

Молчание и молчаливое согласие в публичном праве Армении: правовая фикция, презумпция или субституция?

А. С. Гамбарян

Российско-Армянский университет,
Республика Армения, 0051, Ереван, ул. Овсепя Эмина, 123

Для цитирования: Гамбарян, Артур С. 2021. «Молчание и молчаливое согласие в публичном праве Армении: правовая фикция, презумпция или субституция?» *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 3: 728–751. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2021.315>

В статье рассматриваются проблемные аспекты молчания в праве, в частности дается определение молчания, излагается его значение на различных этапах исторического развития, описываются виды молчания, обсуждаются правовые последствия молчания, а также анализируется место молчания в сфере правовых условностей (правовые презумпции, фикции, субституции). Автор предлагает определение молчания: это правомерное или неправомерное бездействие субъекта правоотношений, из которого вытекает условное содержание воли субъекта по правовому вопросу и/или с чем позитивное право (сделка) непосредственно связывает возникновение правовых последствий. Поскольку молчание может интерпретироваться как знак согласия или несогласия, оно порождает неопределенность. Правовая определенность в современной жизни является конституционной ценностью, поэтому позитивное право должно исключить или смягчить данную неопределенность, либо содержание воли, вытекающей из молчания, должно предопределяться позитивным правом или сделкой. Вывод, вытекающий из молчания, входит в сферу правовых условностей, и для выяснения того, является молчание правовой презумпцией, юридической фикцией или субституцией, в статье проводится сравнение этих категорий. Автор приходит к выводу, что законодатель может сформулировать одно и то же положение относительно молчания как с помощью правовой фикции (фиктивное согласие), так и с помощью правовой презумпции (предполагаемое согласие). Обосновывается невозможность рассмотрения молчаливого согласия в качестве правовой субституции, так как в объективной действительности не существует условного молчания, что является существенным основанием для исключения основания правовой субституции.

Ключевые слова: молчание, правовая неопределенность, правовая фикция, правовая субституция, правовая презумпция, молчаливое согласие, прямое согласие, фиктивный административный акт, фиктивное официальное разъяснение.

1. Введение

Если мы вправе называть человека *Homo sapiens*, то прежде всего потому, что он есть *Homo loquens* — «человек говорящий», так как «самое человеческое, что есть в человеке» — это речь (Ажеж 2003, 12, 279). Тем не менее человек не теряет своей человечности при молчании, т. е. когда он прекращает говорить, так как мол-

чание является формой невербальной коммуникации между людьми, а в определенных ситуациях молчание одного есть возможность разговора для другого.

Молчание как невербальный элемент коммуникации всегда интересовало богословов, философов, лингвистов, а также юристов, хотя и не часто. Например, в молитвеннике Григора Нарекаци «Книга скорбных песнопений» говорится о молчании. Нарекаци использовал молчание в различных смыслах. В одном случае молчание является формой разговора между Богом и человеком, в другом — рассматривается в качестве наказания, умалчивающего злое слово:

Верую, о Всемогущий, Слову Твоему и посему говорю:
Внемли, Господи Иисусе, молчанию сердца моего,
Что вызывает к Тебе громогласно в вопле протяжном.

(Нарекаци 2012, 53:3)

Из приведенной цитаты вытекает, что молчание представляет собой средство коммуникации, общения Бога и человека. При этом Нарекаци рассматривает его не в качестве простого сообщения, а как громогласную и вопящую форму общения. Нарекаци считал молчание сердца не просто воплем, причиной которого может быть также и жалоба, а Божественным словом, которое является настойчивым стремлением к установлению общения с Богом:

Коли покажет он мне клыки разящие —
Пусть же [тогда] заставит его смолкнуть
Всевышнего уст немота.
Коли душу изъязвит мне уколами мелкими —
Пусть пронзят его гвозди, проткнувшие Создателя всех.

(Нарекаци 2012, 64:4)

Божественное молчание заставляет зло замолкнуть. Слова зла, а именно клевету, оскорбление, которые причиняют боль человеку, разрушают его душевный покой, в правовой жизни можно и нужно заглушить правом на судебную защиту, а в духовной жизни — мольбой о Божественном молчании. Если Бог прекращает говорить с озлобленным, то этим начинается процесс божественного приостановления, пресечения злости озлобленного. Божественное молчание должно превратить озлобленного в «борца с самим собой», в «наставляющего себя и всевидящего прокурора».

Молчание как невербальный компонент коммуникации давно привлекает внимание исследователей. Однако до сих пор не существует единой точки зрения, единого подхода к определению сущности и роли молчания в межличностной коммуникации. Некоторые исследователи категорически отрицают наличие в молчании какого-либо коммуникативного смысла. Они определяют молчание как полное отсутствие коммуникации, паузу в процессе общения. Другие ученые признают существование коммуникативно значимого молчания. Но при этом подходы к определению его функционального значения существенно различаются (Туфанова, Махлакова, Чупановская 2019, 98–99).

Молчание, имеющее юридическое значение, является одним из малоизученных вопросов правоведения. Понятие «молчание» не часто используется в право-

вых текстах, однако оно вытекает из следующих формулировок: «непредъявление возражений», «несообщение о фактах», «ненапоминание о фактах», «непредставление согласия», «непредставление жалобы» и т. д.

В условиях молчания, имеющего правовое значение, сложно определить содержание воли. Даже в идентичных ситуациях молчание может быть истолковано различно. Например, молчание лица, получившего оферту, в скандинавском и английском праве толкуется различным образом. Во всех скандинавских правовых системах суды склонны рассматривать молчание как принятие акцепта, если лицо, сделавшее оферту, могло ожидать, что его контрагент, получивший оферту, при желании от нее отказаться сделал бы прямо выраженное заявление об этом. В английском праве нет такой нормы (Вольф 1948, 469–470).

Молчание субъекта правоотношения зачастую создает неопределенность, в случае которой необходимо сделать условные выводы о том, хочет ли лицо молчанием сказать что-либо (выразить волю) или нет, и если да, то что он пытается «сказать» молчанием, какую волю пытается выразить.

2. Основное исследование

2.1. Молчание в праве

2.1.1. Общие положения

Молчание — это явление, при котором человек не пользуется звуковой речью, когда он хранит в себе какую-то тайну, тем самым становясь тайной, т. е. чем-то, что не может быть познано и разгадано другими. Такой аспект рассмотрения человека присутствует в исследованиях современной антропологической философии, когда человек не подлежит толкованию другими (Катюхина 2009а, 145).

В истории политических и правовых учений имелись различные, порой противоречивые толкования понятия «молчание». Т. В. Катюхина упоминает крылатое выражение древнегреческого философа Парменида, в соответствии с которым то, что не может быть выражено словом, не существует (Катюхина 2009b, 86). Сказанное означает, что невозможно сделать вывод из молчания, так как оно, по сути, ничего не выражает. С другой стороны, Ш. Монтескьё, рассматривая правомерность состава оскорбления, отмечает: «Иногда молчание выразительнее всяких речей» (Монтескьё 1955, 325–326). В отличие от Парменида, по мнению Монтескьё, молчанием возможно выразить волю, что-то «сказать».

Относительно молчания также противоречив и подход Цицерона. В первой речи против Катилины он произнес знаменитую фразу: *Cum tacent, clamant!* (дословно: «Когда молчат, кричат!») (Сухов 1990, 53). Цитируемое Г. Гроцием выражение Цицерона из речи «В защиту Цэцины» свидетельствует о противоречивости воззрений мыслителя: «Так что же? Достаточно ли это было выражено словами? Ничуть. Что же, стало быть, возымело силу? Воля. И если бы было возможно ее знать, несмотря на наше молчание, то не было бы никакой надобности пользоваться словами: а так как это невозможно, то слова были изобретены не для того, чтобы скрывать, а для того, чтобы выражать волю» (Гроций 1956, 410–411).

В случае соучастников Каталины (сенаторов) Цицерон толкует молчание как признание факта совершения противоправных действий и заявляет, что их молчание подобно крику, а в другом судебном процессе отмечает, что молчание не может заменить слова, из молчания невозможно узнать волю человека.

Различные трактовки понятия «молчание» встречаются и в римском праве в целом. В одном случае молчание не рассматривалось ни как опровержение, ни как утверждение, а в другом квалифицировалось как знак согласия, но только при условии, что лицо было обязано и имело возможность говорить. Так, специалисты по римскому праву отмечают, что в то время действовало общее правило, крайне осторожно сформулированное римскими юристами: *Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare* («Кто молчит, естественно, не принимает, но также истинно и то, что он не опровергает»). Ю. Барон квалифицировал данное общее правило римского права как неправильное и добавил: «Из отдельных решений следует, что молчание только в том случае толкуется как согласие, если обычаи и правила приличия требуют определенного выражения воли и, следовательно, отсутствие противоречия не допускает иного разумного толкования, как его рассмотрения в смысле согласия» (Барон 1909, 142).

Романисты, опираясь на казуистику *Corporis Iuris* (Свода Юстиниана), вывели следующее обобщение: *Qui tacuit quum loqui potuit et debuit consentire videtur* («Тот, кто промолчал, когда мог и был обязан говорить, рассматривается как согласившийся»). В сказанном есть два ограничения: молчание есть знак согласия 1) того, кто обязан говорить, и 2) того, кто имел возможность говорить (Ефимов 1901, 134).

В дальнейшем каноническое право повторило римское общее правило: *Is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur* («Тот, кто молчит, не признается, но, конечно, и не отрицает»), но вместе с тем выставило также противоречащее начало: *Qui tacet consentire videtur* («Кто молчит, тот рассматривается как согласившийся») (Барон 1909, 141–143).

В дореволюционном российском правоведении был принят действующий в римском праве подход, согласно которому тот, кто промолчал, когда мог и должен был говорить, рассматривался как согласившийся (*Qui tacuit quum loqui potuit et debuit consentire videtur*). Например, Н. А. Гредескул отмечал: «Молчание человека или общества вовсе не тождественно с молчанием камня. Когда человек молчит в присутствии чего-нибудь такого, над чем властен и имеет возможность воздействовать, то мы его молчанию придаем только один смысл, выражаемый известным изречением: “Молчание есть знак согласия”» (Гредескул 1900, 66).

В советское время был принят подход, согласно которому «молчание — отрицательное волеизъявление, которым отрицается не наличие воли, а положительного волеизъявления» (Красавчиков 1958, 100). В тот период ученые заключали из молчания презумпцию волеизъявления, однако при условии, что данная форма волеизъявления допущена (Ойгензихт 1976, 57).

В современной правовой жизни молчание имеет множественное значение, оно скорее загадочно, потому что по молчанию невозможно непосредственно выяснить содержание воли человека, а значит, оно является хрупким основанием для построения правовых отношений.

2.1.2. Понятие молчания

«Молчание — это правомерное или неправомерное бездействие субъектов правоотношений, из которого вытекает условное (фиктивное или предполагаемое) содержание воли субъекта по правовому вопросу и/или с чем позитивное право (сделка) непосредственно связывает возникновение правовых последствий» (Гамбарян 2019, 19). Предлагаемое определение молчания нуждается в некоторых пояснениях.

Во-первых, по смыслу данного определения молчание — это бездействие, существенным образом расширяющее его диапазон. Конечно, молчание можно истолковать в узком смысле, и под ним будут пониматься только те случаи, когда субъект правоотношения не говорит (не издает ни звука). Полагаем, что узкая интерпретация молчания не будет соответствовать современным представлениям о формах коммуникации между людьми. В правовой жизни люди общаются друг с другом и передают свою волю не только устно, но и в письменной форме, и конклюдентными действиями. Во всех тех случаях, при которых для понимания содержания воли субъекта правоотношения ожидается, что он будет совершать какие-либо действия, говорить или писать, но он не действует, не говорит и не пишет, данные формы бездействия допустимо рассматривать как молчание.

Во-вторых, невозможно дать молчанию и вытекающему из него условному содержанию воли человека такое универсальное юридическое значение, которое будет применимо ко всем случаям и ситуациям. В связи с этим вполне приемлема позиция МакГиббона, согласно которому молчание само по себе не означает молчаливого согласия. Будет ли молчание интерпретироваться как согласие, зависит от условий молчания (MacGibbon 1954, 143).

2.1.3. Виды молчания

Молчание в праве классифицируется по разным основаниям. По правомерности различают правомерное и неправомерное молчание. Правомерное молчание имеет место, когда молчание является допустимым поведением в соответствии с позитивным правом или сделкой. Примером правомерного молчания может служить ситуация, при которой для прокурора законом устанавливается возможность удовлетворения по умолчанию ходатайства следователя о продлении процессуального срока. Неправомерное молчание наблюдается в том случае, когда законом установлена обязанность действовать (говорить), но лицо данную обязанность не выполняет. Примером неправомерного молчания выступает случай, когда следователь обязан сообщить о том или ином фактическом сведении участнику производства, но, исходя из тактических соображений, умалчивает об этом (пассивный обман). Субъект, проявляющий неправомерное молчание, лишается возможности использовать преимущество, полученное в результате молчания, или возможности предъявить требования или возражения противоположной стороне.

В зависимости от субъектов различают молчание частных лиц и публичных служащих (органа публичной власти). Примером молчания частного лица выступает отказ от дачи показания, а примером молчания публичного служащего — ситуация, когда административный орган не отвечает на заявление о предоставлении

лицензии в течение срока, установленного законом, и в этом случае лицензия считается предоставленной.

Практическое значение данной классификации заключается в том, что молчание публичного служащего может иметь правомерные последствия только в том случае, если закон предусматривает возможность такого поведения (молчания). Дело в том, что в соответствии со ст. 6 Конституции Республики Армения¹ (далее — Конституция РА), «должностное лицо правомочно выполнять только те действия² на которые уполномочено Конституцией или законами. Уполномочивающие нормы должны соответствовать принципу правовой определенности». В Армении на основе этих конституционных положений сформирована конституционная культура, согласно которой не только полномочия должностного лица должны быть предусмотрены законом, но и уполномочивающая норма должна быть определенной. Следовательно, если закон прямо не предусматривает возможность проявления молчания со стороны органа публичной власти, то его допустимо квалифицировать как неправомерное молчание (бездействие) и оно влечет за собой негативные правовые последствия. Например, из положений ст. 102 и 199 Уголовно-процессуального кодекса Республики Армения от 01.07.1998 № ЗА-248 вытекает, что следователь должен принять мотивированное процессуальное решение в случае отклонения или удовлетворения ходатайства частных участников производства. Законодатель не предусматривает процедуру удовлетворения ходатайства частных участников производства по умолчанию. Так, если следователь в течение пяти дней не примет решение об удовлетворении или отклонении ходатайства, то его молчание не будет правомерным и не сможет иметь правовых последствий для частного участника производства. В этом случае молчание следователя для частного участника производства не означает ни «да», ни «нет», но оно (неправомерное молчание) является основанием для привлечения следователя к юридической ответственности.

Правовые последствия молчания частных лиц, как правило, регулируются позитивным правом или сделкой, но если молчание не запрещено или его последствия не урегулированы, то молчание может порождать правомерные последствия,

¹ Конституция Республики Армения с изменениями, принятыми на референдуме от 06.12.2015. Здесь и далее все ссылки на нормативно-правовые акты и судебную практику Республики Армения приводятся по СПС «Арлис». Дата обращения 25 ноября, 2019. <https://arlis.am>.

² Статья 6 Конституции РА регулирует вопрос допустимости совершения должностным лицом действий, на которые оно уполномочено законом. Можно ли из этого предположить, что учредительная власть допускает, чтобы должностное лицо проявило правомерное бездействие, даже если законом такое полномочие не предусмотрено? Считаем, что, независимо от буквальной формулировки конституционной нормы, должностное лицо может проявить правомерное бездействие (молчать), только если уполномочено на то законом, в противном случае его молчание будет считаться противоправным. Целью конституционной нормы является ограничение режимом законности любых форм поведения органов публичной власти — как действия, так и бездействия. Например, если законом для государственного органа предусмотрена обязанность ответить на заявление гражданина (отказать в его удовлетворении или удовлетворить его), однако не предусмотрен третий вариант поведения государственного органа — возможность не отвечать (промолчать) в установленный срок на заявление гражданина и его правомерные правовые последствия, то в этом случае его молчание (бездействие) будет рассмотрено как неправомерное молчание. С другой стороны, если в законе не предусмотрена норма, уполномочивающая должностное лицо проявлять позитивное поведение, то его действие будет считаться неправомерным, а бездействие (молчание) — правомерным.

если, исходя из обстоятельств конкретной ситуации, молчание лица нужно интерпретировать как согласие или несогласие.

2.1.4. Правовые последствия молчания

Молчание влечет правовые последствия двумя способами (см. схему).



Схема. Правовые последствия молчания (составлено автором)

Во-первых, молчание как юридический факт влечет непосредственные правовые последствия, поскольку при обстоятельствах конкретной ситуации из молчания человека ясно вытекает его воля о хранении молчания. Например, лицо по закону обязано говорить (действовать), однако хранит молчание, на основании которого формируется эстоппель (*estoppel by silence*), и лишается возможности использовать преимущество, полученное в результате молчания, или возможности предъявления требований, либо возражений противоположной стороне. Когда молчание *per se* влечет за собой правовые последствия, то, по сути, речь идет о молчании-факте. Так, факт отказа от дачи показаний достаточен для начала обсуждения вопроса о возбуждении уголовного дела. Не отвечая на вопросы следователя, лицо четко выражает свою волю не давать показаний (молчать), напрямую влияя на уголовно-правовые и процессуальные отношения. Или обвиняемый использует основное право на сохранение молчания (отказ от дачи показаний против самого себя). В данных примерах нет необходимости заключения условных выводов относительно воли, поскольку молчание само по себе выступает выражением воли о молчании (о хранении молчания).

Во-вторых, законодатель (стороны сделки), исходя из молчания лица, делает (делают) определенный вывод условного характера (выводы предполагаемого или фиктивного характера), а затем связывает (связывают) с ним возникновение правовых последствий. В зависимости от юридической формулировки (выбора юридической техники) правовой нормы (положений сделки), законодатель (стороны

сделки), исходя из молчания, в одном случае может (могут) сделать предполагаемый вывод, а в другом — приравнять молчание к фиктивному волеизъявлению.

В случае предполагаемого вывода законодатель (стороны сделки) рассматривает (рассматривают) молчание человека как предполагаемое согласие, исходя из той логики, что если бы лицо не было согласно, то со всей вероятностью представило бы возражение (правовая презумпция). Например, лицо подает заявление в компетентный орган о предоставлении официального разъяснения нормативно-правового акта, но не получает ответа в установленные законом сроки. Часть 8 ст. 42 Закона Республики Армения от 21.03.2018 № ЗА-180-Н «О нормативных правовых актах» гласит, что в случае молчания со стороны государственного органа (в случае неполучения разъяснения в установленные законом сроки) лицо руководствуется своей версией разъяснения. При формулировании этой нормы законодатель руководствовался предположением, что если бы государственный орган был против разъяснений, представленных заявителем, то он бы не только не промолчал (не отреагировал), но и представил бы свое официальное разъяснение. Если он молчит, предполагается, что он согласен с разъяснениями, представленными заявителем. В противном случае законодатель ставит лицо, требующее официального разъяснения, но не получившее ответа, в состояние неопределенности: с одной стороны, из-за неясности нормы лицо не может понять волю законодательного органа и действовать без высокого риска обвинения в правонарушении, а с другой — не может руководствоваться собственным восприятием нормы.

Если правотворческий орган сделал предполагаемый вывод из молчания лица, то впоследствии правоприменительный орган в рамках конкретного дела не уполномочен оценивать характер предполагаемого вывода, вытекающего из молчания. Так, в вышеизложенном примере суд не уполномочен обсуждать то, что министр юстиции пытался «сказать» молчанием — согласился ли он условно с версией разъяснения данного лица или он не смог дать официальное разъяснение правового акта просто по причине загруженности.

В случае вывода фиктивного характера законодатель приравнивает молчание лица к выражению воли (согласия), в то время как в действительности лицо не выразило (согласие либо несогласие) какой-либо воли (юридическая фикция). Например, в соответствии с п. 3 ст. 13 Закона Республики Армения от 22.12.2010 № ЗА-244-Н «О накопительных пенсиях» «молчание участника (непредставление заявления об отказе от собственности на паи обязательного пенсионного фонда) считается выражением воли на принятие участником собственности на паи пенсионного фонда (выражение своего желания об отказе от пользования своим правом на договоры о приобретении паев пенсионного фонда, которые государство заключило и заключит в его пользу)». В этой норме законодатель рассматривает молчание лица как выражение воли к принятию собственности, в то время как человек на самом деле не выражал такой воли³.

Таким образом, факт молчания в одном случае непосредственно порождает правовые последствия, а в другом — опосредованно влечет за собой правовые последствия через предполагаемое или фиктивное волеизъявление (согласие или несогласие).

³ О молчании и выводах фиктивного характера подробнее см.: (Гамбарян 2019).

2.2. Молчание и правовые условности

2.2.1. Молчание — знак согласия или несогласия

Молчание — многофункциональное явление. Филологи выделяют следующие функции актов молчания: *контактную* (проявляется при близости и взаимопонимании людей, выражает способность устанавливать контакт между коммуникантами); *оценочную* (дает оценку действиям, словам собеседника); *рогативную* (отвечает вопросом на предшествующее неожиданное сообщение, выражает удивление); *информативную* (описывает личное отношение адресата ко всему, о чем говорит адресант) (Крестинский 1989, 96–97). Выделяется также *стратегическая* функция молчания, которая выражает нежелание говорить, чем преследуется определенная цель: сокрытие своей некомпетентности, нежелание признаться в чем-либо, не выдать кого-либо и т. д. «Молчание может выражать ненависть, согласие, упрямство, нежелание сказать правду, стыдливость, скромность, застенчивость, растерянность и т. д.» (Инубуси 2002).

С юридической точки зрения особенно важна информативная функция молчания, поскольку молчание (бездействие) субъекта правоотношений часто создает неопределенность, в случае которой необходимо сделать условные выводы о том, что лицо пытается «сказать» молчанием, какую волю изъявить. Например, на вопрос «Признаете ли вы себя виновным?» подсудимый не отвечает (молчит). Означает ли это, что он признает вину или отрицает ее? Если относительно молчания обвиняемого не предусмотрено правового регулирования, то необходимо констатировать, что молчание обвиняемого не изъявляет волю (это ни «да», ни «нет»), или же на основании позитивного права следует сделать условный вывод о признании (непризнании) вины. Г. Ф. Шершеневич справедливо замечает: «Затруднение здесь состоит в том, что [молчание] может быть принято непосредственным выражением согласия... или же как выражение несогласия (например, молчание в ответ на предложение продать вещь по какой-либо цене)» (Шершеневич 2005, 203).

С точки зрения лингвистов, молчание рассматривается как форма коммуникации, однако зачастую оно не является непосредственным способом выражения воли, так как содержание воли молчаливой стороны не ясно для другой стороны коммуникации. Хотя филологи считают, что «молчание имеет более высокий коммуникативный потенциал, чем речь» (Копылова 2015а), однако высокий коммуникативный потенциал молчания связывают с тем, что оно многозначно. Более приемлем следующий подход: «Феномен молчания в общении является неоднозначной проблемой ввиду его многозначности (по сравнению со словами) и, следовательно, сложности его интерпретации адресатом» (Бабаян 2009).

Широкий спектр и неопределенность причин молчания, как правило, не позволяют доказать им какой-либо факт, кроме самого факта молчания.

В акте молчания, в силу его материальной невыраженности, акцент переносится с текста на адресата и его способность воспринимать молчание как текст и интерпретировать его, выводя его смысл из общей коммуникативной ситуации (Копылова 2015b). Таким образом, чаще всего из молчания нельзя сделать четкий вывод о содержании волеизъявления, поскольку молчание обусловлено различными причинами и может толковаться по-разному. Как в случае с глухими и немыми

их слова интерпретирует сурдопереводчик, так и в случае юридически значимого молчания обязанность интерпретации содержания человеческой воли в большинстве случаев должны нести государство или стороны сделки. Они должны заранее изложить, как воспринимать молчание человека в конкретной ситуации, например рассматривать его как согласие или несогласие.

2.2.2. Неопределенность молчания и определенность позитивного права

Молчание в философии интерпретируется как несовершенная форма проявления человеческого бытия и в целом рассматривается с негативной точки зрения. «Молчание ни о чем не говорит и потому не может нести в себе никакой значимой ценности. Все то, что не поддается толкованию и разъяснению, есть просто несовершенное проявление человеческого бытия» (Катюхина 2009b, 86).

Молчание как загадочный феномен интересно для философских размышлений, но чуждо позитивному правовому мышлению, поскольку, как правило, создает атмосферу неопределенности. Дело в том, что позитивному праву присуща формальная определенность. Правовое регулирование должно быть настолько определенным и ясным, чтобы субъект правоотношения мог: 1) воспринять содержание правовой нормы; 2) предвидеть возможное поведение других субъектов; 3) организовать свое поведение в соответствии с позитивным правом. Если позитивно-правовое регулирование настолько абстрактно, что лишает человека возможности организовать свое поведение в соответствии с законом, это означает, что государство не смогло должным образом передать свою волю обществу, поэтому акт (закон), выражающий его волю, не является правовым (с точки зрения юридического правопонимания).

Для позитивно-правового мышления важна не только формальная определенность содержания закона, но и определенность конкретных правоотношений, предсказуемость поведения сторон, способность одного субъекта понимать значимость действий другой стороны и организовывать свое поведение в соответствии с этим, в то время как в случае молчания содержание воли сторон отношений является скорее неопределенным, чем определенным. Молчание в большей степени порождает вопросы, чем дает ответы на них.

Рассмотрим пример из практики Европейского суда по правам человека (дело «Фернандес Мартинес против Испании»⁴). В 1961 г. заявитель стал пастором, а в 1984 г. обратился к Папе Римскому с заявлением об освобождении от целибата, которое в течение долгого времени оставалось без ответа. В 1985 г. заявитель завел семью, в которой у него родились пятеро детей. В ноябре 1996 г. заявитель в интервью журналистам высказал критические взгляды и потребовал проведения реформы церкви в отношении целибата, признания аборт и организации демократических выборов пасторов и епископов. В августе 1997 г. Папа Римский освободил заявителя от целибата и священного сана. Просьба священника освободить его от обета безбрачия оставалась без ответа почти 13 лет. Если предположить, что

⁴ “Case of Fernández Martínez v. Spain, 12.06.2014”. HUDOC. Дата обращения 25 ноября, 2019. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145068>.

правовое регулирование последствий данного молчания отсутствует, то сложно однозначно сказать, как именно священник должен был воспринять длительное молчание Папы Римского по поводу заявления: как согласие или несогласие. В данном случае молчание Папы было воспринято пастором как молчаливое согласие по поводу освобождения от обета безбрачия, а через год он создал семью, в которой у него родились пятеро детей.

Таким образом, если молчание имеет общественное значение или относится к законным интересам других лиц, то позитивное право в первую очередь должно исключить или смягчить неопределенность, вытекающую из молчания. Например, конституционное право Республики Армения определяет, как должностное и частное лицо должны действовать в ситуации молчания законодателя. В случае законодательного пробела частное лицо может совершить непредусмотренное, но и не запрещенное законом действие, а должностное лицо не вправе совершать действия, на которые оно не уполномочено законом, за исключением случаев, когда закон разрешает ему действовать на основании аналогии закона или права.

Содержание воли, вытекающей из молчания, может быть определено не только позитивным правом и согласием сторон сделки, но и исходя из особенностей конкретной ситуации. Например, французский юрист П. Сандевуар замечает, что в ряде случаев судебная практика в порядке исключения может придать обычному молчанию юридическое значение (Сандевуар 1994). В немецком праве отмечается, что молчание по общему правилу не имеет цену какого-либо заявления — оно ни «да», ни «нет». В качестве исключения молчание имеет значение заявления, основанного на следующих фактах: 1) прямом согласии сторон; 2) положении закона; 3) специфике конкретного дела (Musielak 2017, 143).

Получится ли на основании обстоятельств конкретной ситуации определить, что хочет «сказать» человек во время молчания, можно ли понять его волю? Например, в римском праве было сказано: «Молчание дочери при обручении ее отцом воспринимается как согласие. Таково же последствие молчания отца во время обручения дочери» (Барон 1909, 142).

Конечно, могут встречаться ситуации, когда молчание человека (исходя из обстоятельств конкретной ситуации) необходимо предположительно интерпретировать как согласие или несогласие. Г. Гроций представлял такую ситуацию, из обстоятельств которой было ясно, что молчание выражает некую условную волю. Он полагал, что в некоторых случаях договоренность приобретает по умолчанию, и отмечал: «Примером может служить тот, кто, прибыв от неприятеля или от чужеземцев, вручает себя покровительству другого народа или государства. Ибо здесь не приходится сомневаться в том, что такое лицо молчаливо принимает на себя обязательство не совершать ничего против того государства, в котором он ищет убежища» (Гроций 1956, 819). В этом примере из факта прошения убежища и защиты вытекает, что лицо по умолчанию принимает законы покровительствующей страны и согласно подчиниться ей.

Тем не менее в современной жизни, где правовая определенность является конституционной ценностью и ежедневно расширяет сферу своего действия, содержание воли, вытекающей из молчания, необходимо заранее предопределять позитивным правом или сделкой. Исходя из особенностей конкретного случая, волю, вытекающую из молчания, необходимо определять, когда: 1) право или сделка мол-

чат о молчании и 2) в конкретной ситуации молчание предположительно должно быть истолковано как предполагаемое согласие или несогласие.

Таким образом, чтобы устранить правовую неопределенность в условиях молчания, государственные органы или стороны сделки предопределяют, как понимать содержание воли, вытекающей из молчания, — как молчаливое согласие или несогласие. При отсутствии иного регулирования или если конкретная ситуация не свидетельствует о чем-то другом, должно действовать общее правило: молчание не выражает никакой воли и не имеет юридического значения.

2.2.3. Молчаливое согласие и позитивное согласие

Молчаливое согласие следует отличать от позитивно-выраженного согласия (далее — позитивное согласие). Позитивное согласие является юридическим фактом, а молчаливое согласие представляет собой условный вывод, вытекающий из молчания, которому позитивным правом или сделкой была предоставлена функция юридического факта. Если норма устанавливает необходимость позитивного согласия лица, то в случае его отсутствия применение нормы исключается. Лицо может выразить позитивное согласие в письменной или устной форме, в крайнем случае — конклюдентными действиями, в которых непосредственно выражено содержание его воли. Хотя отсутствие позитивного согласия и есть молчание (юридический факт), однако это не молчаливое согласие. Отсутствие акта согласия считается несогласием. Например, согласно п. 4 ст. 25 Конституции РА, «никто не может быть подвергнут научным, медицинским или другим экспериментам без его свободного и явно выраженного согласия». Иными словами, человек может быть подвергнут медицинским экспериментам при наличии позитивного согласия. Если такое согласие отсутствует, то это будет считаться несогласием на медицинское вмешательство.

Если для применения нормы достаточно всего лишь непредъявление возражения, то отсутствие возражения (молчание) может считаться молчаливым (условным) согласием. Например, согласно п. 4 ст. 25 Гражданско-процессуального кодекса Республики Армения от 09.02.2018 № 3А-110-Н (далее — ГПК РА), «дело, которое было принято в производство с нарушением правил подсудности, передается в иной суд, если ответчик до принятия решения о распределении бремени доказывания возражает против рассмотрения дела в данном суде». В этом примере для рассмотрения дела с нарушением правил подсудности в суде достаточно лишь непредъявления ответчиком возражения (молчания), так как при формулировании правовой нормы законодатель руководствовался тем предположением, что ответчик, не предъявляя возражений, скорее всего согласен с рассмотрением дела данным судом.

Из приведенных примеров также ясно различие между формулировками молчаливого и позитивного согласия. Если для применения нормы достаточно молчаливого (условного) согласия лица, то законодатель использует формулировку «непредъявление возражения (несогласия)», а если требуется позитивное согласие лица, то используются формулировки «согласием», «подачей ходатайства».

Известный русский цивилист Д. И. Мейер толковал молчаливое и позитивное согласие, опираясь на иную логику: «В тех случаях, когда требуется, чтобы лицо

формально изъявило свое несогласие на действие, то молчание есть знак несогласия; в случаях же, в которых требуется, чтобы лицо формально изъявило свое согласие на действие, молчание есть знак согласия» (Мейер 2003). Автор приводит следующий пример: «Наше законодательство требует согласия родителей на брак детей. На практике понимается это определение так, что нет надобности в формальном согласии родителей, поэтому если родители знают о предстоящем браке своих детей и не изъявляют несогласия, то принимается, что они согласны на брак; или даже у нас не обращают внимания на то, знают или не знают родители о предстоящем браке детей, а довольствуются уже одним отсутствием несогласия родителей» (Мейер 2003). Полагаем, такой комментарий создает юридическую путаницу.

Если законодатель сформулировал выражение воли лица в *форме предъявления согласия*, это означает, что человек должен выразить свою волю позитивно (письменно, устно или конклюдентными действиями), т. е. из этого выражения должно быть ясно содержание воли. Законодательное регулирование, требующее позитивного согласия лица, исключает любой условный вывод о воле субъекта, оно требует четкого выражения воли. Отсутствие позитивного согласия — это несогласие.

Если же законодатель сформулировал волеизъявление лица в *форме непредъявления возражения* (несогласия), то отсутствие возражения может быть выражено двумя способами:

- как позитивное волеизъявление, из которого ясно содержание воли (например, в письме, адресованном компетентному органу, обвиняемый заявляет, что он не возражает против прекращения уголовного преследования);
- как молчание, из которого непосредственно не видно содержания воли (например, лицо, осведомленное о ситуации, не возражает в письменной или иной форме, и в этом случае молчание рассматривается как молчаливое (условное) согласие).

Непредъявление возражения (несогласия) может считаться молчаливым согласием, если человек *надлежащим образом был осведомлен о ситуации* и не предъявил возражения. Непредъявление возражения лицом, не осведомленным о сложившейся ситуации, не может считаться молчаливым согласием. Предположим, закон устанавливает, что уголовное преследование может быть прекращено, если обвиняемый не возражает против этого. В этом случае, если обвиняемый не осведомлен об уголовном преследовании или намерении следователя прекратить его, непредъявление возражения не может рассматриваться как молчаливое согласие на прекращение уголовного преследования. Рассмотрение молчания неосведомленного лица в качестве молчаливого (условного) согласия является противоправным.

Если для применения нормы требуется позитивное согласие лица, вопрос о даче согласия, естественно, может обсуждаться в том случае, когда оно заранее осведомлено о ситуации. Другой вариант логически невозможен. Например, в соответствии с п. 1 ст. 88 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Армения от 24.12.2004 № ЗА-60-Н, «по решению начальника исправительного учреждения осужденный может быть привлечен к благоустройству исправительного учреждения или прилегающих территорий без оплаты». Здесь сначала необходимо осведомить осужденного о фактической возможности бесплатной работы, а затем

обсудить вопрос о согласии осужденного. Другими словами, вопрос о позитивном согласии может быть рассмотрен только в том случае, если человек заранее осведомлен о ситуации.

В то же время непредоставление позитивного согласия лица по причине неосведомленности не должно формировать эстоппель и толковаться во вред этому лицу, что в будущем лишит его законных ожиданий. Получив информацию о ситуации, лицо должно иметь возможность предоставить акт согласия, направленный на улучшение его положения.

2.2.4. Молчаливое согласие: правовая презумпция, правовая фикция или субституция?

Вытекающий из молчания вывод (молчаливое согласие) входит в сферу правовых условностей, и в этом случае необходимо выяснить, является ли он правовой презумпцией, фикцией или субституцией. Из используемой нами формулировки «выводы предполагаемого или фиктивного характера, вытекающие из молчания» в целом становится ясна наша позиция, однако она требует всестороннего обсуждения.

2.2.4.1. Юридическая фикция и презумпция

В последнее время интерес к правовым презумпциям и фикциям возрос не только у специалистов теории права (особенно у тех, кто занимается вопросами юридической техники), но и у представителей отраслевых наук, однако авторы редко специально обсуждают вопросы молчаливого согласия. Например, О. В. Танимов в монографии, посвященной правовым фикциям, в качестве примеров гражданско-правовой фикции приводит следующие виды молчаливого согласия: молчание признается выражением воли совершить сделку в случаях, предусмотренных законодательством или соглашением сторон (ст. 151 Гражданского кодекса Республики Казахстан⁵ (далее — ГК РК)), или не является акцептом, если иное не вытекает из закона, обычая делового оборота или из прежних деловых отношений сторон (ст. 396 ГК РК) (Танимов 2016, 177). Первый пример (ст. 151), несомненно, представляет собой правовую фикцию, так как законодатель приравнял молчание к волеизъявлению, т. е. к такому феномену, который эксплицитно не существует.

В современном российском праве молчаливое согласие более всего обсуждается в сфере правовых презумпций. Многие исследователи, дискутируя по поводу тех или иных норм, касающихся молчаливого согласия, считают их правовыми презумпциями (Ойгензихт 1976, 177, 182; Виниченко 2013, 207–209; Калиновский 2012).

Ответ на вопрос о рассмотрении молчаливого согласия в качестве правовой презумпции или правовой фикции находится в сфере разграничения правовых презумпций и фикций. В постсоветской юриспруденции до сих пор не выработана общепринятая концепция разграничения правовых презумпций и фикций. Более того, границы разграничения этих категорий исчезают, когда правовая фикция

⁵ Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27.12.1994 № 269-ХІІІ. СПС «Учет». Дата обращения 25 ноября, 2019. <https://zakon.uchet.kz/rus>

рассматривается как вид правовой презумпции. Например, некоторые авторы рассматривают правовую презумпцию как вид фикции или, наоборот, фикцию как вид презумпции. Правовую фикцию и презумпцию они представляют в качестве суждений одного класса, хотя и называемых по-разному (Кучинский 2010).

В русской литературе наиболее распространен подход, согласно которому границу между правовыми презумпциями и фикциями можно провести и по социальным, и по юридическим признакам.

Так, с точки зрения социального критерия правовая фикция отличается от правовой презумпции по степени вероятности. В реальности презумпция представляет собой вероятно истинное предположение, а фикция — очевидно неистинное.

Фикция — всегда неоспоримое суждение. Если презумпция содержит в себе юридическое предположение, т. е. обязанность предположения, что определенные факты имели место, пока не будет доказано иное, то фикция подразумевает юридическое утверждение, т. е. из обязанности признания фактов установленными исключения не допускаются (Давыдова 2015, 169). М. Л. Давыдова в фундаментальном учебнике о юридической технике пишет: «Правовая презумпция может быть представлена как опровержимое предположение, а правовая фикция — как предположение неопровержимое» (Баранов 2018, 269–270).

Сложность идентификации того или иного положения с правовой фикцией или презумпцией обусловлена тем, что в русской и армянской литературе юридическая фикция рассматривается как вид правового предположения⁶, тогда как в немецком праве правовым предположением является только презумпция, но не фикция, так как в действительности она представляет собой несуществующее явление, поэтому нет необходимости делать предположения о ней (Оганнисян 2020, 101–103). Например, положение «Днем смерти гражданина, объявленного умершим, считается день вступления в законную силу решения суда об объявлении его умершим», закрепленное в Гражданском кодексе Республики Армения от 05.05.1998 № 3А-239 (далее — ГК РА) и Гражданском кодексе Российской Федерации от 21.10.1994 № 51-ФЗ⁷, в российском и армянском праве более всего рассматривается в качестве правовой фикции⁸, в то время как невозможно исключить, что смерть лица наступила в день вступления решения в законную силу, поэтому недопустимо рассматривать данное положение в качестве правовой фикции.

Недопустимо формулировку «Молчание — знак согласия» in abstracto квалифицировать в качестве правовой презумпции лишь на том основании, что право-

⁶ В советский период некоторые юристы специально различали правовые предположения и фикции (Воложанин 1953; Тарбагаева 1983).

⁷ СПС «Консультант Плюс». Дата обращения 25 ноября, 2019. <http://www.consultant.ru>.

⁸ Мы признали фикцией первое предложение ч. 3 ст. 47 ГК РА, так как вероятность того, что день смерти лица и день вступления в законную силу решения суда совпадут, незначительна, но одновременно признали, что этого нельзя и отрицать (Гамбарян, Мурадян, 2018, 383). Если есть даже незначительная вероятность того, что лицо умерло в день вступления в законную силу решения суда, это нельзя рассматривать в качестве правовой фикции. В то же время указанная норма ГК РА не является правовой презумпцией, поскольку существенным признаком правовой презумпции выступает ее высокая вероятность, тогда как маловероятно, что на самом деле день смерти лица является днем вступления в законную силу решения суда о признании этого лица умершим. В данном случае остается без ответа вопрос о том, какое место занимает п. 1 ч. 3 ст. 47 ГК РА в системе правовых условностей.

вые презумпции выражаются в позитивном праве такими словами, как «считается», «предполагается» или по причине, что в основе правовой презумпции лежит условность. Правовые фикции в позитивном праве также могут быть сформулированы с использованием слов «считается», «признается», «приравнивается», «рассматривается» (Краснов, Надвикова, Шкатулла 2014, 150). Правовая фикция, как и правовая презумпция, является условностью. Следовательно, неоправданно утверждение *in abstracto*, что молчаливое согласие выступает правовой презумпцией или фикцией лишь на основании условности суждения или используемой в законе формулировки «считается».

Обсуждая вопрос о квалификации молчаливого согласия в качестве правовой презумпции или фикции, сначала необходимо выяснить, как законодатель сформулировал правовую норму о молчании, а затем *in concrete* выяснить вопрос об идентификации молчаливого согласия с правовой презумпцией или фикцией.

2.2.4.2. Молчаливое согласие и правовая субституция

В юриспруденции замена одного другим называется субституцией (*лат. substituo* — поставить вместо, отдать взамен). При этом правовые презумпции и фикции в современной литературе также рассматриваются как юридические заменители (суррогаты) фактических обстоятельств (Белов 2018, 44).

Юристы понимают субституции в основном двояко: 1) в наследственном праве это понятие указывает дополнительного наследника (субститута) на случай, если основной наследник умрет до открытия наследства или не примет его; 2) в международном праве одна из форм ответственности государств и разновидность реституции есть замена неправомерно уничтоженного или поврежденного имущества, строения, транспортного средства, художественных ценностей, личного имущества и т. п. (Сухарев, Крутских 2003).

А. В. Смирнов ввел в оборот еще одно понимание слова «субституция»: «доказательственная субституция», которая до сих пор не идентифицировалась и не исследовалась в юридической литературе. При субституции вместо одного факта принимается (ставится) явно иной факт, однако замещающий факт не выдается за другой, как в случае с фикцией, а открыто (под своим именем) выполняет функцию этого другого факта в целях оптимизации правоприменения (Смирнов 2018).

Первый вид субституции — юридическая контаминация (*лат. contaminatio* — смешение). Семантически контаминация — это совмещение двух разных, но в чем-то близких друг к другу элементов в едином целом. Юридическая контаминация есть прием юридической доказательственной техники, когда один юридический факт без каких-либо конкретных доказательств замещается иным смежным фактом, более удобным для целей правоприменения, причем правоприменитель явным образом пренебрегает некоторыми существующими между ними различиями, т. е. происходит как бы «округление до целого» (Смирнов 2018, 218–219).

А. В. Смирнов пытается отличить субституцию от презумпции и фикции. Он отмечает, что отличие от фикций состоит в том, что при субституции, как и в случае презумпций, есть фактическая вероятность того, что заменяющий факт все-таки может соответствовать действительности, т. е. быть объективным, материальным. Но, в отличие от презумпции, субституция не может опровергаться явным

образом, так как в противном случае снимается вопрос об альтернативе, поскольку имеется всеобщее понимание и молчаливое согласие относительно условности замещения и ее подразумеваемого специально-юридического смысла (Смирнов 2018, 218).

В теории права еще не изучено соотношение доказательственной субституции и правовой презумпции и фикции, без чего трудно обсуждать вопрос рассмотрения молчаливого согласия в качестве субституции. Более того, хотя А. В. Смирнов пытается отличить субституцию от презумпции и фикции, но максимум «незнание закона не освобождает от ответственности», он, с одной стороны, квалифицирует как классический пример контаминации (вид субституции), а с другой — рассматривает в качестве презумпции.

Таким образом, в области правовых условностей (правовой презумпции и фикции) существует еще одно понятие — доказательственная субституция, которая еще больше усложняет работу по отождествлению того или иного условного вывода с любым из этих трех классов.

Если взять за основу суждения А. В. Смирнова о субституции, то, на первый взгляд, может показаться, что молчаливое согласие выступает правовой субституцией, поскольку в силу права факт молчания заменяется другим фактом — согласием. Однако это утверждение уязвимо. Субституция применима, когда в реальности существуют два факта, при которых субститут должен заменить основной факт, тогда как при молчаливом согласии молчание как факт существует в объективном мире, а условное согласие, вытекающее из молчания, не существует в объективном мире, поэтому несуществующее явление (молчаливое согласие) не может быть субститутом и заменять основной факт (молчание).

Кроме того, в случае субституции предметы, явления должны иметь схожие свойства, содержание, роли и функции, наличие которых позволяет говорить о возможности замены одного другим (Самбор 2016, 29). Здесь мы имеем дело с существенно различающимися явлениями: с одной стороны, с молчанием, а с другой — с условным согласием.

2.2.4.3. Предполагаемое или фиктивное согласие

Для квалификации молчаливого (условного) согласия в качестве правовой презумпции или фикции принципиальное значение имеет то, как законодатель сформулировал правовую норму, касающуюся его. Как отмечено выше, без учета особенностей законодательной формулировки нормы, на практике невозможно *in abstracto* квалифицировать молчаливое (условное) согласие в качестве правовой презумпции или фикции.

Если при формулировании правовой нормы законодатель исходит из того, что лицо, которое молчит, предположительно согласно, то мы имеем дело с правовой презумпцией. Другими словами, в результате логического анализа законодатель приходит к выводу, что в случае молчания вероятность согласия лица больше, в противном случае лицо предъявило бы возражение (правовая презумпция). Например, в соответствии с ч. 1 ст. 314 ГПК РФ, «если на протяжении двух недель после получения платежного поручения от должника в суд не поступает возражение, то платежное поручение вступает в законную силу и подлежит принудительному

исполнению». При формулировании этой нормы (правовой презумпции) законодатель взял за основу предположение о том, что должник, не предъявляя возражений в установленные сроки, скорее всего соглашается с платежным поручением.

Если при формулировании правовой нормы законодатель рассматривает молчание как выражение воли (волеизъявление), то мы имеем дело с правовой фикцией. При молчании в объективном мире не существует волеизъявления о согласии или несогласии, поэтому выводы о волеизъявлении фиктивны. При молчании желания и намерения, содержащиеся в субъективном мире человека, с точки зрения рассматриваемого вопроса не имеют значения. Отдельные немецкие специалисты отмечают, что нужно установить принцип, согласно которому молчание является знаком согласия лишь тогда, когда молчавший осознавал, что его молчание может быть понято как знак согласия, и когда так оно и понято фактически. В этом случае не имеет значения, что лицо, быть может, имело «про себя» противоположное намерение (Эннексерус 1950, 147).

Классический пример юридической фикции — ч. 3 ст. 294 ГК РА: «В случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон, молчание считается выражением воли к совершению сделки». В этой статье законодатель рассмотрел молчание как выражение воли к заключению сделки, в то время как никто прямо не выразил волю заключить сделку.

Согласно ч. 2 ст. 110 Трудового кодекса Республики Армения от 09.11.2004 № ЗА-124-Н, «если сторона, получившая предложение о расторжении договора, не сообщает о своем согласии расторгнуть договор в установленном законом сроке, предложение о расторжении трудового договора считается отклоненным». В случае этой законодательной формулировки также имеем дело с правовой фикцией, поскольку никто не заявил об отклонении предложения (несогласии с предложением) о расторжении договора, в то время как законодатель расценил молчание как волеизъявление о несогласии.

Законодатель может сформулировать одно и то же положение относительно молчания как с помощью правовой фикции (фиктивное согласие), так и с помощью правовой презумпции (предполагаемое согласие). Например, законодатель способен решить вопрос о прекращении уголовного преследования обвиняемого в условиях молчания с помощью одного из нижеприведенных вариантов.

Первый вариант: «После осведомления обвиняемого об основаниях прекращения уголовного преследования, если обвиняемый не возражает, считается, что он согласен с прекращением уголовного преследования». В случае такой формулировки молчание обвиняемого влечет правовые последствия посредством фиктивных выводов (фиктивное согласие), поскольку законодатель считает, что обвиняемый выразил свою волю (согласие) о прекращении уголовного преследования, однако в действительности он никакой воли (согласия) не выразил (правовая фикция).

Второй вариант: «После осведомления обвиняемого об основаниях прекращения уголовного преследования в случае непредъявления возражения в течение десяти дней следователь принимает решение о прекращении уголовного преследования». При данной формулировке молчание обвиняемого влечет правовое последствие посредством предполагаемого вывода (предполагаемого согласия), поскольку законодатель принял за основу следующее предположение: если бы обвиняемый был против прекращения уголовного преследования, то предъявил бы

возражение, следовательно, не предъявляя возражений (храня молчание), он предположительно соглашается с прекращением уголовного преследования (правовая презумпция).

3. Заключение

Молчание — это юридический факт, который в одном случае непосредственно приводит к правовым последствиям, а в другом — опосредованно влечет за собой правовые последствия через предполагаемое или фиктивное волеизъявление (согласие или несогласие).

Молчание, имеющее юридическое значение, может быть классифицировано по разным основаниям: по правомерности (правомерное и неправомерное молчание субъектов), по субъектам (молчание частных лиц и публичного служащего).

Молчание, как таинственное явление, создает в правовой жизни больше неопределенности, чем определенности, оно порождает больше вопросов, чем дает ответов на них. Общее правило заключается в том, что молчание само по себе не выражает никакой воли: это ни «да», ни «нет».

Молчание может выразить волю в исключительных случаях: 1) в случаях, предусмотренных позитивным правом; 2) в случаях, предусмотренных сделкой; 3) исходя из конкретных обстоятельств ситуации, когда: а) право или сделка умалчивает о молчании; б) в конкретной ситуации молчание предположительно должно толковаться как согласие или несогласие. Однако в современной жизни, где правовая определенность является конституционной ценностью и ежедневно расширяет сферу своего действия, содержание воли, вытекающей из молчания, должно предварительно определять посредством позитивного права или сделки.

Молчаливое согласие следует отличать от *позитивного* согласия. Если для применения нормы достаточно молчаливого (условного) согласия лица, то законодатель использует формулировку «непредъявление возражений (несогласий)», а если требуется позитивное согласие лица, то законодатель использует, например, слова «согласием», «подачей ходатайства».

Выражение воли в форме предъявления позитивного согласия имеет один путь — выражение воли путем выполнения активных действий (письменных, устных или конклюдентных). Отсутствие позитивного согласия является молчанием, однако не молчаливым согласием. Отсутствие акта согласия есть несогласие.

Выражение воли в форме непредъявления возражения (несогласия) имеет два пути: позитивного и молчаливого (условного) волеизъявления. В первом случае лицо, например, письменно сообщает об отсутствии возражения и непосредственно из этого становится ясна его воля, во втором случае лицо, осведомленное о ситуации, молчит, т. е. никоим образом не предъявляет возражения, и здесь молчание рассматривается как условное согласие.

Молчаливое согласие не является правовой субституцией, поскольку в реальной жизни условного согласия не существует, и не может выполнять функцию субститута. Для квалификации молчаливого (условного) согласия в качестве правовой презумпции или фикции принципиальное значение имеет то, как законодатель сформулировал соответствующую правовую норму. Если при формулировании правовой нормы законодатель в результате логического анализа приходит к выво-

ду, что в случае молчания вероятность согласия лица высока (в противном случае лицо предъявило бы возражение), то мы имеем дело с правовой презумпцией. Если при формулировании правовой нормы законодатель рассматривает молчание как выражение воли (волеизъявление), то мы имеем дело с правовой фикцией, поскольку в условиях молчания волеизъявления о согласии или несогласии в объективном мире не существует.

Библиография

- Ажеж, Клод. 2003. *Человек говорящий: Вклад лингвистики в гуманитарные науки*, пер. с фр. М.: Едиториал УРСС.
- Бабаян, Владимир Н. 2009. «Молчащий наблюдатель и феномен молчания как коммуникативная стратегия в диалоге». *Вестник Адыгейского государственного университета*. Дата обращения 23 ноября, 2018. <https://cyberleninka.ru/article/n/molchaschiy-nablyudatel-i-fenomen-molchaniya-kak-kommunikativnaya-strategiya-v-dialoge>.
- Баранов, Владимир М., ред. 2018. *Юридическая техника*. М.: Юрайт.
- Барон, Юлиус. 1909. *Система римского гражданского права*. Вып. 1. Кн. 1: Общая часть. 3-е изд. (испр. по 9-му немецкому изданию). СПб.: Склад издания в книжном магазине Н. К. Мартынова.
- Белов, Вадим А. 2018. *Юридические факты в гражданском праве*. М.: Юрайт.
- Виниченко, Юлия В. 2013. «Презумпция согласия в гражданском праве». *Проблемы регистрации прав, фиксации и удостоверения юридических фактов гражданского права: сб. ст.*, 193–214. М.: Статут.
- Воложанин, Виталий П. 1953. «Юридические предположения в советском гражданском праве и процессе». Дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, Свердловский государственный юридический институт.
- Вольф, Мартин. 1948. *Международное частное право*, пер. с англ. М.: Государственное издательство иностранной литературы.
- Гамбарян, Артур С. 2019. «Правовые режимы молчания и фиктивных выводов, вытекающих из него». *Журнал российского права* 12: 19–29.
- Гредескул, Николай А. 1900. *К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права*. Харьков: Типография Адольфа Дарре.
- Гроций, Гуго. 1956. *О праве войны и мира: Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права*. Пер. с лат. М.: Госюриздат.
- Давыдова, Марина Л. 2015. *Юридическая техника. Общая часть*. М.: Проспект.
- Ефимов, Василий В. 1901. *Догма римского права*. СПб.: Мелье и К°.
- Инубуси, Йоко. 2002. «Феномен молчания как компонент коммуникативного поведения». Дис. ... канд. филол. наук, Московский государственный лингвистический университет. Дата обращения 25 ноября, 2018. <https://www.disserscat.com/content/fenomen-molchaniya-kak-komponent-kommunikativnogo-povedeniya>.
- Калиновский, Константин Б. 2012. «Презумпция согласия родственников на прекращение дела в связи со смертью обвиняемого». *Уголовный процесс* 3: 9.
- Катюхина, Татьяна В. 2009а. «Что таит в себе молчание?» *Философия хозяйства* 2 (62): 145–151.
- Катюхина, Татьяна В. 2009б. «“Человек молчащий” как предмет исследования философской антропологии». *Вестник Российского университета дружбы народов. Сер. Философия* 4: 86–92. Дата обращения 25 ноября, 2018. <https://cyberleninka.ru/article/n/chelovek-molchaschiy-kak-predmet-issledovaniya-filosofskoy-antropologii>.
- Копылова, Татьяна Р. 2015а. «Молчание как термин: проблема многозначности». *Вестник Удмуртского университета. Сер. История и филология* 5. Дата обращения 25 ноября, 2018. <https://cyberleninka.ru/article/n/molchanie-kak-termin-problema-mnogoznachnosti>.
- Копылова, Татьяна Р. 2015б. «Молчание: вербальная vs. невербальная коммуникация». *Вестник Удмуртского университета. Сер. История и филология* 3. Дата обращения 25 ноября, 2018. <https://cyberleninka.ru/article/n/molchanie-verbalnaya-vs-neverbalnaya-kommunikatsiya>.

- Красавчиков, Октябрь А. 1958. *Юридические факты в советском гражданском праве*. М.: Госюриздат.
- Краснов, Юрий, К., Валентина В. Надвикова, Владимир И. Шкагулла. 2014. *Юридическая техника*. М.: Юстицинформ.
- Крестинский, Станислав В. 1989. «Коммуникативная нагрузка молчания в диалоге». *Личностные аспекты языкового общения*: Межвуз. сб. науч. тр., 92–97. Калинин: Калининский государственный университет.
- Кучинский, Владимир А. 2010. «Юридические презумпции и фикции (общие черты и различия)». *Юридическая техника* 4. Дата обращения 22 ноября, 2018. <https://cyberleninka.ru/article/n/yuridicheskie-prezumptsii-i-fiksii-obschie-cherty-i-razlichiya>.
- Мейер, Дмитрий И. 2003. *Русское гражданское право*: в 2 ч., по испр. и доп. 8-му изд., изд. 3-е, испр. М.: Статут. Дата обращения 22 ноября, 2018. <http://civil.consultant.ru/elib/books/45>.
- Монтескьё, Шарль де. 1955. *Избранные произведения*. М.: Госполитиздат.
- Нарекаци, Григор. 2012. *Книга скорбных песнопений. Эчмиадзин. Первопрестольный Святой Эчмиадзин*, пер. с арм. Дата обращения 15 марта, 2020. <https://omolenko.com/audiobooks/Narekatsi.htm>.
- Ойгензихт, Виктор А. 1976. *Презумпции в советском гражданском праве*. Душанбе: Ирфон.
- Самбор, Николай А. 2016. «Понятие субституции в теории права». *Право. Экономика. Психология*, 33–39. Рязань: Концепция.
- Сандевуар, Пьер. 1994. *Введение в право*. М.: Интрагек-Р. Дата обращения 25 ноября, 2018. <https://www.vuzlib.su/beta3/html/1/16269/16403>.
- Смирнов, Александр В. 2018. *Формальные средства доказывания в уголовном праве и процессе*. М.: Норма, ИНФРА-М.
- Сухарев, Александр Я., Владимир Е. Крутских. 2003. *Большой юридический словарь*. М.: Инфра-М.
- Сухов, Николай С., сост. 1990. *Крылатые латинские изречения*. М.: Прометей.
- Танимов, Олег В. 2016. *Теория юридических фикций*. М.: Проспект.
- Тарбагаева, Елена Б. 1983. «Юридические предположения в гражданском процессе: исковое производство». Дис. ... канд. юрид. наук, ЛГУ им. А. А. Жданова.
- Туфанова, Юлия В., Татьяна Б. Маклакова, Мария Н. Чупановская. 2019. *Функционально-прагматический потенциал молчания в ситуации извинения*. Нижний Новгород: Нижегородский государственный лингвистический университет им. Н. А. Добролюбова.
- Шершеневич, Габриэль Ф. 2005. *Учебник русского гражданского права*. М.: Статут.
- Эннеккерус, Людвиг. 1950. *Курс германского гражданского права*. Т. 1, полутом 2: Введение и общая часть. М.: Издательство иностранной литературы.
- MacGibbon, Ian. 1954. "The scope of acquiescence in international law". *British Year Book of International Law* 31: 143–186.
- Musielak, Hans-Joachim. 2017. *Grundkurs BGB*. 15. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
- Ղախբարյան, Արթուր Ս., Մուրադյան, Մանուկ Հ., 2018. Պետության և իրավունքի տեսություն: «<Լուսաբաց հրատարակչատուն>>, Երևան [Гамбарян, Артур С., Манук О. Мурадян. 2018. *Теория государства и права*. Ереван: Издательский дом Лусабац].
- Հովհաննիսյան, Գոռ, Գ. 2020. Ընդհանուր իրավագիտություն և իրավաբանական մեթոդաբանություն: Հանրային դիվանագիտություն ՀՀ, Երևան [Оганнисян, Гор Г. 2020. *Общая теория права и юридическая методология*. Ереван: Общественная организация «Публичная дипломатия»].

Статья поступила в редакцию 14 января 2020 г.;
рекомендована в печать 9 июня 2021 г.

Контактная информация:

Гамбарян Артур Сиреканович — д-р юрид. наук, проф.; artur.ghambaryan@gmail.com

Silence and tacit consent in Armenian public law: Legal fiction, presumption or substitution?

A. S. Ghambaryan

Russian-Armenian University,
123, Hovsep Emin, Yerevan, 0051, Republic of Armenia

For citation: Ghambaryan, Artur S. 2021. "Silence and tacit consent in Armenian public law: Legal fiction, presumption or substitution?" *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 3: 728–751. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2021.315> (In Russian)

In the article, the author researches the problematic aspects of silence in law, in particular, the definition of silence is provided, its meaning at various stages of historical development is outlined, the types of silence are described, the legal consequences of silence are discussed, and the place of silence in the sphere of legal conventions (legal presumptions, fictions, substitution). The author provides the following definition of silence: silence is a legitimate or unlawful inaction of the subject of legal relations, from which the conditional content of the subject's will on a legal issue follows and (or) with which a positive law (transaction) directly connects the occurrence of legal consequences. Since silence can be interpreted as a sign of agreement or disagreement, it can be argued that it creates uncertainty. Given the fact that legal certainty in modern life is a constitutional value, positive law should exclude or mitigate this uncertainty, or the content of the will arising from silence should be predetermined by positive law or transaction. The result arising from the silence falls within the realm of legal conventions and in order to find out whether silence is a legal presumption, legal fiction or substitution, the article compares these categories. The author concludes that the legislator can formulate the same provision regarding silence both with the help of legal fiction (fictitious consent) and with the help of a legal presumption (presumed consent). At the same time, the article provides a justification for the impossibility of considering tacit consent as a legal substitution, in view of the fact that in objective reality there is no conditional silence, which is an essential reason for excluding the basis of legal substitution.

Keywords: silence, legal uncertainty, legal fiction, legal substitution, legal presumption, tacit consent, direct consent, fictitious administrative act, fictitious official clarification.

References

- Auger, Claude. 2003. *Man Talking: The contribution of linguistics to the humanities*. Rus. ed. Moscow, Editorial URSS Publ. (In Russian)
- Babayan, Vladimir N. 2009. "Silent observer and the phenomenon of silence as a communicative strategy in dialogue". *Vestnik Adygeiskogo gosudarstvennogo universiteta*. Accessed November 23, 2018. <https://cyberleninka.ru/article/n/molchaschiy-nablyudatel-i-fenomen-molchaniya-kak-kommunikativnaya-strategiya-v-dialoge>. (In Russian)
- Baranov, Vladimir M., ed. 2018. *Legal technique*. Moscow, Iurait Publ. (In Russian)
- Baron, Iulius. 1909. *The system of Roman civil law*, iss. 1, vol. I: The General Part. 3rd ed., corrected by the 9th German ed. St. Petersburg, Sklad izdaniia v knizhnom magazine N. K. Martynova Publ. (In Russian)
- Belov, Vadim A. 2018. *Legal facts in civil law*. Moscow, Iurait Publ. (In Russian)
- Davydova, Marina L. 2015. *Legal technique. Common part*. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Efimov, Vasilii V. 1901. *Dogma of Roman law*. St. Petersburg, Mel'e i K° Publ. (In Russian)
- Ennekzerus, Ludwig. 1950. *German civil law course*, vol. 1, half-vol. 2: Introduction and general part. Moscow, Inostrannaia literatura Publ. (In Russian)
- Gambaryan, Arthur S. 2019. "Legal regimes of silence and fictitious conclusions arising from it". *Zhurnal rossiiskogo prava* 12: 19–29. (In Russian)

- Gambaryan, Artur S., Muradyan, Manuk O. 2018. *Theory of state and law*. Yerevan, Lusabac hratarakchatun Publ. (In Armenian)
- Gredeskul, Nikolai A. 1900. *To the doctrine of the implementation of law. The intellectual process required to implementation of law*. Kharkov, Adolf Darre Publ. (In Russian)
- Grotius, Hugo. 1956. *On the law of war and peace: Three books that explain the natural law and the law of peoples, as well as the principles of public law*. Rus. ed. Moscow, Gosiurizdat Publ. (In Russian)
- Hovhannisyán, Gor G. 2020. *General theory of law and legal methodology*. Yerevan, Hanrayin divanagitut'yun Publ. (In Armenian)
- Inubushi, Yoko. 2002. "The phenomenon of silence as a component of communicative behavior". PhD diss., Moskovskii gosudarstvennyi lingvisticheskii universitet. Accessed November 25, 2018. <https://www.dissercat.com/content/fenomen-molchaniya-kak-komponent-kommunikativnogo-povedeniya>. (In Russian)
- Kalinovsky, Konstantin B. 2012. "The presumption of consent of relatives to dismiss the case in connection with the death of the accused". *Ugolovnyi protsess* 3: 9. (In Russian)
- Katyukhina, Tatyana V. 2009a. "What is silent in itself?" *Filosofia khoziaistva* 2 (62): 145–151. (In Russian)
- Katyukhina, Tatiana V. 2009b. "The silent man' as a subject of research in philosophical anthropology". *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Ser. Filosofii* 4: 86–92. Accessed November 25, 2018. <https://cyberleninka.ru/article/n/chelovek-molchaschiy-kak-predmet-issledovaniya-filosofskoy-antropologii>. (In Russian)
- Kopylova, Tatyana R. 2015a. "Silence as a term: The problem of polysemy". *Vestnik Udmurtskogo universiteta. Seriya "Istoriia i filologiya"* 5. Accessed November 25, 2018. <https://cyberleninka.ru/article/n/molchanie-kak-termin-problema-mnogoznachnosti>. (In Russian)
- Kopylova, Tatyana R. 2015b. "Silence: Verbal vs. nonverbal communication". *Vestnik Udmurtskogo universiteta. Ser. "Istoriia i filologiya"* 3. Accessed November 25, 2018. <https://cyberleninka.ru/article/n/molchanie-verbalnaya-vs-neverbalnaya-kommunikatsiya>. (In Russian)
- Krasavchikov, Oktiabr A. 1958. *Legal facts in Soviet civil law*. Moscow, Gosiurizdat Publ. (In Russian)
- Krasnov, Iurii, K., Valentina V. Nadvikova, Vladimir I. Shkatulla. 2014. *Legal technique*. Moscow, Iustitsinform Publ. (In Russian)
- Krestinsky, Stanislav V. 1989. "Communicative burden of silence in the dialogue". *Lichnostnye aspekty iazykovogo obshcheniia: Mezhvuzovskii sbornik nauchnykh trudov*, 92–97. Kalinin, Kalininskii gosudarstvennyi universitet Publ. (In Russian)
- Kuchinsky, Vladimir A. 2010. "Legal presumptions and fictions (general features and differences)". *Iuridicheskaiia tekhnika* 4. Accessed November 22, 2018. <https://cyberleninka.ru/article/n/yuridicheskie-prezumptsii-i-fiktsii-obschie-cherty-i-razlichiya>. (In Russian)
- MacGibbon, Ian C. 1954. "The scope of acquiescence in international law". *British Year Book of International Law* 31: 143–186.
- Meyer, Dmitry I. 2003. *Russian civil law*: In 2 parts, according to the revised and supplemented 8th ed., 3rd ed., corr. Moscow, Statut Publ. Accessed November 22, 2018. <http://civil.consultant.ru/elib/books/45>. (In Russian)
- Montesquieu, Charles de. 1955. *Selected works*. Rus. ed. Moscow, Gospolitizdat Publ. (In Russian)
- Musielak, Hans-Joachim. 2017. *Grundkurs BGB*. 15. Auflage. München, Verlag C. H. Beck.
- Narekatsi, Grigor. 2012. "Book of lamentations". *Kniga skorbnnykh pesnopenii. Echmiadzin. Pervoprestol'nyi Sviatoi Echmiadzin*. Rus. ed. Accessed March 15, 2020. <https://omolenko.com/audiobooks/Narekatsi.htm>. (In Russian)
- Oygenzikht, Victor. 1976. *Presumption in Soviet civil law*. Dushanbe, Irfon Publ. (In Russian)
- Sambor, Nikolai A. 2016. "The concept of substitution in the theory of law". *Pravo. Ekonomika. Psikhologiya*, 33–39. Ryazan', Kontseptsiiia Publ. (In Russian)
- Sandevoire, Pierre. 1994. *Introduction to Law*. Moscow, Intratek-R Publ. Accessed November 25, 2018. <https://www.vuzlib.su/beta3/html/1/16269/16403>. (In Russian)
- Shershenevich, Gabriel' F. 2005. *Textbook of Russian civil law*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Smirnov, Aleksandr V. 2018. *Formal evidence in criminal law and process*. Moscow, Norma, INFRA-M Publ. (In Russian)

- Sukharev, Aleksandr Ia., Vladimir E. Krutskikh. 2003. *Large legal dictionary*. Moscow, Infra-M Publ. (In Russian)
- Sukhov, Nikolai S., comp. 1990. *Winged Latin sayings*. Moscow, Prometei Publ. (In Russian)
- Tanimov, Oleg V. 2016. *The theory of legal fictions*. Moscow, Prospekt Publ. (In Russian)
- Tarbagayeva, Elena B. 1983. "Legal assumptions in the civil process: Lawsuit". PhD diss., LGU im. A. A. Zhdanova. (In Russian)
- Tufanova, Iuliia V., Tat'iana B. Maklakova, Mariia N. Chupanovskaia. 2019. *Functional and pragmatic potential of silence in an apology situation*. Nizhny Novgorod, Nizhegorodskii gosudarstvennyi lingvisticheskii universitet im. N. A. Dobroliubova Publ. (In Russian)
- Vinichenko, Iuliia V. 2013. "The presumption of consent in civil law". *Problemy registratsii prav, fiksatsii i udostovereniia iuridicheskikh faktov grazhdanskogo prava: Sb. statei*, 193–214. Moscow, Statute Publ. (In Russian)
- Volozhanin, Vitalii P. 1953. "Legal assumptions in Soviet civil law and procedure". PhD diss., Sverdlovskii gosudarstvennyi iuridicheskii institut. (In Russian)
- Wolf, Martin. 1948. *Private international law*. Rus. ed. Moscow, Gosudarstvennoe izdatel'stvo inostrannoi literatury Publ. (In Russian)

Received: January 14, 2020

Accepted: June 9, 2021

Author's information:

Artur S. Ghambaryan — Dr. Sci. in Law, Professor; artur.ghambaryan@gmail.com