



DOI: 10.59560/18291155-2025.1-9

ԱՐԹՈՒՐ ՂԱՄԲԱՐՅԱՆ*Հայ-ռուսական համալսարանի**Իրավունքի տեսության և**սահմանադրական իրավունքի ամբիոնի վարիչ,**ՀՀ պետական կառավարման ակադեմիայի**իրավունքի ամբիոնի պրոֆեսոր,**իրավաբանական գիտությունների դոկտոր,**ՀՀ վաստակավոր իրավաբան*

**ԻՐԱՎՈՒՆՔԻ EXTRA LEGEM ԵՎ CONTRA LEGEM
ԶԱՐԳԱՑՈՒՄՆ ՕՐԵՆՍԴՐԱԿԱՆ ՓԱԿ ՑԱՆԿԵՐԻ
ՊԱՐԱԳԱՅՈՒՄ**

Ամփոփագիր

Սույն հոդվածում քննարկվում են իրավունքի տեսությունում քիչ ուսումնասիրված՝ օրենսդրի լուծության, օրենսդրական փակ ցանկերի և այդ ցանկերը contra legem տրամաբանությամբ «բացելու» կամ extra legem տրամաբանությամբ լրացնելու հարցերը:

Հեղինակը տերմինների հստակեցման նպատակով առանձնացնում է օրենսդրական լուծության (օրենսդրական բացի) երկու դրսևորում՝ օրենսդրի բացթողումը և օրենսդրի գիտակցված լուծությունը: Օրենսդրական բացը ոչ միայն օրենսդրի բացթողման հետևանք է, այլ նաև օրենսդրի գիտակցված լուծության:

Հոդվածում առաջ է քաշվում օրենսդրական բացթողման կանխավարկածի գաղափարը, ըստ որի՝ եթե բացակայում են հարաբերությունն օրենսդրի կողմից գիտակցաբար չկարգավորելու մասին փաստական տվյալներ, ապա պետք է ելնել այն հերքելի կանխավարկածից, որ այդ հարաբերությունը չկարգավորելն օրենսդրի բացթողման (սխալի) հետևանք է: Օրենսդրական բացթողման կանխավարկածը կարելի է փաստական տվյալներով հերքել՝ հաստատելով օրենսդրի գիտակցված լուծության հանգամանքը: Օրենսդրական բացթողման կանխավարկածի պայմաններում այդ բացը լրացվում է extra legem իրավունքի զարգացման դոկտրինի հիման վրա:

Իրավիճակն այլ է օրենսդրական փակ ցանկերի պարագայում: Հեղինակը, նկատի ունենալով փակ ցանկերի տեխնիկայի առանձնահատկությունը և այդ

1(118)2025

◆ ՏԵԼԵԿՎԻԶԻՏ

◆ ՍԱՀՄԱՆԱԴՐԱԿԱՆ ԴԱՏԱՐԱՆ

ցանկի միջոցով իրավական կարգավորման իմպերատիվ մեթոդի գործածությունը (ցանկում չնախատեսված տարրերի հետ իրավական գործողություններ կատարելու իմպլիցիտ արգելքը), նշում է, որ փակ ցանկերի պարագայում գործում է ոչ թե օրենսդրական բացթողման կանխավարկածը, այլ օրենսդրի գիտակցված լուրջության կանխավարկածը: Փակ ցանկի դեպքում, այնուամենայնիվ, օրենսդրական բացթողում, թեև հազվադեպ, սակայն հնարավոր է: Օրենսդրի գիտակցված լուրջության կանխավարկածը կարելի է հերքել, եթե փաստական տվյալներով հաստատվում է օրենսդրի բացթողման առկայությունը:

Եթե փակ ցանկերի պարագայում օրենսդրի գիտակցված լուրջության կանխավարկածը չի հերքվել, ապա այդ ցանկը իրավունքի սկզբունքների թելադրանքով հնարավոր է «բացել» և դրանում նոր տարր ավելացնել *contra legem* իրավունքի զարգացման դոկտրինի հիման վրա: Այս պարագայում իրավակիրառողը գործում է օրենքին հակառակ, քանի որ օրենսդրական փակ ցանկից բխում է այդ ցանկում չներառված տարրերի հետ իրավաբանական օպերացիաներ կատարելու իմպլիցիտ իրավական արգելքը:

Հիմնաբառեր. օրենսդրական բաց, օրենսդրական բացթողում, օրենսդրի գիտակցված լուրջություն, *contra legem*, *extra legem*, օրենսդրական փակ ցանկ:

1. Ընդհանուր դրույթներ

Աշխատանքում կքննարկվեն օրենսդրական փակ ցանկերում օրենսդրի բացթողման և օրենսդրի գիտակցված լուրջության տարբերակման և այդ համատեքստում նաև իրավունքի զարգացման տեսակների (*extra legem*, թե՛ *contra legem*) սահմանազատման հարցերը: Մինչև այս բարդ և խճճված հարցերին անդրադառնալը՝ ներկայացնենք դրանց առնչվող մի շարք ընդհանուր դատողություններ:

Հայտնի է, որ լայն իրավաընկալման տիրույթում առանձնացվում են *intra legem* (ըստ օրենքի), *extra legem* (օրենքից դուրս) և *contra legem* (օրենքին հակառակ) իրավունքի զարգացման (իրավակիրառման) տեսակները:

Extra (praeter) legem իրավունքի զարգացման ժամանակ առկա է օրենքի բաց, որի դեպքում իրավակիրառողը գործը լուծում է համանման հարաբերություններ կարգավորող նորմի կամ իրավունքի ընդհանուր սկզբունքների հիման վրա (օրենքի բացթողման լրացումն ըստ օրենքի և իրավունքի անալոգիայի): *Extra legem* իրավակիրառման դեպքում իրավական խնդրի լուծումը թեև օրենքով ուղղակիորեն կարգավորված չէ, սակայն այն չի հակասում օրենքին (անօրինական չէ), եթե, իհարկե, պահպանվում են օրենքի բացը լրացնելու համար նախատեսված պայմանները:

Contra legem իրավունքի զարգացման դեպքում առկա է օրենքի կոնկրետ կարգավորում, սակայն համապատասխան մարմինը, ելնելով որոշակի իրավաչափ նպատակներից (օրինակ՝ արդարության կամ իրավունքի այլ

սկզբունքների աննահանջ պահանջից), կայացնում է օրենքի այդ կարգավորմանը հակառակ որոշում:

Իրավունքի զարգացման extra legem և contra legem տեսակներն իրարից տարբերակելը բարդ է հատկապես օրենսդրի լուծության պարագայում, այսինքն՝ երբ հարաբերությունը, որը ենթակա է կարգավորման, օրենսդրի կողմից չի կարգավորվել:

Եթե հարաբերությունն օրենսդրորեն չկարգավորելը իրավունքի սկզբունքների տեսանկյունից խիստ վիճահարույց է, ապա ծագում է տվյալ հարցը դատարանի կողմից լուծելու (օրենքի տեքստից դուրս իրավունք զարգացնելու) անհրաժեշտություն: Առաջին հայացքից կարող է թվալ, որ օրենսդրի լուծության պայմաններում իրավունքի զարգացումը կարող է լինել միայն extra legem, քանի որ այս դեպքում չկա որևէ օրենսդրական նորմ, որին հնարավոր կլինի հակադրվել, ուստի contra legem իրավունքի զարգացումը բացառվում է: Իրականում հարցն այս աստիճան պարզ չէ:

Օրենսդրի լուծության պարագայում contra legem և extra legem իրավունքի զարգացման տեսակները (տիպերը) իրարից տարբերակելու համար անհրաժեշտ է հաշվի առնել մի շարք հանգամանքներ:

Նախ՝ հարաբերությունը չկարգավորելը (օրենսդրական բացը) օրենսդրի բացթողման, թե՛ օրենսդրի գիտակցված լուծության (որակյալ կամ պերճախոս լուծության) հետևանք է,

երկրորդ՝ հարաբերությունների բնույթը, մասնավորապես՝ հարաբերությունները, որոնք կարիք ունեն կարգավորման, հանրային, թե՛ մասնավոր իրավունքի (մարդու ազատ գործելու իրավունքի) տիրույթում են, կամ դրանք նյութական, թե վարույթային իրավունքի տիրույթում են:

Այս բարդ հարցերի լուծման համար նշանակություն ունի նաև օրենսդրական կարգավորման տեխնիկան, մասնավորապես՝ հարաբերությունը կարգավորվել է օրենսդրական փակ, թե՛ բաց ցանկի տեխնիկայով:

Հաջորդիվ կքննարկվեն օրենսդրի բացթողման և օրենսդրի գիտակցված լուծության տարբերակման ընդհանուր հարցերը, այնուհետև՝ անդրադարձ կկատարվի օրենսդրական փակ ցանկերում օրենսդրի բացթողման և օրենսդրի գիտակցված լուծության տարբերակման հարցերին:

2. Օրենսդրի բացթողումը և օրենսդրի գիտակցված լուծությունը

2.1. Տարբերակման խնդիրը և գործնական նշանակությունը

Պետք է պարզել, թե կոնկրետ պետության իրավաբանական դոկտրինում և պրակտիկայում «օրենսդրական բաց» հասկացությունը ներառում է օրենսդրի բացթողումը (օրենսդրական սխալի հետևանքով առաջացած բացը), թե՛ նաև օրենսդրի գիտակցված (որակյալ կամ պերճախոս) լուծությունը (այսպես կոչված «թվացյալ» կամ «ոչ պատահական» բացերը):

Եթե կոնկրետ պետության դոկտրինում և պրակտիկայում օրենսդրական բացը հասկացվում է նեղ իմաստով, ապա այն ներառում է միայն օրենսդրի բացթողումը (օրենսդրական սխալը): Օրենսդրական բացի նեղ ընկալման պարագայում առաջանում է «օրենսդրական բաց» և «օրենսդրի գիտակցված լուրջություն» հասկացությունները հստակ տարբերակելու անհրաժեշտություն:

Եթե կոնկրետ պետության դոկտրինում և պրակտիկայում օրենսդրական բացը հասկացվում է բառացի իմաստով, ապա այն ներառում է ինչպես օրենսդրի բացթողումը, այնպես էլ օրենսդրի գիտակցված լուրջությունը: Օրենսդրական բացի բառացի ընկալման պարագայում օրենսդրական բացի և օրենսդրի գիտակցված լուրջության միջև անջրպետ չկա, քանի որ օրենսդրի գիտակցված լուրջությունը համարվում է օրենսդրական բացի դրսևորումներից մեկը (օրենսդրի բացթողում + օրենսդրի գիտակցված լուրջություն = օրենսդրական բաց): Վերջին պարագայում օրենսդրական բացը համարվում է նեգատիվ փաստ, այսինքն՝ ցույց է տալիս նորմի բացակայությունը՝ անկախ նորմի բացակայության պատճառներից:

Քննարկվող հարցում առկա է բառերի գործածման բազմազանություն, ինչը բարդացնում է աշխատանքը: Օրինակ՝ եվրոպական երկրներում օրենսդրի կողմից համապատասխան հարաբերությունը չկարգավորելը (օրենսդրի լուրջությունը) բնութագրվում է տարաբնույթ տերմիններով: Այսպես՝ 2008 թվականին Սահմանադրական դատարանների եվրոպական կոնֆերանսի XIV վեհաժողովի քննարկման գլխավոր թեման օրենսդրական բացերն էին (Վիլնյուս, հունիսի 3-6, 2008 թ.): Վեհաժողովի գլխավոր զեկույցը կազմվել էր պետությունների սահմանադրական դատարանների ազգային զեկույցների հիման վրա: Վեհաժողովի գլխավոր զեկույցի ուսումնասիրությունից պարզ է դառնում, որ եվրոպական երկրների սահմանադրական դատարաններն օրենսդրի լուրջության կապակցությամբ գործածում են տարբեր տերմիններ, օրինակ՝ իրավունքի բաց, օրենքի բաց, իրավական վակուում¹:

Այն իրավական համակարգերում, որտեղ օրենսդրական բացը հասկացվում է բառացի իմաստով, «օրենսդրի գիտակցված լուրջություն» ձևակերպումը, որպես կանոն, չի հանդիպում, դրա փոխարեն օգտագործվում են «ոչ պատահական բաց» կամ «թվացյալ բաց»² ձևակերպումները: Այսպես՝ Վեհաժողովում որոշ պետությունների (Ադրբեջան, Վրաստան, Լատվիա,

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

² Թվացյալ բաց ասելով հասկացվում է օրենսդրի դիտավորյալ լուրջությունը, այսինքն՝ երբ նա գիտակցաբար բաց է թողնում հարցը՝ առաջարկելով որոշումը թողնել իրավակիրառողի հայեցողությանը, կամ օրենսդիրը գիտակցաբար դուրս է բերում այդ հասարակական հարաբերությունները իրավական կարգավորման ոլորտից: Օրենսդրի նման գործողությունները կոչվում են որակյալ լուրջություն: Տե՛ս **Морозова Л.А.** Теория государства и права: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. - М.: Изд. Эксмо, 2010. - С. 258:

Լիտվա, Ռուսաստան, Թուրքիա) սահմանադրական դատարանների ազգային զեկույցներում առանձնացվել են իրավունքում պատահական և ոչ պատահական բացի տեսակները: Այս երկրներում ոչ պատահական բացը նույնանում է օրենսդրի գիտակցված լուրջության հետ, քանի որ ոչ պատահական բացերը ծագում են, երբ օրենսդիրը, իմանալով փաստացի հարաբերությունների գոյության մասին, քաղաքական, տնտեսական կամ այլ պատճառներով դիտավորյալ չի նախատեսել համապատասխան կարգավորում¹:

Այնուամենայնիվ, Վեհաժողովում որոշ պետությունների (Լիտվա, Ռուսաստան, Շվեյցարիա) սահմանադրական դատարանների ազգային զեկույցներում նշվել է օրենսդրական բացի և օրենսդրի գիտակցված լուրջության սահմանազատման հնարավորության մասին:

«(...) ըստ որոշ կարծիքների, իրավունքում ոչ պատահական բացեր չեն կարող լինել: Օրինակ՝ նշվում է, որ օրենքների (կամ այլ իրավական ակտերի) բացերը չպետք է շփոթել այն հանգամանքների հետ, երբ օրենսդիրը ձեռնպահ է մնում նորմ ընդունելուց՝ հասկացնելով, որ խնդիրը լուծվում է ոչ թե օրենքի, այլ, օրինակ, էթիկական նորմերին համապատասխան: Սա օրենքի, այսպես կոչված, «որակյալ լուրջություն» է»²:

Օրենսդրի լուրջությունը տարբեր տեղումներով նկարագրելու պրակտիկա առկա է նաև միևնույն պետության դատական ակտերում: Օրինակ՝ ՀՀ սահմանադրական դատարանն օրենսդրի լուրջությունը բնութագրելու համար գործածում է «իրավունքի բաց», «օրենսդրության բաց», «իրավակարգավորման բաց» ձևակերպումները (տե՛ս, օրինակ, ՀՀ սահմանադրական դատարանի 29.10.2019 թ. ՍԴՈ-1486 որոշումը):

ՀՀ սահմանադրական դատարանը չի գործածում «օրենսդրի գիտակցված (որակյալ) լուրջություն» ձևակերպումը, սակայն առանձին դեպքերում նա, ըստ էության, խոսել է դրա մասին: Այսպես՝ ՀՀ սահմանադրական դատարանը 04.09.2019թ. ՍԴՈ-1476 որոշմամբ նշել է.

«Օրենսդրական բացը Սահմանադրական դատարանի քննության առարկա կարող է դառնալ այն ժամանակ, երբ այն իրավակարգավորման թերությունն է, այլ ոչ թե իրավաստեղծ մարմնի, տվյալ դեպքում՝ օրենսդրի

¹ Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов (Вильнюс, 3–6 июня 2008 года) // Конституционное правосудие. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. Ереван, 2008. Вып. 2–3. - С. 86-87.

² Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов (Вильнюс, 3–6 июня 2008 года) // Конституционное правосудие. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. Ереван, 2008. Вып. 2–3. - С. 86-87.

կամքը՝ ձեռնպահ մնալու որպես օրենսդրական բաց ընկալվող իրավական կարգավորումից» (ընդգծումը՝ հեղ.):

Այս որոշումից հստակ է, որ ՀՀ սահմանադրական դատարանն օրենսդրական բացը գործածել է բառացի իմաստով՝ որպես նեգատիվ փաստ, որը ցույց է տալիս նորմի բացակայության հանգամանքը: Այս պարագայում օրենսդրական բացը ներառում է օրենսդրի բացթողումը (իրավակարգավորման թերությունը) և օրենսդրի գիտակցված լռությունը (օրենսդրի կամքը): Իսկ Դատարանի որոշման մեջ առկա «օրենսդրական բացը՝ որպես օրենսդրի կամք» ձևակերպումը փաստացի նույնանում է օրենսդրի գիտակցված (որակյալ) լռության հետ:

Այս պահին մի կողմ թողնելով տերմինաբանական հարցերը՝ նշենք, որ ՀՀ սահմանադրական դատարանը տարբերակել է օրենսդրի բացթողումը և օրենսդրի գիտակցված կամքը՝ դրանք ճանաչելով իր և Օրենսդիր մարմնի իրավասությունները տարանջատելու չափանիշ: Ըստ ՀՀ սահմանադրական դատարանի՝ օրենսդրական բացի՝ որպես օրենսդրի բացթողման (իրավակարգավորման թերության) սահմանադրականության որոշումը իր իրավասության տիրույթում է, իսկ օրենսդրական բացի՝ որպես օրենսդրի կամքի իրավաչափության գնահատականը դուրս է իր իրավասության տիրույթից և, ամենայն հավանականությամբ, գտնվում է Օրենսդիր մարմնի իրավասության տիրույթում:

ՀՀ սահմանադրական դատարանի այս որոշման համատեքստում օրենսդրական բացի՝ որպես օրենսդրի բացթողման և օրենսդրի գիտակցված լռության տարբերակման հարցը և մեթոդաբանությունը դառնում է էլ ավելի արդիական:

Վերադառնանք տերմինաբանական խնդրին: ԽՍՀՄ-ի և հետխորհրդային պետությունների դոկտրինում «օրենսդրի գիտակցված (որակյալ) լռություն» ձևակերպումը չի ունեցել և չունի լայն ճանաչում¹: Ընդունված է այն մոտեցումը, որ խորհրդային ժամանակաշրջանում «օրենսդրի որակյալ լռություն» ձևակերպումն առաջին անգամ գործածել է ռուս հայտնի տեսաբան Վ. Վ. Լազերևը: Նա առաջարկում էր օրենսդրական բացը տարբերակել օրենսդրի որակյալ լռությունից, քանի որ օրենսդրական բացը միշտ պայմանավորված է օրենսդրական սխալի հետ, մինչդեռ օրենսդրի որակյալ լռության

¹ Գրականության մեջ նշվում է, որ «Օրենսդրի որակյալ լռություն» տերմինը, ըստ էության, իր արևմտյան տերմինաբանական անալոգի՝ «խորհրդանշական օրենսդրության» համարժեքն է: Термин «квалифицированное молчание законодателя» по сути является отечественным эквивалентом своего западного терминологического аналога – «символического законодательства». St'u Молчание в праве (доктрина, практика и техника): монография / Под ред. А. С. Гамбаряна. – М.: Изд. Юрлитинформ, 2021. – С. 56:

պարագայում օրենսդիրը չի ցանկանում հարաբերությունը կարգավորել: Հետխորհրդային ժամանակաշրջանում օրենսդրի որակյալ լուրջյան մասին նշել է Վ. Մ. Սիդիխը², իսկ 2008 թվականին օրենսդրական բացի և օրենսդրի որակյալ լուրջյան հարաբերակցության թեմային նոր շունչ հաղորդեց Վ. Մ. Բարանովը³:

Այսօր ռուսական դոկտրինալ աղբյուրներում հաճախ կարելի է հանդիպել օրենսդրի որակյալ լուրջյան վերաբերյալ գիտական աշխատանքների. ընդ որում՝ հեղինակների մեծ մասն օրենսդրական բացը հասկանում է նեղ իմաստով և այն տարբերակում է օրենսդրի որակյալ լուրջյունից⁴:

Հայ-ռուսական համալսարանի իրավաբան-գիտնականները 2021 թվականին Ռուսաստանի Դաշնությունում հրապարակել են «Լուրջյունը իրավունքում (դոկտրինը, պրակտիկան և տեխնիկան)» վերտառությամբ մենագրությունը, որտեղ հեղինակներն օրենսդրական բացը մեկնաբանել են նեղ իմաստով՝ այն հավասարեցնելով օրենսդրի բացթողման հետ, հետևապես օրենսդրական բացը և օրենսդրի գիտակցված լուրջյունը դիտարկել են որպես տարբեր երևույթներ⁵:

Այնուամենայնիվ, հետխորհրդային պետությունների իրավաբանական դոկտրինում և պրակտիկայում օրենսդրական բացի նեղ ընկալումը (= օրենսդրի բացթողումը) և այդ համատեքստում օրենսդրական բացի և օրենսդրի գիտակցված լուրջյան տարբերակումը լայն ճանաչում չունեն:

¹ Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. - М.: Изд. Юрид. лит., 1974. - С. 15-16.

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

³ 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.

⁴ Демин А.В. Квалифицированное молчание закона в механизме налогового-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; Гамбарян А.С. Правовые режимы молчания и фиктивных выводов, вытекающих из него // Журнал российского права. 2019. № 12. - С. 19-29; 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.: Изд. 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.: Изд. Проспект, 2022. - С. 18.

⁵ Молчание в праве (доктрина, практика и техника): монография / Под ред. А.С. Гамбаряна. - М.: Изд. Юрлитинформ, 2021.

Ռուսաստանում վերջին տարիներին տպագրված պետության և իրավունքի տեսության դասագրքերում «օրենսդրի որակյալ լուրջություն» ձևակերպումը կա՛մ չի գործածվում¹, կա՛մ եթե նույնիսկ գործածվում է, այն չի դիտարկվում որպես ինքնուրույն ֆենոմեն. այն շարունակում է համարվել որպես օրենսդրական բացի տեսակներից մեկը (թվացյալ բաց կամ ոչ պատահական բաց), կամ այդ լուրջությունը համարվում է օրենսդրական բացի սուբյեկտիվ պատճառներից մեկը²:

Հայ իրավաբանները նույնպես պետության և իրավունքի տեսության դասագրքում «օրենսդրի գիտակցված լուրջություն» ձևակերպումը չեն գործածում, պարզապես օրենսդրական բացին նվիրված թեմայի սահմաններում նշում են, որ հնարավոր է իրավիճակ, երբ օրենսդիրը որևէ պատճառով գիտակցաբար չի կարգավորում տվյալ հարաբերությունը³:

Գերմանացի իրավաբաններն օրենսդրի որակյալ լուրջության փոխարեն գործածում են «պերճախոս լուրջություն» ձևակերպումը, սակայն նրանք նույնպես «բացը» և «օրենքի լուրջությունը» նույնացնում են⁴:

Այսպիսով՝ նեղ ընկալմամբ օրենսդրական բացի (= օրենսդրի բացթողման) և օրենսդրի գիտակցված լուրջության տարբերակման համընդհանուր ճանաչման հեռանկարն այս պահի դրությամբ մշուշոտ է: Փաստն այն է, որ այս պահին իրավագիտությունում լայն ճանաչում ունի օրենսդրական բացի բառացի ընկալումը (օրենսդրական բաց = օրենսդրի բացթողում + օրենսդրի գիտակցված լուրջություն):

Իրավաբանության ոլորտում օրենսդրական բացի նման ընկալումն ունի լեզվաբանական հիմնավորում, քանի որ հայերեն լեզվի բացատրական բառարաններում ուղիղ նշված է. «բացը՝ գրելիս կամ խոսելիս որևէ բառ, թիվ և այլն (մոռացությամբ կամ դիտավորությամբ) չարտահայտելն է»⁵: Այսինքն բացը՝ որպես բառ, ցույց է տալիս ոչ միայն ինչ-որ բանի թերությունը, այլ նաև՝ թափուր վիճակը, պակասությունը, որը կարող է պայմանավորված լինել ինչպես դիտավորությամբ, այնպես էլ մոռացությամբ: Այս իմաստով օրենսդրական բացը նեգատիվ փաստ է, որը ցույց է տալիս նորմի բացակայությունը՝ անկախ այդ նորմի բացակայության պատճառներից:

¹ **Сорокин В.В.** Фундаментальная теория права: монография. - М.: Изд. Юрлитинформ, 2020. - С. 350-351.

² Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.Н. Жукова, Е.А. Фроловой. - М.: Изд. Проспект, 2024. - С. 460-461; **Шафиров В.М.** Теория права: человекоцентристский подход: Научное, учебное, практико-ориентированное пособие. - М.: Изд. Проспект, 2024. - С. 255-256.

³ Պետության և իրավունքի տեսություն, Ուսումնական ձեռնարկ: Հեղ. խումբ, գիտ. խմբ.՝ Ա. Ղամբարյան, Մ. Մուրադյան. 4-րդ հրատ., Եր., Լուսաբաց հրատարակչատուն, 2023:

⁴ **Ларенц К., Канарис К.В.** Методология юриспруденции / Пер. с нем. - М.: Изд. М-Логос, 2024. - С. 222-223.

⁵ Ժամանակակից հայոց լեզվի բացատրական բառարան, Հատոր առաջին: Հայկական ՍՍՀ Գիտությունների Ակադեմիայի Հրատարակչություն, Եր., 1969, էջ 305:

Եթե բառերի և տերմինների օգտագործման հարցում լինենք առավել հետևողական, ապա պետք է նշենք, որ օրենսդրական բացն ընդհանուր հասկացություն է, որը ներառում է ինչպես օրենսդրի բացթողումը, այնպես էլ օրենսդրի գիտակցված լռությունը: Հետևապես, օրենսդրական բացը ոչ միայն օրենսդրի բացթողման հետևանք է, այլ նաև օրենսդրի գիտակցված լռության արդյունք:

Սույն աշխատանքում առավելապես կգործածենք «օրենսդրի բացթողում» և «օրենսդրի գիտակցված լռություն» ձևակերպումները, որոնք օրենսդրական լռության (օրենսդրական բացի) ինքնուրույն դրսևորումներ են:

Օրենսդրի բացթողման և օրենսդրի գիտակցված լռության տարանջատումն ունի ոչ միայն տեսական, այլ նաև գործնական նշանակություն: Նախ՝ ինչպես նշվեց, ՀՀ սահմանադրական դատարանը օրենսդրի բացթողման և օրենսդրի գիտակցված լռության տարբերակմանը տվել է իրավասությունների տարանջատման չափանիշի նշանակություն:

Բացի այդ, եթե օրենսդրական բացը օրենսդրի բացթողման (սխալի) հետևանք է, ապա այս դեպքում իրավակիրառողը իրավասու է բացը լրացնել օրենքի կամ իրավունքի անալոգիայի միջոցով, սակայն, եթե օրենսդրական բացը օրենսդրի դիտավորյալ կամքի արդյունք է (գիտակցված լռություն է), ապա այս պարագայում օրենքի անալոգիայի ինստիտուտը կիրառելի չէ: Այս կարևոր հանգամանքը ՀՀ օրենսդրության մեջ դեռևս արտացոլված չէ, քանի որ «Նորմատիվ իրավական ակտերի մասին» ՀՀ օրենքում օրենսդրական բացի՝ որպես օրենսդրի բացթողման և օրենսդրի գիտակցված լռության ռեժիմները տարբերակված չեն, որի հետևանքով օրենքի և իրավունքի անալոգիայի ինստիտուտը կարող է կիրառվել նույնիսկ այն դեպքում, երբ հաստատվում է, որ հարաբերությունը չկարգավորելը օրենսդրի գիտակցված լռության արդյունք է: Այսպես՝ Օրենքի 9-րդ գլխի վերտառությունն է «Իրավական ակտերի նորմերի կիրառումը (...) օրենսդրական բացերի դեպքում», իսկ 39-րդ հոդվածը օրենքի և իրավունքի անալոգիայի կիրառումը հնարավոր է համարում օրենսդրության մեջ իրավական նորմի բացակայության պարագայում՝ անկախ նրանից, թե նորմի բացակայությունը օրենսդրի բացթողման, թե օրենսդրի գիտակցված լռության հետևանք է: Մինչդեռ օրենքի և իրավունքի անալոգիան միայն օրենսդրի բացթողումը (օրենսդրական սխալը) հաղթահարելու միջոց է: Գերակայող մոտեցման համաձայն՝ իրավակիրառողը չի կարող անալոգիայի ինստիտուտի միջոցով հակադրվել օրենսդրի կամքին, տվյալ պարագայում՝ օրենսդրի գիտակցված լռությանը:

Վերը նշվածից պարզ է դառնում, որ օրենսդրի լռությունը (բացը) կարող է ունենալ երկու պատճառ՝ հարաբերությունը չի կարգավորվել օրենսդրի բացթողման պատճառով (օրենսդրական սխալ) կամ նրա կամքով (օրենսդրի գիտակցված լռություն): Օրենսդրի բացթողման դեպքում օրենսդիրը թեև պետք է կարգավորեր կոնկրետ հարաբերությունը, սակայն թույլ է տվել սխալ

և այդ հարաբերությունը չի կարգավորել (օրենսդրական սխալ): Օրենսդրի որակյալ լուրջան դեպքում օրենսդիրը տվյալ հարաբերությունները **գիտակցաբար չի** կարգավորել: Ի տարբերություն օրենսդրի որակյալ լուրջան՝ օրենսդրի բացթողումը ոչ թե գիտակցված, այլ **չպլանավորված** լուրջությունն է, այսինքն՝ երբ օրենսդիրն ուղղակի չի մտածել հարցը կարգավորելու մասին, բայց եթե մտածեր, ապա այն կկարգավորեր:

2.2. Տարբերական մեթոդաբանությունը

Գործնականում ինչպե՞ս պետք է որոշել՝ հարաբերությունը չկարգավորելը օրենսդրի բացթողման հետևանք է, թե՞ օրենսդրի գիտակցված լուրջան արդյունք:

Վ. Բարանովը նշում է, որ իրավունքում բացը (նկատի ունի օրենսդրի բացթողումը՝ հեղ.) փաստելուց (հաստատելուց) առաջ անհրաժեշտ է արժանահավատորեն ապացուցել, որ այստեղ բացակայում է «օրենսդրի որակյալ լուրջությունը»¹:

Եթե բացակայում են հարաբերությունը օրենսդրի կողմից գիտակցաբար չկարգավորելու մասին հիմնավորումներ, ապա պետք է ելնել այն ենթադրությունից, որ այդ հարաբերությունը չկարգավորելը օրենսդրի բացթողման (սխալի) հետևանք է: Հարաբերությունը չկարգավորելու պատճառի մասին ենթադրությունը կանվանենք օրենսդրական բացթողման կանխավարկած:

Օրենսդրական բացթողման կանխավարկածը կարելի է հերքել և խոսել օրենսդրի գիտակցված լուրջան մասին, եթե փաստական տվյալներով՝ օրենքի նախագծի շրջանառության ժամանակ կազմված պաշտոնական փաստաթղթերով, օրինակ՝ օրենքի նախագծի հիմնավորումներով, «e-draft» համակարգի քննարկումների ժամանակ իրավասու անձի պատասխաններով, պառլամենտական քննարկումների արձանագրություններով և այլն, հաստատվում է, որ օրենսդիրը դիտավորությամբ չի ցանկացել կարգավորել այդ հարաբերությունը:

Օրենսդրական բացթողման կանխավարկածի պայմաններում այդ բացը լրացվում է extra legem իրավունքի զարգացման դոկտրինի հիման վրա: Եթե փաստական տվյալներով հերքվում է օրենսդրական բացթողման կանխավարկածը և հաստատվում է օրենսդրի գիտակցված լուրջությունը, ապա դատարանը, օրենսդրի գիտակցված լուրջան և իրավունքի սկզբունքների աղաղակող հակադրության դեպքում հարցը լուծում է contra legem իրավունքի զարգացման դոկտրինի հիման վրա: Այս դատողությունները չեն վերաբերում օրենս-

¹ 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.

դրական փակ ցանկերին, որի ժամանակ գործում է այլ տրամաբանություն (այս մասին՝ հաջորդիվ):

Այնուամենայնիվ, հարցն այսքան պարզ չէ: Օրենսդրի բացթողման կամ օրենսդրի գիտակցված լուծյան տարբերակումը և այդ համատեքստում նաև իրավունքի զարգացման տեսակների (extra legem, թե՞ contra legem) սահմանազատումը իրավագիտության բարդ և բազմաշերտ հարցերից են: Բանն այն է, որ այս հարցերի լուծման համար նշանակություն ունեն մի շարք այլ հանգամանքներ, օրինակ՝ կարևոր է այն, թե այս հարցերը ինչ հարաբերությունների համատեքստում են քննարկվում՝ նյութակա՞ն, թե՞ վարութային, կամ մասնավոր, թե՞ հանրային:

Մասնավոր հարաբերություններում (մարդու ազատ գործելու իրավունքի ոլորտում) պետությունը հանդուրժում է կամ պետք է հանդուրժի մասնավոր անձի՝ օրենքով չնախատեսված (օրենքով հատուկ չկարգավորված), բայց և չարգելված գործողությունը, անկախ նրանից՝ այդ գործողությունը կոնկրետ նորմերով չկարգավորելը օրենսդրի բացթողման, թե օրենսդրի գիտակցված լուծյան արդյունք է:

Բանն այն է, որ մասնավոր անձանց համար գործում է իրավական կարգավորման թույլատրման տիպը, որի հիմքում ընկած է՝ «*թույլատրված է այն ամենը, ինչն արգելված չէ օրենքով*» կարգախոսը: Եթե օրենսդրի մոտ առկա լինեի հակառակ ցանկությունը (մտադրությունը), ապա նա, ամենայն հավանականությամբ, մասնավոր անձին ուղիղ կարգելեր կատարել այդ նյութաիրավական բնույթի գործողությունը կամ այլ կերպ հատուկ եղանակով կկարգավորեր այդ հարաբերությունը (օրինակ՝ կսահմաներ մասնավոր անձի կողմից գործողություններ կատարելու հստակ կարգ կամ գործողությունների ցանկ, որից դուրս որևէ գործողություն կատարելն անուղղակի արգելվում է): Ուստի, եթե մասնավոր անձը հատկապես բացարձակ և կարգավորիչ հարաբերությունների սահմաններում կատարում է հատուկ լիազորող նորմով չսահմանված, սակայն նաև չարգելված (այլ կերպ չկարգավորված) գործողություն, ապա այդ անձի գործողությունը պետք է գնահատվի որպես իրավաչափ ակտ:

Եթե մարդու ազատ գործելու ընդհանուր իրավունքը սահմանադրությամբ ճանաչվել է որպես մարդու հիմնական իրավունք, ապա այս պարագայում դժվար է պնդել, որ օրենսդրի բացթողման կամ օրենսդրի գիտակցված լուծյան պայմաններում այդ հարաբերությունն առհասարակ կարգավորված չէ: Այս իրավիճակում ճիշտ կլինի նշել, որ բացակայում է այդ հարցի *հստակ* կարգավորումը: Օրենսդրական *հստակ* կարգավորման բացակայության պարագայում մարդու վարքագիծը (հարաբերությունը) կարգավորվում է մարդու ազատ գործելու *ընդհանուր* իրավունքի հիման վրա: Օրինակ՝ ՀՀ Սահմանադրության 39-րդ հոդվածում էքսպլիցիտ ամրագրված է մարդու ազատ գործելու սահմանադրական իրավունքը, որը ունիվերսալ իրավունք է և

կարգավորում է օրենքով չարգելված (որևէ կերպ չկարգավորված) վարքագծի բազմաթիվ դրսևորումներ, այդ թվում այն գործողությունը, որը դարձել է դատական քննության առարկա:

Մարդու ազատ գործելու իրավունքի սահմանադրական ճանաչումը, կարծես թե, օրենսդրությունը դարձնում է առանց բացերի համակարգ: Եթե մարդու՝ *հայրուկ* նորմերով չկարգավորված ցանկացած գործողություն կարգավորվում է մարդու ազատ գործելու *ընդհանուր* իրավունքով, ապա օրենսդրի բացթողման կամ օրենսդրի գիտակցված լռության մասին խոսելը դառնում է առարկայազուրկ: Իրավունքի պատմությունը վկայում է այն մասին, որ նույնիսկ այն ժամանակաշրջաններում, երբ մարդու ազատ գործելու իրավունքը ներառված չէր պոզիտիվ իրավունքում, պոզիտիվիստները «*թույլատրված է այն ամենը, ինչն արգելված չէ օրենքով*» բանաձևի հիման վրա պնդում էին, որը պոզիտիվ իրավունքն առանց բացերի համապարփակ համակարգ է: Դեռևս 1900 թվականին ռուս իրավաբան Ն. Ա. Գրեդեսկուլը նշել է.

«Ինչի՞ն է հավասար իրավունքի լռությունը. իհարկե, թույլտվության: Այսպես էլ գալիս է իրավունքի լռության այս մեկնաբանությունը. «Եթե արգելված չէ, նշանակում է թույլատրվում է» (...) երբ իրավունքը հասարակական կյանքում ինչ-որ բանի մասին լռում է, ապա ասում ենք, որ իրավունքի լռությունն իր կողմից տրված թույլտվություն է: Հրամաններն ու արգելքները միշտ պետք է ուղղակիորեն արտահայտվեն, սակայն, թույլտվությունները հաճախ կարող են ներկայացվել հասարակությանն առանց այդ արտահայտության համար որևէ արտաքին նշանների օգտագործման, այսինքն՝ լռության միջոցով»¹:

Եվրոպական երկրներում համապարփակ և առանց բացերի պոզիտիվ իրավունքի հայեցակարգը կապվում է Քելզենի անվան հետ: Նա քննադատել է բացերի տեսությունը հետևյալ հիմնավորմամբ.

«(...) եթե իրավակարգն անհատի համար չի սահմանում որոշակի վարքագիծ դրսևորելու պարտականություն, ապա իրավակարգը թույլ է տալիս այդ վարքագիծը: (...) Թեև այս դեպքում որոշակի առանձին իրավական նորմի կիրառումն անհնարին է, բայց իրավակարգի կիրառումը հնարավոր է, հետևաբար իրավունքի կիրառումը որպես այդպիսին նույնպես հնարավոր է»²:

¹ 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.

² Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд / Пер. с нем. – СПб.: Изд. Алеф-Пресс, 2015. – С. 306.

Պոզիտիվ իրավունքում բացերը բացառելու մասին մոտեցումը թեև լայն ճանաչում չի ստացել, սակայն մարդու ազատ գործելու իրավունքի պոզիտիվացումը (ուղղակի սահմանադրական ճանաչումը) արդիականություն է հաղորդում պոզիտիվ իրավունքի՝ որպես համապարփակ և առանց բացերի համակարգի մասին բանավեճին:

Ի տարբերություն մասնավոր ոլորտի՝ հանրային հարաբերությունների տիրույթում գործում է այլ տրամաբանություն, որի հիմքում դրված է «*լիազորված է անել այն, ինչ սահմանված է օրենքով*» կարգախոսը:

Եթե օրենսդիրը չի ցանկանում, որ պետական մարմինը կատարի որևէ գործողություն, ապա նա կ'ա՛մ կարող է օրենքով սահմանել տվյալ գործողությունը կատարելու մասին ուղիղ արգելք, կ'ա՛մ կարող է պարզապես օրենքում չնախատեսել այդ լիազորությունը: Եթե փաստական տվյալներով հաստատվում է, որ նա գիտակցաբար չի սահմանել նման լիազորություն, ապա կասկածից վեր է, որ պետությունը չի ցանկացել հարաբերության մասնակիցներին, մասնավորապես՝ պետական մարմին (պաշտոնատար անձին) օժտել նյութաիրավական բնույթի համապատասխան «լիազորությամբ»¹, ուստի կարելի է ենթադրել, որ օրենսդիրը պետական մարմին լուրջամբ (անուղղակի կերպով) արգելել է կատարել օրենքով չլիազորված նյութաիրավական բնույթի գործողություն:

Եթե օրենսդիրը գիտակցված լուրջամբ պետական մարմինն անուղղակի արգելել է կատարել նյութաիրավական բնույթի գործողությունը, ուստի նա արգելել է նաև կատարել այդ գործողության իրականացմանն ուղղված ընթացակարգային (վարույթային) գործողություններ:

Այսպիսով, հանրային հարաբերություններն ոլորտում օրենսդրի գիտակցված լուրջությունից կարելի է կատարել օրենքով չնախատեսված նյութաիրավական բնույթի գործողությունն օրենսդրի կողմից արգելելու վերաբերյալ պայմանական եզրահանգում (լուրջությունից արված նեգատիվ, այսինքն՝ արգելելու մասին եզրահանգում):

Ինչ վերաբերում է հանրային հարաբերություններում օրենսդրի բացթողմանը, ապա այս պարագայում պետք է հաշվի առնել տարբեր հանգամանքներ: Օրինակ՝ պետական մարմնի լիազորությունների հարցում օրենսդրական սխալով պայմանավորված օրենսդրական բացի առկայությունը կամ բացակայությունն ախտորոշելու համար սկզբունքային է այն հարցը, թե պետական մարմնի լիազորությունը համարվում է օրենքով նախատեսված միայն այն դեպքում, եթե այդ լիազորությունը օրենքի տեքստում ձևակերպված է էքսպլիցիտ (ուղղակի, տեսանելի), թե այդ համակարգում ճանաչված է նաև

¹ Քննարկվող համատեքստում «լիազորություն» բառը վերցված է չակերտների մեջ, քանի որ եթե պետական մարմնի որևէ գործողություն օրենքով նախատեսված չէ, ապա այն չի կարող համարվել լիազորություն: Այդ իսկ պատճառով նման իրավիճակներում «լիազորություն» բառը գործածվում է վերապահումով:

պետական մարմնի գործառնություններից *աներկբայորեն* և *անհրաժեշտաբար* բխող իմպլիցիտ լիազորության դոկտրինը: Իմպլիցիտ լիազորությունների դոկտրինի պարագայում պետական մարմնի գործառնություններից *աներկբայորեն* և *անհրաժեշտաբար* բխող լիազորությունը համարվում է իրավակարգում գոյություն ունեցող, եթե նույնիսկ այդ լիազորությունը օրենքի տեքստում ուղղակի (տեսանելի) ձևակերպված չէ: Ուստի նման մոտեցման պարագայում իրավակարգում օրենսդրական բացթողման մասին խոսելու հիմքերը բացակայում են: Բացի այս, հարցի քննարկման համար քիչ նշանակություն չունի նաև պետական մարմնի լիազորությունները փակ ցանկի տեխնիկայով ձևակերպելու հանգամանքը (լիազորությունների փակ ցանկում բացերի հարցը ենթակա է առանձին քննարկման):

3. Օրենսդրի բացթողումը և օրենսդրի գիտակցված լռությունը օրենսդրական փակ ցանկերի պարագայում

Ինչպես նշվեց, օրենսդրի բացթողման կամ օրենսդրի գիտակցված լռության տարբերակման և այդ համատեքստում նաև իրավունքի զարգացման տեսակների (extra legem, թե contra legem) սահմանազատման հարցում նշանակություն ունի նաև օրենսդրական փակ ցանկի տեխնիկայի կիրառությունը: Փակ ցանկում որևէ տարր չներառելը (հարաբերությունը չկարգավորելը) օրենսդրի բացթողման, թե՞ բացառապես օրենսդրի գիտակցված լռության արդյունք է:

Մեկնաբանման expressio unius կանոնի համաձայն՝ սպառիչ ցանկում որևէ տարր չներառելը (հարաբերությունը չկարգավորելը) պետք է մեկնաբանել դրա բացառման իմաստով: Այսինքն՝ եթե օրենսդիրը հարաբերությունը կարգավորել է փակ ցանկ սահմանելու տեխնիկայով, ապա նա, ամենայն հավանականությամբ, գիտակցաբար չի ցանկացել ցանկում չներառված տարրերի հետ կապել որևէ իրավական հետևանք: Արևմտյան իրավաբանական դոկտրինում նշվում է.

«Օրենքի մեկնաբանման կանոններից մեկը՝ *expressio unius*-ը, հիմնված է այն գաղափարի վրա, որ եթե Կոնգրեսը մեկ անգամ արտահայտում է գաղափարը, ապա նա ակնհայտորեն գիտի, թե ինչպես արտահայտել այն, և եթե այն ներառված է մի վայրում և ներառված չէ մեկ այլ վայրում, ապա այդպիսի բացառումը կանխամտածված է»¹:

Այսպիսով՝ օրենսդիրը, փակ ցանկ նախատեսելով և կոնկրետ տարրը փակ ցանկում չներառելով, ամենայն հավանականությամբ, գիտակցաբար

¹ Benjamin H. Roth, 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.

(դիտավորությամբ) չի ցանկացել ցանկում չներառված հարաբերությունը ենթարկել կարգավորման, հակառակ դեպքում՝ ցանկը չէր փակի կամ կդրսևորեր այլ մոտեցում: Սակայն փակ ցանկում օրենսդրի լուծյան գիտակցված լինելը հիմնականում ոչ թե փաստ է, այլ դրա մասին բարձր աստիճանի հավանականություն ունեցող ենթադրություն (կանխավարկած է): Բանն այն է, որ գործնականում հազվադեպ է հնարավոր փաստական տվյալներով հաստատել, որ օրենսդիրը կոնկրետ տարրը փակ ցանկում չի ներառել դիտավորությամբ (կանխամտածված կերպով): Եթե փաստական տվյալներով հնարավոր չէ ապացուցել, որ կոնկրետ տարրը փակ ցանկում չներառելը օրենսդրի դիտավորյալ վարքագիծն է, ապա, հաշվի առնելով փակ ցանկի առանձնահատկությունը, պետք է ելնել օրենսդրի գիտակցված լուծյան կանխավարկածից: Ստացվում է, որ ի տարբերություն սովորական (փակ ցանկերին չվերաբերող) դեպքերի, որտեղ գործում է օրենսդրական բացթողման կանխավարկածը, փակ ցանկերի պարագայում գործում է օրենսդրի գիտակցված լուծյան կանխավարկածը¹:

Առաջին հայացքից կարող է թվալ, որ փակ ցանկում հնարավոր է բացառապես օրենսդրի գիտակցված լուծյուն (որպես կանխավարկած), իսկ փակ ցանկերում օրենսդրական բացթողում հնարավոր չէ: Ասվածն ընդհանուր առմամբ ճիշտ է, սակայն նույնիսկ փակ ցանկի պարագայում չի կարելի բացարձակ կերպով բացառել օրենսդրական բացթողումը: Փակ ցանկում օրենսդրական բացթողում, թեև հազվադեպ, սակայն՝ հնարավոր է, եթե հերքվում է փակ ցանկում օրենսդրի գիտակցված լուծյան կանխավարկածը:

Փակ ցանկում օրենսդրի գիտակցված լուծյան կանխավարկածը կարելի է հերքել, եթե փաստական տվյալներով հաստատվում է, որ տեղի է ունեցել օրենսդրական բացթողում: Օրինակ՝ օրենքում փակ ցանկ նախատեսելու ժամանակահատվածում (օրենքի ընդունման ժամանակ) տվյալ տարրը (հարաբերությունը) գոյություն չի ունեցել, սակայն առաջացել է հետագայում, ուստի օրենսդիրը չէր կարող փակ ցանկի տարրերը թվարկելու ժամանակ գիտակցաբար բացառել այդ պահին գոյություն չունեցող տարրը: Ենթադրենք օրենքով սահմանվել է վերաքննության կարգով անմիջական բողոքարկման ենթակա «А», «В», «С» դատական ակտերի փակ ցանկ: Հետագայում օրենքով

¹ Նախկինում սխալ օրինակ մեջբերելու հետևանքով ստացվել էր այնպիսի կարծիք, թե օրենսդրական փակ ցանկի պարագայում եւ գործում է օրենսդրական բացի (ավելի ճիշտ՝ օրենսդրական բացթողման) կանխավարկածը: Տե՛ս **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: Իրականում օրենսդրական փակ ցանկի պարագայում օրենսդրական բացթողման կանխավարկածը ճիշտ չի արտացոլում օրենսդրական փակ ցանկերի միջոցով իրավական կարգավորման մեթոդի էությունը:

նախատեսվել է դատական ակտի նոր՝ «D» տեսակը, որը, որպես մարդու իրավունքներին էապես միջամտող ակտ, անկասկած, պետք է ենթակա լինի անմիջական բողոքարկման: Նկատի ունենալով, որ «D» տեսակի դատական ակտը բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի փակ ցանկն սահմանելու պահին գոյություն չի ունեցել, հիմք չկա ենթադրելու, որ օրենսդիրը «D» տեսակի դատական ակտը գիտակցաբար չի ներառել անմիջական բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի փակ ցանկում:

Նկատի ունենալով, որ «D» տեսակի դատական ակտն իր բնույթով էապես միջամտում է մարդու հիմնական իրավունքներին, օրենսդիրն այն պետք է ավելացնի նաև անմիջական բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի փակ ցանկում, սակայն դա չի արել՝ թույլ տալով օրենսդրական սխալ: «D» տեսակի դատական ակտը բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի ցանկում օրենսդրի կողմից չներառելը ձևավորել է օրենսդրական սխալով պայմանավորված *հետագա* օրենսդրական բաց:

Ներկայացնենք փակ ցանկում հետագա օրենսդրական բացի իրական օրինակ: Այսպես՝ Եվրոպական միության (այսուհետ՝ ԵՄ) իրավական համակարգում ԵՄ դատարանը, անտեսելով դատական վերահսկողության օբյեկտների փակ ցանկի վերաբերյալ հիմնադիր փաստաթղթերում առկա կարգավորումները, ընդլայնել է իր վերահսկողության շրջանակը: Օրինակ՝ 1980-ականներին Ֆրանսիայի բնապահպանական կուսակցությունը ԵՄ արդարադատության դատարան է ներկայացրել ԵՄ խորհրդարանի (պառլամենտի) որոշումն անվավեր ճանաչելու վերաբերյալ հայց, այն հիմնավորմամբ, որ ԵՄ խորհրդարանի այդ որոշումը խտրականություն է դնում կուսակցությունների միջև: Դատավարական վարույթը նախաձեռնվել էր ԵՄ հիմնադիր պայմանագրի 173-րդ հոդվածի հիման վրա, որն այդ գործը քննելու ժամանակահատվածում ձևակերպված էր հետևյալ կերպ. «Դատարանը վերահսկողություն է իրականացնում Հանձնաժողովի և Խորհրդի ակտերի օրինականության նկատմամբ (...)»: Տ. Կ. Հարթլին նշում է.

«Պայմանագրի 173-րդ հոդվածը միանգամայն հասկանալի է. այն չի պարունակում ԵՄ խորհրդարանի ակտերի մասին հիշարարվում: Այնուամենայնիվ, ԵՄ արդարադատության դատարանը վճռել է, որ այն ընդգրկում է նաև խորհրդարանի ակտերը: (...) Դատարանն արձանագրել է, որ համայնքը գործում է իրավունքի գերակայության սկզբունքի հիման վրա, և ինչպես անդամ պետությունների, այնպես էլ համայնքի ինստիտուտների ակտերը, Պայմանագրին դրանց համապատասխանելիությունն ապահովելու նպատակով դատական վերահսկողության օբյեկտ են: Այնուհետև դատարանը նշել է, որ ԵՄ-ի պայմանագրում ամրագրված չէ Խորհրդարանի ակտերը վերահսկելու դատարանի իրավասությունը, քանի որ ԵՄ պայմանագրի

կազմման ընթացքում խորհրդարանը չունեւ երրորդ կողմերի շահերը շոշափող ակտեր ընդունելու իրավասություն: Դատարանը եզրակացրել է, որ եթե խորհրդարանի ակտերը դատական վերահսկողության օբյեկտ չհամարվեն, ապա դա կհակասի Պայմանագրի ոգուն: Այսպիսով, Դատարանը որոշել է, որ Պայմանագրի 173-րդ հոդվածն ընդգրկում է նաև խորհրդարանի ակտերը: Նման որոշման տրամաբանությունը միանգամայն հասկանալի է. դատարանը պարզապես արձանագրել է, որ խորհրդարանի ակտերը պետք է ենթակա լինեն վերանայման»¹:

Տ. Կ. Հարթլիի նկարագրած իրավիճակից պարզ է դառնում, որ տվյալ դեպքում գործ ունենք փակ ցանկում օրենսդրական սխալով պայմանավորված հետագա բացի հետ, քանի որ Պայմանագիրը կազմելու պահին ԵՄ խորհրդարանը չի ունեցել երրորդ կողմերի շահերը շոշափող ակտեր ընդունելու իրավասություն, ուստի հիմքեր չեն եղել նրա ակտերը դատական վերահսկողության օբյեկտների փակ ցանկում ներառելու համար: Նման անհրաժեշտություն ծագել է հետագայում, սակայն Պայմանագրում լրացում չի կատարվել:

Այնուհետև Տ. Կ. Հարթլին եզրակացնում է, որ տվյալ դեպքում տեղի է ունեցել ոչ թե իրավունքի մեկնաբանում, այլ իրավունքի փոփոխություն: Այսպես նա նշում է.

«Դժվար է պարկերացնել իրավունքը մեկնաբանելու փոխարեն այն փոփոխելու ավելի արտահայտիչ օրինակ»²:

Անկասկած այս պարագայում ԵՄ արդարադատության դատարանը դատական վերահսկողության օբյեկտների՝ Պայմանագրով նախատեսված փակ ցանկը փոփոխել է, այսինքն՝ ԵՄ իրավունքը զարգացրել է, սակայն այս օրինակի հիման վրա պետք է հասկանալ՝ իրավունքի զարգացումն ընթացել է extra legem, թե՛ contra legem տրամաբանությամբ: Պատասխանը շատ պարզ է: Տ. Կ. Հարթլին ըստ էության հերքել է փակ ցանկում գիտակցված լռության կանխավարկածը և փաստել է, որ ԵՄ իրավունքում դատական վերահսկողության օբյեկտների փակ ցանկում առկա է օրենսդրական սխալով պայմանավորված հետագա բաց (այսինքն՝ օրենսդրական բացթողում), ուստի ԵՄ

¹ Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества: введение в конституционное и административное право Европейского сообщества / Пер. с англ. - М.: Изд. Закон и право. 1998. - С. 90-91.

² Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества: введение в конституционное и административное право Европейского сообщества / Пер. с англ. - М.: Изд. Закон и право. 1998. - С. 90-91.

դատարանը իրավունքի զարգացումն իրականացրել է extra legem տրամաբանությամբ:

Օրենսդրական փակ ցանկում հնարավոր է նաև օրենսդրական սխալով պայմանավորված *նախնական* օրենսդրական բաց: Օրինակ՝ փաստական տվյալներով հաստատվում է, որ օրենսդիրը հստակ ցանկացել է համապատասխան տարրը ներառել փակ ցանկում, սակայն օրենքի (նախագծի) վերջնական տարբերակում տեխնիկական պատճառով այդ տարրը չի ընդգրկվել փակ ցանկում:

Փակ ցանկում գիտակցված լուրջան կանխավարկածը կարելի է հերքել հիմնական փաստական տվյալներով՝ օրենսդրական գործընթացների երկրորդային աղբյուրներով, մասնավորապես՝ օրենքի նախագծի հիմնավորումներով, պառլամենտական լուսմների արձանագրություններով:

Առանձին քննարկման հարց է, թե փակ ցանկում օրենսդրի գիտակցված լուրջան կանխավարկածը արդյոք հնարավոր է հերքել տրամաբանական այնպիսի դատողություններով, որոնք ունեն առավել բարձր հավանականություն, քան գիտակցված լուրջան կանխավարկածը:

ՀՀ դատարանները հիմնականում չեն քննարկում այն հարցը, թե փակ ցանկում որևէ տարր չներառելը օրենսդրի բացթողման, թե՞ օրենսդրի գիտակցված լուրջան արդյունք է: Դատարանները, հաշվի չառնելով փակ ցանկի առանձնահատկությունը (օրենսդրի գիտակցված լուրջան կանխավարկածը), փակ ցանկում որևէ տարր չներառելն ընդհանրական ձևով որակում են որպես օրենսդրական բաց, որի պարագայում այդ բացի պատճառը, որն ունի գործնական նշանակություն, մնում է ստվերում: Օրինակ՝ անմիջական բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի օրենսդրական փակ ցանկում (1998 թ. ՀՀ քր. դատ. օր.-ի 376.1-ին հոդվածի 4-րդ կետում) կալանքը փոփոխելու կամ կալանավորումը գրավով փոխարինելու կամ կալանքը վերացնելու մասին միջնորդությունը մերժելու մասին ՀՀ առաջին ատյանի դատարանի որոշումները (այսուհետ՝ կալանքը չվերացնելու մասին որոշում) ներառված չեն, ինչը ՀՀ սահմանադրական դատարանը պարզապես որակել է օրենսդրական բաց: Այսպես՝ ՀՀ սահմանադրական դատարանը 06.11.2019 թ. ՍԴԴ-1487 որոշմամբ նշել է.

«Սույն գործով վիճարկվող՝ 1998 թ. ՀՀ քր. դատ. օր.-ի 376.1-ին հոդվածի 4-րդ կետում առկա է օրենսդրական բաց՝ բացակայում է որպես խափանման միջոց ընտրված կալանքը փոփոխելու կամ վերացնելու միջնորդությունները մերժելու մասին որոշումների վերաքննության կարգով անմիջական բողոքարկման հնարավորությունը: Օրենսդրական հիշյալ բացը հանգեցրել է

հակասական իրավակիրառական պրակտիկայի ձևավորման» (ընդգծումը՝ հեղ.)¹:

ՀՀ սահմանադրական դատարանը կալանքը չվերացնելու մասին դատական ակտը վերաքննության կարգով բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի փակ ցանկում չներառելը որակել է որպես օրենսդրական բաց, առանց հստակեցնելու՝ այդ բացը պայմանավորված է իրավակարգավորման թերությամբ, թե՛ օրենսդրի կամքով: Այլ կերպ ասած՝ ՀՀ սահմանադրական դատարանը չի քննարկել՝ այդ բացը օրենսդրի բացթողումն է, թե՛ օրենսդրի գիտակցված լուրջությունը:

Ինչպես նշվեց, օրենսդրական բացի դրսևորումների (օրենսդրի բացթողում, թե՛ օրենսդրի գիտակցված լուրջություն) տարբերակումը ունի գործնական նշանակություն, քանի որ ՀՀ սահմանադրական դատարանը 06.11.2019թ. ՍԴՈ-1487 որոշումը կայացնելուց երկու ամիս առաջ՝ 04.09.2019թ. ՍԴՈ-1476 որոշմամբ, նշել էր, որ օրենսդրական բացը ՀՀ սահմանադրական դատարանի քննության առարկա կարող է դառնալ այն ժամանակ, երբ այն իրավակարգավորման **թերությունն է, այլ ոչ թե իրավաստեղծ մարմնի, տվյալ դեպքում՝ օրենսդրի կամքը**՝ ձեռնպահ մնալու որպես օրենսդրական բաց ընկալվող իրավական կարգավորումից: ՀՀ սահմանադրական դատարանն այս դիրքորոշումը հայտնելուց հետո օրենսդրական բացին առնչվող որևէ գործ քննելիս, որպեսզի պարզի իր իրավասության առկայության հարցը, պետք է էքսպլիցիտ քննարկի օրենսդրական բացի դրսևորումները (օրենսդրի բացթողում, թե՛ օրենսդրի գիտակցված լուրջություն) տարբերակելու հարցը, հակառակ պարագայում նա ստվերում կթողնի տվյալ գործով իր իրավասության առկայության հարցը:

Ինչ վերաբերում է կալանքը չվերացնելու մասին դատական ակտը բողոքարկման ենթակա որոշումների ցանկում ներառված չլինելու գործին, ապա ելնելով այն չոր (մերկ) փաստից, որ ՀՀ սահմանադրական դատարանը

¹ ՀՀ սահմանադրական դատարանը նշված գործով ըստ էության հակասահմանադրական է ճանաչել իր որակած օրենսդրական բացը: Դատարանը որոշման եզրափակիչ մասում նշել է, որ ՀՀ քր. դատ. օր.-ի 376.1-ին հոդվածի 4-րդ կետն այն մասով, որ չի նախատեսում որպես խափանման միջոց ընտրված կալանքը փոփոխելու կամ վերացնելու միջնորդությունները մերժելու մասին որոշումների վերաքննության կարգով անմիջական բողոքարկման հնարավորություն, ճանաչել ՀՀ Սահմանադրության համապատասխան հոդվածներին հակասող: Սույն գործով ՀՀ սահմանադրական դատարանի դատավոր Վ. Նազարյանը չի համաձայնվել օրենսդրական բացի վերաբերյալ մեծամասնության դիրքորոշման հետ և հատուկ կարծիքում իրավացիորեն նշել է, որ խնդրի լուծման համար ՀՀ սահմանադրական դատարանի իրավական դիրքորոշումները չպետք է հանգեին տվյալ նորմի տառացի ձևակերպմանը, այլ պետք է առկա լինե՞ր դատարանի կողմից օրենքի հստակ և համակարգային մեկնաբանություն, ըստ որի՝ վիճարկվող նորմը համակարգային առումով փոխկապված է կալանքի որոշումը չվերացնելու կամ չփոփոխելու մասին դատական ակտը բողոքարկելու՝ պաշտպանության կողմի անօտարելի իրավունքի հետ:

քննել է ՀՀ քր. դատ. օր.-ի 376.1-ին հոդվածի 4-րդ կետում առկա օրենսդրական բացի սահմանադրականության հարցը, կարելի է եզրակացնել, որ Դատարանը համարել է, որ կալանքը չվերացնելու մասին դատական ակտեր վերաքննության կարգով բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի փակ ցանկում չներառելը իրավակարգավորման թերության (օրենսդրական բացթողման) արդյունք է: Հակառակ պարագայում ՀՀ սահմանադրական դատարանը, ելնելով երկու ամիս առաջ արտահայտած իր դիրքորոշումից, իրավասու չէր լինի քննելու օրենսդրական այնպիսի բացի սահմանադրականության հարց, որը օրենսդրի կամքի արդյունք է:

ՀՀ սահմանադրական դատարանի կողմից որևէ գործով վեճն ըստ էության քննելու և լուծելու չոր փաստից օրենսդրական բացթողման մասին եզրահանգումը չի համապատասխանում մեր կողմից առաջ քաշված՝ փակ ցանկում օրենսդրի գիտակցված լուծության կանխավարկածի թեզին: Եթե ՀՀ սահմանադրական դատարանը ղեկավարվեր փակ ցանկում գիտակցված լուծության կանխավարկածով, ապա տվյալ գործը քննելու և լուծելու համար պետք է փաստական տվյալներով հաստատեր, որ առկա է օրենսդրական բացթողում, այսինքն՝ պետք է հերքեր փակ ցանկում օրենսդրի գիտակցված լուծության կանխավարկածը: Եթե այս կանխավարկածը չի հերքվում, ապա շարունակում է գործել փակ ցանկում օրենսդրի գիտակցված լուծության կանխավարկածը, իսկ դա գործնականում նշանակում է, որ ՀՀ սահմանադրական դատարանը, ըստ ՍԴԴ-1476 որոշմամբ արտահայտած վիճելի դիրքորոշման, իրավասու չէ քննել օրենսդրի կամքով պայմանավորված բացը:

Այսպես՝ վերը նշված գործով բացակայում են (մեզ հայտնի չեն) փաստական տվյալներ այն մասին, որ 1998 թ. ՀՀ քր. դատ. օր.-ի 376.1-ին հոդվածի՝ վերաքննության կարգով բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի փակ ցանկում կալանքը չվերացնելու մասին որոշումը չներառելը ՀՀ ազգային ժողովի թույլ տված սխալի արդյունք է, ուստի գործում է փակ ցանկում օրենսդրի գիտակցված լուծության կանխավարկածը: Այսինքն՝ պետք է ենթադրել, որ ՀՀ ազգային ժողովը կալանքը չվերացնելու մասին որոշումը գիտակցաբար չի ներառել անմիջական բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի փակ ցանկում, ինչի արդյունքում ստեղծել է հակասահմանադրական վիճակ:

4. Իրավունքի զարգացման contra legem դոկտրինը օրենսդրական փակ ցանկերի պարագայում

Գործնականում հնարավոր է իրավիճակ, երբ փակ ցանկում որևէ տարր չներառելը (հարաբերությունը չկարգավորելը) ստեղծում է հիպեր (աղաղակող)

անարդարություն կամ անտրամաբանական իրավիճակ¹: Այս իրավիճակում դատարանը, ելնելով իրավունքի որևէ սկզբունքից, պետք է իրավունքը զարգացնի *contra legem*, այսինքն՝ ի հակառակ օրենսդրական փակ ցանկի, պետք է այն «բացի» և դրանում ներառի նոր տարր: Բանն այն է, որ փակ ցանկի տեխնիկայի գործածման փաստից բխեցվում է փակ ցանկում չներառված տարրերի հետ իրավաբանական օպերացիաների կատարումն օրենսդրի կողմից անուղղակի արգելքի մասին եզրահանգումը: Փակ ցանկում չներառված տարրերի հետ իրավաբանական օպերացիաների կատարման մասին արգելքը փաստ չէ. իրականության մեջ նման արգելք նախատեսված չէ, պարզապես օրենսդրական ցանկի փակ լինելու հանգամանքից ենթադրվում է, որ օրենսդիրը սահմանել է նման արգելք: Նման օրենսդրական անուղղակի արգելքի պարագայում դատարանը իրավունքը զարգացնում է *contra legem*, քանի որ հակադրվում է օրենսդրի՝ տվյալ հարաբերությունը չկարգավորելու ենթադրյալ կամքին:

Ռուսական դատական պրակտիկայում հանդիպել են դեպքեր, երբ դատարանները «բացել են» փակ ցանկը՝ այն *numerus clausus* (փակ ցանկից) դարձնելով *numerus apertus* (բաց ցանկ), սակայն բարձր ատյանի դատարանները հիմնականում բեկանել են փակ ցանկերը «բացելու» մասին դատական ակտերը²:

ՀՀ դատական պրակտիկայում հանդիպում են դատարանների կողմից փակ ցանկը «բացելու» դեպքեր: Այսպես՝ 2016 թվականից սկսած ՀՀ դատարաններն առանձին դեպքերում հակադրվել են օրենսդրական փակ ցանկին և «բացելով» այդ ցանկը՝ դրանում ներառել են նոր տարրեր:

Նախկինում ներկայացրել ենք դեպքեր, երբ ՀՀ դատարանները հակադրվել են քրեական հետապնդումը դադարեցնելու (քրեական վարույթը կարճելու) դատավարական օրենքով սահմանված հիմքերի փակ ցանկին և «բացելով» այդ ցանկը՝ ներառել են քրեական հետապնդումը դադարեցնելու օրենքով չնախատեսված նոր հիմք³: Այժմ ավելացնենք ևս մի քանի օրինակ, որոնք հիմնականում վերաբերում են վերաքննության կարգով անմիջական բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի փակ ցանկը «բացելուն»:

1998 թ. ՀՀ քր. դատ. օր.-ով սահմանված էր ՀՀ վերաքննիչ դատարան անմիջականորեն բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի փակ ցանկ (օրենքով պետք է ուղիղ նախատեսված լիներ, որ տվյալ դատական ակտը

¹ 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.

² Жуков Ф. Numerus clausus или numerus apertus? <https://www.advgazeta.ru/mneniya/numerus-clausus-ili-numerus-apertus/>

³ 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. 220-221.

ենթակա է անմիջական բողոքարկման): ՀՀ վճռաբեկ դատարանն առանձին դեպքերում հակադրվել է բողոքարկման ենթակա ակտերի փակ ցանկին և սահմանել է, որ ՀՀ վերաքննիչ դատարանում անմիջական ռեժիմով կարող են բողոքարկվել այնպիսի դատական ակտեր, որոնց բողոքարկման վերաբերյալ դրույթ օրենքով ուղղակի նախատեսված չէ: Այսպես՝ ՀՀ վճռաբեկ դատարանը քննարկել է տուժողի (տուժողի իրավահաջորդի) դատավարական կարգավիճակը դադարեցնելու մասին որոշման՝ վերաքննության կարգով բողոքարկման իրավաչափության հարցը:

Սույն գործով ՀՀ վերաքննիչ դատարանն արձանագրել է, որ 1998 թ. ՀՀ քր. դատ. օր.-ի 376.1-րդ հոդվածում՝ վերաքննության կարգով բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի ցանկում «դատավարական կարգավիճակը դադարեցնելու և նրանց գործի վարույթից հեռացնելու մասին» դատարանի կողմից կայացված որոշումը ներառված չէ, այնուհետև՝ եզրակացրել է, որ բողոք է բերվել այնպիսի դատական ակտի դեմ, որը ենթակա չէ վերաքննիչ բողոքարկման: Արդյունքում ՀՀ վերաքննիչ դատարանն առանց քննության է թողել վերաքննիչ բողոքը:

ՀՀ վճռաբեկ դատարանը չի համաձայնվել ՀՀ վերաքննիչ դատարանի հետ և նշել է, որ տուժողի իրավահաջորդի դատավարական կարգավիճակը դադարեցնելու մասին որոշումը բողոքարկման ենթակա չլինելու պատճառաբանությունը հանգեցրել է տուժողի իրավահաջորդի՝ դատարանի մատչելիության իրավունքի այնպիսի սահմանափակման, որի արդյունքում խաթարվել է նրա հիշյալ իրավունքի բուն էությունը՝ վերածվելով պատրանքային հիմնադրույթի: ՀՀ վճռաբեկ դատարանը թիվ ԵԷԴ/0110/01/12 գործով 01.11.2016 թ. որոշմամբ նշել է.

«(...) հաշվի առնելով տուժողի (տուժողի իրավահաջորդի) իրավունքների պաշտպանության՝ պեղծության պոզիտիվ պարտավորության, ինչպես նաև վերջինիս՝ դատարանի մատչելիության իրավունքի իրացվելիության ապահովման անհրաժեշտությունը՝ տուժողի (տուժողի իրավահաջորդի) դատավարական կարգավիճակը դադարեցնելու մասին դատարանի որոշումը ենթակա է վերաքննության կարգով բողոքարկման: (...) այդպիսի որոշման բողոքարկման հնարավորություն չընձեռնելու միջոցով տուժողի (տուժողի իրավահաջորդի)՝ դատարանի մատչելիության իրավունքը սահմանափակելը խաթարում է այդ հիմնարար իրավունքի բուն էությունը՝ վերջինիս վերածելով պատրանքային հիմնադրույթի: Այդպիսի սահմանափակումը խախտում է նաև գործադրված միջոցի և հեղափոխության նպատակի միջև հավասարակշռության ողջամիտ հարաբերակցությունը»:

1(118)2025

ՏԵԼԵՎԻԶԻՐ

◆

ՍԱՀՄԱՆԱՐԱՐՈՎԱԿԱՆ ՂԱՏԱՐԱՆ

Այս պարագայում, հիմք ընդունելով փակ ցանկի պարագայում օրենսդրի գիտակցված լռության կանխավարկածը՝ կարելի է նշել, որ Օրենսդիրը, բողոքարկման ենթակա ակտերի սպառիչ ցանկում տուժողի իրավահաջորդի դատավարական կարգավիճակը դադարեցնելու մասին որոշումը չներառելով, չի ցանկացել, որ այդ որոշումը հանդիսանա վերաքննության կարգով անմիջականորեն բողոքարկման ենթակա ակտ: ՀՀ վճռաբեկ դատարանը, իրավունքի համապատասխան սկզբունքների հիման վրա, իրավացիորեն հակադրվել է այս կարգավորմանը և փակ ցանկը «բացելով» դրանում ներառել է անմիջական բողոքարկման ենթակա դատական նոր ակտի տեսակ: Այս պարագայում ՀՀ վճռաբեկ դատարանը իրավունքը զարգացրել է *contra legem*:

Կրկին քննարկենք ՀՀ վճռաբեկ դատարանի թիվ ՀԿԴ/0044/15/24 դատական գործով 28.11.2024 թ. որոշումը, որտեղ նա անուղղակի կերպով հիմք է ընդունել *contra legem* իրավունքի զարգացման դոկտրինը և քրեադատավարական իրավունքը զարգացրել է 2021 թ. ՀՀ քր. դատ. օր.-ի 389-րդ հոդվածով սահմանված՝ ՀՀ վերաքննիչ դատարան բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի սպառիչ ցանկին հակառակ: ՀՀ վճռաբեկ դատարանը փաստացի ղեկավարվել է *contra legem* իրավունքի զարգացման դոկտրինով, քանի որ ՀՀ քր. դատ. օր.-ի 389-րդ հոդվածով սահմանված փակ ցանկը «բացել է» և դրանում ավելացրել է «X» դատական ակտը՝ հիմք ընդունելով քրեադատավարական իրավունքի կողմերի հավասարության և մրցակցության սկզբունքները, ինչպես նաև սեփականության իրավունքի դատական պաշտպանության ապահովման սկզբունքը: ՀՀ վճռաբեկ դատարանն այս գործով փակ ցանկը «բացելիս» վկայակոչել է կողմերի հավասարության և մրցակցության սկզբունքը, քանի որ գույքի արգելադրման հարաբերությունների շրջանակում քննիչի՝ գույքի արգելադրման վերաբերյալ միջնորդության կապակցությամբ վարույթի հարուցումը մերժելու մասին դատական ակտն ընդգրկված է բողոքարկման ենթակա դատական ակտերի ցանկում, մինչդեռ նմանատիպ հարցով վարույթի մասնավոր մասնակցի միջնորդության վերաբերյալ վարույթի հարուցումը մերժելու մասին դատական ակտը նախատեսված չէ: Այսպես՝ ՀՀ վճռաբեկ դատարանը թիվ ՀԿԴ/0044/15/24 գործով 28.11.2024 թ. որոշմամբ նշել է.

«Նկատի ունենալով, որ նույն ընթացակարգի շրջանակներում կայացվող գույքի արգելադրման մասին քննիչի որոշման իրավաչափությունը հաստատվելու վարույթի հարուցումը մերժելու մասին դատարանի որոշումը ներառված է վերաքննիչ դատարանում հատուկ վերանայման ենթակա դատական ակտերի ցանկում, իսկ սեփականության իրավունքի սահմանափակման դատական երաշխիքների վարույթում կողմերի հավասարության

ու մրցակցության սկզբունքից շեղումն անթույլատրելի է (...) սեփականության իրավունքի սահմանափակման վերացման միջնորդության կապակցությամբ վարույթի հարուցման մերժման որոշմամբ անմիջականորեն շոշափվում են անձի՝ դատական պաշտպանության իրավունքը, որի պայմաններում իրավունքների հնարավոր խախտման փաստը պարզելու միակ տարբերակը հանդիսանում է վերադաս դատարանի կողմից վերոնշյալ որոշման դատական ստուգումը»:

ՀՀ դատարանները ևս մեկ այլ գործով իրավունքը զարգացրել են օրենսդրական փակ ցանկին հակառակ: Այսպես՝ ՀՀ հարկային օրենսգրքի 245-րդ հոդվածի 1-ին մասում սահմանված է փոխադրամիջոցների գույքահարկից ազատվելու հիմքերի սպառիչ ցանկ, սակայն այդ ցանկում փոխադրամիջոցի հափշտակությունը, որպես ավտոմեքենայի գույքահարկից ազատելու հիմք, նախատեսված չէ: Դա նշանակում է, որ եթե անձի ավտոմեքենան հափշտակել են, ապա ըստ օրենքի՝ նա պարտավոր է շարունակել վճարել գույքահարկ:

ՀՀ իրավակիրառ պրակտիկայում ծագել է ավտոմեքենայի հափշտակման դեպքում սեփականատիրոջ կողմից գույքահարկ վճարելու իրավաչափության (ողջամտության) հարց: Այսպես՝ քաղաքացուց ավտոմեքենան հափշտակելու փաստի կապակցությամբ 29.12.2016 թ. հարուցվել է քրեական գործ, սակայն նախաքննության ընթացքում ո՛չ մեքենան և ո՛չ էլ հանցագործություն կատարած անձը (անձինք) չեն հայտնաբերվել, իսկ 17.11.2017 թ. քրեական գործի վարույթը կասեցվել է:

Քաղաքային իշխանությունները 2019 թ.-ին հափշտակված մեքենայի սեփականատիրոջը տեղեկացրել են, որ նա ավտոմեքենայի հետ կապված ունի գույքահարկի պարտականություն: Սեփականատերը դիմել է Երևանի քաղաքապետին և ներկայացնելով մեքենայի առևանգումը հիմնավորող փաստաթղթերը՝ խնդրել է ազատել իրեն մեքենայի համար գույքահարկ վճարելու պարտականությունից: Նրա ներկայացրած հիմնավորումների դեմ վարչական վարույթ իրականացնող մարմինը թեև առարկություն չի ներկայացրել (ամենայն հավանականությամբ վարույթի մասնակիցներն այդ փաստարկը ևս համարել են ողջամիտ), այդուհանդերձ, նրա դիմումը մերժել է, իսկ 16.07.2019 թ. վարչական շրջանի ղեկավարի թիվ 1134-Ա որոշմամբ ներկայացվել է գույքահարկի գումարի գանձման պահանջ այն հիմնավորմամբ, որ այդ ժամանակահատվածում գործող «Գույքահարկի մասին» ՀՀ օրենքի 8-րդ հոդվածի դրույթներով փոխադրամիջոցի առևանգված կամ հափշտակված լինելու պարագայում գույքահարկի վճարման պարտա-

վորության դադարում նախատեսված չէ¹, իսկ ավտոմեքենան, համաձայն ՀՀ ոստիկանության տված տեղեկատվության, հաշվառված է տվյալ քաղաքացու անվամբ, սեփականության իրավունքը չի դադարել, հետևաբար մեքենան շարունակում է մնալ տվյալ քաղաքացու սեփականությունը:

Քաղաքացին վարչական մարմնի «Գույքահարկի գումարի գանձման պահանջ ներկայացնելու մասին» թիվ 1134-Ա որոշումը վիճարկել է դատական կարգով: ՀՀ վարչական դատարանը (դատավոր Ռուզաննա Ազրոյան), թիվ ՎԴ/5879/05/19 վարչական գործով 24.03.2020 թ. որոշմամբ անվավեր է ճանաչել գույքահարկ պահանջելու մասին վարչական ակտը՝ հետևյալ հիմնավորմամբ.

«Սրացվում է, որ թեև տրանսպորտային միջոցը սեփականության իրավունքով պատկանում է հայցվորին, սակայն այն, որպես այդպիսին կրում է ձևական բնույթ, քանի որ վերջինս օբյեկտիվորեն, իրենից անկախ պատճառներով, զրկված է իր սեփականության իրավունքն ամբողջ ծավալով իրացնելու հնարավորությունից:

(...) սեփականության սուբյեկտիվ իրավունքն անձի իրավաբանորեն ապահովված հնարավորությունն է տիրապետել, օգտագործել և տնօրինել իրեն պատկանող գույքը իր հայեցողությամբ՝ օրենքով սահմանված շրջանակներում:

(...) սույն դեպքում անձը օբյեկտիվորեն զրկված է գույքի տիրապետման և օգտագործման իրավունքից:

Այսպիսով, սեփականության սուբյեկտիվ իրավունքի առաջացման համար հիմք հանդիսացող տիրապետման և օգտագործման իրավունքները փաստացի չեն իրացվում Հայցվորի կողմից դեռևս 2016 թվականի դեկտեմբեր ամսից, որպիսի պայմաններում Դատարանը գտնում է, որ այն պահից սկսած, երբ Հայցվորը զրկվել է գույքահարկի հարկման օբյեկտ հանդիսացող տրանսպորտային միջոցը տիրապետելու և օգտագործելու իրավունքից, գույքահարկ հաշվարկվել չէր կարող:

Ամբողջ վերը նշվածի հաշվառմամբ Դատարանը գտնում է, որ վարչական մարմնի թիվ 1134-Ա որոշումն ընդունվել է «Գույքահարկի մասին» ՀՀ օրենքի 8-րդ և ՀՀ քաղաքացիական օրենսգրքի 163-րդ հոդվածների սխալ կիրառման և սխալ մեկնաբանման հետևանքով»²:

ՀՀ վարչական դատարանը թեև նշել է, որ վարչական մարմինը սխալ է կիրառել և մեկնաբանել «Գույքահարկի մասին» ՀՀ օրենքի 8-րդ և ՀՀ քաղաքացիական օրենսգրքի 163-րդ հոդվածները, սակայն հստակ է, որ այդ

¹ Ուժը կորցրել է 01.01.2021 թ.-ին:

² Դատական ակտը չի բողոքարկվել և մտել է օրինական ուժի մեջ:

օրենքներով նախատեսված չեն (չէին) փոխադրամիջոցի հափշտակության հիմքով սեփականության իրավունքի փաստացի դադարման և գույքահարկից ազատելու մասին կարգավորումներ, ուստի վարչական մարմինը չէր կարող սխալ մեկնաբանել կամ սխալ կիրառել այդ նորմերը: Հակառակը, այդ նորմերը կիրառելու արդյունքում է քաղաքացուց պահանջվել գույքահարկ:

Այս դեպքում վարչական մարմնի գույքահարկ վճարելու պահանջը թեև օրինական էր, սակայն իրավաչափ չէր, քանի որ հակասում էր արդարության և ողջամտության սկզբունքներին (ՀՀ վարչական դատարանն ակտի պատճառաբանության մեջ իրավունքի որևէ սկզբունք չի հիշատակել): Ակնհայտ է, որ գույքահարկից ազատելու օրենսդրական հիմքերի մեջ փոխադրամիջոցը հափշտակելու դեպքը չնախատեսելը ստեղծում է ոչ միայն անտրամաբանական (ոչ ողջամիտ), այլ նաև խիստ անարդար վիճակ. պետությունը մի կողմից՝ պատշաճ չի կատարել հանցագործությունների կանխման և բացահայտման գործառնությունները (հափշտակված ավտոմեքենան չի հայտնաբերվել և սեփականատիրոջը չի վերադարձվել), մյուս կողմից՝ հանցագործության զոհից ջանասիրաբար պահանջում է վճարել հափշտակված ավտոմեքենայի համար գույքահարկ:

ՀՀ վարչական դատարանն իրավացիորեն դուրս է եկել գույքահարկից ազատելու օրենսդրական հիմքերը նախատեսող *numerus clausus* (փակ, սպառիչ) ցանկից, ավելի ճիշտ՝ հակադրվել է այդ ցանկին և ներմուծել է գույքահարկից ազատելու ևս մեկ հիմք՝ փոխադրամիջոցի հափշտակությունը:

ՀՀ վարչական դատարանի այս դիրքորոշումն այն աստիճան ողջամիտ և արդարացի է, որ պատասխանողն այն չի բողոքարկել: Ավելին՝ ՀՀ վարչական դատարանի որոշումից մի քանի տարի անց՝ 2024 թվականին, ՀՀ գործադիր իշխանությունը նախաձեռնել է օրենսդրական փոփոխությունների գործընթաց: Այսպես՝ ՀՀ ՆԳՆ շրջանառության մեջ է դրել օրենսդրական փոփոխությունների փաթեթ, որով նախատեսվում է փոխադրամիջոցի գույքահարկից ազատելու օրենսդրական հիմքերի ցանկում (Հարկային օրենսգրքի 245-րդ հոդվածի 1-ին մասում) ավելացնել ևս մեկը՝ հանցագործության հիմքով սեփականատիրոջ տիրապետումից դուրս գալը: ՀՀ կառավարությունը հավանություն է տվել այս նախագծին¹: Նախագծի հիմնավորումներում նշված է.

«(...) փոխադրամիջոցների նկատմամբ սեփականության իրավունքների ծագման և դադարման մասին տեղեկատվությունը ՀՀ ՆԳՆ ոստիկանության ճանապարհային ոստիկանությունը սահմանված ժամանակագրական պարբերականությամբ փոխանցում է տեղական ինքնակառավարման մարմիններին: Փոխանցվող տեղեկատվության մեջ ներառվում են նաև այն փոխադրամիջոցների մասին տեղեկատվությունը, որոնց վերաբերյալ նախաքնության

¹ <https://e-gov.am/sessions/>

մարմիններում հափշտակության հիմքով հարուցված են քրեական վարույթներ և դրանց սեփականատերերը փաստացի զրկված են իրենց սեփականության տնօրինման, տիրապետման և օգտագործման հնարավորությունից:

Նշված խնդիրն **առնվազն անարդար վիճակ է** սրբեղծում այդ կարեգործիայի սեփականատերերի համար, քանի որ վերջիններից գույքահարկի գանձման պարտավորություն է ակնկալվում այն գույքի համար, որը վերջիններս չեն տնօրինում» (ընդգծումը՝ հեղ.):

Ինչպես տեսնում ենք, օրենսդրական այս փոփոխության հիմքում փաստացի դրված են ՀՀ վարչական դատարանի թիվ ՎԴ/5879/05/19 գործով պատճառաբանությունները, սակայն ի տարբերություն ՀՀ վարչական դատարանի՝ գործադիր իշխանությունը վկայակոչել է արդարության սկզբունքը: Այս իրավիճակում գործադիր իշխանության մարմինների կողմից իրավունքի սկզբունքների հիման վրա օրենսդրական քաղաքականություն մշակելը ինքնին ողջունելի է, սակայն իրավունքի սկզբունքների հիման վրա մտածելը և որոշումներ կայացնելն առաջին հերթին պետք է ներհատուկ լինի դատարաններին:

Օրենսդրական փակ ցանկերի և օրենսդրի լուծության հարցերն այսքանով չեն սպառվում: Ինչպես նշվեց, պետական մարմնի լիազորությունների փակ ցանկի և պետական մարմնի գործառույթներից *աներկբայորեն* և *անհրաժեշտաբար* բխող իմպլիցիտ լիազորությունների դոկտրինի հարաբերակցությունն առանձին քննարկման հարց է:

5. Եզրակացություն

Օրենսդրական բացն ընդհանուր հասկացություն է, որը ներառում է ինչպես օրենսդրի բացթողումը, այնպես էլ օրենսդրի գիտակցված լուծությունը: Հետևապես, օրենսդրական բացը ոչ միայն օրենսդրի բացթողման, այլ նաև օրենսդրի գիտակցված լուծության արդյունք է:

Օրենսդրի լուծության պարագայում *contra legem* և *extra legem* իրավունքի զարգացման տեսակները (տիպերը) իրարից տարբերակելու համար պետք է հաշվի առնել մի շարք հանգամանքներ, մասնավորապես՝ հարաբերությունը չկարգավորելը (օրենսդրի լուծությունը) օրենսդրական սխալի (օրենսդրական բացթողման), թե՛ օրենսդրի գիտակցված լուծության (որակյալ լուծության) հետևանք է: Եթե բացակայում են հարաբերությունն օրենսդրի կողմից գիտակցաբար չկարգավորելու մասին փաստական տվյալներ, ապա պետք է ելնել այն հերքելի կանխավարկածից, որ այդ հարաբերությունը չկարգավորելն օրենսդրի բացթողման (սխալի) հետևանք է: Օրենսդրական բացթողման կանխավարկածը կարելի է փաստական տվյալներով հերքել՝ հաստատելով օրենսդրի գիտակցված լուծության հանգամանքը:

Օրենսդրական բացթողման կանխավարկածի պայմաններում այդ բացը լրացվում է extra legem իրավունքի զարգացման դոկտրինի հիման վրա: Եթե փաստական տվյալներով հերքվում է օրենսդրական բացթողման կանխավարկածը և հաստատվում է օրենսդրի գիտակցված լռությունը, ապա դատարանը, օրենսդրի գիտակցված լռության և իրավունքի սկզբունքների աղաղակող հակադրության դեպքում հարցը լուծում է contra legem իրավունքի զարգացման դոկտրինի հիման վրա:

Օրենսդրական փակ ցանկերի պարագայում գործում է ոչ թե օրենսդրական բացթողման կանխավարկածը, այլ օրենսդրի գիտակցված լռության կանխավարկածը: Փակ ցանկի դեպքում օրենսդրական բացթողում, թեև հազվադեպ, սակայն հնարավոր է: Օրենսդրի գիտակցված լռության կանխավարկածը կարելի է հերքել, եթե փաստական տվյալներով հաստատվում է օրենսդրի բացթողման առկայությունը:

Փակ ցանկերի դեպքում, նկատի ունենալով օրենսդրի գիտակցված լռության կանխավարկածը՝ փակ ցանկը «բացելը» և դրանում իրավունքի սկզբունքների հիման վրա նոր տարր ավելացնելն իրականացվում է contra legem իրավունքի զարգացման դոկտրինի հիման վրա:

Օգտագործված գրականության ցանկ

1. Ժամանակակից հայոց լեզվի բացատրական բառարան, Հատոր առաջին: Հայկական ՍՍՀ Գիտությունների Ակադեմիայի Հրատարակչություն, Եր., 1969:

2. Պետության և իրավունքի տեսություն, Ուսումնական ձեռնարկ: Հեղ. խումբ, գիտ. խմբ.՝ Ա. Ղամբարյան, Մ. Մուրադյան. 4-րդ հրատ., Եր., Լուսարաց հրատարակչատուն, 2023:

3. **Benjamin H. Roth**, 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.

4. **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.

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

6. **Гамбарян А.С.** Принцип законности и положение “судья подчиняется закону” в контексте доктрины развития права contra legem // Правоприменение. 2023. Т. 7. № 4.

7. **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.
8. **Гамбарян А.С.** Правовые режимы молчания и фиктивных выводов, вытекающих из него // Журнал российского права. 2019. № 12.
9. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов (Вильнюс, 3–6 июня 2008 года) // Конституционное правосудие. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. – Ереван, 2008. Вып. 2–3.
10. **Гредескул Н.А.** К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права: социально-юридическое исследование. Харьков: Типография Адольфа Дарре, 1900.
11. **Демин А.В.** Квалифицированное молчание закона в механизме налогово-правового регулирования // Закон. 2012. № 2.
12. **Жуков Ф.** Numerus clausus или numerus apertus? <https://www.advgazeta.ru/mneniya/numerus-clausus-ili-numerus-apertus/>
13. **Кельзен Г.** Чистое учение о праве. 2-е изд. / Пер. с нем. – СПб.: Изд. Алеф-Пресс, 2015.
14. **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.: Изд. Инфотропик Медиа, 2022.
15. **Лазарев В.В.** Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Изд. Юрид. лит., 1974.
16. **Ларенц К., Канарис К.-В.** Методология юриспруденции / Пер. с нем. – М.: Изд. М-Логос, 2024.
17. **Лугинец Э.Ф.** “Квалифицированное молчание законодателя” как одна из культурных предпосылок эффективности правоприменения в процессе судопроизводства // Юридическая техника. 2016. № 10.
18. Молчание в праве (доктрина, практика и техника): монография / Под ред. А.С. Гамбаряна. – М.: Изд. Юрлитинформ, 2021.
19. **Морозова Л.А.** Теория государства и права: Учебник. 4-е изд. Перераб. и доп. – М.: Изд. Эксмо, 2010.
20. **Панченко В.Ю., Сабиров А. М.** Квалифицированное молчание в правотворчестве и правовая культура правоприменения // Юридическая техника. 2016. № 10.
21. **Сорокин В.В.** Фундаментальная теория права: монография. – М.: Изд. Юрлитинформ, 2020.
22. **Сырых В.М.** Теория государства и права: Учебник. 2-е изд. – М.: Изд. Юстицинформ, 2002.

23. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.Н. Жукова, Е.А. Фроловой. - М.: Изд. Проспект, 2024.

24. **Хартли Т.К.** Основы права Европейского сообщества: введение в конституционное и административное право Европейского сообщества / Пер. с англ. - М.: Изд. Закон и право.1998.

25. **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.: Изд. Проспект, 2022.

26. **Шафиров В.М.** Теория права: человекоцентристский подход: Научное, учебное, практико-ориентированное пособие. - М.: Изд. Проспект, 2024.

РАЗВИТИЕ ПРАВА EXTRA LEGEM И CONTRA LEGEM В СЛУЧАЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ЗАКРЫТЫХ СПИСКОВ

Аннотация

В статье рассматриваются малоизученные вопросы теории права: молчание законодателя, закрытые законодательные списки, а также открытие этих списков с помощью contra legem логики или восполнение этих списков с помощью extra legem логики.

В целях уточнения терминов автор выделяет два проявления законодательного молчания (законодательного пробела): упущение законодателя и сознательное молчание законодателя. Законодательный пробел является не только следствием упущения законодателя, но и результатом сознательного молчания законодателя.

В статье выдвигается идея презумпции законодательного упущения, согласно которой при отсутствии фактических данных о сознательном неурегулировании отношений законодателем следует исходить из опровергаемой презумпции, что неурегулирование этих отношений является следствием упущения (ошибки) законодателя. Презумпцию законодательного упущения можно опровергнуть фактическими данными, подтвердив факт сознательного молчания законодателя. В условиях презумпции законодательного упущения этот пробел восполняется на основе доктрины развития права extra legem. Иная ситуация с законодательными закрытыми списками. Автор, имея в виду

специфику техники законодательных закрытых списков и использование императивного метода правового регулирования с помощью этого списка (имплицитный запрет на совершение юридических действий с элементами, не предусмотренными в списке), отмечает, что в случае закрытых списков действует не презумпция законодательного упущения, а презумпция сознательного молчания законодателя. Однако в случае закрытого списка законодательное упущение, хотя и редко, но возможно. Презумпция сознательного молчания законодателя может быть опровергнута, если фактические данные подтверждают наличие упущения законодателя.

Если в случае с закрытыми списками презумпция сознательного молчания законодателя не была опровергнута, то этот список можно "открыть" по велению принципов права и добавить в него новый элемент на основе доктрины развития права *contra legem*. В этом случае правоприменитель действует вопреки закону, поскольку из закрытого списка вытекает имплицитный правовой запрет на совершение юридических операций с элементами, не включенными в этот список.

Ключевые слова: законодательный пробел, законодательное упущение, преднамеренное молчание законодателя, *contra legem*, *extra legem*, законодательный закрытый список.

EXTRA LEGEM AND CONTRA LEGEM DEVELOPMENT OF LAW IN THE CASE OF LEGISLATIVE CLOSED LISTS

Annotation

The article examines poorly studied issues of legal theory, such as the silence of the legislator, closed legislative lists, and the "opening" of these lists with the help of *contra legem* logic or the replenishment of these lists with the help of *extra legem* logic.

To clarify the terms, the author identifies two manifestations of legislative silence (legislative gap), namely, the omission of the legislator and the deliberate silence of the legislator. Legislative gap is not only a consequence of the omission of the legislator, but also a result of the deliberate silence of the legislator.

The article puts forward the idea of the presumption of legislative omission, according to which, if the factual data on the deliberate failure to regulate relations by the legislator are missing, we must proceed from the refutable presumption that the failure to regulate these relations is a consequence of the omission (error) of the legislator. The presumption of legislative omission can be refuted by factual data, thus reiterating the fact of the deliberate silence of the legislator. Under the conditions of the presumption of legislative omission, this gap shall be filled based on the doctrine of extra legem development of law.

The situation is different in the case of legislative closed lists. Bearing in mind the specifics of the technique of legislative closed lists and the application of the imperative method of legal regulation with the help of this list (implicit prohibition on the performance of legal actions with elements not included in the list), the author notes that in the case of closed lists, the presumption of the deliberate silence of the legislator is in effect rather than the presumption of legislative omission. However, in the case of closed lists, a legislative omission, although rare, is possible. The presumption of the deliberate silence of the legislator can be refuted if the factual data confirm the presence of an omission by the legislator.

Where the presumption of deliberate silence of the legislator has not been refuted in the case of closed lists, it is possible to “open” this list by virtue of the principles of law, and a new element can be added to it based on the doctrine of contra legem development of law. In this case, the law enforcer acts contrary to the law, since the closed list indicates an implicit legal prohibition on performing legal actions with elements not included in the given list.

Keywords: legislative gap, legislative omission, deliberate silence of the legislator, contra legem, extra legem, legislative closed list.

Հոդվածը հանձնված է խմբագրություն 18.03.2025 թ., տրվել է գրախոսության 21.03.2025 թ., ընդունվել է պաշտոնական 24.03.2025 թ.: