Административные и гражданские суды РА в целом строго соблюдают имплицитный запрет, вытекающий из закрытого законодательного перечня, даже если этот запрет явно противоречит принципам права.

Уголовные суды РА, в отличие от административных и гражданских судов РА, в вопросе соблюдения закрытого перечня судебных актов, подлежащих обжалованию (и вытекающих из этого имплицитного запрета), в основном свободны от формалистической строгости. Апелляционный уголовный суд РА был первым, который с 2016 года, вопреки закрытому перечню судебных актов, подлежащих обжалованию, «открыл» его и признал решение о не снятии ареста актом, подлежащим обжалованию.

Также, Апелляционный уголовный суд РА был первым, который с 2016 года, вопреки закрытому списку судебных актов, подлежащих обжалованию, «открыл» его и признал решение о неотмене заключения под стражу актом, подлежащим непосредственному обжалованию.

**ԱՐԹՈՒՐ ՂԱՍՔԱՐՅԱՆ – *Օրենսդրական փակ ցանկին հակառակ իրավունքի զարգացման ինստիտուցիոնալ համակարգը* – Հոդվածով ուսումնասիրվում է օրենքով սահմանված սահմանափակումներին՝ որպես բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի փակ ցուցակներով ներկայացված, հակառակ իրավունքի զարգացման հնարավորությունը։ Որպես տեսական հիմք օգտագործվում է Կառլ Շմիթի «նորմալ դատավոր» հայեցակարգը՝ ընդգծելով *contra legem* (օրենքին հակառակ) դատական ակտերի ինստիտուցիոնալ բնույթը։**

Հեղինակը վերլուծում է Հայաստանի Հանրապետության դատական պրակտիկան, որտեղ քրեական դատարանները փակ ցուցակների կիրառման հարցում ցուցաբերում են համեմատաբար ձկունություն՝ ի տարրերություն քաղաքացիական և վարչական դատարանների, որոնք պահպանում են խիստ ֆորմալիստական մոտեցում։ Ուսումնասիրվում են այն դեպքերը, երբ դատարանները բողոքարկելի են ճանաչում փակ ցուցակում չնախատեսված ակտերը, ինչպես նաև գնահատվում է ՀՀ Սահմանադրական դատարանի մոտեցումը օրենսդրական բացերի սահմանադրականությունը որոշելու վերաբերյալ։

Հեղինակը բննադատում է ՀՀ սահմանադրական դատարանի ՄԴԱ-1476 որոշմամբ արտահայտած այն դիրքորոշումը, ըստ որի՝ ինքն իրավասու է քննարկել միայն այն

օրենսդրական բացերի սահմանադրականությունը, որոնք համարվում են իրավակարգավորման թերության (սխալի) հետևանք, իսկ օրենսդրի գիտակցված լրությունը դուրս է իր իրավասության սահմաններից:

**Բանալի բառեր – *contra legem, փակ ցուցակներ, դատական ազատ վարչելու իրավունք, Կառլ Շմիտ, օրենսդրական բացթողում, օրենսդրի հապաղում, օրենսդրի զիտակցված լրություն, իրավաչափ ակնկալիքներ, դատարանի լիազորություններ***

**ARTUR GHAMBARYAN – *The Institutional System Development of Law Contrary to the Closed Legislative List.*** – The article examines the institutional framework for development that operates contrary to established legislative restrictions formulated as closed lists of appealable judicial acts. The theoretical framework employs Carl Schmitt's concept of the "normal judge," with a focus on the institutional nature of judicial act *contra legem*.

The author examines the judicial practice of the Republic of Armenia, where criminal courts demonstrate relative flexibility in applying closed lists—unlike civil and administrative courts, which adhere to a strictly formalistic approach. The study analyzes cases in which courts recognize acts not included in closed lists as appealable, as well as the approach of the Constitutional Court of the RA toward legislative gaps.

The author criticizes the stance of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, as articulated in its Decision UԴՈ-1476, according to which the Court is only authorized to review the constitutionality of legislative gaps (omissions) resulting from a defect (error) in legal regulation, whereas the legislator's deliberate silence falls outside the scope of its jurisdiction.

**Key words:** *contra legem, closed lists, judicial discretion, Carl Schmitt, legislative gap, legislative omission, deliberate silence of the legislator, legal expectations, court competencies*

### **Список литературы**

- Гамбарян, А. Легитимация развития права *contra legem* и механизмы его сдержек // Вестник Ереванского университета. Правоведение. 2024. Vol. 15, No. 2 (41). С. 70-93 (на армянском языке). <https://doi.org/10.46991/BYSU.C/2024.15.2.070> (Gambaryan, A. Legitimatsia razvitiya prava contra legem i mekhanizmy ego sderzhek // Vestnik Erevanskogo universiteta. Pravovedenie. 2024. Vol. 15, No. 2 (41). pp. 70–93 (na armyanskom yazyke))
- Лазерсон, М. Я. Рец. на: С. Schmitt. «*Gesetz und Urteil*». Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin, 1912 // Право: Еженед. юрид. газ. СПб. 23 сентября, 1912. № 38. С. 2041-2043. (Lazerson, M. Ya. Rets. na: C. Schmitt. "Gesetz und Urteil". Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin, 1912 // Pravo: Ezhened. yurid. gaz., SPb., 23 sentyabrya, 1912. No. 38. pp. 2041-2043).
- Покровский, И. А. "Прагматизм" и "релятивизм" в правосудии. Петроград. Типография Бр. В. и И. Линник. 1916. 24 с. (Pokrovskiy, I. A. "Pragmatizm" i "relyativizm" v pravosudii. Petrograd: Tipografiya Br. V. i I. Linnik, 1916. 24 p.).
- Гузикова, М. О. Решение или право: суверенитет по Карлу Шмитту // Социум и власть. 2015. №3 (53). С. 45-49. (Guzikova, M. O. Reshenie ili pravo: suverenitet po Karlu Shmittu // Sotsium i vlast'. 2015. No. 3 (53). pp. 45–49).
- Carl Schmitt's Early Legal-Theoretical Writings: Statute and Judgment, and The Value of the State and the Significance of the Individual. Edited and translated by Lars Vinx and Samuel Garrett Zeitlin. Cambridge. Cambridge University Press. 2021. 260 p. <https://doi.org/10.1017/9781108658300>
- Schmitt, C. Statute and Judgement // Weimar: a Jurisprudence of Crisis. Berkley, 2002. Pp. 191-201.