

## К ВОПРОСУ О КРИТЕРИЯХ КВАЛИФИЦИРОВАННОСТИ МОЛЧАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЯ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

### TO THE QUESTION ABOUT THE CRITERIA FOR THE QUALIFICATIONS OF SILENCE OF THE LEGISLATOR: THE PROBLEM

*J. Kolesnikova*

*Summary.* The article deals with the problem of the lack of qualitative criteria of qualification of silence of the legislator. The existing approaches to the definition of qualified silence of the legislator are analyzed. Possible risks of application of this tool of legal equipment are given.

*Keywords:* qualified silence of the legislator, gap in the law, criteria of qualification, substitution of the right, distortion of the right.

**Колесникова Юлия Павловна**  
С.н.с., ФКУ НИИ ФСИН России (г. Москва)  
kjulian@mail.ru

*Аннотация.* В статье осуществляется постановка проблемы, заключающейся в отсутствии качественных критериев квалифицированности молчания законодателя. Анализируются существующие подходы к определению понятия квалифицированного молчания законодателя. Приводятся возможные риски применения данного инструмента юридической техники.

*Ключевые слова:* квалифицированное молчание законодателя, пробел в праве, критерии квалифицированности, подмена права, искажение права.

**Т**ворческая природа человека всегда определяла наиболее значимые модернизационные процессы, выступала двигателем прогресса во всех областях жизнедеятельности. Создание социально-полезных благ, имеющих материальное выражение, или не имеющих такового, в большинстве своем является главной целью деятельности объединений людей или отдельно взятой личности. Специфика и содержание такой деятельности обуславливаются, в том числе, и характером производимого продукта. Особый интерес в этой связи представляют глубоко рационализированные и формализованные направления деятельности.

Творческая составляющая в сфере действия права находит выражение и при создании норм права, и в правоприменении, и в любом другом направлении, где человек, соприкасаясь с правом, создает нечто новое, модернизирует ранее существовавшее, реализует ранее созданное или измененное. Вместе с тем, особое значение такая составляющая обретает именно в рамках правотворческой деятельности. Создание нормы права-социальной нормы приводит к формированию социальной практики — объективного существования права. Научно-исследовательское творчество обеспечивает максимальное соответствие и применимость в реальной жизни продукта правотворчества. Как справедливо отмечают Т.Н. Москалькова и В.В. Черников: «... по сравнению с другими видами правовой регуляции в нормотворчестве особое значение имеет именно творческое начало, познавательный труд, научный поиск» [7, с. 52–53]. Главной задачей такого творчества является постоянное совершенствование правового регулирования.

Вместе с тем, как и любая другая деятельность человека, правотворчество не может быть совершенным, лишенным недостатков и внутренних противоречий. Специалисты продолжают давать критические оценки деятельности правотворческих органов, обращая внимание на пробельность и коллизионность исходного продукта данного вида деятельности. В существующих условиях особое внимание науки и практики обращено к различным приемам и инструментам юридической техники, способным минимизировать правотворческие погрешности, а также уравновесить нестабильность отдельных правоприменительных ситуаций. К числу таких инструментов можно отнести, например, например, квалифицированное молчание законодателя.

Судя по периодичности употребления данного словосочетания в специальной юридической литературе, можно констатировать, что оно может быть не просто отнесено к числу устойчивых, но и, вероятно, претендует на терминологический и категориальный статус. Вместе с тем, данная высокая претензия фактически не оправдана отсутствием в науке приближенного единства позиции относительно определения понятия квалифицированного молчания законодателя, не говоря уже об отсутствии комплексного исследования сущности и содержания данного юридически значимого феномена. Кроме того, за последние годы положение в изучении данного явления осложнилось появлением различных терминологических вариаций, синонимичность которых является достаточно спорной. Так в теоретико-правовых и отраслевых юридических исследованиях данного направления встречаются такие термины как «квалифицированный пробел», «преднамеренный пробел» [4, с. 93], «мнимый пробел» [6, с. 288].

Традиционно в теории права под квалифицированным молчанием законодателя понимается специальный прием юридической техники, при помощи которого осуществляется делегирование уточнения правового регулирования на правоприменительный уровень [6, с. 288]. В.В. Лазарев предлагает различать пробелы в праве и квалифицированное молчание, определяя последнее в качестве нежелания правотворца участвовать в регулировании определенных общественных отношений [5, с. 15]. В.Ю. Панченко и А.М. Сабиров предлагают понимать под квалифицированным молчанием юридико-технический и юридико-технологический прием, который заключается в целенаправленном сокращении набора регулятивных средств, характеризующегося высокой степенью нормативной обобщенности, для регулирования определенной области отношений в обществе [8, с. 428].

В целом, согласно заданному в теории права тону, квалифицированное молчание не рассматривается в качестве негативного явления. Ему, скорее, отведена роль необходимого инструмента в идеале гармонично дополняющего систему средств правового регулирования. Однако для исследователя неискушенного в вопросах данного узкого направления даже сама лексическая конструкция представляется неоднозначной, поскольку соотношение входящих в ее состав лексических единиц на первый взгляд достаточно противоречиво. Вопросы, которые возникают при первичном анализе данного предмета, логичны и просты по содержанию: справедливо ли говорить о возможности выявления сфер, в которых законодатель обоснованно «молчит», а не просто не делает свою работу и не берет на себя ответственность? Значит ли это, что в сферах, где практикуется «недосказанность» законодателя, фактически право творит правоприменитель? Кроме того, достаточно сложно не проводя глубоких многоаспектных исследований определить с критерием «квалифицированности» того, о чем умолчал законодатель.

Фактически квалифицированное молчание законодателя — это всегда баланс между «зарегулированностью» общественных отношений и недостаточностью такого регулирования. Вероятно, именно это тонкое балансирование и обозначается в юридической науке словом «квалифицированный» (профессиональный, опытный, компетентный).

Однако на практике не так просто оценить уровень квалифицированности и конкретных действий органов государственной власти и должностных лиц. А в анализируемом же случае предполагается оценка в качестве профессионального фактического бездействия органов законодательной власти. Однако, очевидно, что для того, чтобы молчание стало квалифицированным за таким

бездействием должен скрываться целый комплекс различных действий — мероприятий, направленных на изучение и оценку, нуждающегося в правовой регуляции общественного отношения. Кроме того, на наш взгляд данные действия обязательно должны осуществляться во взаимодействии с потенциальным правоприменителем.

Само собой разумеется, что правоприменительная деятельность не может быть похожа на функционирование строго отлаженной программы, имеющей определенное количество вариантов действия, заранее предусмотренных на законодательном уровне. В реальной жизни вариантов деятельности органов государственной власти требуется значительно больше, чем законодатель способен предусмотреть. Поэтому, как справедливо отмечает В.М. Баранов: «Активность правоприменителя — вот «ресурс», вот ценность, которой не хватает ныне правовой системе России. Пора оказать правоприменителю доверие, ибо именно этим определяется не в последнюю очередь его профессионализм» [2, с. 78].

Квалифицированное молчание законодателя, безусловно, стимулирует активность правоприменителя, и это в целом способствует гибкости и адекватности системы права. Вместе с тем, неограниченная активность правоприменителя — две стороны одной медали, одна из которых имеет не совсем положительные свойства. При этом спектр последствий в данном направлении достаточно широкий: от особенностей усмотрения до откровенного произвола должностных лиц.

Кроме того, квалифицированное молчание законодателя один из наиболее верных способов для формирования интерполяционно-правовых (процессов подмены и искажения права) на правотворческом этапе правового регулирования. В данной ситуации правоприменитель часто вынужден обращаться к различным регулятивным средствам отличным от права в виду дефицита необходимых правовых инструментов. Квалифицированное молчание законодателя представляет собой явление, возникающее на стадии формирования права и образующее высокую степень интерполяционно-правового риска при реализации права. Данный прием юридической техники, равно как и недостаток системы права в виде пробелов, достаточно часто выступает средством интерполяции права, имеющим в своем основании неограниченное усмотрение правоприменителя.

В отраслевых юридических исследованиях достаточно часто встречаются работы, посвященные проблемным аспектам квалифицированного молчания законодателя. Так А.В. Германов приводит ряд критических суждений относительно примера молчания правотвор-

ца, содержащегося в ч. 1 ст. 39 ГПК РФ [1]. Согласно содержания данной статьи ГПК РФ истец вправе изменить основания или предмет иска, увеличить или уменьшить размер исковых требований либо отказаться от иска, ответчик вправе признать иск, также стороны могут окончить дело мировым соглашением. Указанный автор обращает внимание, что примененный в данной норме прием юридической техники в виде квалифицированного молчания законодателя, оставляет сложно разрешаемые на практике вопросы. Среди данных вопросов А. В. Германов выделяет: следующие: «...охватывается ли понятием изменение предмета иска его дополнение новыми требованиями, или изменение предмета иска — это исключительно его замена на другой предмет? Распространяется ли и в какой степени положения ст. 133 ГПК РФ на заявления об изменении или дополнении иска? Нуждается также в выяснении правовая природа выработанного на практике понятия уточнения иска» [3, с. 91–94]. Также автор отмечает, что правоприменительная практика, складывающаяся в результате реализации данной правовой нормы, не отличается единообразием» [3, с. 79].

Таким образом, квалифицированное молчание не должно использоваться законодателем повсеместно при наличии сложных объектов и предметов, нуждаю-

щихся в правовом регулировании. Квалифицированное молчание законодателя — не единственный способ оптимизации правового регулирования известный юридической науке и практике. Лучшим способом такой оптимизации является все-таки профессионализм законодателя, заключающийся в способности максимально подробно, но при этом лаконично урегулировать на законодательном уровне наиболее важные общественные отношения. Очевидно, что для того, чтобы сократить негативные последствия данного технико-юридического инструмента, в том числе в виде аккумуляции интерполяционно-правовых процессов, в первую очередь необходимо на теоретическом уровне разрешить проблему критерия отграничения квалифицированного молчания законодателя от пробелов в праве и иных смежных явлений. Соответственно существует потребность закрепления данного критерия на законодательном уровне путем отражения в соответствующих правовых актах понятия квалифицированного молчания законодателя. В настоящий момент в теоретико-правовой науке не просто поставлена данная проблема, но и сформулированы конкретные предложения по ее разрешению, включая разработанные дефиниции квалифицированного молчания [2]. На наш взгляд, органы государственной власти должны обратить внимание на развитие научной мысли в данном направлении.

#### ЛИТЕРАТУРА:

1. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации [Федер. закон от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 30.10.2017)] // Рос.газ. 2002. 20 нояб.
2. Баранов В.М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал. 2008 С. 75–79.
3. Германов А. В. Молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном праве [Текст] // Право: современные тенденции: материалы II Междунар. науч. конф. (г. Уфа, апрель 2014 г.). — Уфа: Лето, 2014. — С. 91–94.
4. Германов А. В. Молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном праве [Текст] // Право: современные тенденции: материалы II Междунар. науч. конф. (г. Уфа, апрель 2014 г.). — Уфа: Лето, 2014. — С. 91–94;
5. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., «Юрид. лит.». 1974. 184 с.
6. Морозова Л. А. Теория государства и права. М.: Норма: НИЦ ИНФРА-М, 2014 г. 464 с.
7. Москалькова Т.Н., Черников В. В. Нормотворчество: научно-практическое пособие. Москва: Проспект, 2011. 448 с.
8. Панченко В.Ю., Сабиров А. М. Квалифицированное молчание в правотворчестве и правовая культура правоприменения // Юридическая техника 2016. С. 427–432.

© Колесникова Юлия Павловна (kjulian@mail.ru).

Журнал «Современная наука: актуальные проблемы теории и практики»