

Гамбарян Артур Сиреканович**Gambaryan Artur Sirekanovich**

доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой теории и истории
государства и права
Российско-Армянского (Славянского) университета,
заместитель председателя
Следственного комитета Республики Армения

LL.D, Professor,
Head of the Theory and History of
State and Law Department,
Russian-Armenian (Slavonic) University,
Vice-Chairman of the Investigative Committee of
the Republic of Armenia

ОТКАЗ ОТ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА МОЛЧАНИЕМ (TACIT WAIVER)

WAIVER OF SUBJECTIVE RIGHT BY SILENCE (TACIT WAIVER)

Аннотация:

В статье рассматривается ряд вопросов, связанных с отказом от реализации субъективного права молчанием. В частности, дается теоретическое определение отказа от субъективного права, обсуждаются позиции высших судов (Кассационного и Конституционного) Республики Армения относительно отказа от реализации субъективного права молчанием. Автор под отказом от субъективного права молчанием понимает государственно-правовое вмешательство в права лица по его молчаливому согласию, когда для вмешательства в его права требуется согласие лица, однако компетентный орган отсутствие возражения (несогласия) носителя права (молчание) рассматривает как предполагаемое согласие человека на совершение действий вмешательства. В статье отмечается, что в целом недопустимо рассмотрение молчания в качестве согласия на вмешательство в право, в противном случае представление возражения превратится в обязанность.

Ключевые слова:

отказ от права, молчание, вмешательство в права, факты умолчания (fiducia), отказ от реализации субъективного права.

Summary:

The study presents a number of issues related to the tacit waiver of subjective right; in particular, it provides a theoretical definition of the waiver of subjective right, discusses the attitude of the Supreme Courts (the Court of Cassation and the Constitutional Court) of the Republic of Armenia towards the tacit waiver of subjective right. In the author's opinion, a waiver of subjective right means the state legal interference in the rights of a person based on his consent by silence when consent of a person is required for interference, however, the authorized body considers the absence (silence) of objection (disagreement) as assumed consent of a person to the act of interference. It is mentioned that, in general, it is inadmissible to consider the silence as consent to the interference in rights. Otherwise, the presentation of objection will turn into an obligation.

Keywords:

waiver of right, silence, interference in rights, fiducia, waiver of subjective right.

Общие положения. Под отказом от субъективного права молчанием понимаем случаи, когда для государственно-правового вмешательства в субъективное право требуется согласие лица, однако компетентный орган отсутствие возражения носителя права (молчание) толкует как предполагаемое согласие лица на вмешательство в право. Иначе говоря, если лицо молчит, т. е. не выражает несогласие (возражение), то это молчание приравнивается к согласию на вмешательство в его права. Предположим, что следователь может взять биологические образцы с тела потерпевшего только с его согласия. Если потерпевший прямым словом не дает согласия на взятие образца, но также не возражает против этих действий, просто молчит, то можно ли это молчание рассматривать как согласие на вмешательство в соматические права потерпевшего?

В судебной практике стороны правового спора часто свои позиции и аргументы обосновывают тем, что другая сторона, не представляя возражения или не совершая других ожидаемых действий (например, не обращаясь с ходатайством), молчаливо согласилась с совершаемым действием, этим же отказываясь от того или иного субъективного права. Итак, по делу номер Ч75/0173/05/12 от 2 ноября 2012 г. третье лицо представило письменный ответ и сообщило, что иск необоснованный и не подлежит рассмотрению по тому основанию, что истец пропустил сроки обжалования регистрации права собственности и своим молчанием дал свое согласие на то, чтобы его право и право собственности Аракеяна осталось зарегистрированным в том виде, в каком зарегистрировано сейчас.

В целом юристы справедливым образом негативно относятся к рассмотрению молчания лица в качестве согласия на вмешательство в его права. Даже английские специалисты частного права отмечают, что хотя можно предположить, что молчание свидетельствует об отказе от права, тем не менее, принимая за основу судебную практику, они считают, что лучшим подходом является тот, согласно которому исходя из молчания, без наличия необычных фактов, само по

себе (per se) нельзя однозначно заключить, что человек отказался от своих прав [1]. Американские суды также не допускают практику отказа от основных прав молчанием [2]. В теории уголовного процесса Германии принят подход, согласно которому, например, молчание обвиняемого по поводу оглашения показаний не должно рассматриваться как отказ от права на встречный опрос (права на конфронтацию) [3, с. 237].

К. Юдельсон отметил, что молчание в юридическом отношении, как правило, нейтрально, не представляя собой ни юридического факта, ни способа волеизъявления. Молчание – слишком шаткое основание для возникновения прав и обязанностей. Двусмысленность понятия отразилась и в народном сознании. С одной стороны, говорят: «Тихое молчание никому не ответ», а с другой: «Доброе молчание – чем не ответ». Молчание поэтому имеет юридическое значение только в случаях, положительно предусмотренных правом [4, с. 499].

Отказ от реализации субъективного права и отказ от субъективного права молчанием. Законодательством часто устанавливаются сроки совершения какого-либо позитивного действия или определяется, что это действие может совершаться на конкретном этапе юридического производства, однако лицо это действие совершает по истечении установленного законом срока или после прохождения этого этапа юридического производства. Иначе говоря, делается попытка использования права с опозданием. Попытка использования права с опозданием является видом отказа от реализации субъективного права, который, как правило, совершается бездействием (молчанием).

В случае попытки использования права с опозданием можно ли говорить, что лицо молчанием отказалось от своего права и, следовательно, больше не может пользоваться им? В теории гражданского права отмечается, что молчание может иметь юридическое значение и выражать волю лица прекратить субъективное право в случае, если законом установлен некий пресекающий срок, по истечении которого лицо утрачивает свое право [5]. Например, согласно ч. 2 ст. 512 Гражданского кодекса Республики Армения (ГК РА), неявка покупателя или несовершение иных необходимых действий для принятия товара в установленный договором срок считается отказом покупателя от исполнения договора, если иное не предусмотрено договором.

Отдельные процессуалисты запоздалую попытку использования права также приравнивают к отказу от права [6, с. 244]. Например, в деле «Браччи против Италии» (Bracci v. Italy, 13 октября 2005 г.) заявителя обвиняли в насильственных действиях сексуального характера. По словам жертвы, на ее одежде остались следы спермы насильника, однако полиция не стала проводить сравнительный анализ ДНК спермы с ДНК подсудимого. В ходе судебного разбирательства в суде первой инстанции подсудимый не ставил вопрос о необходимости этого действия, однако в кассационной жалобе потребовал провести такой анализ. Кассационный суд отказал ему в этом, сославшись на то, что он (Кассационный суд), как правило, не прибегает к непосредственному исследованию новых доказательств, а если это и делается, то только в исключительных обстоятельствах, когда судья приходит к выводу, что рассмотреть жалобу, основываясь на материалах дела, собранных судом первой инстанции, совершенно невозможно. Иначе говоря, попытка заявителя реализовать свое право была запоздалой и не отвечала особенностям той стадии процедуры, на которой была предпринята. В такой ситуации Европейский суд согласился с итальянскими властями и решил, что отказ заявителю в проведении анализа не нарушает его права на справедливое судебное разбирательство.

Если под отказом от субъективного права молчанием мы понимаем вмешательство в право лица со стороны компетентного органа по молчаливому согласию правообладателя, то оно отличается от попытки использования права с опозданием. Дело в том, что режим отказа от субъективного права молчаливым согласием (молчание является согласием на вмешательство в право) действует в том случае, когда компетентный орган с согласия лица совершает акт непосредственного вмешательства в его право, однако попытка использования права с опозданием находится в радиусе отказа от *реализации субъективного права*, в случае которого не имеет место непосредственное вмешательство со стороны третьего лица, просто носитель права, не реализуя свое право в установленный срок, отказывается от этого права (отказ от реализации субъективного права). Например, подсудимый имеет право на обжалование судебного акта в течение месяца, однако в течение этого срока не приносит жалобу, что означает, что он отказывается от реализации права на обжалование.

Для ясности отметим, что надо различать следующие способы отказа от субъективного права: 1) отказ от реализации субъективного права, 2) отказ от субъективного права дачей согласия на вмешательство в право. Отказ от реализации субъективного права, как правило, проявляется бездействием (молчанием), однако его не надо отождествлять с согласием на вмешательство в право молчанием.

Отказ от субъективного права молчанием и факты умолчания (fiducia). Отказ от права молчанием необходимо отличать от так называемых фактов умолчания, т. е. «обстоятельств, которые становятся бесспорными ввиду того, что обе стороны молчаливо признают их таковыми или, по крайней мере, не заявляют против них возражений, когда такие возражения от них ожидаются как условие сохранения бремени доказывания на другой стороне» [7, с. 223]. Например, согласно ч. 8 ст. 86 Административного процессуального кодекса Республики Армения, непредставление ответа на иск может расцениваться административным судом как принятие ответчиком фактов, на которые ссылался истец.

Факты умолчания касаются освобождения стороны от бремени доказывания. Они непосредственно не вмешиваются в субъективные права человека, однако в случае отказа от права молчанием молчание рассматривается как согласие на непосредственное вмешательство в субъективное право человека.

Позиция высших судов Республики Армения об отказе от субъективного права молчанием. В судебной практике Республики Армения отсутствует единый подход к отказу от субъективного права молчанием (по правилу «молчание – знак согласия»). В зависимости от обстоятельств дела и характера субъективного права Кассационный суд РА и Конституционный суд РА (высшие суды РА) выразили разные позиции.

1. Правило «отсутствие возражения (молчание) является согласием» и распоряжение совместной собственностью. Высшие суды РА рассмотрели правомерность отказа от права совместной собственности молчанием, в частности вопрос о том, означает ли само по себе отсутствие возражения (молчание) сособственника на распоряжение совместной собственностью, что он согласен с действиями другого сособственника. Иначе говоря, может ли один из сособственников распоряжаться совместной собственностью, если не имеется возражения другого сособственника. Статья 198 ГК РА устанавливает: «2. Распоряжение имуществом, находящимся в совместной собственности, осуществляется по согласию всех участников независимо от того, кем из участников заключается сделка по распоряжению имуществом. 3. Каждый из участников совместной собственности вправе заключать сделки по распоряжению общим имуществом, если иное не предусмотрено соглашением участников».

Кассационный суд РА в постановлениях подчеркивает, что «...отсутствие возражения одного из сособственников свидетельствует о его согласии и наличии права у сособственника, заключающего сделку, на заключение сделки». Иными словами, при распоряжении общим имуществом действует «...презумпция наличия согласия сособственников и права на заключение сделки» (постановление от 27 декабря 2011 г. по делу номер ԵԱԶԴ/1023/02/10). Таким образом, Кассационный суд РА в сфере распоряжения имуществом, считающимся совместной собственностью, сформировал правило «отсутствие возражения является согласием».

Конституционный суд РА постановлением УՂՈ-1009 от 24 февраля 2012 г. отметил, что в смысле реализации права собственности, в частности права распоряжаться имуществом, выражение «отсутствия возражения является согласием» логически противоречит принципу «усмотрения лица», или, иными словами, «проявления автономной воли субъектов правоотношений», вытекающего из ст. 31 Конституции РА в редакции от 2005 г., так как в этом случае правовой отправной точкой является не заключение сделки в условиях неустановления иного порядка согласия, а **конкретное наличие усмотрения лица в вопросе реализации права собственности**. В указанных случаях отчуждение имущества может иметь место только при **позитивном волеизъявлении** каждого из сособственников. В отличие от Кассационного суда РА, Конституционный суд РА в случае права совместной собственности отверг применение правила «отсутствие возражения является согласием».

2. Правило «отсутствие возражения (молчание) является согласием» и распоряжение органами (тканями) человека после его смерти. В ст. 7 закона РА «О трансплантации органов и (или) тканей человека» до изменений и дополнений от 6 апреля 2009 г. было установлено, что органы и (или) ткани у трупа в целях трансплантации могут быть изъяты только в случаях, если при жизни данное лицо дало на это письменное согласие. Согласно этому положению, отказ от соматического права допустим, если лицо при жизни четко и недвусмысленно дало согласие на изъятие у него после смерти органов в целях трансплантации.

Статья 7 указанного закона с изменениями от 6 апреля 2009 г. была изложена в следующей редакции: «В целях трансплантации органы и ткани у трупа не могут быть изъяты только в том случае, когда данное лицо при жизни в порядке, установленном законодательством РА, отказалось после смерти выступать в качестве донора органов и тканей». Таким образом, если до законодательного изменения у трупного донора в целях трансплантации могли изъять органы и (или) ткани в условиях данного им заранее письменного согласия, то после законодательных изменений предусматриваются два условия: у трупного донора изъять органы и (или) ткани могут: 1) если лицо при

жизни письменно не выразило возражения (согласие, данное молчанием, или предполагаемое согласие. – А. Г.) и 2) если родные (родственники) данного лица в условиях отсутствия согласия о трансплантации после смерти этого лица дали согласие (опосредованное согласие. – А. Г.).

Защитник прав человека РА оспорил в Конституционном суде РА конституционность ст. 7 рассматриваемого закона. Ответчик, возражая против аргументов заявителя, отметил: «Исследование законодательства зарубежных стран, международно-правовых документов, регламентирующих необходимое для трансплантации органов и (или) тканей согласие или разрешение, дает возможность выделить две основные модели правового регулирования. Подавляющее большинство государств считает обязательным согласие донора до трансплантации органов, однако различны способы выражения согласия:

1) предполагаемое согласие (согласие лица имеется до тех пор, пока оно четко не отказалось от использования своих органов);

2) позитивное согласие, когда лицо при жизни дает четкое согласие на использование его органов после его смерти».

Конституционный суд РА в постановлении УЎП-913 от 14 сентября 2010 г., учитывая имеющийся международный опыт, отметил: «В условиях нынешнего правового регулирования закона РА “О трансплантации органов и (или) тканей человека” в Армении лицо имеет гарантированную возможность беспрепятственно выразить свою волю о проблеме выступления в качестве трупного донора после его смерти, чем гарантируется реализованность его прав и свобод, установленных ст. 3, 14, 16 и 17 Конституции РА, а если такое решение по какой-то причине отсутствует (не четко), то оспариваемые нормы закона запрещают трансплантацию органов, тканей трупа без согласия родных (родственников), что также преследует социально справедливую цель».

Конституционный суд РА признал приемлемой ту логику закона, согласно которой человек после своей смерти может выступать в качестве трупного донора, если при жизни не откажется от выступления в качестве такового и после его смерти для трансплантации его органов имеется согласие его родственников (опосредованное согласие).

Позиция Европейского суда об отказе от субъективного права молчанием. По делу «Загородников против России» (*Zagorodnikov v. Russia*, 7 июня 2007 г.) Европейский суд отметил, что заявитель не отказался в прямых выражениях от своего права на публичное разбирательство дела судом. Что же касается подразумеваемого отказа от этого права, то Суд отмечает, что заявитель имел право на публичное разбирательство дела судом в соответствии с российским законодательством (см. выше, пункт 15 постановления). Поэтому у него не было необходимости специально ходатайствовать о проведении публичного разбирательства дела судом. Заявитель поэтому не отказался от своего права на публичное разбирательство дела судом – прямо или подразумеваемым образом.

Европейский суд по делу «Хеканссон и Стерессон против Швеции» (*Hakansson and Stureson v. Sweden*, 21 февраля 1990 г.) об отказе от права на публичные слушания выразил отличающееся от вышеуказанного дела решение. По этому делу Правительство отметило, что проведение закрытых слушаний не повлекло к нарушению ч. 1 ст. 6 Конвенции, так как заявители не ходатайствовали о проведении публичных слушаний, этим же отказываясь от своего права. Европейский суд отметил, что по данному делу заявители прямыми словами не отказались от права на участие в публичных слушаниях. Вопрос в том, имел ли место отказ молчанием. Учитывая, что заявители в апелляционных жалобах оспаривали законность аукциона, а в Швеции подобные судебные разбирательства обычно проводились без публичных слушаний, следовательно, можно было ожидать, что они должны были обратиться с ходатайством о проведении публичных слушаний, если для них такие слушания были важны. Однако они не обратились с таким ходатайством. Таким образом, они недвусмысленным образом отказались от права на публичные слушания в апелляционном суде Гетты. Заявители об этом не указали также и в своем заявлении о получении разрешения на апелляционную жалобу. Европейский суд также отметил, что по данному делу расследование не затрагивало такой вопрос публичного значения, в условиях которого было бы необходимо провести публичные слушания.

Как мы замечаем, для решения вопроса о допустимости отказа от права на публичные слушания молчанием принципиальным является вопрос о том, рассматривается дело данного характера по общему правилу в публичном порядке или нет. Если согласно общему правилу дела рассматриваются публично, то молчание лица – не обращение с ходатайством о проведении публичных слушаний (невозражение против закрытого или письменного порядка рассмотрения дела) – не может оцениваться как отказ от права. И наоборот: если с письменного разрешения или общим правилом является проведение закрытого разбирательства, то молчание лица – не обращение с ходатайством о проведении публичных слушаний – может оцениваться как отказ от права на публичные слушания.

Заключение. Под отказом от субъективного права молчанием мы понимаем государственно-правовое вмешательство в права лица по его молчаливому согласию, когда для вмешательства в его права требуется согласие лица, однако компетентный орган отсутствие возражения (несогласия) носителя права (молчание) рассматривает как предполагаемое согласие человека на вмешательство. В целом недопустимо рассмотрение молчания в качестве согласия на вмешательство в право. В противном случае представление возражения превратится в обязанность.

Молчание лица не может быть истолковано как согласие на вмешательство в право особенно в том случае, когда компетентный орган в конкретной ситуации должен действовать *ex officio* и принять благоприятный для лица акт. В подобных случаях бездействие частного лица не означает, что он согласен на вмешательство в его права. Например, право на встречный опрос для государства (органа, осуществляющего производство) *ex officio* вызывает обязанность его обеспечения, что означает, что подсудимый не обязан в каждом случае ходатайствовать органу, осуществляющему производство, о приглашении в суд свидетеля, давшего против него показания. Незаявление ходатайства о приглашении в суд свидетеля *per se* не означает, что подсудимый молчанием согласился на оглашение показаний свидетеля, данных в ходе предварительного следствия, и этим же отказывается от права на встречный опрос.

Ссылки:

1. Wilken S., Ghaly K. *The Law of Waiver, Variation, and Estoppel*. N. Y., 2012. 538 p.
2. Rose A. *Forfeiture of Confrontation Rights Post-Giles: Whether a Co-conspirator's Misconduct Can Forfeit a Defendant's Right to Confront Witnesses* // *The N.Y.U. Journal of Legislation and Public Policy*. 2011. Vol. 14, no. 1. P. 281–322.
3. Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ : учебник / пер. с нем. Я.М. Плошкиной. 6-е изд., с доп. и изм. Красноярск, 2004. 352 с.
4. Юдельсон К.С. *Избранное: Советский нотариат. Проблема доказывания в советском гражданском процессе*. М., 2005. 616 с.
5. Кузнецова О.А. Отказ от права как односторонняя сделка: проблемы правоприменительной практики // *Актуальные вопросы юриспруденции* : сб. науч. тр. по итогам междунар. науч.-практ. конф. Екатеринбург, 2016. С. 82–84.
6. *Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики)* / под ред. д-ра юрид. наук Т.Г. Морщаковой. М., 2012. 584 с.
7. Смирнов А.В. *Формальные средства доказывания в уголовном праве и процессе* : монография. М., 2018. 240 с.

References:

- Beulke, W & Ploshkina, YaM (transl.) 2004, *Criminal and procedure law of the Federal Republic of Germany*, textbook, 6th ed., Krasnoyarsk, 352 p., (in Russian).
- Kuznetsova, OA 2016, 'Waiver of right as the unilateral transaction: problems of law enforcement practice', *Aktual'nyye voprosy yurisprudentsii: sb. nauch. tr. po itogam mezhdunar. nauch.-prakt. konf.*, p. 82-84, (in Russian).
- Morschakova, TG (ed.) 2012, *Standards of fair justice (international and national practices)*, Moscow, 584 p., (in Russian).
- Rose A 2011, 'Forfeiture of Confrontation Rights Post-Giles: Whether or not Co-conspirator's Misconduct Can Forfeit a Defendant's Right to Confront Witnesses', *The N.Y.U. Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 14, No. 1, pp. 281-322.
- Smirnov, AV 2018, *Formal items of evidence in criminal law and procedure*, monograph, Moscow, 240 p., (in Russian).
- Wilken, S & Ghaly, K 2012, *The Law of Waiver, Variation, and Estoppel*, New York, 538 p.
- Yudelson, KS 2005, *Selected issues: Soviet notarial system. The problem of proof in the Soviet civil procedure*, Moscow, 616 p., (in Russian).