

**ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

отдел гражданского законодательства и процесса

На правах рукописи

Синицын Сергей Андреевич

**ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ ОБ АБСОЛЮТНЫХ И ОТНОСИТЕЛЬНЫХ
СУБЪЕКТИВНЫХ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВАХ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

диссертация на соискание ученой степени

доктора юридических наук

*Научный консультант – доктор
юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки
Российской Федерации
Суханов Евгений Алексеевич*

Москва 2017

Содержание

Введение 3

Глава I.

Абсолютные субъективные гражданские права

§ 1. Обзор и критика господствующих представлений о специфике абсолютных прав	33
§ 2. Всеобщая пассивная юридическая обязанность как признак абсолютного права	54
§ 3. Соотношение абсолютных и вещных прав	96
§ 4. Абсолютные права и принцип Numerus clausus	157
§ 5. Абсолютность исключительных прав	235
§ 6. Абсолютность личных неимущественных прав	260
§ 7. Абсолютная природа субъективных прав и их абсолютная защита	275

Глава II.

Относительные субъективные гражданские права

§ 1. Обязательства как основной вид относительных субъективных гражданских прав	293
§ 2. Реституционные права и правоотношения: понятие, содержание, проблемы классификации	332
§ 3. Корпоративные права как особый вид относительных прав	358
§ 4. Относительная природа притязания, охранительного субъективного права, «виндикационного правоотношения»	388

Глава III.

Абсолютные и относительные субъективные права: проблемы соотношения

§ 1. Общие законодательные и теоретические основы разграничения абсолютных и относительных прав в российском и зарубежном гражданском праве	415
§ 2. Теоретическая концепция абсолютного и относительного субъективного гражданского права	453
§ 3. Проблема «смешанных» и промежуточных форм абсолютных и относительных прав	480
§ 4. Абсолютная защита относительных прав: реальность, механизм, влияние на классификацию субъективных прав	490
§ 5. Соотношение абсолютных прав и правоотношений	540

Заключение	561
------------	-----

Библиография	592
--------------	-----

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность диссертационного исследования

Восстановление основ частноправового регулирования в системе российского права и законодательства является длительным многоэтапным процессом последовательной законотворческой работы, которая во многом базируется как на инструментарии цивилистической науки, выполняющей функции анализа, обоснования, моделирования, прогнозирования, так и на складывающихся подходах правоприменительной практики, показывающих востребованность, корректность и своевременность конкретных законодательных инициатив. Вместе с тем в современных условиях развития государства и права обособленное развитие национальной правовой системы в изоляции от международного и зарубежного опыта правового регулирования оказывается невозможным.

Современное российское гражданское законодательство отражает естественные сложности переходного этапа развития системы права в условиях развития рыночных отношений и усложнения их правовой регламентации, ориентированной, в том числе, и на сближение с европейскими подходами, что является необходимым условием правовой интеграции. В Указе Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» прямо указывается, что целью текущей реформы гражданского законодательства является сближение положений ГК РФ с правом Европейского союза, использование новейшего положительного опыта модернизации гражданских кодексов ряда европейских стран. Определение методологии использования зарубежного опыта и пределов его заимствования для эффективного развития отечественного частного права с сохранением национальных традиций - актуальная и долгосрочная задача текущих правовых реформ.

Реформирование системы российского гражданского законодательства, к сожалению, сопряжено с просчетами и недостатками. Отдельные спонтанные, бессистемные изменения ГК РФ, попытки излишней детализации гражданско-правового регулирования непосредственно в

Кодексе, лишаящие текущую работу по совершенствованию гражданского законодательства необходимых качеств последовательности, стабильности и системности в условиях рассогласованности и отсутствия внутреннего единства источников гражданского законодательства, очевидной пробельности и законодательной неопределенности правовой регламентации норм и институтов важнейших подотраслей современного гражданского права (вещное, корпоративное, обязательственное, интеллектуальное), связываются не только с отсутствием тщательной предварительной научно-теоретической проработки своевременности и последствий отдельных законодательных инициатив, но и с явным недостатком в современных российских цивилистических исследованиях (с учетом меняющихся условий имущественного оборота и проверенного правоприменительной практикой зарубежного опыта осмысления этих закономерностей) моделирования системы и основополагающих элементов гражданско-правового регулирования: правоотношение, субъективные права, их система и критерии классификации.

Невозможно утверждать, что изучение специфики абсолютных и относительных субъективных прав исчерпано наукой гражданского права зарубежных государств. И здесь, с одной стороны, трудно найти академический курс гражданского права, в котором не приводилось бы классификации субъективных прав на абсолютные и относительные, с другой - нельзя не отметить отсутствие комплексных монографических исследований по этой проблеме. Учеными лишь вскользь подчеркивается неясность значения абсолютности и относительности в классификации субъективных гражданских прав как в современности, так и в ретроспективе, в том числе различное употребление и комбинации понятийных пар абсолютное/относительное, вещное/обязательственное¹. Данное обстоятельство само по себе свидетельствует о своевременности и целесообразности комплексного транснационального научно-теоретического

¹ Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2007. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. S. 47.

исследования вопросов понятия, системы и структуры субъективных прав как важного объекта правового регулирования.

Глобализация мировой экономики, трансграничное развитие бизнес-структур, непрерывный обмен опытом и тесное научное сотрудничество европейских цивилистических школ сформулировали новые цели и задачи перед сравнительным правоведением, которые не исчерпываются техническим сопоставлением норм в национальных законодательствах отдельных государств, а состоят в выявлении повторяющихся и индивидуальных закономерностей развития правовых институтов в русле общей тенденции сближения подходов к правопониманию в правовых системах современности, что влечет за собой смену парадигм в науке частного права. В этих условиях сравнительное правоведение становится весомой опорой и инструментом совершенствования национального законодательства.

Таким образом, актуальность избранной темы и целесообразность ее раскрытия при помощи методологии сравнительно-правовых исследований, определяется рядом факторов, взятых в совокупности.

Во-первых, субъективные права исторически и по существу являются базовым, если не главным, элементом гражданско-правового регулирования и системы частного права в целом. Поэтому всестороннее изучение их понятия, системы и структуры является необходимым условием и предпосылкой развития национального законодательства, адекватного отражения в нем развивающихся имущественных взаимоотношений субъектов права. В настоящее время в российской науке гражданского права отсутствует развитое и завершенное в смысловом единстве учение о субъективных гражданских правах, соответствующее запросам и потребностям развивающихся социально-экономических отношений, научно обоснованным критериям их классификации. Именно этим обстоятельством объясняются частые (во многом схоластичные и демагогичные) дискуссии и сомнения российских авторов о необходимости и целесообразности выделения системы вещных прав, восприятие дихотомии абсолютных и

относительных прав как теоретического нагромождения, споры о самостоятельности и «смешанной» природе корпоративных и интеллектуальных прав. В конечном счете именно с этими обстоятельствами следует связать и нормативно предусмотренную возможность применения к корпоративным правам общих положений об обязательствах (ст. 307.1. ГК РФ), а к интеллектуальным правам - положений о вещном праве (ст. 1227 ГК РФ), что провоцирует вопросы об их видовой самостоятельности и целостности в системе частного права.

Коренные текущие преобразования в российском гражданском праве предполагают достижение ясности в вопросах систематизации субъективных гражданских прав по тем или иным критериям, что может быть обеспечено тематическими комплексными научно-теоретическими исследованиями. Одним из ключевых вопросов, подлежащих в связи с этим скорейшему разрешению, является научно-теоретическая обоснованность классификации субъективных прав по признакам рода и вида не только в науке, но и в системе гражданского законодательства, что представляет собой необходимое условие и этап дальнейшего совершенствования гражданского законодательства.

Во-вторых, предусмотренная национальным законодательством специфика защиты отдельных групп субъективных прав (различаемых по субъектам легитимации, предмету исковых требований и по последствиям их удовлетворения) предопределена содержательными особенностями защищаемого права, а потому ее выявление наукой и отражение в законодательстве необходимо для создания условий обеспечения всемерной охраны гражданских прав, профилактики правонарушений.

В-третьих, гармонизация и унификация европейского частного права требует однообразного понимания смысла и значения используемого в законодательстве и правоприменительной практике понятийного аппарата и институтов частного права, чем обусловлена тенденция сближения и взаимообогащения доктрины частного права в гражданском праве государств континентальной Европы. На данный момент в теории российского и

зарубежного континентально-европейского гражданского права отсутствует единая целостная теория абсолютных и относительных субъективных гражданских прав. Уместно говорить лишь о проработке отдельных аспектов данной темы учеными-цивиристами, о фрагментарном уточнении и дополнении правоприменительной практикой сложившихся в науке подходов к интерпретации и пониманию субъективных прав (преимущественно в случаях рассмотрения споров об их защите).

В целях выявления единства картины правопонимания в европейском частном праве и формулировки общего учения об абсолютных и относительных правах целесообразно не только исследование специфики абсолютных и относительных прав в свете изменения российского законодательства – требуется и анализ в этом аспекте богатого зарубежного опыта в сочетании с взвешенно-критическим решением вопроса о возможности и необходимости, пределах и эффективности использования последнего в отечественном праве.

Предмет, объект, эмпирическая основа диссертационного исследования

Объект исследования составляют гражданские правоотношения и субъективные гражданские права. Предмет диссертационного исследования включает в себя теоретические вопросы, касающиеся проблем понятия, признаков и системы абсолютных и относительных субъективных прав в законодательстве, правоприменительной практике и доктрине правопорядков континентальной Европы.

Работа основывается на анализе действующего российского и зарубежного гражданского законодательства и практики его применения, изучении и развитии существующих научно-теоретических концепций субъективных прав и оснований их классификации в российском и зарубежном гражданском праве.

Цель диссертационного исследования

Цель диссертационного исследования состоит в формулировке авторской концепции понимания содержательных признаков абсолютных и относительных субъективных прав, в исследовании общего и

индивидуального в процессе становления видов субъективных прав в системе частного права государств континентальной Европы, в рассмотрении отличительно-содержательных характеристик субъективных прав, классифицируемых по критериям абсолютности и относительности.

Задачи диссертационного исследования

Для достижения поставленной цели решались следующие задачи:

1) рассмотреть господствующие общетеоретические представления о понятии, видах и системе субъективных гражданских прав в аспекте их абсолютности и относительности в доктрине частного права;

2) предложить и обосновать критерии классификации субъективных прав по родовым и видовым признакам в системе права;

3) выявить критерии и принципы принятой и должной классификации субъективных прав и правоотношений на абсолютные и относительные в системе права;

4) применительно к цели диссертационного исследования рассмотреть взаимосвязь сущностного содержания субъективного права и объема его правовой защиты. Оценить возможность абсолютной защиты относительных прав;

5) изучить юридическую природу всеобщей негативной юридической обязанности и оценить обоснованность ее рассмотрения как идентификационного признака абсолютного права;

6) Исследовать комплекс вопросов о соотношении абсолютных и вещных, интеллектуальных, личных неимущественных прав;

7) На примере обязательственных, корпоративных и реституционных правоотношений определить сущность и характерные черты относительных субъективных прав;

8) Оценить допустимость теоретического моделирования субъективных гражданских прав смешанной юридической природы (квазиабсолютные, вещно-обязательственные, абсолютно-относительные);

9) предложить и обосновать авторскую концепцию понимания и критериев классификации абсолютных и относительных прав;

10) сформулировать обновленные общетеоретические подходы к пониманию гражданского правоотношения и субъективных гражданских прав, разграничению субъективного права и отдельного правомочия.

Теоретическая основа и степень разработанности темы

Следует констатировать отсутствие комплексных научно-теоретических разработок проблематики абсолютных и относительных субъективных прав не только в российской, но и в зарубежной юридической науке, что является фактором, замедляющим своевременное научное обеспечение и сопровождение законотворческого процесса.

Наиболее детальной доктринальной разработке институт абсолютных и относительных субъективных гражданских прав подвергся в зарубежном континентальном гражданском праве.

В Германии тематика критериев классификации субъективных прав получила развитие благодаря фундаментальным исследованиям Г. Хуфеланда (G. Hufeland), Д. Чесне (дю Шене) (D. Chesne), Е. Зингера (E. Singer), Р. Дубишара (R. Dubischar), содержательным выдержкам из работ Е. Бухера (E. Bucher), Х. Вильгельма (H. Wilhelm), П. Эртмана (P. Oertmann), Р. Иеринга (R. Jhering), Г. Штауба (H. Staub), Г. Дернера (H. Doerner) и др. В Швейцарии следует отметить работы Р.Х. Вебера (R.H. Weber), В. Портмана (W. Portmann), занимающихся проблемой научного содержания и целостности пограничных форм абсолютных и относительных субъективных прав. Во Франции важный вклад внесен отдельными работами М. Планиоля (M. Planiol), В. Дросса (W. Dross), Ф. Малэри (P. Malaurie) и др. В Нидерландах особенно значимы труды Е.М. Майерса (E.M. Meijers), В. Снайдерса (W. Snijders), Т.Ф. Йона (Th.F. Jong), Е. Ханк-Береншхота (E. Rank-Berenschot), Т.Х.Д. Струэжена (T.H.D. Struysken). В восточноевропейских правовых порядках необходимо выделить несколько не потерявшие значимости монографию венгерского ученого Л. Тота (L. Tóth), работы Ш. Лубы (S. Lyby) и Я. Лазара (J. Lazar), статьи и главы в учебниках по гражданскому праву чешских юристов В. Кнаппа (V. Knapp), К. Чапека (K. Čapek), Й. Слунечковой (J. Slunéčková) и др.

В российской юридической науке проблематика субъективных прав развивалась непоследовательно и отчасти стихийно. В дореволюционный период вопросы о содержании и классификации субъективных прав, получив фрагментарное отражение в трудах цивилистов и теоретиков права (преимущественно в учебных курсах гражданского права), были разработаны в меньшей степени. Это объясняется индивидуально-исторической спецификой развития науки гражданского права в России, которая проявилась в скудости глубоких научно-теоретических разработок общих проблем гражданского правоотношения, общего понятия и отдельных видов субъективных прав². Вместе с тем научно-теоретические основы, позволившие в последующем развить учение об абсолютных и относительных правах, были заложены именно дореволюционной школой российских цивилистов, к числу которых следует отнести Е.В. Васьковского, Ю.С. Гамбарова, Д.Д. Гримма, К.Д. Кавелина, К.П. Победоносцева, В.И. Синайского, Г.Ф. Шершеневича и др.

Крупнейшие научно-теоретические разработки, необходимые для последующего создания общего учения об абсолютных и относительных субъективных гражданских правах, приходится именно на советский период развития российского гражданского права, который в рассматриваемом аспекте наиболее ярко демонстрирует тесную продуктивную взаимосвязь научных трудов теоретиков права (Александрова Н.Г., Кечекьяна С.Ф., Матузова Н.И., Мицкевича А.В., Явича Л.С. и др.) и цивилистов - М.М. Агаркова, С.И. Аскназия, С.Н. Братуся, М.И. Брагинского, А.В. Венедиктова, В.К. Райхера, Д.М. Генкина, Е.А. Флейшиц, О.С. Иоффе, В.А. Дозорцева, А.Г. Певзнера, Р.О. Халфиной и др. Впрочем лишь немногие (точнее единичные) из них, в частности исследования В.К. Райхера, Д.М. Генкина, Е.А. Флейшиц, посвящены специальному исследованию абсолютных и относительных прав - остальные лишь фрагментарному рассмотрению отдельных вопросов, связанных с проявлениями абсолютности и

² См.: Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М., 2003. С. 89, 154, 159, 167-169, 171, 240.

относительности субъективных прав в том или ином аспекте и условиях их развития.

Нельзя не отметить, что цивилистика советского периода испытывала на себе сложности отрицания частноправовых начал в регулировании гражданских правоотношений и развивалась как своего рода самобытная правовая культура, основанная на иных принципах регулирования, позиционируемая в противовес буржуазному гражданскому праву, историография которой начинается после октябрьской революции практически без учета достижений дореволюционной и зарубежной цивилистической науки. Как следствие из советского гражданского права и оборота исчезли основополагающие юридические институты: вещные права, исключительные права, корпоративные права, недвижимость, владение. Соответственно отпала и потребность в исследовании отдельных видов субъективных прав (вещных, исключительных, корпоративных), которым не отводилось места в рубриках общей части учения о советском гражданском праве³.

Современные вызовы диктуют необходимость восполнения сложившихся пробелов в науке частного права, требуя обобщения накопленных знаний и выработки новых теоретических подходов и решений к пониманию и классификации субъективных прав на основе богатого научного наследия российской цивилистической школы (как дореволюционного, так и советского периодов) с учетом имеющегося зарубежного опыта в условиях непрерывного развития социально-экономических отношений, усложнения имущественного оборота и необходимости его адекватного правового регулирования. Современными авторами разрабатываются общие вопросы понятия и структуры гражданского правоотношения (Л.А. Чеговадзе, В.П. Камышанский, В.А.

³ Ср.: Генкин Д.М., Новицкий И.Б., Рабинович Н.В. История советского гражданского права. М., 1947. С. 28; Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР // О.С. Иоффе Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 166-167, 176; Красавчиков О.А. Советская наука гражданского права (понятие, предмет, состав и система) // О. А. Красавчиков. Категории науки гражданского права. Избранные труды. М., 2005. Т. 1. С. 422; Перетерский И. Советские гражданские кодексы // Советское право. 1927. № 6. С. 50.

Белов и др.), в том числе, во взаимосвязи с развитием социально-экономических отношений (В.Ф. Яковлев, Г.А. Гаджиев, С.В. Третьяков, А.Г. Карапетов), исследуется проблематика понятия, структуры и отдельных видов субъективных гражданских прав (А.Л. Маковский, Е.А. Суханов, Д.В. Ломакин, К.И. Скловский, В.С. Ем, Л.О. Красавчикова, Л.Ю. Василевская, Л.Ю. Михеева, И.А. Емелькина, В.П. Мозолин, А.С. Комаров, В.В. Безбах, И.А. Зенин, М.Н. Малеина, В.С. Толстой, О.В. Гутников и др.). Вместе с тем в появляющихся в последнее время отдельных диссертационных работах российских авторов, посвященных рассмотрению проблематики абсолютных прав, положения, выносимые на защиту, нередко составляют давно известные взгляды, изложение и пересказ которых едва ли продвигает вперед юридическую науку⁴. Некоторые диссертанты при обосновании собственных воззрений на предмет исследования пользуются господствующими представлениями о классификации субъективных прав на абсолютные и относительные как аксиомой⁵, в то время как понятие и критерии абсолютности и относительности субъективных прав уже многие десятилетия продолжают «эксплуатироваться» в научных, учебных, методических изданиях по гражданскому праву без разработки (дополнения, пересмотра, уточнения) общего учения об абсолютных и относительных субъективных правах в форме постулатов, догм и аксиом, что вряд ли можно считать обоснованным.

Методологическая и эмпирическая основа диссертационного исследования

Методологическую основу диссертационного исследования составляет совокупность общенаучных и частнонаучных приемов и методов исследования правовых и общественных явлений, в том числе конкретно-исторического, диалектического, формально-логического, метода сравнительно-правовых исследований.

⁴ Ср.: Хатунцев О.А. Субъективные вещные права как разновидность абсолютных имущественных прав: проблемы теории и практики: автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 2015. С. 13-14.

⁵ Ср.: Сидорова О.Ю. Информация как объект абсолютных и относительных гражданских правоотношений: дис... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 66, 114.

Эмпирическую базу исследования составили нормы российского и зарубежного гражданского права, правоприменительная практика, комментарии, правовые доктрины и концепции, разработанные наукой частного права.

Выбор диссертантом европейского континентального частного права в качестве основного объекта предпринятого в диссертации сравнительно-правового исследования обусловлен рядом обстоятельств.

Мировой опыт правового регулирования содержит множество вариантов нормативного и научно-теоретического моделирования содержания, признаков, критериев классификации и систематизации субъективных прав. Не обнаруживается достаточных оснований к огульному отторжению опыта правового регулирования этого вопроса в конкретных, заранее определенных правовых системах и культурах. Однако обращение исследователя, занятого изучением проблематики понятия, структуры и системы субъективных прав в частном праве, к англосаксонскому и американскому праву видится уместным для констатации объективно несопоставимых подходов правоприменительной практики и научных школ романо-германской и англо-американской правовых семей, что изначально не обеспечивает достаточных условий для комплексного «внутреннего» исследования рассматриваемой проблематики, выявления общих и особенных черт развития теории субъективных прав в конкретных правопорядках, входящих в систему частного континентального европейского права. Текущие реформы гражданского законодательства в странах романо-германской правовой семьи (Франция, Германия) имеют общую цель и направленность в адаптации действующего национального законодательства к складывающемуся опыту международно-правового регулирования, что в первую очередь сказалось на модернизации общих положений национальных кодификаций, и главным образом - разделов об обязательственном праве⁶. Сближение национальных континентально-

⁶ См.: Prieto C. Regards croises sur les principes du droit europeen du contrat et le droit francais. Puam, 2003; Lorenz S., Riehm T. Lehrbuch zum neuen Schuldrecht. München, 2001.

европейских законодательств предусмотрено перспективой долгосрочного бизнес-сотрудничества в рамках ЕС, в связи с чем директивы ЕС задают временные и рамочные программные условия, в которых должна быть осуществлена модернизация национального законодательства конкретного европейского правового порядка. Правовые системы отдельных правовых порядков континентальной Европы могут выступать объектом рецепции только при условии, если инициатор заимствования детально изучил место и значимость зарубежного правового института, учел исторические предпосылки и назначение его появления в зарубежном законодательстве, проанализировал, выявил и предложил варианты предупреждения проблем правоприменительной практики, связанных с его использованием в правовой системе государства-реципиента.

На современном этапе развития процесс унификации европейского права на наднациональном уровне далеко не завершен. Европейскими юристами активно и в целом положительно обсуждаются принципы, определения и модельные правила европейского частного права, к которым подготовлен комментарий⁷. Однако и этот документ несовершенен по своему содержанию и системе, поскольку ориентирован на расширение правового регулирования отдельных, частных вопросов, которые в кодификациях европейских правовых порядков решаются различно, в том числе и вследствие национальных особенностей и специфики развития последних. Он свидетельствует только о текущих процессах унификации европейского частного права, причем в отдельно избранных сферах правового регулирования. В любом случае выработка единых подходов к регулированию гражданских правоотношений на наднациональном уровне предполагает ясность в базовых юридических понятиях и институтах.

Применительно к предмету диссертационного исследования в работе показаны различные предпосылки становления и специфика континентально-европейской и англо-американской правовых традиций, несопоставимые

⁷ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Articles and Comments / Chr. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (eds.). Munich, 2009.

методологические подходы, разность юридического мышления и категориального аппарата в названных правовых семьях, подчеркивается историческая привязка российского гражданского права именно к романо-германской правовой семье. В частности, установлено, что в англосаксонском и американском праве значение и ценность категории субъективного права были доведены до общественного сознания правоприменительной практикой, а не доктриной права, что демонстрирует не научные методы доказательств и систематизации знаний, а казуистику, партикуляризм и одновременно верховенство правоприменительной практики.

Вместе с тем безосновательным видится предположение о том, что англосаксонское или американское право в отличие от континентального принципиально не знакомы со спецификой и юридическими последствиями деления субъективных прав на абсолютные и относительные⁸. Вопрос заключается лишь в степени влияния и возможности адаптации подходов школ английских и американских юристов в отечественном праве, эффективности сравнительных исследований в этой части для российского частного права, корректности сопоставления научно-практических разработок в англо-американской и романо-германской правовых семьях, которые существенно и принципиально расходятся уже на этапе формулировки исходных, базовых юридических понятий (*choses in action*, *intangibles* и *choses in possession*; *rights in rem* и *rights in personam*; *term of years absolute*; *estate in fee simple absolute in possession* и др.), что одновременно влечет различие смысловой нагрузки используемых терминов в категориальном аппарате различных систем права.

Именно этими обстоятельствами, а не догмами или стереотипами мышления объясняется основное внимание и преимущественное обращение диссертанта к законодательству, судебной практике, правовой доктрине

⁸ Ср.: The commentaries of Sir William Blackstone Knight, on the Law and Constitution of England. Oxford, 2009. P. 269; Kocourek A. Rights in Rem // University of Pennsylvania Law Review. 1920. Vol. 68. № 4. S. 332-336; Akkermans B. The Principle of Numerus Clausus in European Property Law. Oxford, 2008. P. 346.

государств континентальной Европы, а не к источникам англо-саксонского и американского права.

Применительно к целям и предмету исследования диссертант отрицает допустимость, обоснованность и эффективность использования приемов и методов, разработанных в рамках экономического анализа права (Law and Economics) ввиду их идеологически-агитационной основы, искусственно нивелирующей самостоятельность права и правосознания.

Научная новизна диссертационного исследования

В диссертации впервые в российской цивилистической науке разработано логически завершенное и комплексное научно-теоретическое учение об абсолютных и относительных субъективных правах, их признаках, принципах и системе, в связи с чем диссертантом выявлен комплекс общих тенденций становления и развития наиболее важных институтов и подотраслей гражданского права в государствах континентальной Европы, доктрина которых составляет теоретическую базу для взаимного учета опыта моделирования и гражданско-правовой регламентации общественных отношений, приобретающего интернациональное значение в условиях правовой интеграции и глобализации правовых систем современности.

Диссертация является первой попыткой комплексного, целостного и системного монографического исследования юридической сущности абсолютных и относительных субъективных прав не только в российском, но и в европейском континентальном частном праве, что позволило диссертанту оценить состояние, значимость, тенденции и перспективы развития научных представлений о содержании абсолютных и относительных субъективных прав и их влияние на гражданско-правовое регулирование и правоприменительную практику, сформулировать ряд новых положений, обобщающих результаты проведенного исследования.

На защиту выносятся следующие положения:

1. Установлено, что по своему содержанию гражданское правоотношение включает в себя не только субъективные права и обязанности, но и отдельные правомочия, запреты, ограничения, которые не

всегда входят в структуру конкретных субъективных гражданских прав и обязанностей, а могут являться самостоятельными элементами гражданского правоотношения. Вместе с тем обосновано, что субъективные гражданские права, правомочия, обязанности, запреты, ограничения возникают, осуществляются и прекращаются в пределах гражданского правоотношения и не существуют вне его, поскольку predeterminedены юридическими фактами, порождающими возникновение, изменение и прекращение гражданских правоотношений.

2. Установлено, что классификация субъективных гражданских прав осуществляется по родовым (на абсолютные и относительные) и видовым (на вещные, обязательственные, корпоративные, исключительные, личные неимущественные, наследственные) признакам, выполняя при этом различные функции: видовые признаки определяют специфику возникновения/прекращения, осуществления и защиты конкретного вида субъективного гражданского права, а родовые характеризуют общие содержательные особенности для одного или нескольких видов субъективных гражданских прав.

Доказано, что деление субъективных прав на абсолютные и относительные, вещные и обязательственные образует две самостоятельные, различные классификации субъективных гражданских прав, соотношение которых определяется взаимосвязью вида и рода.

Обосновано, что различия между вещными и обязательственными правами как видами субъективных гражданских прав состоят в подотраслевых принципах регулирования и осуществления этих субъективных прав, а не в сформулированных доктриной их отличительных признаках, поскольку такие признаки выражают собой аксиоматические постулаты и их использование при квалификации природы конкретного вида субъективных прав неэффективно.

Доказано, что классификационные признаки субъективного гражданского права не являются критериями выделения разновидностей гражданских правоотношений, поэтому классификации субъективных

гражданских прав и правоотношений не совпадают. В связи с этим обосновано, что классификация на вещные и обязательственные, абсолютные и относительные применима только к субъективным правам, а не к правоотношениям.

3. Выявлены и обоснованы существенные различия субъективного права и правомочия. Правомочие может пониматься как отдельный элемент структуры субъективного права в случае совпадения его носителя и субъекта права, либо как отдельное правомочие, осуществляемое субъектом права не в собственном, а в чужом интересе (исполнитель завещания, представитель, лицо, действующее в чужом интересе без поручения). Из этого следует, что субъективное право и отдельное правомочие должны различаться по признакам самостоятельности их осуществления (на свой страх и риск, своей властью и в своем интересе), оборотоспособности и объему правового содержания, реализуемого в интересах субъекта права.

Указано на недопустимость отождествления категорий «правомочие», характеризующего степень свободы управомоченного субъекта в гражданских правоотношениях, и «полномочие» как главного элемента компетенции органа власти или должностного лица в публичном праве, правовое положение которых определяется исключительно обязанностями перед государством и обществом, но не содержанием субъективных прав, осуществляемых в интересе и свободой волеизъявлений субъекта гражданского права.

4. Доказано, что абсолютные и относительные субъективные права различаются не «по числу обязанных субъектов», а по специфике содержания и целям правового регулирования.

Абсолютность права нельзя отождествлять с его неограниченностью или бессрочностью, поскольку существование неограниченных по объему субъективных прав принципиально невозможно, а бессрочность характеризует только период осуществления конкретного субъективного права безотносительно к его содержанию.

Обосновано, что классификация субъективных прав на абсолютные и относительные права не основана на источниках и эмпирической догме римского права и не связывается с развитием новых общественных отношений в обороте, требующих специального регулирования, а является продуктом эволюции системы континентально-европейского частного права, основанной на выделении общей части и дифференциации правовых институтов при кодификации гражданского законодательства.

5. Обосновано, что абсолютность субъективных гражданских прав характеризуется следующими признаками, которые вытекают из того обстоятельства, что регулирование абсолютных прав осуществляется преимущественно императивным методом, обеспечивающим единообразие правовых последствий осуществления права и может определяться, в частности, тем, что:

а) непосредственная правовая связь субъекта права с объектом права устанавливается посредством определения объема и содержания правомочий субъекта, меры его юридического господства (власти) над объектом, при этом правовое положение третьих лиц в регулирование абсолютных прав не входит;

б) абсолютные права формируют статус субъекта в статике гражданских правоотношений (вещные права, личные неимущественные права), поскольку абсолютность права предполагает статичное состояние, а не объем (пределы или широту) юридических возможностей управомоченного лица;

в) осуществление абсолютных прав предопределено волей и действиями управомоченного лица и не зависит от поведения других лиц;

г) цели защиты абсолютных прав состоят в сохранении, а при необходимости и в восстановлении указанной правовой связи субъекта права и его объекта;

д) интерес управомоченного лица в абсолютных правах направлен на сохранение уже существующего или восстановление существовавшего до

правонарушения правового положения и в этом смысле может характеризоваться пассивной направленностью.

6. Обосновано, что в противоположность абсолютным правам относительные гражданские права возникают в динамике оборота, их возникновение обусловлено юридическими фактами, обосновывающими взаимодействие нескольких субъектов гражданского права (обязательственные, корпоративные, наследственные права), в силу чего могут характеризоваться следующими общими признаками:

а) относительные права характеризует юридическая связанность субъектов права, а не статическое состояние принадлежности объекта права субъекту как в абсолютных правах;

б) возникновение и осуществление относительных прав объективно связаны с интересами субъектов в правовом взаимодействии, правовые формы которого определены нормами права или условиями конкретного договора;

в) для возникновения, осуществления и защиты относительных прав требуется деятельное взаимодействие и совместное волеизъявление нескольких субъектов права, состоящих в статусе обязанных и управомоченных лиц в едином гражданском правоотношении, содержание которого и предопределяет их взаимные права и обязанности;

г) в отличие от прав абсолютных интерес управомоченного субъекта в относительных правах направлен не на сохранение, а на изменение существующего положения в гражданском обороте (возникновение новых, изменение или прекращение существующих гражданских прав);

7. Доказано, что исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации не отвечают характеристикам (признакам) абсолютных прав, поскольку абсолютность исключительных прав господствующим воззрением доктрины связывается только с необходимостью их защиты от противоправной узурпации любыми несвязанными с правообладателями и неправомочными на их осуществление

лицами, в то время как диапазон правовой охраны не является определяющим правовую природу охраняемого права.

Отнесению исключительных прав к разновидности абсолютных прав, в частности, препятствует:

- правовой режим множественности лиц на стороне правообладателя, при которой допускается возможность одновременной принадлежности исключительного права на один объект разным лицам, не связанным в своих действиях интересами других правообладателей, каждый из которых является самостоятельным субъектом прав, осуществляющим гражданские права своей волей и в собственном интересе. Это сочетается с тем, что юридические последствия осуществления исключительного права одним правомочным субъектом могут касаться всех правообладателей и влечь последствия в виде прекращения исключительного права одновременно для всех правообладателей;

- срочность исключительных прав, независимо от намерений правообладателя и его волеизъявления на их прекращение (срок действия исключительных прав, исчерпание исключительных прав);

- регламентированные в императивных нормах законодательства в пользу не связанного с правообладателем неопределенного круга лиц в целях обеспечения общественного прогресса, роста инноваций, поддержки добросовестной конкуренции широкие возможности использования охраняемых исключительным правом результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации (право преждепользования, свободное использование, принудительная лицензия);

- высокая социальная значимость исключительных прав, препятствующая отождествлению их содержания только с возможностью произвольного запрета нарушения или присвоения объекта правовой охраны неправомочными лицами, что подтверждается признанной зарубежным опытом обязанностью истца в споре о защите нарушенного патентного права доказать добросовестное приобретение и использование запатентованных решений в собственной текущей производственной деятельности.

8. Обосновано, что нематериальные блага (жизнь, здоровье, телесная неприкосновенность, свобода передвижения) в их ненарушенной стадии не являются объектами гражданских правоотношений в силу их принадлежности к естественным правам личности – личным неимущественным правам, защита которых обеспечивается нормами международного права и международными судебными органами непосредственно вне связи с ограничениями, предусмотренными национальным законодательством.

Личные неимущественные права, объектом которых является жизнь, здоровье, телесная неприкосновенность, свобода передвижения, не могут рассматриваться как вид субъективных гражданских прав ввиду несвязанности их осуществления и защиты с гражданской правосубъектностью и дееспособностью, что в свою очередь препятствует распространению на них классификаций гражданских прав по родовым и видовым признакам. Предусмотренная российским гражданским законодательством их абсолютная защита направлена на компенсацию причиненного их нарушением вреда, а не на восстановление состояния, предшествовавшего правонарушению.

9. Доказано, что относительность характеризует обязательственные и корпоративные права, но проявляется в них различно.

Относительность в договорном праве проявляется в его регулятивной и охранительной функциях. Регулятивная функция относительности обязательственных прав обеспечивает свободу контрагентов по своему усмотрению реализовывать избранную ими в условиях действия принципа свободы договора цель обязательства, в том числе обеспечивает предсказуемость развития обязательственного правоотношения, включая возможные взаимные притязания и предоставления между сторонами обязательства. Охранительная функция относительности обязательственного правоотношения обеспечивает нераспространение последствий соглашения контрагентов на обязанности других лиц, не являющихся участниками договора.

По своему содержанию и структуре в договорном праве относительные права создают механизм саморегуляции, поскольку ими регулируется правовая связь равноправных и независимых друг от друга субъектов, как правило, сочетающих в своем статусе права и обязанности. Таким образом, это - правовые отношения лиц, объединившихся для изменения положения в правовой среде (обороте) и приобретающих в результате этого взаимодействия качественно новый гражданско-правовой статус, из которого следуют взаимные правомочия и притязания.

В корпоративных правоотношениях проявляется сложная структура взаимосвязи субъективных корпоративных прав, выраженная в наличии двух уровней относительности: между участниками корпорации субъективные корпоративные права равнонаправлены (осуществляются в собственных интересах участников корпорации, которые являются тождественными), а в отношениях между участниками корпорации и самой корпорацией осуществление и защита корпоративных прав разнонаправлена, поскольку в этом случае интересам участников корреспондируют интересы корпорации, которые при осуществлении корпоративных прав должны быть согласованы и не порождать корпоративных конфликтов. В отношениях между материнскими и дочерними обществами относительность корпоративных прав может быть осложнена сочетанием элементов и признаков равнонаправленности и разнонаправленности, что обусловлено особыми юридическими фактами (корпоративный контроль, взаимное участие в уставных капиталах), а также дополнительными гарантиями, предоставленными в силу закона дочернему обществу.

10. Установлено, что относительность обязательственного правоотношения в современном частном праве не исчерпывается только условиями обязательства, правами и обязанностями его участников, как это было характерно для римского права (в его пандектной трактовке) или для гражданского права эпохи первичного становления капиталистических отношений.

Участие третьих лиц в обязательстве существенно трансформирует структуру и содержание обязательства, поскольку на стадии исполнения обязательства третьи лица рассматриваются как самостоятельные адресаты требований и субъекты, волеизъявление которых изменяет содержание обязательства, первоначально установленного соглашением кредитора и должника.

В сравнении с абсолютными правами содержание относительных прав в большей степени может быть ограничено широкими полномочиями судов при толковании договора, снижении штрафных санкций, взыскании заранее определенных договором убытков, применении «каучуковых» норм (добросовестность, недопустимость обхода закона), предоставлении повышенных гарантий слабой стороне договора, применении положений о действии «обычно предъявляемых требований» к содержанию обязательства и справедливых условиях договора к квалификации правоотношений контрагентов.

11. Доказано, что всеобщая пассивная юридическая обязанность по ненарушению чужих субъективных прав не является гражданско-правовой, поскольку ее соблюдение не влечет возникновения гражданско-правовых последствий, являясь общей публичной регулятивно-охранительной юридической обязанностью, распространяющейся на всех без исключения лиц, подчиненных правопорядку. Обязанность по ненарушению чужих субъективных прав является критерием правомерного поведения, показывает связь государства и подпадающих под его юрисдикцию субъектов права.

Отличия пассивной юридической обязанности по ненарушению чужих прав от гражданско-правовой обязанности состоит в том, что выполнение гражданско-правовой обязанности, как правило, является условием осуществления самого субъективного гражданского права. Напротив, невмешательство в чужое субъективное право является не гражданско-правовой обязанностью, а характеризует правомерность поведения третьих лиц, корреспондирующую не каждому из существующих субъективных прав,

а общему абсолютному запрету, установленному нормой объективного права для предотвращения правонарушений.

Обязанность воздержания от нарушений чужих субъективных прав не может быть адресной и связываться с их конкретным видом, не являясь при этом признаком отдельных субъективных прав: правопорядок не может выборочно допускать нарушение одних прав и запрещать нарушение других.

12. Доказано, что закрытый перечень (*numerus clausus*) содержательно характеризует одну из черт императивного метода регулирования гражданских правоотношений, задавая строгие рамки автономии воли субъекта права в осуществлении его гражданской правоспособности, и не является идентифицирующим признаком отдельных видов субъективных гражданских прав, поскольку принцип закрытого перечня не отражает специфики содержания какого бы то ни было субъективного права.

Установлено, что отклонения (отступления) от закрытого перечня субъективных прав, как правило, инициированы правоприменительной практикой, дающей объективную оценку состоянию и эффективности правового регулирования и направляющей законотворческий процесс по пути преодоления неопределенности в праве. Например, эфитевзис, суперфиций, преимущественное право покупки, право вещных выдач изначально регулировались договорами и лишь вследствие накопления правоприменительной практикой опыта их использования в обороте были императивно регламентированы законодателем.

Обосновано, что и в вещном, и в обязательственном праве императивное регулирование типов правоотношений является вынужденным вмешательством в свободу усмотрения субъектов частного права – с той лишь разницей, что в вещном или корпоративном праве *numerus clausus* означает категорический императив, имплицитный запрет создания соглашения субъектов непоименованного в законе вида вещного права или вида юридического лица (корпорации), а в обязательственном (договорном) праве императивные предписания правовых норм составляют регулятивный механизм, устанавливающий необходимые условия возникновения и

осуществления субъективных гражданских прав (например, обязательные требования к форме сделки, установленные в законе существенные условия договора, система типов и видов договоров).

13. Обоснована несостоятельность научно-теоретического моделирования смешанных типов субъективных гражданских прав (вещно-обязательственных, абсолютно-относительных, квазиабсолютных и др.), которая обусловлена ошибочной квалификацией правоотношений и влечет за собой ошибки в правоприменительной практике и законопроектной работе.

Так, в диссертации обосновано, что квалификация отдельных правомочий арендатора, следующих непосредственно из закона, в качестве вещно-правовых (право следования, возможность вещно-правовой защиты) ошибочна, поскольку наделение законодателем арендатора правом на предъявление виндикационного и негаторного иска к третьим лицам и собственнику-арендодателю являются вынужденным и обусловлено отсутствием в российском законодательстве развитой системы посессорной и петиторной защиты владения, а сохранение договора аренды в силе в случае смены собственника арендуемой вещи является следствием перемены лиц в обязательстве в силу закона и никаких последствий для арендатора, связанных с осуществлением вещных прав, в действительности порождать не должно.

14. Договорные обязательства не гарантированы от противоправных и недобросовестных действий других лиц - интервентов⁹. Но при этом само договорное обязательство может быть нарушено только его стороной, на которой лежит конкретная гражданско-правовая обязанность, что обусловлено структурой обязательства и гражданско-правовым статусом должника. Действия интервента создают лишь внешний фон и экономическую мотивацию, являясь стимулом для нарушения договорных обязательств их участниками.

⁹ Термин является условным, но наглядно характеризует противоправность действия третьего лица, вторгшегося в чужое обязательство, способствуя его нарушению.

Поведение интервента, склоняющего участника договора к нарушению установленных договорных обязанностей, является противоправным, причиняющим вред кредитору и должно пресекаться гражданским правом с помощью деликтной, а не договорной ответственности, поскольку речь идет о противоправных действиях как разновидности деликта за вред, причиненный нарушением обязательственных прав.

15. Доказано, что реституция как общее последствие недействительности сделки не относится ни к общим, ни к специальным способам защиты нарушенных субъективных гражданских прав. Ее применение аналогично последствиям гражданско-правовой ответственности (применение реституции императивно заменяет собой ожидаемые для сторон и третьих лиц правовые последствия недействительной сделки; издержки, понесенные на исполнение недействительной сделки и возврат сторон в первоначальное положение, возмещению не подлежат и составляют дополнительные неблагоприятные последствия от заключения и исполнения недействительной сделки).

Применение реституции не обусловлено нарушением конкретных субъективных прав, а является юридическим последствием факта недействительности сделки *ex lege*, наступление которого по российскому праву не всегда прямо обусловлено волеизъявлением лица, обращающегося за судебной защитой права. При применении реституции действует общая санкция в виде юридической ничтожности волеизъявления участников недействительной сделки, влекущая одновременно и утрату правовых оснований произведенного исполнения по такой сделке.

Реституционное правоотношение сторон при недействительности сделки не является типичным гражданским правоотношением для лиц, действующих своей волей и в своем интересе, добровольно принимающих на себя юридические последствия совершения юридически значимых действий в товарообороте. Его содержание формализовано и унифицировано нормой объективного права, действие которой определяет содержание действий участников недействительной сделки как императивную юридическую

обязанность активного типа. Структура и содержание реституционного правоотношения не включает в свой состав субъективное гражданское право и не идентифицирует участника недействительной сделки как правообладателя. Форма реституции как общего последствия недействительности сделки, определенная непосредственно в норме закона, предопределена задачей единообразного соблюдения законности, в чем состоит баланс частных и публичных интересов в правовом регулировании.

16. Показано, что разграничение охранительных и регулятивных правоотношений в гражданском праве не является обоснованным решением, поскольку охранительная функция права неотделима по своей сути от регулятивной.

Нарушение конкретного субъективного гражданского права влечет в силу закона возникновение адресного правомочия на его защиту, которое реализуется в предусмотренных законодательством процессуальных формах на различных стадиях гражданского процесса. Притязание не является разновидностью субъективного гражданского права, а выражает собой волеизъявление управомоченного лица, реализуемое в границах правовых возможностей и формах, определенных содержанием субъективного права и законодательно установленными гарантиями его защиты в правоприменительной деятельности.

Доказано, что нарушение вещного права как основание вещного иска не влечет за собой возникновение обязательственных правоотношений между субъектом вещного права и правонарушителем и не является трансформацией вещного права в обязательственное, не видоизменяет содержание вещного права, поскольку цели вещного иска состоят в устранении нарушения вещного права, а право на вещный иск реализуется только в процессуальном, но не в материальном гражданском правоотношении.

Теоретическая значимость исследования

В российской науке гражданского права настоящее диссертационное исследование является первым опытом научно-теоретического осмысления и

разрешения проблем понятия и соотношения абсолютных и относительных субъективных прав на монографическом уровне. Аналогичных работ (по кругу поставленных проблем и предлагаемых авторских вариантов их решения) в доктрине европейского континентального частного права не имеется. Диссертация представляет собой первое комплексное сравнительно-правовое исследование, развивающее имеющиеся представления о понятии, системе, критериях классификации абсолютных и относительных субъективных гражданских прав. Полученные результаты могут быть использованы при преподавании общего и специальных курсов гражданского права, явиться основой будущих исследований проблематики гражданского правоотношения.

Практическая значимость исследования.

О практической востребованности комплексного разрешения проблемы понятия и классификации абсолютных и относительных прав в гражданском праве континентальной Европы объективно может свидетельствовать отсутствие в цивилистической теории разработанного учения об абсолютных и относительных субъективных правах в условиях активного использования этих понятий в законотворческом процессе, правоприменительной практике и академическом изложении курсов современного гражданского права:

- использование судами критериев абсолютности и относительности для защиты субъективных гражданских прав, влекущее существенные гражданско-правовые последствия (Россия, Франция, Австрия, Германия, Швейцария, Испания, Венесуэла);

- следование законодателя критериям абсолютности и относительности в целях нормативной систематизации субъективных гражданских прав (Австрия, Чехия);

- традиционное, хотя и точечное, обращение в учебной литературе большинства право порядков континентальной Европы к понятию и содержанию абсолютных и относительных прав.

Опыт правового регулирования показывает, что именно юридическая терминология, взятая в развитии, образует суть исходных юридических

понятий, принципов и институтов в догматике права, являясь необходимой предпосылкой становления системы национального законодательства в конкретном правовом порядке¹⁰.

Практическая значимость предпринятого диссертационного исследования обусловлена применимостью полученных результатов (о специфике вещно-правовой защиты, принципах вещных и обязательственных прав, защите обязательственных прав) при совершенствовании законодательства о вещном и обязательственном праве Российской Федерации. Материалы диссертации могут быть использованы также в учебном процессе при чтении общего курса лекций по гражданскому праву, сравнительному правоведению в сфере частного права.

Наряду с теоретическими положениями и выводами и на их основе диссертантом делается ряд предложений о концептуальных направлениях развития российского гражданского законодательства в части регулирования вещных прав, защиты имущественных прав, статуса независимых директоров, института корпоративного договора и др..

Апробация результатов исследования

Диссертация подготовлена в отделе гражданского законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

Основные идеи и положения, развиваемые в диссертационном исследовании, нашли отражение в научных публикациях автора, в выступлениях и докладах на научных конференциях и круглых столах.

Результаты проведенного диссертационного исследования использовались при выполнении государственного задания ИГиСП, представлении в Правительство Российской Федерации научных отчетов и аналитических записок по проблемам правового регулирования защиты имущественных, в частности вещных и обязательственных, прав (2013, 2014, 2015, 2016 г. «Благоприятная среда для развития предпринимательской

¹⁰ См. Васильковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. С. 405-407.

деятельности» в соответствии с планами государственного задания ИЗиСП), разработке и анализе в научных отчетах гражданско-правовых средств противодействия коррупции во исполнение подпункта «е» п. 2 Национального плана противодействия коррупции на 2014-2015 г, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 11 апреля 2014 г. № 226, при подготовке материалов к докладу Генерального прокурора РФ о состоянии законности и правопорядка в РФ за 2013 г. (в части конфискации имущества «in rem»), при проведении диссертантом юридической экспертизы законопроектов («О публичных сервитутах»; «О сервитутах»; «О внесении изменений в отдельные законодательные акты» (в части уточнения понятия «единый недвижимый комплекс»); «О государственной регистрации недвижимости»; «О залоге будущего урожая»; «О кадастровой деятельности»; О развитии Крымского федерального округа и свободной экономической зоне на территории Республики Крым и города федерального значения Севастополь»; «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части совершенствования наследственного права)» № 801269-6; «О защите прав юридических лиц при обращении в федеральную собственность для нужд Российской Федерации отдельных видов имущества и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и др., согласительных совещаниях по законопроектам в министерствах и ведомствах, аппарате Правительства РФ.

Основные положения диссертации также получили полное отражение в публикациях диссертанта, неоднократно излагались им в форме научных докладов и выступлений на заседаниях ученого совета ИЗиСП, на круглых столах и конференциях, в том числе: в 2014-2017 г.г. в рамках ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся, ежегодной школы-практикума молодых ученых-юристов.

Положения и результаты диссертационного исследования использовались диссертантом при ведении семинарских занятий со

студентами по общему курсу гражданского права по программе «бакалавриат» на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова, чтении лекций в магистратуре и аспирантуре ИЗИСП.

Структура диссертационного исследования

Структура диссертационного исследования обусловлена его предметом, целями и задачами и состоит из введения, трех глав, объединяющих шестнадцать параграфов, заключения, списка использованных сокращений и библиографического списка..

Глава I.

Абсолютные субъективные гражданские права

§ 1. Обзор и критика господствующих представлений о специфике абсолютных прав

Проблемой разграничения абсолютных и относительных прав следует считать то, что в литературе по гражданскому праву государств континентальной Европы, как и гражданском праве России не обнаруживается единых подходов к определению понятия и свойств абсолютности: одни авторы склонны понимать под абсолютностью всеобщую пассивную обязанность, другие - наиболее широкие возможности осуществления права, третьи - возможность предъявления иска к любому лицу, потенциально имеющему возможность совершить посягательство на вещь.

Как представляется, в этих интерпретациях речь идет о совершенно различных правовых явлениях: в первом случае характеристика дается не специфике содержания и существа гражданского права, а обязанности третьих лиц, во втором - о пределах осуществления права, в третьем - о круге ответчиков по заявляемому требованию, что подчеркивает более процессуальные особенности осуществления права на иск и потенциальное определение участников будущего процесса, чем специфику гражданского права вообще.

Вопрос о возможности и необходимости систематизации гражданских прав по принципу абсолютности на уровне гражданского законодательства того или иного правового порядка невозможно решить без выяснения вопроса о понятии и сфере действия абсолютных прав.

На протяжении нескольких столетий научные представления об абсолютных правах, как правило, исчерпываются противопоставлением их правам относительным, что нередко сопровождается заключением, что

абсолютным правам корреспондирует всеобщая юридическая обязанность пассивного характера, падающая на всех без исключения¹¹.

Впервые такой подход получил отражение в работах Г. Хюфеланда¹². В поисках всеобъемлющей классификации субъективных прав в начале XIX века под влиянием философских идей И. Канта, Р. Декарта, И. Фихте немецкая юриспруденция практически адаптировала философские конструкции абсолютности и относительности для собственного научного аппарата.

В развитие этих базовых положений в последующих исследованиях указывается, что абсолютные права действуют в отношении всех и каждого, их характеризует возможность нарушения любым третьим лицом, поэтому их точный персональный состав не требует предельной конкретизации¹³. В противоположность абсолютным относительные права исчерпываются взаимной связью субъектов, они направлены только в отношении должника или кредитора, но никак не против всех прочих лиц¹⁴. Вместе с тем абсолютность права часто отождествляется с неограниченным объемом правомочий по осуществлению господства над вещью либо с возможностью вчинить иск любому лицу в случае нарушения права. Но слияние абсолютности и неограниченности права ничем не оправдано, поскольку объем правомочий и его границы изначально связаны с вопросами осуществления права, но никак не определением его правовой природы и вида в системе субъективных гражданских прав.

В юридической литературе можно встретить множество интерпретаций определения абсолютного права, которое, как правило, конструируется как антипод правам относительным. И, наоборот, права относительные

¹¹ Нельзя согласиться с тем, что в основе такого понимания специфики абсолютных прав лежит позитивистский подход. Ср.: Гасанов К.К. Стремоухов А.В. Абсолютные права человека и ограничения прав // Правоведение. 2004. №1. С. 165. Характеристика абсолютного права как самостоятельного правового явления, в котором управомоченному лицу противостоит неопределенное число обязанных лиц, не следует из действующего российского закона, а изначально является доктринальной.

¹² См.: Hufeland G. Institutionen des gesammten positiven Recht. Jena, 1803.

¹³ См.: Steinnauer P.H. Les droits réel. Berne, 2007. Т. 1. Nr. 20.

¹⁴ См.: Gauch P., Schlupe W., Schmid J., Emmenegger S. Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Zuerich, 2008. Nr. 64.

моделируются как диаметрально противоположность правам абсолютным. Использование данного логического приема позволяет лишь выделить единичную специфику одного из сопоставляемых явлений, что позволяет прийти к выводу об отсутствии той же специфики у другого явления и именно этим обеспечен сравнительный анализ двух типов (групп) субъективных гражданских прав.

Считается, что речь идет о полярных, противоположных явлениях правовой действительности и едва ли не основном делении существующих субъективных прав. В частности, указывается, что к абсолютным правам относятся те, которые действуют против каждого, к относительным – права, которые действуют только против определенных лиц¹⁵, что абсолютные права обязывают неопределенный круг лиц, а относительные – строго определенных лиц: все субъективные права либо абсолютны, либо относительны¹⁶, что абсолютные права направлены против всех и каждого, кто им противостоит, будь то любое частное лицо или государство¹⁷, что частные права всегда направлены против определенных лиц (относительные права) либо против всех субъектов права (абсолютные права)¹⁸, что права, распространяющие свое действие на третьих лиц, являются абсолютными¹⁹, что в отличие от абсолютных прав относительные права могут устанавливаться только против должника или его правопреемников²⁰, что абсолютное право действует в отношении неопределенного круга лиц, а право относительное – в отношении одного или нескольких определенных

¹⁵ См.: Windscheid B. Die actio roemischen Zivilrecht von Standpunkte des heutigen Recht. Berlin, 1856. S. 149.

¹⁶ См.: Bucher E. Das subjective Recht als Normsetzungsbefugnis. Tuebingen, 1966. S. 133.

¹⁷ См.: Delgado L.R. El Derecho Fundamental a la intimidación. Madrid, 2005. S. 185. Cp.: Ibbara A.C. Curso de Derecho civil Vasco. Deusto, 1998. S. 55. Berdejo L., Rebullida S., Serrano L., Echeverría D., Heruández R., Albessa R. Elementos de derecho civil. T.3. Derechos Reales. Madrid, 2003. S. 52. Cp.: Buhofer S.P. Structuring the Law: The Common Law and the Roman Institutional System // SZIER. 2007. №5. P. 27.

¹⁸ См.: Portmann W. Wesen and System der subjektiven Privatrechte. Zuerich, 1996. S. 68, 132.

¹⁹ См.: Struycken T.H.D. De numerus clauses in het goederenrecht. Deventer, 2007. P. 245.

²⁰ См.: Yiannopoulos A.N. Property: the law of things – real rights – real actions. Louisiana, 1991. P. 376.

лиц²¹, что абсолютное право дает возможность частному собственнику в принципе неограниченную власть над вещами и при их посредстве над людьми²², что абсолютное право определяется тем, что в своем содержании предопределено волей управомоченного²³, что абсолютные права «принадлежат отдельным лицам просто, как индивидам», а относительные присущи лицам в качестве членов общества, состоящих в различных отношениях друг к другу²⁴, что абсолютный характер имущественного права проявляется в возможности пользоваться вещью и не допускать вмешательство в это пользование всех других лиц²⁵, что абсолютный характер состоит в признании права всеми и каждым, а не одним или несколькими определенными лицами²⁶, что характеристика абсолютности требует доказать не только лучшее, преимущественное право, но и право единственное, исключительное, не допускающее никакого сравнения и состязания²⁷, что абсолютная направленность гражданско-правовых форм предопределяет нахождение в обязанном состоянии всякого и каждого, кроме одного или нескольких лиц²⁸, что абсолютное право предоставляет «монопольную возможность действовать в своих интересах, т.е. это право на собственное поведение в целях удовлетворения признаваемых законом своих интересов»²⁹. Х. Рей исходит из более общей формулировки, утверждая, что

²¹ См.: Trimarchi P. *Istituzioni di diritto private*. Milano, 2011. P. 49. Baur J.F., Sturmer R. *Sachenrecht*, Muenchen, 2009. S.6. Larenz K. *Lehrbuch des Schuldrecht*. Bd. I. Berlin, 1993. S. 6-7

²² См.: Амфитеатров Г.Н., Виндикационный иск как способ защиты права собственности в СССР: дис... докт. юрид. наук. М., 1947. С. 66. Ср.: Кнапп В. *Собственность в странах народной демократии*. М., 1954. С. 144; Канторович Я.А. *Основные идеи гражданского права*. Харьков, 1928. С. 15-16.

²³ См.: Гамбаров Ю. *Обязательства с точки зрения общественной теории права* // *Юридический вестник*. 1879. Т.2. С. 194.

²⁴ См.: Blackstone W. *Commentaries on the Laws of England*. Chicago, 1870. Ch.1. P.123. Впрочем, сомнительным видится существование не только абсолютных и относительных, но и любых иных субъективных прав вне общества. Думается, в этом нет никакого теоретического, ни практического смысла.

²⁵ См.: Austin J. *Lectures on Jurisprudence*. London, 1885. P. 808.

²⁶ См.: Васильковский Е.В. *Учебник гражданского права*. М., 2003. С. 259.

²⁷ См.: Победоносцев К.П. *Курс гражданского права*. М., 2003. т.1. С. 619.

²⁸ См. Белов В.А. *Гражданское право, Т. III. Особенная часть. Абсолютные гражданско-правовые формы*. М., 2012. С. 11.

²⁹ Попондопуло В.Ф. *Абсолютные (монопольные) права предпринимателя* // *Правоведение*. 1994. №1.

в случае абсолютных прав правообладание может включать в себя полномочия по отношению к любому лицу, в относительных – только в отношении определенного лица³⁰, принципиально схожей точки зрения придерживается Д. Медикус, который считает, что абсолютные права действуют против любого, а относительные права в отношении конкретного лица и именно на различии абсолютных и относительных прав основана нормативная обособленность второй и третьей книг BGB³¹. Обращено внимание на то, что в абсолютных правах установлена предельно широкая обязанность в интересах одного лица - правообладателя, действующая против всех в отличие от относительных прав, где ответственность и осуществление предопределены связанностью только участников обязательства³². Утверждается, что характеристика абсолютности права позволяет описать не только зону личного усмотрения лица при осуществлении права, но и показать широкий спектр требований и притязаний правообладателя к третьим лицам³³. Интересным видится суждение о том, что абсолютные и относительные права должны рассматриваться как антитеза, их прототипом является «Собственность» и «Требование»³⁴, но такой подход сужает предмет исследования сопоставлением отдельных видов абсолютных и относительных прав частным примером соотношения вещных и обязательственных прав.

Предпринятый обзор мнений по вопросу понимания абсолютных и относительных прав при пестроте стиливых особенностей речи отдельных ученых демонстрирует однотипные интерпретации господствующим учением понятия абсолютных и относительных прав.

Раскрытие и взаимоотношопоставление понятий абсолютных и относительных субъективных прав в интерпретациях, предлагаемых

³⁰ См.: Rey H. Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentums. Bern, 2000. Bd.1. Rn. 212.

³¹ См.: Medicus D. Allgemeiner Teil des BGB. Heidelberg-München, 2006. S. 31, 32.

³² Bauer A. Lehrbuch des Napoleonischen civilrechts. Marburg, 1812. S. 66.

³³ Jansen N. Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik. Tübingen, 2003. S. 461.

³⁴ Gernhuber J. Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen Dritwirkungen. Tübingen, 1989. S. 45.

господствующей точкой зрения, изначально не может обеспечить успеха ни в выяснении сущности абсолютных/относительных прав в отдельном друг от друга ракурсе исследования, ни в формулировке их отличительных черт, выявляемых при их противопоставлении, поскольку за основу сравнения берется понимание абсолютного права как уже существующего юридического понятия (право обращено ко всем без исключения), в то время как относительное право в своем противопоставлении абсолютному берется не на стадии своего существования, а на стадии осуществления (правовая связь конкретных лиц).

Современными российскими исследователями предлагается и комплексное понимание абсолютности права, в связи с чем высказываются суждения о том, что абсолютный характер того или иного субъективного права выражается в нескольких элементах: наличие неопределенного круга лиц на стороне, обязанной по отношению к управомоченному субъекту; осуществление такого права посредством собственных активных действий лица; возложение пассивной обязанности на всех третьих лиц не препятствовать управомоченному в осуществлении его права и абсолютная защита от нарушений любыми третьими лицами как необходимые условия осуществления данного права³⁵. Полагаем, что совпадение всех перечисленных свойств для характеристики абсолютности субъективного права явно недостаточно. Так, возможность совершения собственных действий не является отличительной чертой определенного вида субъективных гражданских прав, в то время как диалектическое неразрывное единство права и корреспондирующей ему обязанности нуждается в специальном внимании и существенном уточнении, а возможность совершения собственных действий, с нашей точки зрения, является ядром и предпосылкой любого субъективного права. Понимание защиты как осуществления права не является общепринятой точкой зрения; связь

³⁵ См.: Бадаева Н.В. Владение и владельческая защита в зарубежном и российском гражданском праве. М., 2012. С. 133.

абсолютности субъективного права и его абсолютной защиты как причины и следствия нуждается в отдельных доказательствах.

В единичных случаях в литературе высказываются сомнения в целесообразности и эффективности выделения абсолютных и относительных субъективных прав в частном праве. К такому выводу приходит Г. Дернер, который одновременно оговаривает, что излагаемое им суждение получено «вскользь», что, впрочем, никак не мешает ему в заключении говорить о «непригодности почти двухсотлетнего противопоставления относительных и абсолютных прав»³⁶. Кстати, именно отвергнутый им же прием противопоставления относительных абсолютным субъективным правам использует сам Г. Дернером для обоснования собственной концепции относительности. Согласно его пониманию относительность означает обращенное к конкретному субъекту действие нормы права, вследствие чего такому индивидуализированному субъекту правом сообщаются правомочия и налагаются обязанности. Абсолютность возникает в том случае, когда «правовая норма распространяет свое действие в отношении неопределенного множества лиц, в равной мере обременяя и уполномочивая всех: противопоставление абсолютности и относительности характеризует в этой связи круг адресатов нормы. Он равнозначен известному в теории права противопоставлению специальных и общих юридических норм»³⁷. Дискуссионны выводы ученого и о том, что абсолютность права может характеризоваться запретом, обращенным ко всем за исключением правообладателя, будучи направленной на извлечение выгод от собственных действий, возможность совершения которых предоставлена правом лишь управомоченному лицу³⁸. Как видно, субъективное право редуцировано этим подходом запретом на совершение правовых возможностей, вытекающих из его содержания, по сути, запретом на его нарушение, что видится весьма спорным. Назначение субъективного права и запрета на его нарушение

³⁶ См.: Doerner H. *Dynamische Relativitaet: Der uebergang vertraglicher rechte und phlichten*. Muenchen, 1985. S. 374.

³⁷ Ibid. S. 375.

³⁸ Ibid. S. 375-376.

изначально осуществляют различные функции в механизме гражданско-правового регулирования: установление запрета имеет правоохранительное, а содержание субъективного права регулятивное значение. К тому же, если принять без доказательств положение о том, что любое субъективное право предоставляет управомоченному лицу сообщаемые его содержанием известные правовые возможности, то придется считать, что в этом смысле едва ли не каждое субъективное право может быть отнесено к числу абсолютных, в чем, думается, отсутствует какая-либо необходимость и смысл. Показательно и, что сам ученый в итоге сводит вопрос об абсолютности субъективного права, понимаемой через конструкцию правонаделения, к абсолютным нормам защиты не только вещного, но и обязательственного права³⁹.

Позиция Г. Дернера, в целом отрицающая обоснованность выделения и противопоставления абсолютных и относительных субъективных прав выглядит радикальной и новаторской, но она не свободна, по нашему мнению, от существенных недостатков. Ахиллесова пята позиции Г. Дернера просматривается в том, что ученый, отрицая целесообразность выделения абсолютных и относительных субъективных прав в теории гражданского права, подменяет необходимость приведения собственной аргументации в противовес излагаемым его оппонентами доводам, постановкой нового вопроса - об абсолютной и относительной силе норм объективного права. В результате норма объективного права и субъективное право сливаются ученым воедино. Вопросы действия норм объективного права по кругу лиц, содержания и структуры субъективных прав не являются взаимозаменяемыми и взаимоисключаемыми проблемами теории гражданского права, в связи с чем позиция Г. Дернера видится малоубедительной.

Внимания исследователя требуют выводы цитируемых ученых о том, что деление правоотношений на абсолютные и относительные не позволяет идентифицировать сами правоотношения и права, установить их специфику,

³⁹ Ibid. S. 377.

как это возможно, к примеру, при определении понятий вещных и обязательственных прав и правоотношений. Однако при этом не предлагается даже поверхностного видения назначения и смысла такой классификации субъективных гражданских прав и правоотношений⁴⁰.

Осмысление предпринятого обзора научных воззрений на природу абсолютных прав дает возможность сформулировать несколько общих замечаний, предоставляющих основания подвергнуть сомнению обоснованность господствующих точек зрения.

Первое состоит в том, что существо абсолютного права принято раскрывать при помощи особой терминологии, типичным примером которой являются выводы о «пределах действия» права и его «направленности». Однако при этом, как правило, не раскрывается не только значение данных терминов, но и не рассматриваются вопросы «действия» и «направленности» субъективного гражданского права во взаимосвязи с содержанием, структурой самого субъективного гражданского права.

Второе определяется тем, что в подавляющем большинстве случаев речь идет о количественных характеристиках обязанных лиц, а не о существовании права, позволяющем идентифицировать его в качестве абсолютного. По сути речь изначально ведется не о содержательной, а о количественно-структурной характеристике состава субъектов в гражданском правоотношении и субъективном праве. При этом используются весьма расплывчатые, неточные количественные критерии. Получается, что при таком подходе обязанных лиц должно быть больше одного или нескольких, но что будет считаться мерой нескольких: три, четыре, пять, десять, бесконечность? Неясно, когда количественные изменения в числе обязанных лиц должны перерасти в качественные, превратив право в абсолютное.

Третье основывается на констатации необоснованного сужения объектов абсолютных прав вещами, как и на неприемлемости ограничения пределов сферы действия абсолютных прав предметом вещного права.

⁴⁰ Ср.: Брагинский М.И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений // Гражданский кодекс России. Проблемы, теория, практика. Сб. памяти С.А. Хохлова. М., 1998. С. 113.

Четвертое полагается на недопустимость определения абсолютной природы субъективного права призрачным свойством неограниченности права, возведения интереса субъекта в осуществлении и защиты права в признак абсолютности.

Пятое состоит в недопустимости определения свойств и видов субъективного гражданского права объемом его защиты и кругом потенциальных ответчиков. Это проявляется прежде всего в том, что свойства абсолютности субъективного гражданского права определяются некоторыми учеными возможностью управомоченного лица предъявить иск о прекращении нарушения права к неограниченному кругу лиц. Думается, это сугубо процессуальный критерий, который вдобавок к этому предполагает наличие определенного ответчика в споре о праве гражданском, рассматриваемом по правилам искового производства. Само же право на предъявление иска, его мотивация, определение ответчика составляют сферу правомочий истца. Право истца на то, чтобы его иск был рассмотрен судом и ему были предоставлены в судебном процессе конкретные процессуальные права, относится к публичной сфере. Полагаем, что право на заявление иска составляет право субъекта к государству, органам правосудия и не имеет прямого отношения и влияния на структуру, систему и определение субъективных гражданских прав.

Шестое состоит в критическом восприятии нами обоснованности отождествления и взаимозаменяемости деления субъективных прав и правоотношений по критериям абсолютности и относительности.

Отдельного внимания требует методологически важная для предпринятого нами исследования позиция Е.М. Майерса, предлагающего концепцию статической и динамической абсолютности гражданских прав. Первая определяется тем, что право относится ко всем без исключения, вторая тем, что в случае смены управомоченного субъекта правопреемник будет обладать тем же объемом прав, что и правопреступник⁴¹. Не вполне ясно при этом, в чем видятся отличительные характерные свойства

⁴¹ См.: Meijers E.M. *Algemene leer van het burgerlijk Recht*. P. 269.

абсолютных прав в сравнении с прочими субъективными гражданскими правами.

Палитра разносторонних точек зрения на проблематику абсолютных прав и явное отсутствие в цитируемых формулировках строгой индивидуальности и конкретики подталкивает многих авторов к гипотезам о существовании пограничных (смешанных) правовых явлений: абсолютно-относительные, квазиабсолютные, относительные права с абсолютным действием и т.д. При этом второстепенным, едва ли не недостойным изучения становится вопрос о научно-теоретической ценности и практической значимости этих конструкций, что лишено всяких оснований, поскольку моделирование смешанных типов разрушает единство критериев разграничения и, потому оказывает деструктивный эффект, смысл и действие которого по меньшей мере нуждается во всесторонней научной оценке.

Очевидно лишь то, что выше приведены абстрактные формулировки, требующие серьезной конкретизации и более пристального рассмотрения. В связи с этим весьма полезные аргументы удалось обнаружить в зарубежной литературе.

Итальянские цивилисты указывают, что в абсолютных правах субъект взаимодействует с объектом и не нуждается во влиянии посторонних лиц. Третьи лица противостоят и несут обязанность пассивного типа по отношению к управомоченному лицу. Абсолютное право существует непосредственно – независимо от желаний третьих лиц; управомоченное лицо реализует самостоятельно интерес, заложенный в содержание субъективного права, в то время как предметная область абсолютных прав не исчерпывается сферой вещных правоотношений⁴². В юридической литературе специально указывается, что вещные права не исчерпывают всего разнообразия прав абсолютных, являясь их наиболее употребляемым частным примером⁴³. В ограниченных вещных правах тот же абсолютный

⁴² См.: Torrende A., Schlesinger P. *Manuale di diritto private*. Milano, 2009. P. 65; Gazzoni F. *Manuale di diritto private*. Napoli, 2004. P. 65; Bigliuzzi G., Nicolo L. *Instituzioni di diritto private*. Milano, 1962. P. 18.

⁴³ См.: Franceschelli V. *Diritto Privato*. Milano, 2011. P. 112.

характер, различия лишь в особенностях содержания самого ограниченного вещного права: любые третьи лица должны воздерживаться от посягательства на существующее право, а само лицо пользуется преимуществами в сравнении с лицами, имеющими на ту же вещь права обязательственные⁴⁴.

Голландские цивилисты подтверждают, что сущность абсолютного права на имущество заключается в том, что правомочию субъекта права соответствует обязанность всех прочих лиц признавать его действие и воздерживаться от нарушения; управомоченное лицо вправе обращаться в суд по каждому факту нарушения в отдельности⁴⁵. Кроме того, делается вывод о том, что абсолютные и относительные права различны по своему характеру действия. Речь идет о содержании и свойствах субъективных гражданских прав. Цитируемыми авторами отмечается, что абсолютные права и правовые интересы, имеющие абсолютное действие (*kwalitatieve rechten*), обладают особой спецификой в сравнении с правами относительными. Данный вывод иллюстрируется на примерах сохранения абсолютного вещного права при смене собственника вещи и сохранения привилегированного положения одного из конкурсных кредиторов, право которого обеспечено залогом⁴⁶. Впрочем, высказанные аргументы цитируемых авторов скорее подчеркивают различия вещных и обязательственных прав в условиях слияния категорий вещности и абсолютности, в то время как ими на конкретных теоретических примерах позиционированы выгоды и преимущества, следующие из прав абсолютных.

В гражданском праве Германии отмечается, что категория абсолютного права заходит дальше, чем сфера действия вещного права. По мысли Й. Колера предметной областью понятия абсолютного права могут быть опосредованы не только права на нематериальные имущественные ценности,

⁴⁴ См.: Bigliuzzi G., Breccia U., Busnelli F.D., Natoli U. *Diritto civile*. Torino, 1987. P. 305; Вывод поддержан швейцарскими цивилистами - См.: *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht / herausgegeben Haucheer H., Walter P. Bd.IV. Sachenrecht*. Bern, 2010. S. 50-52.

⁴⁵ Reehuis W.H.M., Heisterkamp A.H.T. *Goederenrecht*. Deventer, 2001. P. 10.

⁴⁶ *Ibid.* S. 14-15.

представленные в изобретениях и промышленных образцах, но категория абсолютных прав помимо этого способна объединить в себе и вещные права⁴⁷. Абсолютные права могут также существовать на другие неовещественные объекты гражданских прав, которыми может распоряжаться по своему усмотрению субъект.

Австрийские цивилисты также не являются сторонниками причисления абсолютности к индивидуальным свойствам вещных прав. Так, П. Быдлинский указывает, что абсолютные права направлены против всех и каждого, их управомоченные субъекты пользуются широкими возможностями защиты против любого лица. Самый распространенный пример абсолютных прав - право собственности, но абсолютны также и право залога, авторские и патентные права⁴⁸.

Таким образом, специфика абсолютных прав не исчерпывается жесткой привязкой к объектам вещного права. Сферу действия абсолютных прав характеризует свобода управомоченного лица в выборе варианта поведения, возможность осуществления правомочий независимо от желаний всех прочих лиц. Следует согласиться с методологически верным выводом Р. Дубишара, что абсолютные и относительные права различны по своей сущности, независимо от того действует ли запрет на их нарушение в отношении одного (нескольких) или же всех третьих лиц⁴⁹. Принципиально важно отметить, что Р. Дубишар позиционирует различия абсолютных и относительных прав как данность, взятую в ретроспективе исторического развития, и не выясняет принципиальных основ этого разграничения. В результате осмысление противоречий в палитре научных воззрений привело ученого к выводу о том, что, с исторической точки зрения, эта дихотомия – результат ряда ошибочных интерпретаций и преждевременно сконструированных соответствий; с логико – философской точки зрения она страдает от того, что *principium divisionis* базируется на неточных основах

⁴⁷См.: Kohler J. Lehrbuch des Patentrechts. Leipzig, 1908. S. 157.

⁴⁸См.: Bydliniski P. Grundzuege des Privatrechts. Wien, 2007. S. 15.

⁴⁹См.: Dubischer R. Ueber die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Tuebingen, 1961. S. 140.

спекулятивной естественно-правовой аксиоматики. Этот важный вывод не мог не привести ученого к дальнейшим сомнениям о необходимости сохранения существования теоретической бисекции абсолютных и относительных прав в процессе развития гражданского права⁵⁰.

Существует и другое мнение, согласно которому абсолютные и относительные права не считают различными по сущности⁵¹ или же замыкают сферу действия абсолютных прав только на личных неимущественных правах⁵². Иногда утверждается, что «абсолютные правовые отношения в своей окончательной версии – комплекс относительных правовых отношений»⁵³. В данной связи, как видно, отождествлена специфика субъективного гражданского права и последствия его осуществления. Нет надобности и смысла спорить с тем, что осуществление абсолютного права может привести к возникновению одного или нескольких относительных прав между правомочным и определенным лицом. Но в данном случае возникает новая правовая модель взаимоотношений участвующих лиц, что не является перерождением ранее существовавшего абсолютного права. Речь идет об автономных гражданско-правовых конструкциях.

В отечественной литературе О.С. Иоффе обратил внимание на то, что вещные и обязательственные права включаются в различные рубрики классификации гражданских прав по их абсолютному и относительному действию⁵⁴. Однако само понятие абсолютного права конструировалось советской наукой гражданского права по количественному составу обязанных лиц, а не по содержательному критерию.

Проблема разграничения и определения сущностной основы абсолютных и относительных прав осложняется утверждением, что некоторые относительные права могут иметь абсолютное действие. При

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ См.: Doerner H. *Dynamische Relativitaet: Der Uebergang vertraglicher Rechte und Phlichten*. Muenchen, 1985. S. 25.

⁵² См.: Dulckeit H. *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*. Tuebingen, 1951. S. 48.

⁵³ Tóth L. *Abszolút es Relatív magánjogi jogviszonyok*. Budapest, 1933. P. 44.

⁵⁴ См.: Иоффе О.С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Сб. избранных трудов по гражданскому праву. М., 2000. С. 605.

таким пониманием получается, что абсолютные и относительные характеристики прав не являются взаимоисключающими, но сами права в таком случае имеют различное содержание. Еще П. Эртман указывал, что в споре претендентов речь идет не об относительном праве на предмет спора, а об абсолютном праве на притязание⁵⁵. Весьма своеобразно это сформулировано К. Ларенсом, заключившим, что отношение субъектов возникает также, когда речь идет о требованиях; в этом смысле любое причисление к правовой категории является абсолютным (*Absoluten Dimension der Zuordnung*)⁵⁶. В качестве следствия К. Ларенс требует, чтобы право на заявление требований (*Forderungsrecht*) было защищено от вмешательств, как и абсолютное право, по аналогии с прочим правом - § 823 BGB. На первый взгляд, позиция К. Ларенса кажется небезупречной: ведь притязание и иск всегда обращены против конкретного лица. Однако здесь, как представляется, характеристика дается не конкретному притязанию, а самой возможности защиты и беспрепятственному осуществлению прав. Лицо самостоятельно решает, заявлять ли ему соответствующее требование или нет, подобно тому, как субъект абсолютного вещного права определяет способ реализации существующего права. Оба названных субъекта формально независимы от всех прочих лиц. Однако в данном случае не стоит отождествлять вещные и абсолютные характеристики права, признав за лицом «право собственности» на иск или притязание, что было сделано К. Хельвигом, использовавшим в этих целях особое понятие «*Eigentum an Forderungen*»⁵⁷. На этом примере наглядно демонстрируется одна из граней различия вещных и абсолютных прав.

Рассмотрение точек зрения П. Эртмана и К. Ларенса предполагает выяснение вопроса о том, как связано абсолютное право кредитора и сами правомочия, заложенные в содержание его субъективного права в обязательстве. Резонный ответ дает П. Эртман, заключая, что сами по себе конкретные правомочия кредитора не формируются изначально как

⁵⁵ См.: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit // JhJ. 1916. Bd. 30. S. 157.

⁵⁶ Larenz K. Lehrbuch des Schuldrecht. Bd. I. Berlin, 1993. S. 574.

⁵⁷ См.: Hellwig K. Anspruch und Klagerecht. Jena, 1900. S. 418.

абсолютные, таковым является особое право, следующее уже из статуса кредитора, заключающее в себе требование о признании его правовых возможностей, адресованное любым третьим лицам. Права кредитора и право на признание его в этом статусе требуют различий и не могут отождествляться⁵⁸. Последнее носит акцессорный характер: если требования кредитора к должнику погашены или невозможны, то право на признание, обращенное к третьим лицам, прекращает свое существование⁵⁹. Ученый конкретизирует, что любое третье лицо может отвечать перед кредитором за виновное нарушение его абсолютного права на заявление причитающихся ему требований должнику⁶⁰.

П. Эртман прямо не отвечает на вопрос об основаниях возникновения абсолютного права кредитора, как и не рассматривает с присущей ему тщательностью вопрос о материально-правовом содержании и структуре этого права. Именно ответы на поставленные вопросы могли бы свидетельствовать в пользу автономии моделируемого абсолютного и основного обязательственного права кредитора. Схожим образом рассуждает Л. Тот, который обращает внимание на то, что в последнее время право собственности редко является результатом первоначального приобретения, зачастую к возникновению этого права приводят сделки на вторичном рынке. В противовес этому обязательства чаще всего возникают в результате первичного приобретения – покупка, займ, дарение – и реже являются результатом вторичного приобретения – цессии. Соответственно: собственность по своей сути относительна, но с точки зрения действия – абсолютна, обязательство же по сути абсолютно, но с точки зрения действия относительно⁶¹.

В учении П. Эртмана не обнаруживаются оснований, которые позволили бы избежать распространения разработанной им конструкции абсолютности на сферу вещного права. Результат такого внедрения состоял

⁵⁸ См.: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. S. 133;157-162.

⁵⁹ Ibid. S. 165.

⁶⁰ Ibid. S. 158.

⁶¹ См.: Tóth L. Op. cit. P. 3-4.

бы в том, что управомоченный субъект вещного права, которое по своей природе изначально является абсолютным, наделяется дополнительным, следующим из уже принадлежащего ему вещного права абсолютным правом, которое защищается не вещным иском, а особым правовым механизмом, предусмотренным § 823 BGB. Есть ли в этом хотя бы какая-нибудь практическая необходимость? Полагаем, что нет.

Иного мнения придерживается П. Эртман, который считает, что и в вещных правах следует отделить притязание от требований об устранении их нарушений, хотя и признает, что конструируемое им в этом случае абсолютное право на практике будет совпадать с уже существующим вещным правом и вытекающими из него притязаниями. Тем не менее эти обстоятельства никак не мешают цивилисту приводить в жизнь указанное разграничение. Вероятно, исходя из этих же соображений, П. Эртман заключает, что вступление в силу решения суда по виндикационному иску не подменяет и не может означать признания или подтверждения судом самого права собственности⁶², а спор о признании или подтверждении вещного права совершенно не зависит от виндикационного иска. Осмысление этих положений заставляет сделать вывод о том, что притязание о признании права рассматривается П. Эртманом не как следующее из субъективного вещного права, а из параллельного ему абсолютного права. Отдельное воплощение эта идея находит в мысли о том, что в основании иска о признании не лежит материальное право⁶³.

Позиция П. Эртманна и К. Ларенса развита в трудах Я. Вильгельма, который обосновывает, что согласно традиционному взгляду абсолютное и относительное право получает свойства абсолютности или относительности в отношении его объекта, однако и то и другое одинаково абсолютно применительно к их субъекту. Момент абсолютности здесь ассоциируется с особым положением управомоченного лица⁶⁴. Тем самым, с одной стороны, критерием классификации выступает причисление объекта к правовой

⁶² Ibid. S. 160.

⁶³ См.: Oertmann P. Der Dinglichkeitsbegriff // JdP. 1892. Bd. 19. S. 459

⁶⁴ См.: Wilhelm J. Sachenrecht. Berlin, 2007. S. 36.

категории на основании специфических характеристик самого субъективного права, в другом – причисление субъекта к соответствующему праву. Последнее, по мнению Я. Вильгельма, является абсолютной и в относительных правах. Очевидны объективная и субъективная характеристики абсолютности гражданских прав. Сказанное демонстрируется на примере положений § 433 BGB. Предположим, что сторонами А и В заключен договор купли-продажи вещи. До момента перехода права собственности вещь продолжает принадлежать продавцу на основании абсолютного права. Покупатель в соответствии с положениями ч. 1 § 433 BGB приобретает относительное право, но это не опровергает того, что притязание о передаче права собственности на вещь принадлежит покупателю и только ему, то есть, принадлежит ему абсолютно, точно так же, как абсолютное право собственности принадлежит только собственнику вещи.

Утверждение о присутствии абсолютных свойств у прав относительных в рассмотренном ракурсе, насколько нам известно, не встретило обстоятельной критики в современной немецкой литературе. Однако такое понимание встречает некоторые возражения. Возникновению статуса покупателя и продавца в приведенном примере предшествовал особый юридический факт – заключение договора между конкретными лицами. Права и обязанности сторон договора взаимосвязаны и не существуют в отрыве друг от друга. Сама по себе возможность действовать по своему выбору, решать вопрос о целесообразности совершения или несовершения определенных действий характеризует сферу правовых возможностей управомоченного лица, подчеркивает меру его юридической власти, но из этого не следует абсолютность принадлежащих ему прав. Соответствующая привилегированная возможность действовать по своему усмотрению возникла не непосредственно, а вследствие согласованного волеизъявления двух автономных субъектов частного права, не говоря уже о том, что действие соответствующего притязания изначально ограничено сферой интересов контрагента. Следовательно, правильнее говорить о

взаимном исключительном положении лиц, участвующих в договорных отношениях. По своему содержанию и направленности требование о передаче права собственности всегда будет обращено к конкретному лицу – продавцу, который будет считаться обязанным к совершению тех или иных действий в пользу покупателя. Выдвижение требования о передаче права собственности является предполагаемым и нормальным последствием сделки, до заключения которой ее участники действительно находились в независимом друг от друга имущественном положении. Обратный ход рассуждений, основанный на культивации идеи абсолютизации самого статуса участника гражданских правоотношений, может привести к выводам о возможности изолированного, автономного существования прав кредитора и обязанностей должника, что во многом делает бессмысленной саму конструкцию обязательства.

Современная российская судебная практика пошла по пути отождествления абсолютности и неограниченности права. В актах Конституционного Суда РФ отмечается, что конкретные права не могут считаться абсолютными, поскольку могут быть ограничены (в частности, судебная практика не считает абсолютными: право на выезд⁶⁵, право частной собственности⁶⁶, право на жилище⁶⁷, пассивное избирательное право⁶⁸, право

⁶⁵ См.: Постановление Конституционного суда РФ от 07.06.2012 №14-П по делу о проверке конституционности положений подпункта 1 статьи 15 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» и статьи 24 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» в связи с жалобой гражданина А.Н. Ильченко // «СПС «Консультант плюс».

⁶⁶ См.: Определение Конституционного суда РФ от 11.05.2012 N 680-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сергеенкова Алексея Николаевича на нарушение его конституционных прав статьей 115 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" // «СПС «Консультант плюс». Постановление Конституционного Суда РФ от 25.04.2011 N 6-П "По делу о проверке конституционности части 1 статьи 3.7 и части 2 статьи 8.28 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "СтройКомплект" // «СПС «Консультант плюс». Определение Конституционного Суда РФ от 21.06.2011 N 866-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мамедова Ильгара Али оглы на нарушение его конституционных прав частью 3 статьи 3.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях" // «СПС «Консультант плюс».

⁶⁷ Определение Конституционного суда РФ от 21 ноября 2013 г. N 1737-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Шабло Е.Э. на нарушение ее конституционных прав и конституционных прав несовершеннолетнего Шабло К.М.

собираются мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирования⁶⁹ и др.). Абсолютные права характеризуются Конституционным Судом РФ возможностью реализации «вне каких-либо требований и условий»⁷⁰. Нельзя не заметить, что в приведенных примерах речь идет о конституционно-правовом, а не гражданско-правовом понимании абсолютности субъективных прав. При этом Конституционный Суд РФ оставил без ответа вопрос о принципиальной возможности существования в правовой действительности субъективных прав с такими признаками. Едва ли не единственным исключением видится правовая квалификация права гражданина на судебную защиту, которое является «личным абсолютным неотчуждаемым правом каждого человека», которому в качестве «неотъемлемого элемента» корреспондирует обязанность исполнения вступивших в законную силу судебных актов⁷¹. Данный подход нашел опору в юридической литературе⁷².

Как видно, аналогичная по смыслу позиция была принята за ориентир Высшим Арбитражным Судом РФ и Верховным Судом РФ, но ее внедрение в текущую судебную практику было осуществлено не так последовательно,

положением части 1 ст. 91 Жилищного кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант+».

⁶⁸ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2011 N 1858-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Михайлова Евгения Ивановича на нарушение его конституционных прав положениями пунктов 8 и 11 части 10 статьи 15 Закона Ставропольского края "О некоторых вопросах проведения выборов в органы местного самоуправления в Ставропольском крае" // «СПС «Консультант плюс».

⁶⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 18.05.2012 N 12-П "По делу о проверке конституционности положений части 2 статьи 20.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пункта 3 части 4 статьи 5 и пункта 5 части 3 статьи 7 Федерального закона "О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях" в связи с жалобой гражданина С.А. Каткова" // «СПС «Консультант плюс».

⁷⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 01.03.2010 N 323-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ускова А. И. на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 46 Закона Российской Федерации "О средствах массовой информации" и пунктом 3 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации" // СПС «Консультант плюс».

⁷¹ Определение Конституционного суда от 10 октября 2013 г. N 1485-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Борохова О.В., Кауца В.А., Федотова А.Ю., на нарушение их конституционных прав ч. 2 ст. 1.7. и п. 5 ч. 1 ст. 24.5. Кодекса РФ об административных правонарушениях» // СПС «Консультант+».

⁷² См.: Жуйков В.М. Теоретические и практические проблемы конституционного права на судебную защиту: дис... д-ра юрид. наук. М., 1997. С. 5.

как это сделано Конституционным судом РФ. Так, в одном из Определений ВАС РФ указал, что право собственника распорядиться своим имуществом не является абсолютным, безусловным правом и может быть ограничено в случаях, предусмотренных законом⁷³. В другом Определении ВАС РФ закреплено, что право на суд не является абсолютным и может быть ограничено соглашением сторон об альтернативном способе разрешения спора⁷⁴. Одновременно ВАС РФ высказал позицию, что собственник обладает абсолютным правом на принадлежащее ему имущество⁷⁵. Верховный суд РФ не считает право собственности абсолютным, поскольку оно может быть подвержено различным ограничениям⁷⁶. В судебных актах арбитражных судов апелляционной и кассационной инстанций не обнаруживается четкого подхода к соотношению абсолютности и неограниченности гражданских прав. В одних случаях арбитражные суды признают абсолютный характер права собственности⁷⁷, в других лишают право собственности свойств абсолютности ввиду возможности ограничения⁷⁸. Суды общей юрисдикции среднего и основного звена при разрешении конкретных дел признают право собственности абсолютным правом⁷⁹.

⁷³ Определение ВАС РФ от 31.01.2012 N ВАС-16533/11 по делу N А56-2946/2011 // СПС «Консультант плюс».

⁷⁴ Определение ВАС РФ от 12.08.2010 N ВАС-9521/10 по делу N А07-26160/2009 // СПС «Консультант плюс».

⁷⁵ Определение ВАС РФ от 12.03.2012 N ВАС-2208/12 по делу N А51-3425/2010 // СПС «Консультант плюс».

⁷⁶ Определение Верховного Суда РФ от 10.11.2011 N КАС11-637 // СПС «Консультант плюс»; Определение Верховного Суда РФ от 10.11.2011 N КАС11-612 // СПС «Консультант плюс»; Решение Верховного Суда РФ от 14.09.2011 N ГКПИ11-841 // СПС «Консультант плюс».

⁷⁷ Постановление ФАС МО от 12 августа 2010 г. N КА-А40/8800-10 // СПС «Консультант плюс»; Постановление ФАС МО от 16 апреля 2010 г. N КГ-А40/2983-10-П // СПС «Консультант плюс»; Постановление ФАС МО от 29 апреля 2009 г. N КГ-А40/1913-09 // СПС «Консультант плюс»; Постановление ФАС МО по делу № КГ-А41/7243-07 от 8 августа 2007 г. // СПС «Консультант плюс».

⁷⁸ Постановление 9 ААС от 13 марта 2012 г. по делу N А40-62818/11-98-541 // СПС «Консультант плюс»; Постановление 15 ААС от 24.05.2012 №15АП-4149/2012 по делу №А53-27266/2011 // СПС «Консультант плюс».

⁷⁹ Определение Московского городского суда от 20 марта 2012 г. по делу N 33-6056/2012 // СПС «Консультант плюс»; Определение Московского городского суда от 21.02.2012 г. по делу №33-5611 // СПС «Консультант плюс»; Определение Московского городского суда от 16.02.2012 г. по делу № 33-1653 // СПС «Консультант плюс».

Неоднородный подход российской судебной практики к вопросам соотношения «абсолютности» и «неограниченности» субъективных прав объективно свидетельствует об отсутствии устоявшихся критериев на стадии правоприменения, позволяет сделать вывод об отсутствии единообразия судебной практики в этом вопросе, показывает дискуссионность отождествления понятий абсолютного и неограниченного в объеме субъективного права.

Логическая взаимообусловленность «абсолютности» и «неограниченности» субъективного гражданского права с неотвратимой неизбежностью предрешает ничем неоправданную гибель абсолютности в условиях верности утверждения о невозможности существования неограниченных прав. Истинность последнего утверждения вполне соответствует самой сути правовых отношений. В основу содержания любого субъективного гражданского права заложена мера правовой возможности (власти) субъекта права: безграничность является антиподом права. Однако пределы осуществления права не имеют прямого отношения к абсолютности как внутреннему свойству субъективного права.

Изложенное свидетельствует об острой дискуссионности, отсутствии комплексной научной разработки проблематики абсолютных субъективных гражданских прав, точечных и эпизодических часто противоречащих друг другу попытках правоприменительной практики привнести собственное толкование в значимость содержательной основы абсолютных и относительных субъективных прав, чем в совокупности подтверждается актуальность настоящего исследования.

§ 2. Всеобщая пассивная юридическая обязанность как признак абсолютного права

В дореволюционной юридической литературе содержание пассивной обязанности раскрыто К.И. Малышевым: не тревожить, не мешать, не

захватывать, терпеть осуществление чужих прав⁸⁰. К.П. Победоносцев указывал, что «право на вещь возбуждает всеобщую безусловную отрицательную обязанность относительно хозяина вещи не делать ничего, что могло бы нарушить его право. Эта обязанность лежит на всяком, кто не сам хозяин. Личное право (требование) возбуждает не общую и безусловную, но и индивидуальную и относительную обязанность.., возлагаемую на определенных лиц, состоящих в личном отношении с держателем права»⁸¹. Согласно этому подходу наличие всеобщей пассивной обязанности служит признаком прав вещных и одновременно выступает критерием их отличия от обязательственных прав. Примечательно то, что К.П. Победоносцев называет и вещные и обязательственные права относительными: право на вещь относительно неизвестного лица, личное право (требование) относительно известного лица.

Впоследствии значение всеобщей пассивной обязанности было конкретизировано Е.А. Флейшиц, заключившей, что определение должно раскрывать содержание права или сущность действий обязанного лица – положительных или отрицательных, на которые притязает носитель права. Такой подход характеризует социальное назначение, социальную роль и ценность соответствующего субъективного права⁸². Н.Г. Александров писал, что «нельзя охарактеризовать конкретное субъективное право, не характеризуя в тоже время соответствующую юридическую обязанность»⁸³. По мысли ученого, абсолютным правом считается то, которому соответствует пассивная обязанность неопределенного круга лиц⁸⁴.

⁸⁰ См.: Малышев К.И. Курс гражданского права, составленный по лекциям, читанным в 1880/81 академическом году. Спб. б/г. С. 208-211. Ср.: Годеме Е. Общая теория обязательств. М. 1948. С. 13.

⁸¹ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. М., 2002. Ч. 1. С. 187.

⁸² См.: Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве СССР и капиталистических стран: дис... д-р. юрид. наук. Ленинград, 1939. С. 9.

⁸³ См.: Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С.112.

⁸⁴ Впрочем, в литературе указывалось, что абсолютным правам, в частности личным правам, может соответствовать не только всеобщая пассивная обязанность, но и обязанность активного типа в виде всеобщего содействия в их осуществлении и защите, «деятельности, направленной на обеспечение реального осуществления прав». (См. Почанский М.К. Личные неимущественные права граждан в СССР. 1939: дис... канд-та

Аналогичный подход едва ли не повсеместно обнаруживается в зарубежной литературе, где констатируется, что абсолютному субъективному праву соответствует абсолютная, а относительному относительная юридическая обязанность⁸⁵. Развивая эту мысль, Г. Кельзен разъясняет, что не убивать, не воровать, не вмешиваться в распоряжение чужим имуществом суть абсолютные юридические обязанности. Как видно, зеркальным отражением этих обязанностей могут считаться конкретные субъективные гражданские права, которые предлагается рассматривать как абсолютные. Е. Зингер относит право нанимателя к числу абсолютных только на том основании, что с его закреплением «каждый обязан уважать законное имя нанимателя»⁸⁶, но в таком случае, чем право нанимателя отличается от всех иных прав, неужели и они являются абсолютными или гражданско-правовой статус субъекта иного права не заслуживает уважения?

Заметим, что в отдельных правовых порядках континентального права образовалась особое учение о субъективном праве как об отношении правообладателя и всех лиц, обязанных уважать его права. В нидерландском праве используют особый термин – *Respectleer*. Во французском праве некоторые авторы характеризуют абсолютные права как всеобщую обязанность по невмешательству в право, адресованную всем без исключения, - *Devoir universel d'abstention de la part des tiers*. В германском

юр. наук. Харьков, 1939. С. 113). Интересно, что Л.О. Красавчикова выделяет два типа обязанности, падающей на неопределенный круг лиц и корреспондирующих личным неимущественным правам. К первому типу относится всеобщая обязанность по воздержанию от нарушений и вмешательства в чужие права, падающая на неопределенный круг лиц, ко второму - обязанность неопределенного круга лиц, определяемого отношением к профессии, имеющей «прикосновенность к человеку». Весьма вероятно, что можно вести речь об обязанностях активного типа, к примеру, по оказанию медицинской помощи любому, кто в ней нуждается (Ср.: Красавчикова Л.О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц): дис. док-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1994. С. 55). С.И. Вильнянский выделял активную всеобщую обязанность по защите и сохранению социалистической собственности. Любопытна точка зрения Д.Т. Фюллера, который отмечает, что логика не может исключить существование абсолютных прав с всеобщей активной обязанностью, но практически таковых не встречалось (См.: Fueller J.T. *Eigenstaendiges Sachenrecht?* Tuebingen, 2006. S. 51).

⁸⁵См.: Reehuis W.H.M. Heisterkamp A.H.T. *Goederenrecht*. Deventer, 2012. P. 14; Kelsen H. *Teoria general Del Derecho y Del Estado*. P. 100.

⁸⁶Singer E. *Absolute und Relative Rechte zugleich ein gang durch das ungarische privatrecht*. Bratislava, 1927. S. 7.

праве сформировалась теория *erga omnes*, предусматривающая в качестве непосредственной черты абсолютных прав возможность исключения любого лица из их осуществления; вследствие этого всеобщая пассивная обязанность понимается как рефлекс господства лица над объектом права⁸⁷.

Весьма избирательно к определению значимости всеобщей пассивной обязанности для понятия вещного права подходят отдельные итальянские цивилисты. Ученые отмечают, что сфера распространения всеобщей пассивной обязанности не может являться безграничной: обязанными по вещному праву должны быть не потенциально все лица, а лишь некоторые, которые находятся в контакте с управомоченным лицом и принадлежащей ему вещи. Далее, ученые отмечают, что структурные отношения в абсолютных правах строятся по общей теории обязанности воздержания от действий лицами, не являющимися правообладателями⁸⁸. Прогрессивность подхода цитируемых ученых состоит лишь в численной корректировке состава обязанных лиц, но излагаемый ими подход в целом основывается на классическом понимании особенностей абсолютного права через численный состав и негативную пассивную обязанность, падающую на других/третьих лиц. Спорной видится и предлагаемая ими идея о том, что структурная связь обязанных и управомоченных лиц в субъективном праве способна характеризовать содержание субъективного права. Структурная связь обязанного и управомоченного лица в субъективном праве определяет лишь источник и возможных адресатов притязаний, но не содержание самого материального гражданского права.

В единичных случаях в теории германского гражданского права отношения управомоченного лица и безликой массы обязанных в его пользу лиц именуется не иначе, как фикция⁸⁹. По существу верно замечание Э.

⁸⁷ См.: Portmann W. *Wesen and System der subjektiven Privatrechte*. Zürich, 1996. S. 123; См.: Oertmann P. *Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit*. S. 135-136.

⁸⁸ См.: Torrende A., Schlesinger P. *Manuale di diritto private*. Milano, 1985. P. 69.

⁸⁹ Dnistrjanskyj Op. cit. S. 225.

Бэкера и П. Эртмана, что в любом субъективном праве сокрыто не только отношение к объекту, но и к третьим лицам⁹⁰.

Возникает не только вопрос об обоснованности выводов ученых, отстаивающих трактовку субъективного права как противостояния управомоченного лица и всех третьих лиц, но и о природе всеобщей негативной юридической обязанности, принципиальной возможности раскрытия существенных характеристик субъективного гражданского права через специфику и свойства последней. А ведь именно из положительного ответа на этот вопрос исходит господствующая точка зрения в теории континентального права: «собственность-есть негативная обязанность миллионов и миллионов людей не трогать вещь», в то время как «наиважнейшие интересы человека в первую очередь защищены путем запрета в адрес всех и каждого или так называемыми абсолютными правовыми отношениями»⁹¹.

Принятие такого подхода за истинный автоматически ставит абсолютное право в зависимость от всех прочих лиц, которые не являются управомоченными, занижая значение понятия субъективного гражданского права и личности его обладателя: получается, что действия управомоченного лица не нуждаются в регламентации. Возможно и иное понимание сказанного, при котором сам статус управомоченного лица в абсолютном праве исключает всех третьих лиц от влияния, вмешательства и всякого иного участия в нем. Однако в данном случае правомерен вопрос о том, почему статус одного лица может оказывать запрещающее влияние на статус другого, предписывая последнему тип определенного пассивного поведения, и в чем в таком случае видится содержание и структура самого абсолютного права? Исчерпывающих и четких ответов на эти вопросы на страницах изученной литературы обнаружить не удалось.

Если абсолютность субъективного права раскрывается всеобщей пассивной юридической обязанностью, то получается, что в юридическом

⁹⁰ См.: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. S. 133.

⁹¹ Цит. по: Tóth L. Op. cit. P. 44.

мире соседствуют субъективные права, которым корреспондирует всеобщая юридическая обязанность, и права, которым соответствует обязанность лишь строго определенного круга лиц. Тем самым исключается всеобщая обязанность воздержания от нарушения относительных прав: ведь их существование не связывает поведение третьих лиц; стало быть, нет необходимости пресекать и предупреждать правонарушения в этой сфере. Логические построения возможного и огульное отрицание нарушения относительных прав третьими лицами идут в данном случае впереди правоохранительной функции объективного права, поощряя девиантное поведение, пренебрежение чужим правом, дефекты правосознания.

Допущение такого предположения противно правосознанию и не совместимо с существованием любой правовой системы и государственного аппарата: не существует таких прав, которые бы не были потенциально гарантированы правопорядком от возможных противоправных действий любых лиц. Заранее установленная невозможность нарушения определенной разновидности субъективного права поименованным кругом лиц нормативно или в правосознании является благодатной почвой для стимулирования противоправного поведения и будущих правонарушений.

Вопрос об отношении третьих лиц к существующим субъективным правам не должен восприниматься краеугольным камнем дихотомии прав на абсолютные и относительные. Верным видится заключение В. Портмана о том, что в абсолютном праве неотъемлемыми компонентами являются как положительный, так и отрицательный элемент в составе субъективного гражданского права⁹². Однако весьма трудно согласиться с тем, что ученый определяет содержание абсолютного права тем, что управомоченное лицо не должно подвергаться правонарушению в результате воздействия третьих лиц⁹³ и что далее он определяет понятие абсолютного права через поведение «другого лица»,⁹⁴ отдельно называя «право на запрет» в числе отдельного

⁹² См.: Portmann W. Op. cit. S. 125.

⁹³ Ibid. S. 127.

⁹⁴ Ibid. S. 128.

вида и одновременно содержания любого из абсолютных прав⁹⁵. Большинство из известных субъективных прав ограждают своего правообладателя от третьих/других лиц, но как это связывается с абсолютной или относительной природой самого права. Если сказанное является верным, то все субъективные права включают в свое содержание «право на запрет», что делает их вследствие этого абсолютными. Однако такой подход вызывает несогласие в первую очередь с расплывчатостью самих формулировок абсолютности и относительности при определении по предлагаемому критерию принадлежности субъективных гражданских прав к той или иной классификационной группе.

Обоснованность классификации прав на абсолютные и относительные через количественный состав лиц, на которых лежит пассивная юридическая обязанность, вызывает сомнения⁹⁶. Право не может квалифицироваться в

⁹⁵ Ibid. S. 134. «Право на запрет» связывается с требованием управомоченного лица не совершать те или иные действия, которое представляет собой «персональную и индивидуальную выдержку из права на запрет, возможность заявления иска и осуществления исполнительного производства» (S. 137.). Однако сам же В. Портман указывает, что право на запрет лишь формулируется в общем виде, из его формального смысла лишь следует обязанность обязанного лица вести себя определенным образом в отношении правообладателя, но не раскрывается конкретных форм поведения, которым должен следовать обязанный. Из этого делается вывод о том, что «право на запрет» формулируется абстрактно (S. 141.), что едва ли вносит определенность в вопрос о его месте и значении в системе абсолютных прав.

⁹⁶ Тем не менее, господствующая точка зрения руководствуется противоположным мнением. Так, М.М. Агарков указывал, что «различие между абсолютными и относительными правами имеет не только количественное значение, но и качественное. Можно сказать, что количество в этом вопросе переходит в качество» (Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву: дис...д-р юрид. наук. М., 1939. С. 49). В гражданском праве Германии развита особая теория количественного определения содержания права (*Die quantitative Bestimmung des Rechtsinhalts*). Считается, что количественное описание содержания права значимо для определения исходной точки права, его объекта, а характеристики «правовой ценности» используются для описания объективной области абсолютных прав, особенно состояний защиты права (См.: Bucher E. *Das subjective Recht als Normsetzungsbefugnis*. Tübingen, 1966. S. 157). Однако в данном случае под объектом абсолютных прав понимается негативное поведение прочих лиц, не являющихся правообладателем, и определение степени интенсивности этого поведения, что никак не снимает, а скорее обостряет проблему.

Неслучайно П. Эртман обратил внимание, что количественный критерий обязанных лиц, положенный в основу определения специфики субъективного права, не решает проблемы, определяя специфику «волевых реакций» (очевидно управомоченного и всех третьих лиц - СС), но при этом вопрос о сущности самого субъективного права отодвигается на задний план (См.: Oertmann P. *Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit*. S. 135-136).

качестве абсолютного либо относительного в зависимости от того, является ли абсолютной корреспондирующая ему обязанность или же от того, определены ли поименно его потенциальные правонарушители. В противном случае объектом исследования является не содержание права, а субъектно-численный состав вменяемой юридической обязанности и изучение личности правонарушителей, определение вероятности совершения будущих правонарушений. В данном случае очевидна подмена предмета исследования и подгонка научных выводов, что видится некорректным. Наблюдается и смешение акцентов внимания: вместо исследования сущностного содержания права изучается природа персонифицированной юридической обязанности. Кроме того, если специфику права видеть в пассивной обязанности лиц, противостоящих субъекту права, то само содержание права, как, собственно, и природа возникновения всеобщей пассивно налагаемой обязанности оказывается вне сферы действия самого абсолютного права, попадая в поле зрения точных наук, занимающихся исчислениями и закономерностями количественных изменений материи. О несопоставимости научных результатов в исследовании субъективного права и субъективной юридической обязанности говорит и разность оснований возникновения субъективного права и обязанности. Основанием возникновения вещного права является юридический факт, достаточный в соответствии национальным законодательством для возникновения вещного права, а негативной юридической обязанности – само состояние возникшего субъективного права.

Любое из гражданских прав имеет вполне конкретное содержание, индивидуальные признаки, специфику, что само по себе свидетельствует об отсутствии необходимости выявления сущности права через смежные правовые явления и категории, в том числе посредством смещения объекта исследования со специфики права на природу обязанности. Обоснованность применения такого метода вызывает сомнения еще и потому, что происходит обособленное исследование юридической обязанности вне права с последующим распространением полученных выводов на специфику самого

права, в то время как субъективное право и юридическая обязанность - явления нетождественные. Учение о субъективном гражданском праве составляет едва ли не основную проблематику цивилистики, и это обстоятельство не нуждается в отдельном доказывании, а потому невозможно согласиться с О.С. Иоффе в том, что субъективное право есть средство обеспечения должного поведения обязанных лиц⁹⁷.

Логичный в данной связи вопрос поднимается Е. Цителльманом, который обращает внимание на то, что общепринятым взглядом является положение о том, что абсолютное субъективное право предоставляет некие гарантированные законом возможности управомоченному лицу, но вместе с тем и устанавливает общие запреты для других лиц, в то время как все обстоит прямо наоборот⁹⁸. Можно понять, что запрет первичен, а содержание права, дозволительная и правонаделяющая функция вторичны. Полагаем, что такой подход является неверным, поскольку речь идет о принципиально различных явлениях: регулятивной и охранительной функциях гражданского права. Охранительные функции гражданского права включают в себя в том числе и установление правопорядком общеобязательных запретов и требований для участников гражданского оборота, но только ими не может определяться механизм гражданско-правового регулирования, посредством которого регламентируется содержание того или иного субъективного гражданского права, режим объекта права, определяются правомочия участвующих лиц. С этих позиций возможно усомниться и в точки зрения, согласно которой «создание абсолютных прав не самоцель, а просто рефлекс запрета на определенные формы поведения в ущерб остальным участникам правоотношений»⁹⁹.

⁹⁷ См.: Иоффе О.С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Очерки по гражданскому праву. Л. 1957. С. 44. Идея о сугубо отрицательном определении содержания вещного права некритично представлена в современной юридической литературе (См.: Халабуденко О.А. Имущественные права. Кн. 1. Вещное право. Кишинев, 2011. С. 22).

⁹⁸ См.: Zitellmann E. Das Recht des buergerlichen Gesetzbuchs. Leipzig, 1900.

⁹⁹ Weber R.H. Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten? // Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey. zum 60. Zuerich, 2003. S. 592.

Невозможно забывать и о том, что управомоченное лицо в абсолютном праве, которое якобы противостоит всем прочим лицам, само может быть связано существенными обязанностями как в пользу определенных лиц (например, субъектов ограниченных вещных прав), так и всех прочих лиц (к примеру, обязанность собственника содержать принадлежащие ему вещи в безопасном для других лиц состоянии), в связи с чем структуру абсолютного права как односторонне управомочивающую связь правообладателя со всеми прочими лицами представить едва ли возможно. Обращает внимание то, что состояние этой связанности не зависит от совершения управомоченным лицом каких-либо юридически значимых действий, а всецело предопределено существованием самого права. Видится не вполне удачной попытка противостояния или противопоставления управомоченного лица в абсолютном праве всем прочим лицам, число которых представлено безликой неопределенной массой, поскольку в основе такого подхода изначально заложена идея эгоцентризма, индивидуализма и независимости отдельной личности, субъекта права. Тем самым демонстрируется искусственный отрыв правообладателя от социальных связей, что более характерно для исторического периода утверждения частной собственности, но кажется излишним на современном этапе правового регулирования отношений в обществе.

Полагаем, что традиционное понимание абсолютного права через всеобщую пассивную юридическую обязанность основано на неверной послышке и методологии научного познания. Индивидуальные свойства и специфика правового явления исследуются не в его внутреннем содержании, а во фрагментарном отражении в правах и обязанностях третьих лиц. Конечный результат, который ожидаем от применения этого логико-методологического приема, состоит в получении информации не о свойствах самого объекта исследования, а о его внешнем влиянии на окружающую правовую среду. Его использование изначально не рассчитано на выявление сущности, внутренней структуры, закономерностей генерации той правовой энергии, излучение которой порождает всеобщую пассивную юридическую

обязанность. Применение аналогичных методов в точных науках (оптике, голографии) имеет целью воссоздание представлений об объекте по его внешним проявлениям, но не проникновение в его внутреннюю сущность. Оптимальность подобных методов в естественных точных науках продиктована временем и уровнем развития научно-технического прогресса, не позволяющим исследовать сущность объекта вследствие его пространственной удаленности или практической невозможности раскрытия его содержания. В юридической науке нет необходимости применения подобных методов исследования, в связи с чем выявление свойств права через исследование обязанности представляется необоснованным.

Господствующее в юридической литературе концептуальное понимание субъективного права через юридическую обязанность образует методологическую ошибку и проявляется частным следствием смешения должного и сущего, где сущим является само субъективное право, а должным – пассивная юридическая обязанность, падающая на неопределенный круг лиц. Причина и следствие не могут взаимозаменять друг друга.

Существенна и разность в содержательном выражении правового регулирования субъективного права и юридической обязанности, поскольку противопоставляемые юридические категории изначально характеризуют правовой статус самостоятельных субъектов права: субъект права самостоятельно решает вопросы о целесообразности совершения тех или иных действий, в то время как исполнение юридической обязанности не находится в сфере автономии обязанного лица и не может регулироваться его волей и действиями в границах правомерного поведения. Соответственно субъективное право не может отождествляться с юридической обязанностью, и каждая из этих правовых конструкций не может выступать зеркальной характеристикой другой.

Субъективное право и юридическая обязанность являются принципиально различными правовыми регуляторами общественных отношений, каждый из которых имеет индивидуальную адресную

направленность субъектам права и принципиально различное содержание правового регулирования. Очевидны различия и в типе правового регулирования субъективного права и юридической обязанности: субъективное право является порождением диспозитивного регулирования, правовым основанием проявления автономии воли субъекта права, а юридическую обязанность возможно отнести к императивному выражению должного поведения, критерию правомерности в оценке поведения субъекта права.

Требуют специального рассмотрения вопросы как о взаимообусловленности и зависимости субъективного абсолютного права от всеобщей юридической обязанности, так и о природе последней.

Предполагается, что управомоченное лицо реализует заложенный в содержание субъективного гражданского права интерес независимо от всех прочих лиц, следовательно, на существо права выполнение пассивной обязанности не влияет, чего нельзя сказать о его неприкосновенности. Всеобщее воздержание от совершения правонарушения является гарантией нормального развития субъективного права и правоотношений в обществе, но не условием их существования. Недопущение нарушений субъективных прав скорее является задачей обеспечения законности и правопорядка, а не смыслом и не условием существования самого субъективного права.

Неприкосновенность права гарантируется любым государством, где уважаются гражданские права и свободы посредством установления запрета на его нарушение, но этот механизм **не обеспечивается всеобщей гражданско-правовой обязанностью**, падающей на неопределенный круг лиц и корреспондирующей абсолютному праву.

Юридическая природа всеобщей обязанности воздержания от нарушений чужого права должна определяться не частноправовым, а публичным содержанием, поскольку в ее основании правопорядком положен общий запрет совершения противоправных действий, существующий отнюдь не только в интересах отдельного субъекта – носителя абсолютного права, а всего общества и правопорядка в целом. В случае правонарушения субъект

нарушенного права имеет исключительную возможность защиты от противоправных посягательств как собственными силами, так и посредством обращения к органам власти, но эта возможность никак не объясняет связи носителя права и всех третьих лиц в условиях нормального развития субъективного права. Третьи лица связаны в данном случае публичной обязанностью воздержания от правонарушения, а не существующими абсолютными правами лиц, о существовании которых им может быть даже ничего не известно (праву собственности английской королевы на «роллс-ройс» не корреспондирует обязанность полинезийских аборигенов!).

В юридической литературе предпринимались попытки рассмотрения всеобщей пассивной обязанности третьих лиц, противопоставленных собственнику, как лиц, не связанных какой-либо обязанностью, а как не имеющих вообще никаких прав, то есть бесправных¹⁰⁰. Такой подход чреват появлением «униженных и оскорбленных», пораженных в правах лиц, которые при этом не теряют качество субъектов права. Полагаем возможным рассматривать право требовать уважения к своему праву и обязанность воздерживаться от противоправного поведения не как двустороннюю связь управомоченного и обязанного лица, а как трехстороннее отношение управомоченных, обязанных лиц и правопорядка.

Необходимость существования всеобщей публичной обязанности воздержания от правонарушений, не корреспондирующей конкретному субъективному гражданскому праву предопределена интересами не только отдельного лица, а всех участников правовых отношений и не в последней степени самого правопорядка, который не может мириться с противоправным поведением. Примечательно, что прекращение и изменение отдельных абсолютных прав не влечет прекращения всеобщей негативной публичной обязанности, которая «перерастает» живущее поколение правообладателей, являясь правовой константой, критерием правомерного поведения субъектов права.

¹⁰⁰ Ср.: Ллойд Д. Идея права. М., 2002. С. 361.

Возникновение или прекращение абсолютного права отнюдь не сотрясает правовой мир подобно извержению вулкана, не порождает перманентного возникновения всеобщей пассивной юридической обязанности, не влечет «нового рождения» правовых норм, а только конкретизацию уже существующих по кругу субъектов.

Установление всеобщего запрета на нарушение чужих прав и порождаемая им всеобщая негативная юридическая обязанность осуществляется правопорядком при нормативном регулировании общественных отношений. Возникновение запрета и всеобщей пассивной юридической обязанности следует связать с юридической силой норм объективного права, но не определять структурой и особенностями содержания конкретного субъективного права, и в частности, феноменом абсолютных прав. Противоположное мнение широко представлено в юридической литературе. Ученые-цивилисты говорят о том, что абсолютные правоотношения представляют собой сплетение запретов, в то время как относительные могут характеризоваться таким образом только в случае их нарушения и последующей защиты¹⁰¹.

Степень конкретизации правовых норм влияет не на содержание субъективного гражданского права, а только на регламентацию конкретных правовых возможностей управомоченного лица. Невозможно согласиться с П. Эртманом в том, что, если объем регулирования применяемой нормы направлен на определенных лиц, то соответствующее право является относительным и может считаться обязательственным¹⁰². Логично предположить, что противоположное по смыслу суждение должно относиться к правам абсолютным и вещным.

Дискуссионность выводов П. Эртмана проявляется в том, что объем регулятивного действия правовой нормы не может являться фактором, определяющим существо субъективного права. В обязательственном праве существуют нормы, направленные на широкий круг лиц, численный состав и

¹⁰¹ См.: Tóth L. Op. cit. P. 44.

¹⁰² См.: Oertmann P. Der Dinglichkeitsbegriff. S. 458.

правовой статус которых заранее не определен (ответственность любого лица возместить причиненный вред, воздерживаться от недобросовестной конкуренции, общеобязательные требования к форме и существенным условиям договора). В вещном праве без труда могут быть найдены правовые нормы, адресованные конкретным лицам (ограничения в осуществлении права собственности, обязанность собственника содержать имущество в надлежащем и безопасном для других лиц состоянии, обязанность залогодателя сообщить обо всех существующих залогах последующему залогодержателю и др.). Однако из этого никак не следует, что обязательственные права приобретают свойство абсолютности, а вещные относительности.

Излагаемый подход о соотношении субъективного права, запрета на его нарушение и всеобщей юридической обязанности не позволяет согласиться с позицией М.А. Гурвича, который считает обязанность воздержания составным элементом права собственности¹⁰³, и утверждением В.М. Гордона, что абсолютное право направляется *contra quemcumque*, заключающая в себе запрет для всех и каждого вторгаться в сферу управомоченного лица¹⁰⁴.

Чрезвычайно важно различать не только общеправовые и отраслевые юридические запреты, гражданско-правовые обязанности и запреты, но и учитывать специфику функций запретов и юридических обязанностей в механизме гражданско-правового регулирования¹⁰⁵. Точная характеристика гражданско-правовой обязанности дается В.С. Емом, который определяет правовую обязанность через необходимость определенного поведения, обусловленную требованиями, содержащимися в праве¹⁰⁶. Юридическая обязанность, корреспондирующая праву, не является самодовлеющей

¹⁰³ См.: Гурвич М.А. Право на иск. М., 1949. С. 168.

¹⁰⁴ См.: Гордон В.М. Иски о признании. Ярославль, 1906. С. 43.

¹⁰⁵ Напротив, в литературе можно встретить утверждение, что обязанность всех третьих лиц не нарушать право собственности является видом запрета. См.: Комарова Т.Е. Функции запретов в механизме гражданско-правового регулирования: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008. С. 15.

¹⁰⁶ См.: Ем В.С. К вопросу о понятии, содержании и сущности правовых обязанностей // Проблемы развития частного права: сборник статей к юбилею В.С. Ема. М., 2011. С. 13.

ценностью в отрыве от права: право и обязанность «немыслимы друг без друга, существование одного с необходимостью предвосхищает существование другого»¹⁰⁷. В своем роде юридическая обязанность может восприниматься как отражение или коррелят существующего права. Запрет же обеспечивает, гарантирует неприкосновенность существующего права, но не является ни его отражением, ни основанием возникновения, ни предпосылкой осуществления. Следовательно, воздержание от нарушений чужого абсолютного права не может считаться гражданско-правовой обязанностью, корреспондирующей абсолютному субъективному праву.

Нельзя не обратить внимание на еще одно проявление специфики всеобщей пассивной юридической обязанности неопределенного круга обязанных лиц, отличающей ее от числа гражданско-правовых. Вполне очевидно, что она не является оборотоспособной, ее юридическая судьба не зависит всецело от усмотрения и воли управомоченного лица в отрыве от объекта права. Полагаем, что это невозможно связать как с личностью управомоченного, так и обязанного лица (лиц), которое бы оказывали сколько-нибудь значимое влияние на рассматриваемое юридическое отношение, а только лишь со спецификой самой всеобщей пассивной юридической обязанности и ее публично-правовой природой. Последняя несколько не тождественна гражданско-правовой обязанности, связанной с имущественным предоставлением, причитающегося правообладателю, как это характерно, например, для случаев обязанности, проистекающей из обязательства совершить платеж, предоставить вещь, воздержаться от совершения конкретных действий и др. Гражданско-правовая обязанность в данном случае представляет собой имущественную ценность, которая восприимчива к распорядительным действиям кредитора, обладающего при совершении распорядительных действий в ее отношении определенной независимостью от других лиц, включая и должника. Впрочем, это не следует трактовать как допущение нами неимущественного характера

¹⁰⁷ Там же. С. 14.

всеобщей пассивной юридической обязанности, а только как существенную особенность ее природы.

Необходимость уважать и воздерживаться от нарушений и всякого рода вмешательств в чужие субъективные права трудно назвать исполнением конкретной юридической обязанности и тем более ее классифицировать как гражданско-правовую. Исполнение обязанности в гражданском праве более характерно для обязательственных прав, где соответствующее действие влечет особый гражданско-правовой эффект, связанный с осуществлением права контрагента и прекращением полностью или в части лежащей на должнике обязанности. В описанном же случае речь идет не более, чем о норме поведения в правовом сообществе.

Теперь зададимся вопросом: возможно ли, пусть и гипотетически, представить себе существование абсолютного права, к примеру права собственности при отсутствии пассивной гражданско-правовой обязанности, и в чем в данном случае проявляется эта взаимообусловленность? Какие гражданско-правовые последствия влечет исполнение этой обязанности? Нормы гражданского законодательства определяют прежде всего правовые возможности и их пределы, «меру юридической власти» самого управомоченного лица, правовой режим объектов права, но не детализируют поведение всех прочих лиц, которые не наделены правомочиями в отношении конкретной вещи – в этом нет необходимости. Запрет выступает в данном случае вторичной гарантией беспрепятственного осуществления и восстановления права на случай его нарушения, если правонарушение не повлекло за собой гибель вещи, но никак не предпосылкой существования самого субъективного права. Само по себе правонарушение (отнятие вещи, несанкционированное воздействие на нее и другие случаи противоправного воздействия, не повлекшие ее уничтожения) не влечет прекращения вещного права, которое продолжает существовать. Следовательно, говорить о прямой и непосредственной связи субъективного права и всеобщей юридической обязанности в данном случае невозможно. Представляется, что целесообразно вести речь о всеобщем пассивно налагаемом запрете на

нарушение чужого права нормами объективного права, но не гражданско-правовой обязанности, корреспондирующей праву.

Нормами объективного права устанавливается запрет нарушения существующего права в целях предупреждения и пресечения противоправного поведения, защиты нарушенного права¹⁰⁸. При этом нормы права и правоотношения не могут считаться тождественными, а видятся разнопорядковыми явлениями. Дискуссионными кажутся утверждения, что «нормы права и правоотношения представляют собой единое целое; правоотношение – это норма права в ее осуществлении»¹⁰⁹ или, что «правоотношение есть конкретная стадия, или определенная ступень реализации, осуществления регулирующей роли норм права»¹¹⁰. Для существования правового отношения, возникновение, изменение, прекращение которого урегулировано нормой права требуются определенные диспозицией нормы юридические факты. Норма права это элемент правового регулирования, которое обязывает, управомочивает субъектов права. Правоотношения возникают лишь впоследствии и на этой нормативной основе и, как правило, только вследствие наступления необходимого юридического факта. Смещение нормы права и правового отношения искажает смысл правовых норм объективного права, поскольку получается, что издание правовых норм связывается непосредственно с установлением тех или иных правоотношений между людьми. Но задачей установления публичного запрета на нарушение чужих прав нормой объективного права как раз и является осознанное стремление законодателя избежать возникновения состояния нарушенного права вовсе, что осуществляется посредством правового регулирования.

¹⁰⁸ В данной связи целесообразно различать функции запретительных норм объективного права и порождаемые ими обязанности подобно тому, как должны различаться способ и последствия правового регулирования. Трудно согласиться с Д.М. Генкиным, утверждавшим, что «всеобщая взаимная связь всех лиц между собой, урегулированная правом, является общим правилом поведения...нормой, правом в объективном смысле» (См. Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 35).

¹⁰⁹ Пионтковский А.А. Некоторые вопросы общей теории государства и права // Советское государство и право. 1956. №.1 С. 18.

¹¹⁰ См.: Шейндлин Б.В. Норма права и правоотношение // Вопросы общей теории советского права. М., 1960. С. 141.

Субъективное право возникает только на базе объективного права¹¹¹, но из этого совершенно не следует, что в законодательстве должно быть исчерпывающее регулирование, в том числе и описание всех возможных жизненных ситуаций, следующих за осуществлением права. В литературе встречаются предложения законодательно определить границы осуществления абсолютных прав во избежание злоупотребления правом¹¹². Однако цитируемый автор преимущественно говорит о фактических действиях управомоченного лица, но осуществление прав никак не предполагает и не исчерпывается совершением фактических действий, даже в тех случаях, о которых рассказывает цитируемый автор, речь идет об осуществлении конкретных правомочий, которые защищаются и регламентируются нормами права, которые составляют содержание правомочий субъекта права¹¹³. В действительности речь идет об общей проблеме злоупотребления правом, и не совсем ясно, с чем связывается необходимость ее отдельного рассмотрения применительно к проблемам абсолютных и относительных субъективных прав.

Установление общего абсолютного запрета недопустимости нарушения чужих прав не относится непосредственно и исключительно к предмету гражданско-правового регулирования. Скорее, эта задача общего правового регулирования общественных отношений. Можно сказать, что гражданское право отображает общий запрет соответственно своему методу регулирования общественных отношений, представляя его частное юридическое выражение. В гражданско-правовых нормах общий запрет ненарушения чужого права может быть выражен в общих нормах-принципах (принципы неприкосновенности собственности, невмешательство кого-либо в частные дела как общие начала гражданского законодательства), нормах о

¹¹¹ См.: Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Ленинград, 1968. С. 10.

¹¹² Кулаков В.В. Злоупотребление абсолютными и относительными гражданскими правами: проблемы теории и практики // Российское правосудие. 2009. № 37. С. 22.

¹¹³ В советской литературе С.М. Корнеев справедливо отрицал возможность включения субъективным правом фактического поведения управомоченного субъекта (См.: Корнеев С.М.: Основные проблемы права государственной социалистической собственности в СССР: дис. докт-ра юрид. наук. М., 1971. С. 222. Так же: См.: Мальцев Г.В. Социалистическое право и свобода личности. М., 1968. С. 69.).

защите права, в которых регламентируются действия управомоченного лица по защите нарушенного права. Во всех этих случаях запрет имеет правоохранительное и превентивное значение, но не несет регулятивную функцию для существующих и признаваемых правом порядком гражданских прав. Нарушение запрета превращает третье лицо в правонарушителя, но этот юридический факт не во всех случаях прекращает или изменяет нарушенное право, не является основанием возникновения аналогичного права на то же имущество ни у правонарушителя, ни у любых третьих лиц. Требование воздержания от нарушения права, адресованное любым третьим лицам (В.К. Райхер), или лицам, имеющим непосредственное соприкосновение с собственником (Н.Г. Александров), или прилагающим труд к объекту вещного права (С.И. Аскназий), или находящимся в пределах юридической досягаемости управомоченного лица (В.Ф. Маслов), или всему людскому субстрату, подчиненному данному правопорядку (О.С. Иоффе), является своего рода индикатором неправомерного поведения, но никак не определителем сущностного содержания конкретного вида субъективных прав.

Запрет нарушения чужого права не несет гражданско-правовой регулятивной нагрузки, поскольку им не регламентируется ни содержание, ни особенности осуществления субъективного гражданского права, которое существует независимо от этого. Необходимость уважения прав других лиц и воздержания от их нарушения вытекает из установленного нормой права запрета на нарушение права другого лица и не корреспондирует существующему праву¹¹⁴. Субъекту вещного права в границах

¹¹⁴ О возможности существования некорреспондирующих друг другу прав и обязанностей См.: Гримм Д.Д. Юридическое отношение и субъективное право. СПб., 1897. С. 19; Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958. С. 48; Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права. М., 1953. С. 47; Протасов В.Н. Правоотношение как система. М., 1991. С. 54.

Полагаем, что завидное упорство, с которым советская юридическая наука рассматривала любое субъективное право исключительно во взаимосвязи с корреспондирующей ему обязанностью связано с идеологической составляющей. Ср.: Маркс К. Устав международного товарищества рабочих // Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч. М., 1960. Т. 16. С. 546: «нет прав без обязанностей, нет обязанностей без прав». Вопрос,

установленных законом пределов дается возможность по своему усмотрению и своей властью осуществлять правомочия. Однако ни порядок реализации, ни содержание вещного права не связываются с поведением всех прочих лиц напрямую. Содержание и осуществление права не должны сливаться со сферой действия института гражданско-правовой охраны и защиты. Запретом на нарушение чужого права законодатель устанавливает предел возможного и допустимого поведения третьих лиц относительно управомоченного лица, преступив который, лицо будет считаться правонарушителем.

Необходимость уважать право другого лица и соизмерять с ним свое поведение и действия следует из императивных предписаний правовых норм, которые устанавливают неблагоприятные последствия для правонарушителя и регламентируют объем и порядок осуществления правовых возможностей пострадавшим в случае нарушения его права, но это не следует

как видится, состоит в выяснении соотношения понятий субъективного права и юридической обязанности. Предположим, что речь идет о значении полярно различных юридических понятий и констатации невозможности существования в государстве ничем не ограниченных субъективных прав.

Несколько иначе цитируемый выше марксистский тезис воспринят советской юридической наукой. Д.М. Генкин отмечал, что «сочетание прав с обязанностями характерно для нашего социалистического государства», а закон определяет не только меру возможного, но и должного поведения носителей абсолютных прав (Генкин Д.М. Сочетание прав с обязанностями в советском праве // Советское государство и право. 1964. № 7. С. 27). Утверждалось, что «принцип право-обязанность лежит в основе правового регулирования, является его исходным, ключевым началом» (См.: Матузов Н.И. Теоретические проблемы субъективного права: дисс. д-ра юрид. наук. М., 1973. С. 59-60) или же рассуждали о диалектическом единстве субъективных прав и юридических обязанностей (Коваленко А.И. Диалектическое единство субъективных прав и юридических обязанностей // Философские проблемы субъективного права: тезисы докладов. Ярославль, 1990. С. 11). Заметим, что ни «немыслимость правового регулирования прав без обязанностей», ни «диалектическое единство субъективных прав и юридических обязанностей» никак не свидетельствует в пользу того, что свойства субъективного права могут и должны определяться не непосредственно, а зеркально – через анализ юридической обязанности, и наоборот. Следует признать правоту А.А. Рускола, который отметил, что права и обязанности субъектов гражданского права определяют их положение как участников гражданских правоотношений, но одновременно противопоставление в правоотношении его участников как субъекта права и обязанности упрощено, поскольку едва ли не каждый субъект права является субъектом обязанности и наоборот (См.: Рускол А.А. Колхозные правоотношения в СССР. М., 1960. С. 144-145).

непосредственно из содержания субъективного права. Такой ход рассуждений позволяет не согласиться с А. В. Мицкевичем, который не только никак не объясняет допускаемое им отождествление абсолютного права и права собственности, но и указывает на то, что отрицание всеобщей обязанности, корреспондирующей абсолютному праву «привело бы нас к невозможности обосновать наличие законных оснований для охраны этих прав граждан от нарушений»¹¹⁵.

Представляется актуальным вопрос о характере правовой связи субъекта вещного права и любого другого не связанного с ним лиц (а) до момента правонарушения. О каком правоотношении и устойчивой правовой связи может идти речь, когда лица даже не известны друг другу, не говоря уже об их взаимозависимости? Нет сомнений, что и субъект вещного права и эти лица не существуют в правовом вакууме. Более того, едва ли не во всех случаях субъекты права могут характеризоваться и как носители конкретных прав, и как носители юридических обязанностей (как общих, так и специальных), что свидетельствует о сложном полиативном юридическом статусе субъекта права, невозможности его отнесения только к группе правомочных или к группе обязанных лиц. Правообладатели и обязанные лица находятся в сфере правового регулирования: дозволений и запретов, установленных правопорядком, что позволяет им относиться друг к другу как субъектам права. В свою очередь это дает основания предположить, что абсолютное и вещное право, а также падающая на неопределенный круг лиц публичная обязанность по их ненарушению не являются взаимосвязанными и взаимоопределяющими гражданско-правовыми категориями.

Тип взаимосвязи субъектов права изначально не предполагает существования каких-либо особенных правовых отношений, взаимных прав и обязанностей, которые бы корреспондировали друг другу и составляли бы единое целое в предмете гражданско-правового регулирования. Иной точки зрения придерживается А.А. Иванов, который считает, что собственник

¹¹⁵ Мицкевич А.В. Некоторые вопросы учения о субъективных правах. Правоведение. 1958. № 1. С. 33.

косвенно связан со всеми третьими лицами. Именно косвенные связи исключают экзальтацию права собственности¹¹⁶. Возникает вопрос о типе, свойствах, природе, особенностях возникновения этой правовой связи. Полагаем, что в случае признания этой позиции придется выделять и разграничивать в предмете гражданского права прямые и косвенные связи субъектов, что, представляется, лишено целесообразности.

Несколько иная интерпретация предлагается Н.Д. Егоровым, который считает, что общественная сторона собственности состоит в особом отношении, которое возникает в результате устранения правообладателем всех третьих лиц от присваиваемых материальных благ¹¹⁷. Однако какой юридический факт требуется для возникновения общественной стороны отношений собственности и устранения собственником всех неугодных ему других / третьих лиц? Буквальное понимание изложенного позволяет предположить, что подразумевается особое действие собственника – адресное воспрещение влияния на вещь. Но в таком случае будет ли достаточно всеобщего однократного запрещения, не говоря уже о его конкретной форме, и как следует понимать гражданско-правовое положение лица, которое строго придерживается всех нормативных предписаний и формальности, требуемые правопорядком для приобретения права собственности? Неужели до момента специальных действий, связанных с всеобщим воспрещением влияния на вещь, лицо не может считаться собственником в смысле общественных и правовых отношений? Или же до этого его гражданско-правовой статус находится в состоянии формирования, а субъективное право в стадии субъективации?

Очевидно, аналогичные по существу вопросы можно адресовать А.Г. Певзнеру, который, рассматривая абсолютные субъективные гражданские права на примере права собственности, заключает, что в их содержании сокрыто особое «общественное отношение признания». Каждый должен

¹¹⁶ См.: Иванов А.А. Право собственности и товарно-денежные отношения: дис. канд. юрид. наук. Л., 1991. С. 63.

¹¹⁷ См.: Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование экономических отношений. М., 1996. С. 52.

признать в собственнике лицо, за которым закреплено имущество. По мнению А.Г. Певзнера, «...именно (необходимость – СС) признание всеми членами общества определенного процесса или деятельности» за определенным лицом позволяет утверждать, что единственной возможной формой опосредования такого отношения является конструкция абсолютного правоотношения¹¹⁸. Подчеркнем особо, что, по мнению А.Г. Певзнера, отношение «общественного признания» включает два особых элемента: 1. признание возможности определенного поведения управомоченного лица, 2. признание управомоченного лица в определенном гражданско-правовом статусе. Как видно, признание всяким и каждым членом общества субъективного права ставится в зависимость от его существования. Однако неясно, какими конкретно правовыми средствами должен достигаться этот результат и в чем видятся последствия, к примеру, частичного, а не тотального признания существования права третьими/другими лицами.

Приведенные точки зрения отечественных авторов корреспондируют теоретическим взглядам современных зарубежных юристов, которым также не чуждо восприятие абсолютного права как «права на запрет»¹¹⁹, которое вдобавок может «трансформироваться в комплекс требований».¹²⁰

Эти конструкции видятся искусственными, ведь субъект права, тот же собственник, не выдвигает никаких самостоятельных требований ко всем лицам по невмешательству в его право, особенно в отношении тех, кто ему даже не известен и проживает от него на расстоянии нескольких тысяч километров. Думается поведение других/третьих лиц корректируется в данном случае непосредственно материально-правовым статусом управомоченного лица и действием норм правопорядка, регламентирующим соответствующие запреты, дозволения, процедуры защиты, последствия правонарушений.

¹¹⁸ См.: Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: дисс... канд. юрид. наук. М., 1961. С. 196.

¹¹⁹ См.: Portmann W. Op. cit. S. 128, 129.

¹²⁰ Ibid. S. 130.

По своей юридической природе всеобщая пассивная субъективная обязанность по ненарушению прав других лиц не может быть причислена к гражданско-правовым, поскольку ее исполнение или нарушение не влечет самостоятельных гражданско-правовых последствий, связанных с возникновением, изменением или прекращением гражданских правоотношений. Требование управомоченного лица о восстановлении правового положения, предшествующего правонарушению или компенсации причиненного ущерба, образуют меры защиты как реакцию на противоправное поведение.

Наличие чужого субъективного права является предпосылкой действия установленного публичного запрета в каждом конкретном случае. Управомоченное лицо и все другие (третьи) лица неразрывны лишь в контексте отношений, регулируемых правом, но всеобщая пассивная юридическая обязанность не предопределяет ни содержания, ни природы субъективного права, являясь лишь своеобразной внешней гарантией свободного осуществления последнего. Публичная обязанность по ненарушению чужих прав и само субъективное право не корреспондируют друг другу и не могут выступать в роли индивидуализирующих друг друга правовых явлений.

Пассивная обязанность воздерживаться от нарушения чужого права и установленный правопорядком запрет на нарушение последнего имеют публично-правовую природу и корреспондируют не конкретному субъективному праву, а правосубъектности всех прочих (других) лиц, не относящихся к правообладателю. Способность последних отвечать критериям субъекта права, выступать адресатами установленных общеобязательных правил поведения является условием распространения на их поведение установленного правопорядком имплицитного запрета на противоправное поведение.

Распространение на иностранных граждан и лиц без гражданства установленного правопорядком запрета на нарушение чужих прав, предусмотренный национальным законодательством, порядок привлечения

правонарушителей к юридической ответственности, обязанность возмещения причиненного правонарушением вреда определяются как реакция государства, признающего и гарантирующего неприкосновенность и беспрепятственное осуществление субъективных прав, представляющих собой правоохраняемую ценность. Изменение территориально-государственной юрисдикции (вследствие изменения гражданства правообладателя, места жительства правонарушителя и др.) не являются юридическими фактами, влекущими прекращение ранее существовавшей пассивной юридической обязанности уважать и соизмерять свое собственное поведение с существующими субъективными правами других лиц.

Сомнения в относимости всеобщей пассивной обязанности непосредственно к предмету гражданско-правового регулирования высказывались и в дореволюционной литературе. Неслучайно, К.Д. Кавелин утверждал, что охранение личной и имущественной сферы от насилия образует предмет государственного и общественного интереса¹²¹.

Правовые нормы, устанавливающие запреты, в том числе в гражданском праве осуществляют особую функцию в сфере правовой регламентации общественных отношений. Установленные нормой права запреты или ограничения сами по себе не могут свидетельствовать о наличии того или иного субъективного материального права у лиц, защите интересов которых они непосредственно служат. В фокусе внимания германских цивилистов оказались положения § 135 BGB, устанавливающие правило, что если распоряжение предметом нарушает установленный законом запрет его отчуждать, направленный лишь на защиту интересов определенных лиц, распоряжение недействительно только в отношении этих лиц.

Приведенные положения закона породили разногласия в научном мире. Одни авторы сочли, что речь идет об особых субъективных правах лиц, в отношении которых установлен такой запрет. Предположим А (продавец) и В (покупатель) заключили договор купли-продажи в нарушение

¹²¹ См.: Кавелин К.Д. Права и обязанности по имуществам и обязательствам. СПб., 1879. С. 60.

установленного запрета. Получается, что А остается правообладателем в отношениях с теми лицами, в отношении которых действует запрет на отчуждение – Z; во взаимоотношениях со всеми остальными лицами правообладателем становится В¹²². Из этого усматривается, что А остается в относительной правовой связи с лицами, в пользу которых установлен запрет, а В в абсолютной со всеми остальными третьими лицами. Впрочем, из этого совсем не следует ответа на вопрос о том, по какому типу строится связь между А и В; А и третьими лицами; В и Z; Z и третьими лицами. Особенно, если вспомнить, что сохранение титула за А и обоснование его связи с Z истолковывалось в литературе как обеспечение возможности несения ответственности А перед Z¹²³, а также весьма сомнительным положением, что лицо, осуществляющее распорядительные действия, сохраняет за собой «часть» права¹²⁴. Приверженность такой конструкции вынуждает определить юридическую сущность права, которым обладает Z. В научной литературе были высказаны предположения, что лицо, в пользу которого установлен рассматриваемый запрет может претендовать на то, что бы его рассматривали в качестве собственника или условного собственника вещи¹²⁵. Однако, как быть, если круг таких лиц окажется слишком широким; неужели речь всерьез может идти о долевой собственности? Полагаем, что цели, преследуемые нормой § 135 BGB, никак не ориентированы на определение материально-правового статуса лиц, интересы которых устанавливает запрет на отчуждение вещи. Данная норма определяет специальные правила, регламентирующие возможность заинтересованных лиц, интересы которых страдают в результате совершения распорядительных действий, обратиться с обязательственным требованием к отчуждателю. В данном случае непосредственно нормой закона установлены препятствия для совершения распорядительных действий, что никак не легитимирует Z в том или ином материально-правовом статусе. Не обнаруживается никаких

¹²² См.: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. S. 249.

¹²³ См.: Endemann F. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin, 1899. Bd. 1. S. 316 ff.

¹²⁴ Цит. по: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. S. 261.

¹²⁵ Ср.: Kohler J. Lehrbuch des bürgerlichen Recht. Berlin, 1906. S. 158.

оснований, по которым в основании не поименованного законом правоохраняемого интереса можно было бы усматривать субъективное право собственности. Иначе пришлось бы в каждом из подобных случаев усматривать возможность сосуществования нескольких собственников одной и той же вещи, что неминуемо влечет бессмысленное и ничем неоправданное клонирование субъективных гражданских прав.

Весьма дискуссионной представляется позиция, приписывающая запрету правосозидающую функцию. В литературе отмечается, что «всеобщий запрет.., имеющий адресатом всякого правоспособного субъекта, взаимодействуя с абсолютными гражданскими правами, принадлежащим другим правоспособным субъектам, образует абсолютное гражданское правоотношение (правоотношение собственности, авторские, изобретательские правоотношения)»¹²⁶. В этом случае возникает вопрос о конкретной форме взаимодействия абсолютных гражданских прав и запретов; о целях и основаниях моделирования конструкции абсолютных гражданских правоотношений; о соотношении юридических институтов, субъективных прав и правоотношений.

Излагаемая нами точка зрения о разграничении функций гражданско-правового запрета и всеобщей пассивной юридической обязанности не ведет к огульному отрицанию любых отношений субъекта абсолютного права с третьими лицами. Мы не разделяем радикальной позиции Е.Б. Пашуканиса, что момент возникновения абсолютного права «порывает всякую связь с тем или иным органическим объединением людей»¹²⁷, но и не считаем доказанным распространенный в советской литературе тезис о том, что между собственником и третьими лицами существуют правовые отношения, содержание которых непременно должно раскрываться только «правомочиями и соответствующими им обязанностями»¹²⁸.

¹²⁶ Ем В.С. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории): дис... канд. юрид. наук. М., 1981. С. 53.

¹²⁷ Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм // Пашуканис Е.Б. Избранные труды по общей теории права и государства. М., 1980. С. 118.

¹²⁸ См.: Корнеев С.М. Право государственной социалистической собственности в СССР. М., 1964. С. 27.

Полагаем, что игнорирование различий механизмов и принципов действия гражданско-правовых запретов и юридических обязанностей приводило ученых к весьма дискуссионным выводам общего характера о том, что гражданско-правовые обязанности перед государством имеют качественно иной характер в сравнении с обязанностями перед любой другой стороной правоотношения¹²⁹. Однако применительно к рассматриваемой проблематике вопрос исчерпывается разграничением категорий гражданско-правового запрета, гражданско-правовой обязанности, общерегулятивного запрета и всеобщей юридической обязанности пассивного типа, но не обоснованием новых качеств гражданско-правовой обязанности в зависимости от субъекта права.

Обоснованность сделанного нами вывода находит свое подтверждение в доктрине гражданского права отдельных государств континентальной Европы.

В гражданском праве Франции понятие всеобщей пассивной обязанности, корреспондирующей праву, критикуется, поскольку речь идет о некорректном использовании юридических конструкций. В данном случае всеобщее пассивное обязательство является лишь обязанностью соблюдать действующие законы и устои правопорядка, действие которых распространяется на всех членов общества без исключения, в то время как сама по себе эта обязанность не имеет какой-либо самостоятельной ценности и содержания¹³⁰.

В доктрине гражданского права Германии отмечается, что правовое требование невмешательства, адресованное всем участникам правоотношений, бесцельно, поскольку невыполнимо¹³¹. Развивая это положение, ученый отмечает, что публичный правопорядок не может способствовать осуществлению данного намерения принуждением, а также воспрепятствовать нарушению в конкретный момент времени; до момента

¹²⁹ См.: Дозорцев В.А. Права государственного промышленного предприятия на закрепленное за ним имущество: дис...канд. юрид. наук. М., 1951. С. 434.

¹³⁰ См.: Carbonnier J. Droit civil. Les biens. Paris, 2004. Т.2.

¹³¹ См.: Chesne D. Absolutes und relatives Rechts // Archiv buergerliches Recht. 1911. Bd. 36. S. 46.

правонарушения у управомоченного лица не возникает права требования. По образному выражению Д. Чесне (Дю Шене), абсолютное право является «не пучком лучей световой вспышки, а кремнем, из которого ударом можно высечь искру»¹³².

Таким образом, имплицитный запрет на нарушение и вмешательство в чужие субъективные права не следует отождествлять с гражданско-правовой обязанностью пассивного типа. Коренные различия могут быть в методе правового регулирования. Запрет, выраженный в нормах объективного права, выполняет правоохранительную функцию, устанавливая границы между правомерным и неправомерным поведением, а регламентация соответствующих прав и обязанностей осуществляется в пределах того или иного правоотношения, но уже регулятивным методом посредством установления взаимных прав и обязанностей. Нарушение запрета в данном случае означает нарушение не только существующего субъективного гражданского права, но и основ правопорядка. Запрет устанавливается как гарантия неприкосновенности субъективного гражданского права, а не для содействия и облегчения осуществления правовых возможностей управомоченным лицом непосредственно.

Нельзя не согласиться с С.С. Алексеевым в том, что предоставление лицам объективным правопорядком субъективных прав всеобщего абсолютного характера либо предоставление лицам конкретных субъективных прав с возложением на всех третьих лиц обязанности всеобщего характера - это и есть то специфическое, что характерно для метода государственно-правового регулирования, те особенности, которые в отношении права собственности отмечаются цивилистической наукой, в значительной мере являются особенностями не гражданского, а государственного права¹³³. Однако публичность касается не существа субъективного права, а только запрета на его нарушение. Именно поэтому невозможно согласиться с В.П. Мозолиным, утверждающим, что абсолютные

¹³² Ibid.

¹³³ См.: Алексеев С.С. Предмет советского социалистического гражданского права // С.С. Алексеев. Собр. соч. М., 2010. т. 1. С. 277.

субъективные гражданские права «являются составной частью публичного правопорядка в стране, и как следствие, - элементом публичных правоотношений между государством и всеми лицами, обязанными не нарушать нормы объективного права о собственности и личных неимущественных правах»¹³⁴. Субъективное гражданское право является предметом частноправового регулирования, в то время как его существо, содержание и виды не связаны с пассивно налагаемым правопорядком всеобщим запретом на их нарушение.

Пассивная юридическая обязанность, корреспондирующая субъективному гражданскому праву, существенно отличаясь от запрета, предполагает воздержание от совершения действий в отношении лица, возникновение и существование прав которого напрямую зависит от выполнения этой обязанности. Без выполнения пассивной юридической обязанности невозможно осуществление самого субъективного права. Корреспондирует ли пассивная юридическая обязанность неопределенного круга лиц обязательственным правам, и если да, то могут ли последние считаться на этом основании абсолютными?

Обратим внимание на содержание принципа свободы договора в гражданском праве, согласно которому контрагенты вправе самостоятельно решить, заключать ли им договор, определить круг лиц, в нем участвующих, определить важные для сторон условия договора, вид договора, способ заключения, способ обеспечения. Обязаны ли все третьи лица, которые не являются участниками этого договора, не препятствовать контрагентам в этом? Да, обязаны, поскольку из приведенных положений прямо следует то, что, по общему правилу, никто не вправе навязывать условия договора, принуждать к его заключению, диктовать условия договора участвующим в нем лицам. Причем исполнение пассивной обязанности может считаться непременным условием последующего возникновения гражданских прав и обязанностей на договорной основе, что обуславливает в данном случае взаимозависимость категорий права и обязанности. В противном случае

¹³⁴ Гражданское право / под ред. В.П. Мозолина, А.И. Масляева. М., 2005. Ч. 1. С. 397.

возникновение обязательственных договорных отношений невозможно в принципе. Неслучайно Р. Иеринг рассматривал пассивную связанность как стадию, предшествующую будущим правам. Цель существования гражданско-правовой обязанности видится им в защите находящегося на стадии возникновения права от негативного влияния внешней среды, которое нуждается в заботе подобно зародышу жизни, который хочет расцвести¹³⁵: лоно права заранее раскрыто правоспособному субъекту и обеспечено таким образом, что никто другой не сможет помешать ему своими неправомерными действиями¹³⁶.

В данном ключе рассуждений может показаться, что и обязательственные права могут считаться абсолютными, если согласиться с тем, что правам участников обязательственных правоотношений может соответствовать всеобщая пассивная юридическая обязанность. Сильным аргументом в пользу обоснованности высказанного предположения можно считать заключение Е.А. Флейшиц о том, что «в абсолютном правоотношении неопределенными являются во всех случаях обязанные лица»¹³⁷.

Данный вывод следовало бы посчитать необоснованным, поскольку при отнесении того или иного права к числу абсолютных необходимо руководствоваться спецификой и существом самого субъективного права, а не численным составом лиц, которым вменена юридическая обязанность.

В противном случае к числу субъективных прав могут быть отнесены явления, юридическая природа которых была и остается спорной. Именно по этому пути пошел Л.И. Петражицкий, заключив, что феномен владения сводится к всеобщему воздержанию от насильственных тайных и вероломных посягательств на чужое владение независимо от его оснований. По мнению ученого, этот род обязанностей, который относится ко всем и каждому, называется «техническими абсолютными правами». Вследствие

¹³⁵ См.: Jhering R. Passive Wirkungen der Rechte // JdP. 1871. Bd. 10. S. 458-466.

¹³⁶ Ibid. S. 394.

¹³⁷ См.: Флейшиц Е.А. Абсолютная природа права собственности // Проблемы гражданского и административного права. Л. 1962. С. 226.

нарушения абсолютного права владельца нарушитель навлекает на себя неприятную обязанность, а владелец eo ipso приобретает относительное притязание (против нарушителя), а именно притязание на восстановление status quo ante¹³⁸. Однако каковы основания считать владение правом, да еще и абсолютным, когда вопрос о его содержании и месте в системе субъективных гражданских прав остается открытым уже несколько столетий? В данном случае критерий абсолютности и правового содержания отношения лишен всякой определенности. Тем более что в литературе встречается аргументация в пользу относительной, а не абсолютной природы владения. Г.Р. Шмельцайзен обосновывает это тем, что владение очевидно для каждого внешним состоянием вещи и потому владельцу противостоит не неопределенный круг субъектов пассивной обязанности, а вполне конкретное лицо, намерение которого состоит в завладении вещью, несмотря на явные признаки уже существующего владения¹³⁹. В качестве дополнительного аргумента Г.Р. Шмельцайзен усматривал признак относительности владения в недостоверности восприятия третьими лицами обладателя вещи, который в действительности может являться не владельцем вещи, а слугой чужого владения¹⁴⁰.

Проверка научной состоятельности господствующего представления о специфике абсолютных прав как о правах, управомоченному субъекту которых неизменно противостоит обязанность, падающая на неопределенный круг лиц, предполагает выяснение вопроса о том, возможно ли возникновение всеобщей юридической обязанности независимо или в отсутствие (временной или постоянной) самого субъективного права. Положительный ответ на этот вопрос может свидетельствовать о том, что субъективное право и пассивная обязанность по воздержанию от его нарушений представляют собой различные проявления юридических отношений, урегулированных правовой системой правопорядка.

¹³⁸ См.: Петражицкий Л.И. Право и суд // Право – еженедельная юридическая газета. 1901. №3. С.123.

¹³⁹ См.: Schmelzeisen G. K. Die Relativitaet des Besitzbegriffs // AcP. 1932. Bd. 136. S. 181.

¹⁴⁰ Ibid. S. 153.

Утверждение такого подхода исключает логическую непогрешимость характеристики субъективного права численным составом негативной юридической обязанности, возложенной на неопределенный круг лиц. Убедительные доказательства возможности временного не совпадения субъективного гражданского права и всеобщей негативной юридической обязанности находим в фундаментальном труде Р. Иеринга, который обращает внимание на то, что юридическая связанность неопределенного круга лиц не находится в прямой зависимости от активной стороны субъективного гражданского права. Ученый проводит специальные различия между «промежуточной стадией существования права, когда субъект права отпал» и существованием всеобщей негативной обязанности «в качестве предварительной стадии в процессе формирования права»¹⁴¹.

В теории англо-американского права проблематика природы пассивных юридических обязательств (обязанностей) связывается с абсолютными имущественными (вещными) правами. В поле зрения юристов оказываются случаи из судебной практики, которые, как представляется, не имеют прямого отношения к абсолютным и вещным правам. Ученые анализируют случаи, когда муниципалитет не исполнил обязанности по ремонту городской дороги и гражданин N., упав в яму, сломал себе ногу. Ученые склоняются к мнению, что муниципалитет нарушил право на личную телесную безопасность гражданина N.¹⁴². Однако очевидно, что сложившаяся ситуация ровным счетом не имеет никакого отношения к вещным правам, если не считать того, что вред здоровью гражданина был причинен вследствие опасных свойств имущества, содержание которого вверено муниципалитету, что в любом случае не относится к предмету регулирования вещных прав. Другой приводимый учеными пример сводится к случаю, когда на одной улице проживают хозяин отары овец и владелец агрессивной собаки. Ученые заняты выяснением вопроса о том, состоят ли такие соседи в правоотношениях и каковы эти правоотношения, если на улице проживают

¹⁴¹ См.: Jhering R. Passive Wirkungen der Rechte. S. 406.

¹⁴² См.: Kocourek A. Op. cit. S. 333-336.

несколько владельцев собак и овец. С их точки зрения владение собакой и овцами являются юридическими фактами, порождающими юридические обязанности: избежать нападения; не допустить провокации нападения и т.д.. Если это так, то неясно, чем вызвана необходимость описания взаимоотношений соседей через юридическую конструкцию гражданского правоотношения, элементом которого являются вещные права.

Непонятно, почему отношения владельцев собаки и овец не могут квалифицироваться как автономное правовое положение правообладателей, которые независимы друг от друга, но несут определенное бремя, состоящее в том числе в недопущении причинения вреда здоровью и имуществу другого лица использованием или природно-органическими свойствами собственного имущества. Игнорирование предложенного подхода благодатно для конструирования правоотношений между лицами, которых разделяют географические континенты и социальные сферы деятельности на том основании, что гражданин Кубы является издателем газеты, в которой гипотетически может быть оболган грузчик из России, или вред здоровью гражданина США может быть причинен в вооруженном конфликте в Иране посредством снаряжения боеприпасов гражданами на военном заводе Украины. Нет никаких оснований категорически отвергать вероятность наступления такого стечения обстоятельств, но это несколько не свидетельствует в пользу того, что указанные лица состоят в правоотношениях до факта причинения вреда одним лицом другому.

Из частных примеров английскими юристами выводится градация обязательств на три класса: 1. обязательства неопределенные, когда в числе обязанных лиц не определены ни конкретные лица, ни классы – это обязательства граждан всего мира; 2. частично неопределенные, когда определен класс или группа возможных правонарушителей; 3. определенные обязательства, когда субъекты обязанности определены поименно¹⁴³. Нельзя не отметить крайнюю условность и практическую нежелательность данной градации, поскольку любое правонарушение часто непредсказуемо,

¹⁴³ Ibidem. S. 339.

стихийно, но в любом случае оно крайне нежелательно правовым порядком. Повышенное внимание к определению заранее установленного закрытого перечня правонарушений формирует стереотип в правосознании правоприменителя и может оказаться неэффективным средством в борьбе с противоправным поведением. К тому же такие суждения провоцируют к выделению особого класса субъективных прав, которые якобы сверхзначимы в сравнении с субъективными правами отличной юридической природы, составляя приоритет в осуществлении и защите. Этот подход ничем не обоснован за исключением, конечно, эгоистических интересов субъектов абсолютных прав. Есть и юридико-техническая сложность восприятия обратного подхода. Так, согласно классификации А. Коуоурека абсолютными правами могут считаться общие права, которым корреспондирует неопределенная юридическая обязанность. Последовательность суждений позволит выделить два класса субъективных прав и субъективных юридических обязанностей: общие (то есть абсолютные) и специальные (суть относительные) -, что, видится искусственным умозаключением, лишенным всякого смысла и необходимости. В источниках английского и американского гражданского права указывается, что всеобщая абсолютная обязанность не связывается с соответствующими ей правами, а по классификации Д. Остина подпадает под обязанности перед обществом в целом (*duties owed to persons indefinitely*) или правовым порядком (*duties owed to the sovereign*)¹⁴⁴.

Наука германского права сталкивалась и с другим аспектом проблемы отнесения прав к числу абсолютных по кругу обязанных субъектов. Предметом внимания ученых явились семейные отношения. Л. Филипс задался вопросом: является ли брак обоснованием абсолютных прав, обращенных против любого лица, или только относительных прав, адресованных супругу. Л. Филипс рассматривает права супругов и констатирует их абсолютное действие в том, что любой из супругов имеет возможность требовать от любого другого лица не вмешиваться в брачно-

¹⁴⁴ Black's law Dictionary. London, 1999. P. 522.

семейные отношения, а все прочие лица обязаны воздерживаться от подобного вторжения¹⁴⁵. Несколько ранее Е. Бухер отмечал, что любое третье лицо обязано не только пассивно не искать встреч с лицом, состоящим в браке, но и активно избегать его ухаживаний¹⁴⁶.

Интерпретация прав и обязанностей супругов в предметной области абсолютных прав выглядит не вполне удачно. Действительно, каждый из супругов имеет право требовать уважения и верности, но едва ли это право может быть распространено в отношении всех третьих лиц, которые в таком случае должны считаться обязанными соблюдать известную сдержанность в проявлении интереса в отношении лица, состоящего в браке. Такая обязанность не следует из закона напрямую. Однако и ее отсутствие не означает наличия каких-либо прав у третьих лиц. В противном случае получается, что, если супруг уезжает с женой в командировку, то он нарушает права неопределенного круга лиц: всех и каждого? Таких выводов следовало бы избегать, не используя конструкции абсолютных и относительных прав применительно к семейным правоотношениям. Трудно представить, какое притязание имеет в данном случае супруг ко всем прочим членам общества: ведь в установленных законом или договором случаях супружеская неверность влияет на правовое положение семьи и супругов, но не всех третьих лиц. К тому же совершенно не ясно, кто будет считаться управомоченным субъектом правовых требований, если, к примеру, один супруг относится безразлично к безнравственному поведению другого. Да и можно ли с непогрешимой уверенностью считать отношения супругов соотношением прав и обязанностей? При ответе на этот вопрос стоит задуматься над тем, на чем основано обязательство уважения и верности супругов. Очень просто предположить, что оно следует из взаимных прав и обязанностей супругов. Но нельзя исключать, что это связано не с действием права одного из них, а с самообязательством другого. Затронутая область

¹⁴⁵ См. Philips L. Absolute und relative Rechte und verwandte Phaenomene Die kombinatorische Erfassung der Gestaltungsmoeglichkeiten // Beitrage zurallgemeinen Rechts – und Staatslehre. 1986. Bd. 1. S. 391-401.

¹⁴⁶ Bucher E. Op. cit. S. 142.

отношений находится в большей степени в сфере влияния норм морали и нравственности, социальных основ государства и права и не может быть опосредована правовыми конструкциями абсолютных и относительных прав и обязанностей. Отдельными авторами она справедливо охарактеризована свободным пространством от права - „rechtsfreier Raum”.

Советской наукой гражданского права также предпринимались попытки распространения конструкций абсолютных и относительных прав и правоотношений на семейное право. Так, В.А. Рясенцев отмечал, что «для семьи характерно отсутствие чисто абсолютных правоотношений». Ученый выделял две группы прав, сочетающих в себе признаки абсолютных и относительных прав. К первой он причислял относительные права, обладающие абсолютным характером защиты от нарушения со стороны всех других лиц (право родителей на воспитание детей). Ко второй - абсолютные права с некоторыми признаками относительных правоотношений (права супругов на их общее имущество)¹⁴⁷. Право совместной собственности является абсолютным для всех третьих лиц и относительным, когда оно рассматривается как совместное право собственников, с которым неразрывно связаны их взаимные обязательства. Думается, такой ход рассуждений не является верным, поскольку абсолютность и относительность права определяется в данном случае не внутренними свойствами субъективного гражданского права, а количеством обязанных и управомоченных лиц. Признание абсолютного действия относительных прав, как и обоснование существования «абсолютных прав с некоторыми признаками относительных правоотношений» ведет к стиранию границ между понятиями «право» и «правоотношение», появлению без какой-либо аргументации смешанных типов абсолютно-относительных прав.

О.С. Иоффе отмечал, что семейные правоотношения во всех случаях примыкают к разряду относительных правоотношений, но в то же время им присущи и абсолютные элементы, проявляющиеся в возложении некоторых обязанностей на всех третьих лиц, которые противостоят участникам

¹⁴⁷ Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1967. С. 26-27.

семейных правоотношений¹⁴⁸. В качестве примера О.С. Иоффе приводит довод, что брак, заключенный с лицом, уже находящимся в зарегистрированном и нерасторгнутом браке с другим лицом, является недействительным. Однако в этом не усматривается действия абсолютных прав, а только императивный запрет, установленный нормой права, нарушение которого влечет правовые последствия в виде недействительности последующего брака независимо от воли лиц, обратившихся за государственной регистрацией брака, как и лиц, уже состоящих на этот момент в зарегистрированном браке.

Встречает возражения и другой пример О.С. Иоффе о присутствии абсолютных элементов в праве родителей, усыновителей и патронирующих требовать возвращения ребенка от любого лица, удерживающего его у себя без законных оснований. Полагаем, что законодатель не предусматривает абсолютную правовую возможность родителей требовать возврата ребенка и не рассматривает ее в качестве неотъемлемого элемента их статуса, как это возможно в случае виндикации - *ubi rem meam invenio, ibi vindico*. В данном случае прежде всего учитываются интересы самого ребенка. Далекое не случайно, что при рассмотрении дел данной категории российские суды учитывают реальную возможность родителя обеспечить надлежащее воспитание ребенка, характер сложившихся взаимоотношений родителя с ребенком, привязанность ребенка к лицам, у которых он находится, и другие конкретные обстоятельства, влияющие на создание нормальных условий жизни и воспитания ребенка родителем, а также лицами, у которых фактически проживает и воспитывается ребенок.

М.В. Антокольская приходит к выводу, что в семейном праве преобладают относительные правоотношения, и «чисто абсолютные правоотношения не типичны для семейного права»¹⁴⁹. В современных условиях с этим категоричным утверждением весьма трудно безоговорочно согласиться по следующим соображениям.

¹⁴⁸ См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Л., 1965. т. III. С. 195.

¹⁴⁹ Антокольская М.В. Семейное право. Учебник. М., 2003. С. 95.

Концепция о правах ребенка, принятая резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 г. № 44/25, на наднациональном уровне определяет контуры правового регулирования прав ребенка как субъекта права, правоспособность которого отнюдь не замкнута сферой имущественных правоотношений, а охватывает и неимущественные правоотношения (право ребенка на личную жизнь, свободу мысли и слова и др.), что послужило основой для развития этих положений в национальных законодательствах государств. Система и содержание СК РФ развивают правовое регулирование прав ребенка, в связи с чем могут быть названы следующие права ребенка, которые отвечают признакам абсолютных прав: имущественные права ребенка (ст. 60 СК РФ); неимущественные права ребенка (право ребенка на фамилию, имя, отчество – ст. 58 СК РФ, право ребенка на выражение собственного мнения – ст. 57 СК РФ, право ребенка на общение с родителями и другими членами семьи – ст. 55 СК РФ, право ребенка жить и воспитываться в семье – ст. 54 СК РФ). Абсолютно по своей юридической природе и право родителей на воспитание и образование ребенка – ст. 63 СК РФ.

Нельзя не отметить, что разветвленный перечень прав ребенка в российском законодательстве препятствует принципиальной возможности рассмотрения нормы о защите родительских прав по ст. 68 СК РФ как о разновидности виндикационного иска, поскольку в противном случае пришлось бы признать, что ребенок является не субъектом, а объектом права, а это в свою очередь означало бы намеренное отречение от гуманистических идеалов и нравственных принципов семейного права современной эпохи: ст. 68 СК РФ регулирует порядок защиты прав родителей, действующих в интересах ребенка и с учетом его мнения.

В юридической науке советского периода отмечалось, что субъективные права по типу абсолютных могут быть обнаружены не только в гражданском и семейном, но и в трудовом и публичном праве. Ц.А. Ямпольская отмечала, что праву работника на труд корреспондирует обязанность всех социалистических организаций принять его на работу

сообразно его образованию, навыкам и квалификации. Это право работника является абсолютным, которому корреспондирует обязанность всех потенциальных работодателей¹⁵⁰. Абсолютную характеристику субъективное право работника получало вследствие наличия корреспондирующей обязанности всех работодателей, круг которых поименно заранее не может быть известен самому работнику. Аналогичное суждение можно сделать, если руководствоваться действующим ТК РФ. Так, при приеме на работу субъективному праву работника на труд корреспондирует обязанность потенциально всех работодателей независимо от их организационно-правовой формы, структуры собственности обеспечить работнику рабочее место, работу по трудовой функции, соблюдение режима труда и отдыха, соблюдение социально значимых гарантий на время нетрудоспособности работника и др. Праву работника на труд корреспондирует всеобщая пассивная обязанность любого работодателя и состоящая в ненарушении прав работника, предусмотренных действующим законодательством о труде и трудовым договором.

С.С. Алексеев отмечал, что «пассивными являются и административные правоотношения, закрепляющие компетенцию государственных органов (права отдельных ведомств, главных управлений, предприятий)¹⁵¹. Полагаем, что данное утверждение является спорным, поскольку орган государственной власти наделен для осуществления своих функций компетенцией, реализация которой предполагает осуществление уполномоченным органом или должностным лицом конкретных властных полномочий, а не субъективных прав; орган государственной власти по большей части лишен усмотрения и свободы выбора в принятии административно-управленческого решения в связи с тем, что основания отправления его должностных обязанностей регламентированы законодательством. Отсюда следует, что понятия компетенции и

¹⁵⁰ См.: Ямпольская Ц.А. Субъекты советского административного права: дис. док-ра юрид. наук. М., 1957. Т. 2. С. 534-560.

¹⁵¹ Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966.. С. 133-134.

правоспособности; властных полномочий государственных органов или должностных лиц, опирающихся на силу государственного принуждения, и правомочий и (или) субъективных прав субъектов частного права не могут рассматриваться в едином значении и принятой в частном праве классификации правоотношений на абсолютные и относительные.

На основе изложенного возможно сформулировать следующие выводы:

Всеобщая пассивная юридическая обязанность не является в своем содержании и значении гражданско-правовой обязанностью и не может рассматриваться как критерий определения абсолютных и относительных субъективных гражданских прав.

Воздержание от нарушений и вмешательств в чужие права является условием правомерного поведения всех субъектов права, действия которых априори не могут нарушать субъективных прав других лиц – предупреждение и пресечение правонарушений является одной из основных, стержневых функций правопорядка, правовой гарантией сохранения законности и равноправия граждан, характеристикой правоохранительной деятельности государства и его органов.

Всеобщая пассивная юридическая обязанность по ненарушению чужих субъективных прав не является гражданско-правовой, поскольку ее соблюдение не влечет возникновения гражданско-правовых последствий, являясь общей публичной регулятивно-охранительной юридической обязанностью, падающей на всех без исключения лиц, подчиненных государству и источникам санкционированных им источников права. Обязанность по ненарушению чужих субъективных прав является критерием правомерного поведения, показывает связь государства и подпадающих под его юрисдикцию субъектов права. Соблюдение обязанности по ненарушению чужих прав не влечет в качестве правового последствия возникновения особых правовых отношений, регулируемых гражданским законодательством в смысле, определенном ч. 1 ст. 2 ГК РФ.

Отличия пассивной юридической обязанности по ненарушению чужих прав от гражданско-правовой обязанности значительны и существенны. основополагающим признаком гражданско-правовой обязанности является взаимообусловленность и неотделимость последней от самого субъективного права: выполнение гражданско-правовой обязанности, как правило, является условием осуществления субъективного гражданского права. Напротив, невмешательство и воздержание от нарушения чужого субъективного права является не гражданско-правовой обязанностью, а правомерным поведением третьих лиц, корреспондирующем не каждому из существующих субъективных прав в гражданском обороте, а общему абсолютному запрету, установленному нормой объективного права. На данном примере целесообразно проводить принципиальные различия между механизмами и действием запретов и обязанностей не только в гражданском праве, но и в иных отраслях права.

Обязанность воздержания от нарушений чужих субъективных прав не может быть адресной и связываться с их конкретным видом, классом (в частности только подчеркивать специфику абсолютных прав): государственная власть не может выборочно допускать нарушение одних прав и запрещать нарушение других прав. Пресечение неправомерного поведения, предупреждение правонарушений является необходимым условием становления правового и социального государства, гражданского общества.

§ 3. Соотношение абсолютных и вещных прав

Значительное время в юридической литературе абсолютность считалась едва ли не единственным и достаточным признаком для отнесения того или иного субъективного права к числу вещных. Данная точка зрения получила особое гипертрофированное выражение в трудах германских цивилистов XIX века. До А. Тибо и П. Фейербаха в литературе указывалось, что выявленное свойство абсолютности является научным доказательством

вещной природы субъективного гражданского права¹⁵², в то время как любое определение вещного права без указания на абсолютность не может претендовать на точность¹⁵³. Достаточно рельефно эта мысль выражена Й. Унгером: «абсолютность вещного права – это только действие вещиности»¹⁵⁴. Особые категоричные суждения на этот счет высказал Е. Фукс, заявив, что «вещность есть абсолютность», тем самым предвещая дальнейшие выводы о взаимозависимости этих категорий¹⁵⁵. Позиция Е. Фукса интересна еще и тем, что характеристика абсолютности вещного права использована ученым для обоснования нового взгляда на вещное право, состоящего не в господстве лица непосредственно над вещью, а в господстве лица над согражданами относительно этой вещи. З. Шлосман, отрицая научную состоятельность понятия вещного права, заключает, что делению прав на вещные и обязательственные много предпочтительнее «различие относительной и абсолютной возможности принудительного осуществления прав»¹⁵⁶.

Заявлений о том, что одной из главных отличительных черт вещного права является его абсолютный характер, выраженный в действии в отношении всех лиц без исключения, придерживаются и современные комментаторы как BGB¹⁵⁷, так и ZGB¹⁵⁸.

¹⁵² См.: Feuerbach P.J.A. Ueber Actio in rem und actio in personam, ius in rem und ius in personam. Civilistische Versuche. Giessen, 1803. S. 273-274; Thibaut A.F.J. Versuche ueber einzelne Teile der Theorie des Recht. Jena, 1817. S. 23-66.

¹⁵³ См.: Rummelin G. Obligation und Haftung // AcP. 1885. Bd. 68. S. 151; 200.

¹⁵⁴ См.: Unger J. System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. Leipzig, 1863. S. 503.

¹⁵⁵ См.: Fuchs E. Das Wesen der Dinglichkeit. Ein Beitrag zur allgemeiner Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines Buergerlichen Gesetzbuches fuer das Deutsche Reich. Berlin, 1889. S. 17; Hartmann G. Rechte an eigener Sache: Untersuchungen zur lehre von Eigentumsrecht. Freiburg, 1877. S. 4-6.

¹⁵⁶ Schlossmann S. Der Vertrag. Leipzig, 1876. S. 269.

¹⁵⁷ Ср.: Palandt Buergerliches Gesetzbuch / bearbeitet von Bassenge P., Diederichsen U., Heinrichs H., Putzo H., Thomas H., Richter V., Brudermueller G., Edenhofer W., Heldrich A., Sprau H., Weidenkaff W. Muenchen, 2008. S. 1318.

¹⁵⁸ Ср.: Tuor P., Schnyder B., Schmid J., Rumo-Jungo A. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Zurich-Basel-Genf, 2009. S. 813.

Во французском (ст. 544 СС), австрийском (§ 354 ABGB), швейцарском гражданском законодательстве (ст. 641 ZGB) абсолютность характеризует не все вещные права, а только право собственности. Разница заключается в формулировках национального закона. Французский законодатель указывает на абсолютный характер осуществления права собственности. Австрийский законодатель говорит о праве распоряжаться субстанцией вещи по своему произволу и устранять от этого любое другое лицо. Швейцарский законодатель указывает на свободу собственника в распоряжении принадлежащей ему вещью в пределах, допускаемых законом. Здесь же указывается на правомочие собственника пресекать любые попытки незаконного присвоения его вещи, истребовать ее от любого лица, которое удерживает ее незаконно. Во всех поименованных случаях речь идет о нормативных индивидуальных характеристиках не всех вещных прав, а только права собственности, которое часто воспринимается как самое абсолютное (*le plus abso*). При этом функциональное назначение характеристики абсолютности права собственности состоит в указании на наиболее широкий объем правомочий собственника в сравнении с признаваемыми и регламентируемыми законом ограниченными вещными правами на чужие вещи.

В теории австрийского гражданского права можно встретить указание на характеристику вещного права как абсолютного. При этом вопрос о соотношении вещного и абсолютного права, последствий характеристики вещного права абсолютным не ставится и не раскрывается¹⁵⁹. Доктрина голландского гражданского права выводит значение абсолютности вещного права через иные признаки вещного права. Так, отмечается, что система закрытого перечня вещных прав обеспечивает вещным правам свойство узнавания и публичности, в связи с чем вещные права могут рассматриваться как права абсолютные, которым противостоит негативная обязанность всех третьих лиц¹⁶⁰. При этом получается, что жизнеспособность одного из

¹⁵⁹ См.: Koziol H., Welser R. *Buergerliches Recht*. Wien, 2006. S. 238.

¹⁶⁰ См.: Struycken T.H.D. *Op. cit.* P. 290.

признаков вещного права оправдывается содержанием другого признака вещного права и каждый в отдельности из этих признаков не имеет самоценности, что, на наш взгляд, размывает значение отдельно взятого признака вещного права как грани индивидуальности вещного права.

В российской юридической литературе ученые в своем большинстве придерживаются сходной точки зрения, не дающей ответа на вопрос о сущности абсолютного права, значимости абсолютности как характеристики вещного права в числе признаков последнего. В дореволюционный период абсолютность как характеристика вещного права выделялась не всегда и не всеми учеными. Е. В. Васьковский выводил абсолютный характер вещного права из другого следствия вещного права – прямой непосредственной связи лица и вещи. Содержание абсолютности вещного права виделась ему в обязанности признания вещного права всеми и каждым¹⁶¹. Г.Ф. Шершеневич предварял делению и различиям вещных и обязательственных прав сущностные отличия абсолютных и относительных прав как более общих понятий: «основным и в высшей степени важным делением прав представляется деление их на абсолютные и относительные. К числу первых относятся права вещные, исключительные, и права личной власти; ко вторым – права обязательственные и права на алименты». Специфика вещных прав повторяла с точки зрения ученого все свойства абсолютного права (обязанность всех лиц, подчиненных одной и той же политической власти, воздерживаться от действий, несогласованных с правообладателем; отрицательный характер юридической обязанности субъектов обязанности; возможность нарушения абсолютного права каждым как следствие всеобщей обязанности; иск для защиты абсолютного права может быть направлен против каждого; установление абсолютных прав независимо от воли субъектов пассивной обязанности; преимущественность абсолютного права перед относительным) и имела специфику в объекте права – вещи, с учетом которой выстраивается признак непосредственного господства лица над

¹⁶¹ См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003. С. 260.

вещью¹⁶². Г.Ф. Шершеневич прямо называет свойства, присущие абсолютным правам, их признаками, хотя неясно, как может быть признаком абсолютных прав выведенное ученым его преимущество перед относительным. Скорее, речь идет не о признаке, а о преимущественном значении абсолютных прав перед относительными, существующими одновременно в отношении одного и того же объекта. В любом случае преимущественное значение абсолютных прав перед относительными может подчеркивать их различия в условиях сопоставления, но никак не индивидуальные черты абсолютного права. Данные Г.Ф. Шершеневичем признаки абсолютных прав, с нашей точки зрения, никак не отражают сущности, содержания, специфики абсолютных прав как родовой группы субъективных гражданских прав, прежде всего потому, что характерные признаки абсолютных прав определяются ученым через поведение не управомоченных, а пассивно обязанных лиц, иском для защиты права в случае нарушения.

Следование традициям германской цивилистики обнаруживает себя в теории российского дореволюционного гражданского права, которая рассматривала вопрос о разграничении вещных и обязательственных прав иногда и во взаимосвязи с вопросом о соотношении абсолютных и относительных прав: «В этой противоположности права обязательственного вещному первое иногда называется также правом относительным, а второе безусловным»¹⁶³.

В юридической литературе советского периода абсолютность связывалась не со всеми вещными правами, а преимущественно лишь с правом собственности. Отмечалось, что «основная черта субъективного права собственности – его абсолютный характер. Разумеется, сама абсолютность права относительна. Оно абсолютно не само по себе, а в

¹⁶² См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 185-187.

¹⁶³ Мейер Д.И. Русское гражданское право. М. 1997. Ч. 1. С. 227. В качестве едва ли не единственного исключения возможно привести точку зрения В. Голевинского, который не проводил различий между вещными и обязательственными правами по признакам абсолютности и относительности. Ср.: Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1872. С. 5.

сопоставлении с другими субъективными правами. Абсолютных, как безграничных, прав вообще быть не может; каждое субъективное право, сколько бы полным и содержательным оно не было, есть определенная мера дозволенного поведения»¹⁶⁴. Приведенная цитата показывает, что абсолютность права является характерной чертой для права собственности, а сама абсолютность рассматривается как неограниченный объем предоставленных субъективным правом правомочий. Оба эти суждения встречают возражения автора настоящей работы, поскольку пределы осуществления субъективного гражданского права напрямую никак не связаны с проблемой понятия, структуры и видов субъективных гражданских прав, а абсолютность, с нашей точки зрения, присуща как праву собственности, так и ограниченным вещным правам. В качестве единичного исключения из общего правила можно привести труды В.Ф. Маслова, который не называет абсолютность в числе ни первичного, ни факультативного признака вещных прав и исследуемого им права собственности. Юридическое содержание права собственности раскрывается ученым путем анализа причитающихся собственнику правомочий. В общей части своей докторской диссертации В.Ф. Маслов акцентирует внимание на специфике отношений собственника и не собственников вещи: «притязанию собственника соответствует обязанность неограниченного круга лиц, любого и каждого.., в то время как в обязательственном праве притязание управомоченного лица относится к четко определенному лицу, лицам, которые в первую очередь обязаны к выполнению его требований»¹⁶⁵. Нетипичность этой точки зрения видится в том, что пассивная обязанность неопределенного круга лиц противостоит не праву собственности, а притязанию, которое вполне может быть и никак не выражено собственником. В такой ситуации логично предположить, что самих

¹⁶⁴ Яковлев В.Ф. Гражданскоправовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. С. 79.

¹⁶⁵ Маслов В.Ф. Гражданскоправовые проблемы личной собственности в период строительства коммунизма: дисс... док-ра юрид. наук. Харьков, 1967. С. 24.

отношений собственника и несобственника может и не существовать в принципе.

В советской цивилистике различие абсолютных и относительных правоотношений сводилось к рассмотрению вещных и обязательственных прав как «к наиболее интересной стороне вопроса»¹⁶⁶. Аналогичные суждения без труда можно встретить в зарубежной литературе¹⁶⁷. Такой подход основан на неверной логической посылке, поскольку вещные и обязательственные права являются частным выражением абсолютных и относительных прав: исследование вопросов разграничения вещных и обязательственных прав не может подменять научных результатов разграничения прав абсолютных и относительных.

Важным последствием общего признания абсолютности права как имманентной черты только одного из видов вещных прав – права собственности может явиться искусственное поглощение общих характеристик абсолютности права индивидуальными признаками права собственности. Такой подход не может считаться обоснованным в отсутствие весомой аргументации необходимости лишения абсолютных прав самостоятельной сферы действия и значения в механизме гражданско-правового регулирования.

Современная правоприменительная практика руководствуется тем, что абсолютная характеристика является имманентной чертой не всех вещных прав, а только права собственности. В мотивировочной части отдельных судебных актов можно встретить следующие категоричные суждения «абсолютный характер права собственности обеспечивает его обладателю наибольшую степень фактической, непосредственной власти над индивидуально-определенной вещью и наделяет управомоченного субъекта возможностью отстранения всех несобственников от произвольного вмешательства в сферу его хозяйственного господства. Экономически

¹⁶⁶ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 51. Ср.: Яичков К.К. К учению о гражданском правоотношении // Вестник Московского университета. 1956. №1. С. 137.

¹⁶⁷ Ср.: Singer E. Op. cit. S. 9.

необходимое участие одних лиц в праве собственности другого лица может быть установлено лишь по основаниям, в порядке и формах, предусмотренных законом, с дозволения собственника, а при отсутствии его согласия - по решению суда»¹⁶⁸.

В первой и второй половине XX века взгляды континентальных цивилистов на проблему абсолютности вещных прав претерпели некоторые изменения. В частности, были высказаны сомнения, что абсолютность вообще имеет какое-либо значение для характеристики вещного права¹⁶⁹. Развернутое обоснование на этот счет находим у Е.М. Майерса. С точки зрения ученого вещные права утратили большую часть своего абсолютного характера по совокупности следующих обстоятельств:

- предоставление вещной защиты добросовестным приобретателям имущества;

- наличие публичных реестров, которые не исключают взаимных вещно-правовых последствий юридически значимых действий сторон договора, но отрицают вещный эффект таких действий в отношении третьих лиц до тех пор, пока не осуществлено внесение;

- расширение пределов защиты обязательственных прав;

- приобретение обязательственными правами абсолютного действия вследствие признания судебной практикой их неприкосновенности от действий третьих лиц и возложения на последних всеобщей пассивной юридической обязанности¹⁷⁰.

Высказанная Е.М. Майерсом аргументация вызывает возражения.

Механизм вещно-правовой защиты добросовестных приобретателей является особой гарантией стабильности гражданского оборота и третьих лиц, полагающихся в выборе контрагента на официальные данные

¹⁶⁸ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 27 августа 2013 г. N Ф03-3683/2013 // СПС «Консультант+».

¹⁶⁹ Ср.: Dnistrjanskyi S. Dingliche und persoenliche Rechte // JhJ. Bd. 78. 1927/1928. S. 87; Fabricius F. Zur Theorie des stueckelosen Effektengiroverkehrs mit Wertrechten aus Staatsanleihen. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Abgrenzung von Schuldrecht und Sachenrecht // AcP. 162 (1963). Bd.5-6. S. 468

¹⁷⁰ См.: Meijers E.M. Algemene leer van het burgerlijk Recht. Lieden, 1948. P. 273.

публичных реестров, и в своем действии никак не затрагивает содержания и структуры субъективных гражданских прав.

Абсолютные свойства вещного права не претерпевают содержательных изменений в момент совершения уполномоченным лицом распорядительных действий, которые, разумеется, не влекут мутации или расщепления прав, возникновения «относительных» вещных прав, но влияют на объем правомочий и юридическую связанность участвующего в сделке лица.

Расширение возможности защиты прав обязательственных не влечет преобразования их относительных свойств в абсолютные. Защита права *contra omnes* определяет исключительно диапазон средств правовой защиты, но никак не абсолютные или относительные свойства субъективного гражданского права, характеризующие его внутреннее содержание. Именно поэтому невозможно согласиться с Е. Фуком, что вещные права отличаются от обязательственных «абсолютной или, по крайней мере, регулярной абсолютной исковой защитой».

Обязанность любых третьих лиц воздерживаться от действий, направленных на вмешательство в осуществление чужого права или на его непосредственное нарушение, также не может свидетельствовать о приобретении последним свойств абсолютности. Исполнение этой обязанности является прямым следствием установленного публичным порядком общего запрета на нарушение любых субъективных прав, которым обеспечено беспрепятственное осуществление и защита: в правовой действительности не существует субъективных прав, нарушение которых не считалось бы противоправным деянием. С точки зрения гражданского права речь идет о пассивном действии (силе) субъективных гражданских прав, которое никак не определяет его природу, родовую принадлежность и специфику индивидуального содержания. Нет никаких оснований отказывать субъекту обязательственных прав в притязании, обращенном ко всем третьим/другим лицам, воздерживаться от нарушения его права. Однако из этого преждевременно делать выводы об «овеществлении» обязательственных прав, перерастании относительных прав в относительные,

появлении смешенных типов абсолютных и относительных прав. Имеется в виду масштаб охраны правоотношения, определение потенциальных адресатов санкций, следующих за нарушением права, но никак не преобразование правоотношения и не модернизация самого субъективного гражданского права.

Отдельное внимание уделено Е.М. Майерсом историческим особенностям происхождения абсолютности, утвердившейся в научном мировоззрении в качестве ведущего признака вещного права. Им указывается, что противопоставление абсолютных (вещных) и относительных (обязательственных) прав обязано перенесению глоссаторами римского деления вещных (*actiones in rem*) и обязательственных (*actiones in personam*) исков на классификацию субъективных гражданских прав. С этого момента, отмечает Е.М. Майерс, в современном праве «уже исчезло резкое противопоставление абсолютных и относительных прав»¹⁷¹. Остается не ясным, на каком основании *actiones in rem* и *actiones in personam* рассматриваются как правовые аналоги вещных и обязательственных исков и почему абсолютность замыкается пределами действия вещного, а относительность обязательственного права. Отсутствие мотивированных ответов на эти вопросы позволяет усомниться в корректности и обоснованности, предлагаемого ученым обоснования. Те же возражения следует предпослать Е. Зингеру, без какой-либо аргументации утверждающему, что различие абсолютных и относительных прав проводится по букве римского права¹⁷², в то время как источники римского права ограничились лишь разделением *actio in rem* и *actio in personam* в буквальном значении данных терминов, да и то со значительными оговорками.

Современные сторонники позиции Е. Фукса несколько видоизменили предложенную им аргументацию. Общее составляет лишь то, что существо

¹⁷¹ Ibid. P. 271.

¹⁷² Singer E. Op. cit. S. 7.

вещного права видится им в проявлении свойства абсолютности¹⁷³, которое прямо называется конститутивным элементом вещной природы права¹⁷⁴. Отличия в том, что право не причисляется к числу вещных только лишь на том основании, что субъекту противостоит неопределенный круг лиц. Абсолютное действие вещного права предполагает, с одной стороны, его непосредственность, то есть независимость от поведения и действий всех прочих лиц, с другой - возможность защиты от любого третьего лица¹⁷⁵. Однако и обязательственные права между конкретными лицами из договорных отношений возникают и осуществляются непосредственно на основании интересов контрагентов и независимо от любых третьих лиц, в чем на изложенной теоретической основе может быть при желании усмотрена их непосредственность и абсолютность.

Возможность защиты интересов от любого третьего лица, чинящего препятствия в осуществлении прав на вещь, полученную участником договора от контрагента, не является достаточным основанием квалификации права как вещного. В германском праве интересы титульного владельца, в том числе и кредитора в обязательстве, гарантированы институтами защиты титульного (§ 1007 BGB) и беститульного владения (§ 854-869 BGB), особыми правовыми механизмами, предусмотренными § 823 BGB. Обращение к данным правовым средствам не может расцениваться как доказательство вещной природы защищаемого права, а только как усиление защиты конкретного субъективного права. Тем более, что квалифицированная защита титульного владения, средства защиты беститульного владения по своей юридической природе не являются разновидностями вещного иска, что нам уже приходилось обосновывать¹⁷⁶.

¹⁷³ См.: Brehm W., Berger C. Sachenrecht. Tuebingen, 2006. S. 8-9. Canaris C.W. Die verdinglichung obligatorischer Rechte // Festschrift fuer W. Flume zum 70. 1978. Bd. 1. S. 371; Trunk A. Die Transformation dinglicher Rechte an Immobilien in Russland und anderen Staaten Mittel-und Osteuropas. Koeln, 2010. S. 87.

¹⁷⁴ См.: Diederichsen U. Das Recht zum Besitz aus Schuldverhaeltnissen. Hamburg, 1965. S. 51.

¹⁷⁵ См.: Westermann H., Westermann H.P., Gursky K.H., Eickmann D., Sachenrecht. Heidelberg, 2011. S. 3; Baur F. Baur J.F., Stuermer R. Sachenrecht. Muenchen, 2009. S. 35-36.

¹⁷⁶ См.: Сеницын С.А. Владение и владельческая защита в гражданском праве государств континентальной Европы. М., 2012. С. 91; Сеницын С.А. Исковая защита вещных прав в

Могут быть приведены и другие примеры, подчеркивающие различия вещных и абсолютных прав, а равно доказывающие неприменимость вводимого критерия различия. В ряде параграфов Германское гражданское уложение говорит об особом положении – праве на завладение вещью, когда ничья воля для приобретения права на вещь не нужна (§ 910, ч. 2 § 928, ч. 2 § 958, ч. 1 § 997 BGB).

Изложенное свидетельствует, что критерии абсолютной защиты и непосредственности еще не свидетельствует о вещности самого субъективного гражданского права.

Обнаруживаются и более осторожные высказывания. Г. Вестерманн констатирует, что понятия вещности и абсолютности в современном праве не совпадают, но вместе с тем могут быть отмечены факторы их сближения. Так, личные неимущественные права, патентное и авторское право являются абсолютными, и они отличны от вещных прав, но у них есть и принципиально важное сходство - и те, и другие представляют непосредственные отношения к подчиненному объекту, неприкосновенность которых гарантирована абсолютной исковой защитой. Степень потребности осуществления и защиты этих прав умозрительно может быть приравнена к вещным правам, в связи с чем положения о негаторном иске могут быть применены по аналогии¹⁷⁷. По мнению Г. Вилинга, вещные права по общему правилу могут характеризоваться абсолютным действием, т.е. не против конкретного должника, а против всех, но есть случаи (ср. § 135, 136, 883, 888, 937, 1007 BGB), когда относительность очевидна в вещных правах, а абсолютность в обязательственных¹⁷⁸. Г. Вилинг считает, что абсолютным вещным правом должны обладать не только собственник и иные субъекты

российском и зарубежном гражданском праве: актуальные проблемы. М., 2015. С. 268 и далее.

¹⁷⁷ См.: Westermann H., Westermann H.P., Gursky K.H., Eickmann D. Op. cit. S. 4; Ср.: Dauner B., Heidel T., Ring G. Nomos Kommentar zum BGB, Bd.3 Sachenrecht. Koeln, Bonn, Freiburg, 2008. S. 764.

¹⁷⁸ См.: Wieling H.J. Sachenrecht. Heidelberg, 2005. S. 22.

вещного права, но и арендатор¹⁷⁹. В данном случае происходит смешение абсолютных характеристик в содержании субъективного права с внешним действием права в условиях его нарушения, что представляется необоснованным.

Предлагается и историко-правовое объяснение слияния вещности и абсолютности прав. Г. Кельзен указывает на то, что разделение прав на вещные и личные берет начало от различия абсолютных и относительных прав¹⁸⁰. К прямо противоположному выводу пришел Д.М. Генкин, заключив, что «деление прав на абсолютные и относительные некритически заимствовано из буржуазной юриспруденции», первоначально в его основе «лежало учение буржуазных юристов о праве собственности», «когда буржуазная юриспруденция вынуждена была, хотя и не полностью, признать, что правоотношение – это отношение между людьми, буржуазным юристам пришлось вкладывать в понятие абсолютного права иное содержание... тогда от положительного его определения перешли к отрицательному»¹⁸¹. Примечательно, что ни Г. Кельзен, ни Д.М. Генкин в цитируемых работах не приводят в доказательство отстаиваемых ими положений каких-либо доводов. Кроме того, оба ученых замкнули круг исследования понятия и свойств абсолютности его сопоставлением с вещностью с той лишь разницей, что один из них посчитал абсолютность предтечей вещности, а второй пришел к противоположному выводу. В результате проблемы происхождения, соотношения вещности и абсолютности так и остались нерешенными.

Иногда в современной германской литературе вещные права рассматриваются как прототип прав абсолютных¹⁸². Таким пониманием

¹⁷⁹ Ibid. S. 644. По поводу допустимости рассмотрения прав арендатора как абсолютных и относительных одновременно См.: Cosack K., Mitteis H. Lehrbuch des Buergerlichen Rechts. Jena, 1922. Bd. I. S. 41.

¹⁸⁰ См.: Kelsen H. Op. cit. P. 100. Ср.: Тархов В.А. Некоторые вопросы охраны имущественных прав трудящихся по советскому гражданскому праву // Ученые труды саратовского юридического института им. Д.И. Курского. Саратов, 1965. Вып. 2. С. 94.

¹⁸¹ Доклад Д.М. Генкина по вопросу классификации гражданских прав в советском гражданском праве // Советское государство и право. 1949. № 11. С. 75.

¹⁸² См.: Jaenich V. Geistiges Eigentum – eine Komplementaererscheinung zum Sacheigentum? Tuebingen, 2002. S. 199.

«жизнь» абсолютных прав искусственно и безосновательно подчиняется вещным правам. Могут быть отмечены и радикальные взгляды ученых на неудачность дихотомии абсолютных и относительных прав, история которой исчисляется с конца XVIII века. В обоснование такого вывода Г. Дернер указывает, что с указанного исторического момента логико-юридическая теория пришла к идее доказательства существования вещных прав как отношений между лицами при помощи запрета на нарушение права, обращенного ко всем лицам, кроме правообладателя, упустив из виду, что установленный запрет на нарушение права как общее предписание до момента правонарушения не является модуляцией поведения другого лица в отношении управомоченного лица (регулируется лишь степень дозволенных действий в отношении объекта права: индивидуально-определенной вещи)¹⁸³. В данном случае ученый осуществляет подмену понятий вещного и абсолютного права, которые никак не являются синонимами, и их содержание не исчерпывает специфику и сферу осуществления друг друга.

Отождествление вещности и абсолютности отнюдь не бесспорно. В первую очередь не ясно, как следует понимать абсолютность применительно к вещным правам. Если же под вещным правом понимать лишь абсолютность, понятийная сфера которой включает лишь действие вещного права против всех и каждого, включая обязанность любого воздерживаться от нарушения, то из этого можно сделать два логически верных, но губительных для теории права вывода.

1. Вещное право будет восприниматься лишь в стадии его нарушения, ибо акцент внимания делается на праве, существующем в состоянии нарушения, что является нетипичной ситуацией для любого правопорядка. Это означает, что право актуализируется, раскрывает все свои свойства только в случае правонарушения. Такой подход требует рассмотрения под особым углом зрения правонарушения в системе юридических фактов. Получается, что право становится вещным только благодаря возможности или самому факту правонарушения: неужели до этого момента или в

¹⁸³ См.: Dörner H. Op. cit. S. 377.

отсутствии соответствующих опасений право не существует как вещное? Или оно приобретает черты абсолютного только в условиях правонарушения или при угрозе такового? Неужели именно правонарушение может считаться основанием качественного преобразованием существа субъективного гражданского права? Положительные ответы на эти вопросы разрушают не только основы частноправовой системы, но и социальную ценность права в целом. Правонарушение не может восприниматься как необходимый этап (фаза) развития права. Нет никаких оснований соглашаться с мнением Г. Дернера, что субъективное право еще не может существовать без нарушения¹⁸⁴. Вероятно влияние точки зрения Г. Дернера способствовало заключениям Д.Т. Фюллера о том, что до нарушения права не имеет существенного значения его абсолютная или относительная природа, а абсолютные права отличаются только мыслимыми нарушителями¹⁸⁵.

2. Наука гражданского права с неотвратимой неизбежностью прогнозирует нарушение любого вещного права, которое рано или поздно должно быть нарушено. А это путь к отрицанию любой значимости существования права в ненарушенной стадии, которая является нормальным, желаемым и гораздо более распространенным в жизни явлением, поскольку правонарушение является исключительным и противоправным юридическим фактом в гражданском обороте.

Рассматриваемые подходы отрывают содержание права от его объекта, благодаря чему в вещном праве придется усматривать не отношение лица к вещи, а отношение управомоченного лица ко всем прочим лицам, что не соответствует не только основным признакам вещного права, но и его экономической основе. Так, если в праве собственности на земельный участок усматривать прежде всего всеобщую пассивную обязанность, что само по себе возможно лишь при условии развитого абстрактного мышления, то и содержание этого права автоматически сводится к притязанию в отношении всех третьих лиц. При этом такие важные аспекты, как

¹⁸⁴ См.: Doerner H. Op. cit. S. 31

¹⁸⁵ См. Fueller J.T. Op. cit. S. 51.

определение правовых возможностей управомоченного лица и даже правовой режим вещи, остаются «за кадром», что вряд ли может быть чем-либо оправдано. С излагаемой точкой зрения невозможно согласиться еще и потому, что сущность субъективного гражданского права и его принадлежность к родовой группе определяются в данном случае моментом отношения управомоченного лица к обязанному, что применительно к вещному праву имеет лишь фрагментарный характер следствия, но не причинности, состоящей в сфере исключительных поведенческих возможностей управомоченного лица.

Немалое влияние на постановку проблемы соотношения вещности и абсолютности оказали современные теоретические исследования, поставившие вопрос о ключевой значимости действия права в понимании его сущности. Г. Форкель заключил, что понятие действия права охватывает как вещную, так и абсолютную составляющую субъективного гражданского права¹⁸⁶. Нам не удалось обнаружить четких контуров понятия «действие права», которые обеспечили бы сколько-нибудь удовлетворительный результат его сравнения с содержанием субъективного гражданского права. Тем не менее, учитывая распространенность утверждений о том, что абсолютный характер вещного права состоит именно в действии или направленности права против всех прочих лиц, невозможно обойти вниманием следующее обстоятельство. Действие права является внешней, а содержание его внутренней сущностной характеристикой, они не могут подменять друг друга и претендовать на равный уровень значимости. Если исходить из того, что только «действие» права, но не его содержание является решающим для правовой классификации, а абсолютность состоит в противостоянии управомоченного неопределенному кругу обязанных лиц, то ничего не остается, как прийти к выводу о тождестве вещного и абсолютного права, необходимости рассмотрения абсолютности как единственного

¹⁸⁶ См.: Forkel H. Grundfragen der Lehre von privatrechtlichen Anwartschaftsrecht. Berlin, 1962. S. 150.

признака, отличающего вещное право от обязательственного¹⁸⁷. Именно в этом ключе задолго до цитируемых авторов рассуждал Х. Пфлюгер, призвавший к поиску различий вещных и обязательственных прав «в их действии», а не «основе».¹⁸⁸ И, наоборот, если решающим должно считаться только содержание права, то абсолютное и относительное действие права не будет иметь равным счетом никакого значения.

По своему содержанию излагаемый подход не привносит ничего нового в теорию гражданского права, лишь видоизменяя позицию Е. Фукса. Негативные последствия от такого решения не заставят себя ждать и повлекут автоматическое обесценивание вещного права для систематики субъективных прав, которая отныне будет руководствоваться критерием абсолютности. Очевиден и обратный эффект. Сама абсолютность в данном случае не будет представлять самостоятельной содержательной ценности, выполняя функцию способа индивидуализации вещных прав. Полагаем, что рассмотренная точка зрения наносит непоправимый ущерб как теории вещных, так и абсолютных прав.

В гражданском праве Франции особо выделяется абсолютная юридическая сила вещного права в отношении третьих лиц (*Opposabilité absolue*). В юридической литературе указывается, что вещное право в отличие от обязательственного имеет абсолютную юридическую силу в отношении всех прочих лиц. Это означает, что любое ущемление вещного права, даже совершенное добросовестно и даже не причиняющее ущерба, порождает иск о восстановлении неприкосновенности вещного права. В действии этого принципа состоит особая санкция вещного права - *Sanction du droit réel*¹⁸⁹. Здесь же подчеркивается, что проводить различия между обязательственными и вещными правами, критериями которых является отношение к существующему праву третьих лиц, необоснованно, поскольку

¹⁸⁷ Именно так рассуждает Й. Айхер: См. Aicher J. *Das Eigentum als subjektives Recht*. Berlin, 1975. S. 68.

¹⁸⁸ См. Pflueger H.H. *Ueber das Wesen der Dinglichkeit* // *AcP*. 1892. Bd. 79. S. 415.

¹⁸⁹ См.: Malaurie P., Aynes L. *Les biens*. Paris, 2007. S. 95.

они имеют различную иерархию и содержание¹⁹⁰. В действительности этот вопрос связан с учением о разграничении вещных и обязательственных прав, имеет свою историю во французском гражданском праве, являясь своего рода компромиссом. Так, М. Планиоль, пытаясь подчинить вещное право обязательственному, видел в вещном праве только всеобщее пассивное обязательство: «l'obligation passive universelle»¹⁹¹. Отдельными современными авторами положительное значение данной точки зрения видится в том, что ею вещное право возвращается в социальный контекст¹⁹², другими воспринимается как революционный переворот в правосознании¹⁹³. Впрочем, было бы несправедливо не вспомнить, что современники М. Планиоля отмечали, что в понятии всеобщего пассивного обязательства сокрыта лишь сверхпустота – «*outré vide*»¹⁹⁴. В настоящее время итальянские цивилисты всеобщую пассивную обязанность не рассматривают как достаточный, необходимый и общеизвестный признак абсолютного права. Так, применительно к вещным правам указывается, что уважение к правам другого лица не должно непременно влечь возникновение всеобщей негативной обязанности. Вполне достаточно, чтобы обязанность по ненарушению чужого права существовала между управомоченным лицом и другими лицами, которые имеют соприкосновение с объектом права – вещью¹⁹⁵. Венгерские цивилисты подчеркивают, что поведение по ненарушению чужого права не является в чистом виде обязательством, и прямо говорят: «то, что обязан каждый, не является настоящим обязательством»¹⁹⁶, поскольку в таком случае предмет обязательства и персонифицированная обязанность излишне размыты.

Концепция М. Планиоля не пользуется безусловной поддержкой в современной французской литературе по гражданскому праву, поскольку его

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ См.: Planiol M. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris, 1925. T.1.

¹⁹² См.: Strickler Y. *Les biens*. Paris, 2006. S.22.

¹⁹³ См.: Michais H. *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*. Paris, 1900.

¹⁹⁴ Capitant H. *Les notions fondamentales du droit privé*. Paris, 1911. S. 36.

¹⁹⁵ См.: Torrente A., Schlesinger P. *Manuale di diritto private*. Milano, 1985. P. 69.

¹⁹⁶ См. Tóth L. *Op. cit.* P. 38, 1.

точка зрения искусственно выводит из поля зрения ученых саму специфику вещного права, превращая научную дискуссию о месте и роли вещных прав в софистический спор.

Германская доктрина гражданского права столкнулась с широкими обсуждениями возможности сведения специфики вещного права к отстаиваемому Е. Фуксом всеобщему абсолютному обязательству третьих лиц – *Theorie von der absoluten Obligation*¹⁹⁷. Важно подчеркнуть, что поскольку для Фукса абсолютность тождественна вещности, существо абсолютного права видится им в абсолютном обязательстве третьих лиц, противостоящих управомоченному лицу. В данной связи Й. Колер иронично сравнивает вещное право с электрическим током, который пронизывает все человечество. Получается, что собственник самой малозначительной вещи находится в правовых отношениях со всеми людьми, а каждое возникшее вновь право пронизывает все человечество громом и молнией, и каждый выкопанный кусок руды, пойманная рыба вызывают правовое потрясение, которое доходит до Северного полюса¹⁹⁸. Однако ни этой иронией, ни критикуемой точкой зрения не учитывается, что имущественный оборот никак не может ограничиться фигурами одного собственника и противостоящими ему всеми прочими лицами в качестве обязанных субъектов. Очевидно, что любое из пассивно обязанных лиц также является собственником своего имущества, а следовательно, его праву аналогичным образом противостоит обязанность всех прочих лиц. Приверженность идеи о возможности определения абсолютного и, в частности, вещного права через численный состав корреспондирующей ему обязанности чревата заключением, что в имущественном обороте вообще не существует ни права собственности, ни любых иных абсолютных прав как самостоятельной ценности: их вытесняют взаимные обязанности субъектов по воздержанию от нарушения чужих прав. Образуется правовой аналог гегелевского понятия о

¹⁹⁷ Задолго до Е. Фукса Й. Керульф охарактеризовал всеобщую пассивную обязанность как вещно-правовое обязательство (См.: Kierulff J.F.M. *Theorie des Gemeinen Civilrechts*. Altona, 1839. Bd.1. S. 308).

¹⁹⁸ Цит. по: Staub H. *Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte* // *ArchBuergr*. Bd. 5. 1891. S. 14.

дурной бесконечности, что едва ли может считаться достоинством юридической науки.

Прав Р. Иеринг, который говорит о том, что данное чисто негативное и абстрактное обязательство всего мира не должно возводиться в ранг особенного понятия, поскольку это не что иное, как тень, которую право отбрасывает во внешний мир, перевод из положительной категории в отрицательную; что есть у меня, того нет у другого¹⁹⁹. Не случайно разработчики проекта BGB исходили из того, что для вещного права не требуется наличие обязанности другого лица – «Das bei dinglichen Recht das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht gefordert wird»²⁰⁰. Совершенно очевидно, что противоположным решением сущность вещного права исчерпывается требованием управомоченного лица ко всем и каждому гражданам земного шара, в то время как сама правовая возможность такого требования ничего не говорит о специфике и своеобразии существующего вещного права. Тем самым без какой-либо аргументации устраняются различия между вещными правами и притязаниями в том смысле, что вещные права подменяются притязаниями. Для подобного отождествления не находится никаких веских оснований. Свойства вещного права и притязания изначально не совпадают, для их отождествления не выполняется элементарное условие корректности и допустимости сравнения.

Определение сущности вещного права через всеобщую пассивную обязанность влечет не только смешение изначально неравнозначных понятий «вещности» и «абсолютности», но и имеет и другие негативные последствия, связанные с обесцениванием субъективного права как центробежной силы всей системы частного права. В научной литературе по германскому гражданскому праву обнаруживается ряд характерных примеров. Так, К. Брунс считает вещное право таковым только благодаря всеобщей

¹⁹⁹ См.: Jhering R. Die Reflexwirkungen oder die Rueckwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen // JdP. Bd. 10. 1871. S. 245.

²⁰⁰ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin; Leipzig, 1888 (auch abgedruckt bei Mugdan). Bd. III. S. 2.

обязанности, падающей на всех членов общества²⁰¹. А. Тон заключил, что право в субъективном и объективном смысле заключается в нормах; собственник пользуется вещью не благодаря дозволению правопорядка, а благодаря тому, что правопорядок запрещает пользоваться той же вещью любому другому лицу; само право является вещным только потому, что проецирует ожидание возможности на заявления притязаний к любому лицу в будущем («Anwartschaft auf Ansprueche»)²⁰². Б. Виндшейд счел, что в вещном праве воля управомоченного определяет поведение любого применительно к вещи²⁰³. З. Шлоссман указал на то, что вещное право является источником всех возможных притязаний лиц относительно вещей²⁰⁴. К.Ф. Рёль определяет содержание абсолютного права набором требований²⁰⁵. Х. Дункер пришел к категоричному убеждению, что в правовой действительности существуют только юридические обязанности, субъективных прав нет²⁰⁶.

Анализ данных точек зрения заставляет прийти к выводам, что вещное право состоит только из запретов и его положениями не регулируется степень свободы лица в отношении принадлежащей ему вещи, что его принципиальное отличие от обязательств заключается в абсолютном действии закрепленного за правообладателем императива в отношении всех прочих лиц. Однако при таком подходе нет никаких оснований рассматривать вещное право как субъективное гражданское право. Данный аргумент не получил должного развития и опровержения в цитируемых трудах приведенных авторов, хотя и имеет, с нашей точки зрения, принципиальное и основополагающее значение. Нельзя обойти вниманием

²⁰¹ См.: Bruns C.G. Die Besitzklagen des roemischen und heutigen Rechts. Wiemar, 1874. S. 295.

²⁰² См.: Thon A. Op. cit. S. 218.223.291. Бирлинг ассоциирует субъективное право с притязанием, считая, что притязание является правовой нормой в субъективной редакции. См.: Bierling E.R. Op. cit. S. 176.

²⁰³ См.: Windscheid B. Die actio roemischen Zivilrecht von Standpunkte des heutigen Recht. Berlin, 1856. S. 19.

²⁰⁴ См.: Schlossmann S. Der Vertrag. Leipzig, 1876. S. 256-273.

²⁰⁵ См.: Roehl K.F., Roehl H.C. Allgemeine Rechtslehre. Muenchen, 2008. § 42.

²⁰⁶ См.: Duncker H. Die Besitzklage und der Besitz, ein Beitrag zur Revision der Theorie vom subjektiven Recht. Berlin und Leipzig, 1884.

тот факт, что римское право, лишенное столь высокой степени научной абстракции, воспринимало «*rem meam*» как сущностную основу вещного права, а виндикацию только как следствие существующего вещного права.

Провозгласив тождество вещности и абсолютности, одновременно отрицая самостоятельность понятия вещности (*Dinglichkeit*), Е. Фукс оказался в западне и вынужден был допустить крайне безликое и ущербное определение права собственности, согласно которому последнее представляет собой адресованное любому лицу требование о предоставлении возможности для пользования вещью в полном объеме²⁰⁷. Даже на первый взгляд очевидна недоговоренность в его суждениях. Так непонятно, включает ли в данном случае всеобщее абсолютное обязательство требование пассивного поведения, либо же совершения активных действий. В последнем случае не ясны ни степень «необходимой заботы» о чужих вещах, ни последствия ее неполного проявления. К слову сказать, при столь однобокой формулировке нет ответа на саркастические замечания Г. Штауба, вопрошающего: может ли собственник заявить к любому лицу требование о починке сломавшихся часов или потребовать достать из воды упавшую с моста шляпу.

Однако яростное и эмоциональное отрицание теории Е. Фукса привело самого Г. Штауба к далеко идущим и совсем небесспорным выводам об абсолютности любого из существующих прав, об отсутствии оснований разграничения вещных и обязательственных прав по принципу абсолютности²⁰⁸. С его точки зрения, вещное право абсолютно в первую очередь потому, что является правом как таковым²⁰⁹. В подкреплении сделанного заключения ученый рассуждает о том, что каждое право, поскольку оно является правом, должно соблюдаться всеми прочими лицами, это общее обязательство по ненарушению восходит к существу правовой нормы как к общей обязанности любого лица в отношении любого права. Однако при таком понимании не только стираются грани различий между

²⁰⁷ См.: Fuchs E. *Op. cit.* S. 79-85.

²⁰⁸ См.: Staub H. *Op. cit.* S. 15.

²⁰⁹ *Ibid.* S. 17.

абсолютными и относительными правами, но и утрачивает всякое значение своеобразие конструкции абсолютного права как индивидуального организма частного права. А ведь именно к такому выводу пришел Г. Нойнер, подчеркнув, что поскольку и обязательственное право действует во внешнем направлении, постольку отсутствуют различия между абсолютными и относительными правами²¹⁰. Как видно, солидарную точку зрения с Г. Штаубом занимает К. Кроме, который заключил, что всегда «поведение, соответствующее субъективному праву, монополизировано в пользу правомочного»²¹¹, а раз это суждение верно, то и любое право может считаться абсолютным, поскольку опосредует изолированную от других монополию.

Определение абсолютности вещного права через неопределенный персонифицированный состав круга обязанных лиц, противостоящих вещноуправомоченному лицу, не играет определяющей роли в обозначении специфики вещного права хотя бы потому, что вещное право не направлено непосредственно на возникновение каких-либо обязательств у третьих лиц.

Яркий пример противоположной точки зрения представлен мнением С.И. Аскназия, который считает, что вещные права открывают перед управомоченным лицом лишь возможности правоотношений с любым другим участником гражданского оборота: «вещноуправомоченный в процессе использования своей вещи может вступить в многообразные правовые отношения с любым другим лицом»²¹². Такая характеристика подчеркивает лишь потенциальный объем правовых возможностей, но не специфику самого субъективного вещного гражданского права. Аналогичными возможностями обладают субъекты большинства абсолютных прав, что само по себе не свидетельствует о специфике прав вещных, тем более что следование излагаемому подходу ведет к стиранию границ между субъективным гражданским правом и правоспособностью.

²¹⁰ См.: Neuner G.K. Wesen und Arten der Privatrechtsverhaeltnisse. Kiel, 1866. S. 50-62.

²¹¹ См.: Crome C. System des deutschen buergerlichen recht. Tuebingen, 1900. Bd. 1. S. 167.

²¹² См. Аскназий С.И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2008. С. 579-580.

Нельзя не учитывать и того, что потенциально возможные правоотношения, о которых говорит С.И. Аскназий, предполагают установление конкретной правовой связи между субъектом вещного права и любым третьим лицом, влекущей возникновение нового правоотношения, которое совсем необязательно должно являться вещным. В то же время потенциальная возможность вступления в правоотношение, как и само вновь возникшее правоотношение, неспособны исчерпывающим образом охарактеризовать правовой статус субъекта, существовавший до его возникновения. Принадлежность лицу имущества на вещном праве ни в коем случае не может являться единственным предопределяющим фактором допуска лица до всего разнообразия отношений, складывающихся в гражданском праве.

Трудно согласиться с подходом Л.С. Явича к вопросу об абсолютности вещных прав: «право собственности абсолютно в том смысле, что его содержание определено законом и не обусловлено конкретной связью собственника с определенным составом обязанных лиц»²¹³. Степень детализации юридической регламентации возможностей управомоченного лица нормами объективного права, а также численный состав обязанных лиц не могут предрешать абсолютную или относительную природу того или иного субъективного гражданского права. Нетрудно заметить, что в первом случае Л.С. Явич ведет речь о способе и пределах регламентации правовых возможностей управомоченного лица нормой объективного права, а во втором – об отношении субъекта с третьими лицами, которые не имеют отношения к осуществлению субъективного права. Ни одна из этих характеристик не может претендовать на значение критерия абсолютности или относительности субъективного гражданского права.

Логически выверенное и в сущности верное утверждение, что вещьность и абсолютность не совпадают, раскрывается тезисом о том, что не каждое абсолютное право является вещным. Эта посылка способна повлечь два последующих заключения, каждое из которых может показаться на

²¹³ Явич Л.С. Советское право – регулятор общественных отношений в СССР (основные вопросы общей теории правового регулирования): дис... д-ра юрид. наук. Сталинабад, 1953-1959. С. 202.

первый взгляд верным. Суть первого будет состоять в том, что каждое вещное право является абсолютным. Однако при этом не ясно, какая роль абсолютности отводится в сфере вещных прав. Допустим, что абсолютность является одним из необходимых и достаточным условием вещности права. Тогда для признания права вещным достаточно доказательства его абсолютности, что кажется не вполне убедительным. С другой стороны, нельзя исключать обоснованность утверждения, что абсолютность является не обязательным условием (признаком), а возможным последствием вещности. Такое решение также не лишено изъянов. Получается, что не каждое право на вещь, имеющее абсолютное действие, может относиться к вещным правам. Но такое допущение порождает вопрос, на который пандектисты не нашли ответа: каково содержание права на вещь, которое имеет абсолютное действие, но не является при этом вещным при тех условиях, что существование обязательственных прав, имеющих своим непосредственным объектом вещь, отрицается. Различия характеристик абсолютности в данном ракурсе очевидны: в одном случае речь идет о признаке, в другом - о свойстве абсолютности как правового явления.

В первом случае абсолютность понимается как основное условие вещности. Второй будет означать, что вещное право может быть относительно, но предметная область абсолютных прав будет шире вещных. Впервые идею о том, что право может быть вещным, но не абсолютным, высказал Ф.К. Савиньи²¹⁴. Впоследствии это мнение было разделено К. Вехтером²¹⁵ и Й. Унгером²¹⁶. Однако отсутствие абсолютной характеристики вещного права здесь понимается различно. Для К. Вехтера относительность обусловлена ограниченностью свободы осуществления права. В качестве примера приводится институт залога, в силу которого власть над вещью залогодателя и залогодержателя ограничена на срок действия залога: залогодержатель не может распорядиться вещью по своему усмотрению, как

²¹⁴ См.: Savigny F.C. System des heutigen roemischen Recht. Berlin, 1841. Bd.5. S. 26.

²¹⁵ См.: Waechter C.G. Wuerttembergische Privatrecht. 1838-1840. S. 292.

²¹⁶ См.: Unger J. System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. Leipzig, 1892. S. 517.

если бы он был собственником вещи, а залогодатель не может направить принадлежащее ему вещное право против залогодержателя. Й. Унгер же понимает под вещным правом, лишенным абсолютности, определенную стадию его развития: вещь не передана покупателю, не произведена регистрация. По его логике право станет окончательно вещным и приобретет свойство абсолютности, когда эти условия будут исполнены. В данном случае необоснованно сливаются два важных понятия, имеющих различное смысловое значение: возникновение вещного права и его узнаваемость третьими лицами. Как видно, Й. Унгер ставит в зависимость возникновение вещного права от его публичной манифестации, в том числе посредством регистрации права, передачи вещи²¹⁷. Действие вещности обусловлено узнаваемостью, возможность которой обеспечивается регистрацией. При этом не учитывается, что регистрация должна не создавать вещь, а предоставлять полноту сведений, что далеко не одно и то же.

Такой ход рассуждения явился одной из причин появления в прусском праве особой теории о существовании относительного вещного права – *relativ dingliches Recht*. Теоретическое основание данной конструкции базируется на утверждении, что в отличие от римского права в современном имущественном праве между относительным (обязательственным) и абсолютным (вещным) правом существует промежуточная юридическая категория – относительное вещное право. В обоснование правоты излагаемой точки зрения К. Цибарт заявил, что в современном праве следствием права является возможность непосредственного изъятия вещи у должника: кредитор получает по договору непосредственно право на вещь, которое вследствие своей непосредственности является вещным, но так как оно не создает обязанности для третьих лиц, а только для должника, обязанного

²¹⁷ Й. Унгер говорил в большей степени о недвижимости. Сегодня очень похожие суждения высказаны К. Шельхаммером, который признает право собственности и ограниченные вещные права абсолютными только потому, что они должны пользоваться всеобщим уважением в силу их гласности, обеспечиваемой владением и поземельной книгой (См.: Schellhammer K. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. Heidelberg, 2009. S. 8).

передать вещь, право является относительным²¹⁸. Право на вещь с этой точки зрения уже является важнейшим проявлением относительной вещности. По этой логике основание возникновения относительной вещности следует искать в любом обязательстве, содержание которого определяется как *dare* или *trade*. К. Цибарт подчеркивает, что относительная вещность переходит в разряд абсолютной, когда вещь переходит во владение кредитора, если вещь добровольно передается кредитору или отнимается у должника. По логике К. Цибарта возможно и обратное превращение. Абсолютное вещное право переходит в категорию относительных, когда лицо, обладающее правом на вещь, передает вещь другому лицу на правовом основании, допускающем владение и/или пользование ею. К примеру, собственник будет иметь относительное вещное право при узуфруктарном владении, передаче вещи в аренду.

Обоснованность мнения К. Цибарта вызывает сомнения. Во-первых, следует учесть, что даже по прусскому праву сама возможность забрать вещь у должника не определяется всецело волей кредитора, а предопределена либо волей самого должника, либо судебным принуждением. К. Цибарт пытается возразить, что принуждение к передаче вещи не является добровольным согласием должника и его воля здесь значения не имеет. Однако стороны связали себя договором до момента передачи вещи, и, следовательно, возможность владения вещью кредитором была урегулирована совместным волеизъявлением сторон заранее и не является индивидуальным продуктом волеизъявления кредитора. Во – вторых, логика К. Цибарта допускает, что право лица на вещь должно пониматься исключительно как вещное, где *Jus ad rem* означает едва ли не главный признак вещности и абсолютности права. Такой ход рассуждений не может быть поддержан, поскольку деление вещных и обязательственных прав осуществляется в данном случае без учета их содержания и ограничено физическими признаками объекта права – вещью.

²¹⁸ См.: Ziebarth K. *Realexekution und Obligation*. Halle, 1866. S. 14-18.

А.ф. Тур указал, что германское право знакомо с особенностями, проявляющимися не в смешанных, а в промежуточных ступенях, пролегающими между абсолютными и относительными правами. В частности, речь идет о предварительных отметках в поземельной книге, согласно которой зарегистрированное лицо может осуществлять свое право не только в отношении своего контрагента, но и третьих лиц²¹⁹. Полагаем, что предварительная отметка не может считаться обоснованием каких-либо особых прав зарегистрированного лица и служить обоснованием их специфической правовой природы, поскольку преследует цели укрепления оборота недвижимости, его прозрачности и публичности, преследуя максимальную защиту его участников. Благодаря предварительной отметке права третьего лица, которому, к примеру, обещана передача права, приобретают силу в отношении третьих лиц, которые как потенциальные приобретатели этой же вещи ориентированы в своем поведении на запись в поземельной книге.

В доктрине гражданского права Германии встречаются и другие своеобразные гибриды абсолютных и относительных прав. При этом речь идет не об «авторских особенностях словоупотребления», а о специфических характеристиках конкретных институтов вещного права. Внимание цивилистов привлек институт петиторной защиты владения, урегулированный § 1007 BGB. В данной связи ученые не концентрировали внимание на особенностях защиты титульного владения, а сосредоточились на поиске общего юридического основания, позволяющего владельцу заявлять соответствующие требования. Условно высказанные позиции можно разделить на три группы.

1. Концепцию Р. Хенле об относительно-абсолютном праве титульного владельца – *Das relative-absolute Recht*²²⁰. Ученый заключил, что право на предъявление иска не существует само по себе, а должно исходить из материального права владения, которое должно иметь вещную, абсолютную

²¹⁹ См.: Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd.1. S. 206.

²²⁰ См.: Henle R. Das Recht auf Besitz (1007 BGB). Rostock, 1928. S. 3.

природу. Запрет на вмешательство в чужое владение движимой вещью был дан законодателем не как относительный, а как абсолютный, хотя требования петиторного истца являются относительными в силу их ограниченного действия, следующего из § 1007 BGB. Тем не менее установленные ограничения не могут отменить абсолютную природу права: ведь право считается абсолютным уже тогда, когда оно направлено не против одного определенного лица, а против нескольких в неопределенном количестве, на которых возложена обязанность²²¹. Отсюда делается вывод об абсолютно-относительной природе права.

2. Воззрения Б. Хейрера об относительно-вещном праве владельца – *Das relative-dingliches Recht*, который исходит из того, что истребование вещи из владения возможно только тогда, когда существует само право владения: если нормы права регламентируют подачу иска о защите владения, то в его основу должно быть положено правовое основание²²². При этом Б. Хейрер не упускает из виду, что возможность истребования имущества предусмотрена § 1007 BGB и в том случае, когда у истца отсутствует право владения вещью. Для разрешения этого противоречия ученый различает особые виды права владения: право владения с точки зрения правовой составляющей и право владения с точки зрения правовых последствий иска о защите владения – § 1007 BGB. Они представляются ученому взаимосвязанными. С точки зрения правовых последствий удовлетворения иска согласно § 1007 BGB, право владения характеризует то, что само удовлетворение или отказ в удовлетворении иска влечет признание вещного права владения за истцом или ответчиком соответственно. Особенность этого вещного права состоит лишь в том, что оно действует между двумя спорящими сторонами, в чем видится и его относительность. При этом не важно, кто является истинным собственником спорной вещи: ведь спор двух лиц, разрешенный судом на основании § 1007 BGB никак не умаляет прав собственника, если он не был стороной соответствующего спора.

²²¹ Ibid. S. 2-5.

²²² См.: Hoerer B. Die Besitzrechtsklage. Klagegrund und Praktikabilität. Eine Untersuchung zum deutschen und schweizerischen Recht. Berlin, 1974. S. 85.

3. Позиция П. Коха об ограниченно-абсолютном вещном праве - *Eingeschränkt absolute dingliches Recht*. Ученый предположил, что в основе § 1007 BGB заложена конструкция ограниченно-абсолютного вещного права. Само понятие вещного права должно характеризоваться двумя дополняющими друг друга элементами: правом доступа как внешним проявлением действия вещного права и функцией присвоения как внутренним проявлением вещного права²²³. Здесь право доступа непосредственно к самой вещи понимается как признак защиты правовых интересов субъекта вещного права, в то время как в обязательственных правах кредитор имеет доступ лишь к должнику и соответственно к его имуществу. Функция присвоения означает, что определенная вещь может быть причислена к имуществу лица и он может использовать ее по своему усмотрению. П. Кох указывает, что § 1007 BGB подтверждает, что существуют вещные права, которые имеют действие по отношению к большому количеству третьих лиц, но не ко всем без исключения. Однако право владения в данном случае является абсолютно защищенным даже тогда, когда оно не действует в отношении некоторых лиц, круг которых определен законом. Такие права П. Кох называет ограниченно-абсолютными вещными правами.

Изложенные точки зрения объединяет поиск оснований петиторной защиты в вещном праве, выступающим в данном случае предполагаемым объектом защиты. Примечательно, что вещность права в данном случае не следует из содержания права, а определяется исключительно возможностью защиты против широкого круга лиц. Абсолютность также воспринимается здесь в усеченном смысле, который, по сути, исчерпывается противопоставлением управомоченного субъекта обязанным, численный состав которых должен превышать одно лицо. Неполнота данной точки зрения очевидна, поскольку любого титульного владельца, который по букве закона может претендовать на защиту своего владения в порядке § 1007

²²³ См.: Koch P. § 1007 BGB – Neues Verstaendnis auf der Grundlage alten Rechts. Koeln, 1988. S. 54.

BGB, придется признать субъектом вещного права, что не только пагубно для теории права, но и лишено любого практического смысла и необходимости. При таком понимании абсолютность становится едва ли не главным, определяющим признаком вещного права.

Своеобразный комментарий § 1007 BGB в интересующем нас аспекте дан П. Эртманом, считающим, с одной стороны, данные положения закона учеными опытами и любовью к антиквариату²²⁴, с другой признавшим, что речь идет о защите «особого вещного или все-таки абсолютного права» владельца²²⁵. Примечательно, что далее П. Эртман не раскрывает содержания абсолютности права титульного владельца.

Параграф 1007 BGB направлен на регламентацию защиты титульного владения по гражданскому праву Германии, но никак не преследует цели закрепления того или иного материально-правового статуса за истцом в случае удовлетворения или отклонения судом заявленных им требований. Процессуальная возможность защиты не может подменить материально-правового статуса участника гражданского правоотношения, как и само решение суда по иску, основанному на § 1007 BGB, не влечет возникновения или прекращения юридического титула владения вещью.

Исследование общих правовых последствий заявления вещных исков получило особое освещение в германской правовой доктрине в свете исследования проблем абсолютности и относительности субъективных гражданских прав. Можно встретить утверждения, что истец - А, иск которого был несправедливо отклонен, сохранил право собственности в отношениях со всеми третьими лицам, за исключением ответчика – Б, по отношению к которому он проиграл судебный процесс. Или, наоборот, ответчик – Б, в отношении которого вынесен несправедливый судебный акт, влекущий прекращение права собственности, продолжает оставаться собственником вещи во взаимоотношениях с любыми третьими лицами за исключением истца. Нельзя не заметить, что излагаемый подход ведет не

²²⁴ См. Oertmann P. Buchbesprechung Rudolf Henle, Das Recht auf Besitz (1007 BGB). JW. 1929.

²²⁵ См.: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. S. 211.

только к раздроблению существующих субъективных гражданских прав, но и определяет юридическую силу судебных актов категориями справедливости и вероятности, которые не могут иметь исчерпывающего законодательного регулирования. Совершенно неясно, что будет считаться критерием справедливости в условиях неотмененного судебного акта, и почему именно справедливость, изначально не являющаяся правовой категорией, определяет по кругу лиц пределы действия субъективных гражданских прав. Более осторожен в критике таких воззрений П. Эртман, обращая внимание, что предлагаемая конструкция в гражданском праве нигде не используется, а гражданско-процессуальное право не может внезапно преподнести ее цивилистике как *unus casus* – явление, которое само по себе недоказуемо²²⁶.

Понятия абсолютно-относительного права, ограниченно-абсолютного права, относительного вещного права следует считать исключительной спецификой развития германской системы права и правопорядка. Об этом говорит и тот факт, что они не воспринимаются в качестве прописных истин всеми немецкими юристами, в связи с чем делать выводы о господствующей точке зрения в этом вопросе крайне опрометчиво. Тем более небезопасна и лишена всякой необходимости имплантация соответствующих конструкций в современное российское право.

Иную позицию занимает А.Д. Рудоквас, который предлагает считать давностное владение ограниченным вещным правом. Доказательства излагаемого тезиса исчерпываются ссылками на римских юристов, учение средневековых юристов и пандектистов, указанием на «коллизия права собственности и ограниченного вещного права на ту же вещь»²²⁷. С обоснованностью сделанных исследователем выводов трудно согласиться в первую очередь потому, что институт ограниченных вещных прав является научной категорией живой юридической материи, а не историческим артефактом. Доказательство обоснованности причисления к институту ограниченных вещных прав требует предварительного анализа юридических

²²⁶ См.: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. S. 306-308.

²²⁷ См.: Рудоквас А.Д. Приобретательная давность и давностное владение: автореф. дис... доктор. юрид. наук. СПб., 2012. С. 28-30.

свойств причисляемого явления, выявления степени его соответствия общим признакам видовой научной категории. Апелляция к мнениям авторитетов как логический прием доказывания здесь явно недостаточна. Сомнительна полезность ссылок в обоснование принадлежности давностного владения к институту ограниченных вещных прав на отдельные мнения средневековых юристов о возможности отнесения давностного владения к квазисобственности, его причисления группе *iura in rebus alienis*: эти понятия изначально не тождественны институту ограниченных вещных прав. Небесспорны выводы А.Д. Рудокваса о наличии коллизии права собственности и ограниченного вещного права на одну и ту же вещь в свете традиционного существования признака производности ограниченных вещных прав от права собственности. Одновременное существование права собственности и ограниченного вещного права свидетельствуют лишь об особом правовом режиме вещи, сжатии правовых возможностей собственника существом и спецификой соответствующего вещного права, но никак не о какой-либо коллизии. Сам по себе такой «коллизийный метод» обоснования ограниченного вещного права до сих пор не был известен науке гражданского права. Отнесение отдельными исследователями давностного владения к числу относительных вещных прав не обосновывает особого места и оснований принадлежности давностного владения к институту ограниченных вещных прав.

Своеобразное решение в современных германских цивилистических исследованиях получил вопрос о соотношении вещности и абсолютности. В. Виганд заключил, что критерии абстрактности и абсолютности должны быть отнесены в целом к концепции вещного права²²⁸. Последствия такого предложения обеспечивают общую целостность и самостоятельность вещного права в системе частного права, но не дают ни малейшего представления о значении и свойствах абсолютности вещных прав.

²²⁸ См.: Wiegand W. Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhaeltnis zum Schuldrecht // AcP. 1990. Bd. 190. S. 113.

Существенной спецификой отдельных исследований по современному вещному праву Франции следует считать то, что абсолютность считается прерогативой только права собственности, но не ограниченных вещных прав. Положениями ст. 544 Code civil закреплено, что право собственности является абсолютным. В юридической литературе подчеркивается, что предикат абсолютности имеет двойное значение. Во-первых, при помощи гиперболы он выражает наибольшую юридическую власть управомоченного лица – не существует более полного права на вещь в сравнении с собственностью. Во-вторых, абсолютный характер права собственности касается его юридической природы. Абсолютность права собственности устанавливает отношения не между определенными лицами, а между субъектом и остальными членами общества. Далее утверждается, что в отличие от права собственности ограниченные вещные права являются относительными, поскольку они предоставляют их владельцу прерогативы, которые могут быть осуществлены только в отношении другого лица. В отличие от этого право собственности не предусматривает подобных отношений. Не существует никакого определенного или определяемого пассивного субъекта права, который что-либо должен собственнику. Любое лицо обязано соблюдать его право, именно поэтому только право собственности является абсолютным²²⁹.

Буквальное понимание излагаемой позиции приводит к суждению о том, что абсолютность является имманентным свойством лишь права собственности, но не ограниченных вещных прав. Тем самым абсолютность теряет свойство универсального признака вещных прав.

Согласиться с таким пониманием не представляется возможным. Классический пример ограниченного вещного права предполагает наличие собственника и субъекта ограниченного вещного права. Однако из этого не следует, что ограниченное вещное право может быть относительным во взаимоотношениях собственника и субъекта ограниченного вещного права и в то же время абсолютным в отношениях между субъектом ограниченного

²²⁹ См.: Zenati-Castaing F., Revet T. Les biens. Paris, 2006. S. 343.

вещного права и любыми третьими лицами. Одно и то же право не может быть абсолютным с одной стороны, а с другой – относительным, поскольку свойства абсолютности и относительности являются устойчивой качественной характеристикой субъективного права, индивидуализирующей его внутреннее содержание.

Отождествление абсолютности с правом собственности и ее отрицание за вещными правами во французской цивилистике должно быть связано с появлением особых юридических конструкций отношений собственности, предлагаемых в теории гражданского права. Главным образом речь идет о работе С. Жиноссара, который выдвинул специфическую концепцию права собственности как совокупного имущества, включающего материальные вещи и любое нематериальное имущество. Конструкция С. Жиноссара предполагает возможность отделения права собственности от вещи после его возникновения и его трансформацию в абстрактное понятие принадлежности. Можно констатировать, что такая модель права собственности не относится ни к вещным, ни к личным правам, находясь в иной сфере юридической классификации. Идея собственности как фундаментального правового понятия, возвышающегося над всеми остальными правами, предполагает, что собственность символизирует принадлежность права независимо от его вида: право сливается с вещью, и только это правовое отношение является абсолютным, поскольку имеет силу в отношении любых лиц²³⁰. Возникает вопрос о содержании предлагаемой конструкции. С. Жиноссар полагает возможным считать, что значение и осуществление собственности вписывается как в настоящее (имущество принадлежит мне), так и в будущее (у меня есть потенциальное право требования к X и Y) время. Последователи С. Жиноссара видят в праве собственности особую юридическую силу - прерогативу исключения другого лица²³¹, которой не пользуются субъекты ограниченных вещных прав. В юридической литературе специально оговаривается, что абсолютность

²³⁰ См.: Ginossar S. Droit reel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux. Paris, 1960.

²³¹ См.: Lévy M. L'opposabilité du droit reel. De la sanction judiciaire des droits. Paris, 1989.

собственности характеризуется тем, что право имеет юридическую силу в отношении любого лица. При этом юридическая сила определяется возможностью исключения любого лица волей собственника, в то время как юридическая сила ограниченных вещных прав направлена на вполне конкретных субъектов, а отсутствие юридической силы влечет недействительность права в отношении третьих лиц²³². Как представляется, изложенные подходы не дают ясных и определенных представлений о правовом режиме правовой модели собственности. Остается непонятным, почему юридическая сила гражданского права должна исчерпываться возможностью исключения любого третьего лица, почему субъект ограниченного вещного права лишен такой возможности в отношении третьих лиц и самого собственника, наконец, почему вся имущественная сфера лица должна быть непременно подчинена режиму отношений собственности.

С точки зрения теории гражданского права значим и весьма интересен вопрос о квалификации абсолютности в вещном праве: признак или принцип вещного права? В российской теории гражданского права абсолютность характеризуют как один из главных признаков вещного права, который противопоставляет вещное право обязательственному. Однако следует учесть, что в науке германского гражданского права абсолютность воспринята и транслируется не как признак вещного права, а как его принцип. Правда, следует оговориться о том, что принцип абсолютности вещного права (*Absolutheitsgrundsatz*) выделяется далеко не во всех курсах по вещному праву в правовых порядках германского типа²³³. Полагаем возможным разделять абсолютность как принцип регулирования и как принцип осуществления вещных прав, что призвано обеспечить различные аспекты

²³² См.: Duclos J. L'opposabilité. Essai d'une théorie générale. LGDJ. 1984.

²³³ См.: Wilhelm J. Sachenrecht. Berlin, 2007. S. 6-19; Gert I. Bürgerliche Recht. Bd. IV. Sachenrecht. Wien, 2008. S. 2-3; См.: Basler kommentar. Zivilgesetzbuch // hrsg. H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser. Basel-Zürich-Bern, 2011. S. 807-809; Dauner B., Heidel T., Ring G. Nomos Kommentar zum BGB, Bd.3 Sachenrecht. Köln, Bonn, Freiberg, 2008; Herberger/Martinek/Ruessman/Weth. Juris Praxiskommentar BGB. Bd.3. Sachenrecht. 5 Aufl. 2010; Wolf M., Wellenhofer M. Sachenrecht. München, 2010. S. 16-19; Schmid J., Hürlimann – Kaup B. Sachenrecht. Zürich-Basel, 2009. S. 17-20.

понимания абсолютности вещных прав: в первом случае абсолютность выступает критерием правового регулирования законодательства о вещном праве, во втором – принципом осуществления вещного права его субъектом. Тем самым, абсолютность намеренно различается нами как принцип регулирования и осуществления вещных прав.

Современные исследования по гражданскому праву России и некоторых стран СНГ отличаются либо отождествлением²³⁴, либо существенным своеобразием подхода к соотношению вещности и абсолютности, что в итоге оказывает немалое влияние на внутренне строение и элементы вещных и абсолютных прав.

В.А. Дозорцев отмечал, что «если быть точным, монополия получает юридическое выражение в общей категории абсолютных прав, одной из ветвей которых, и в течение тысячелетий единственной, является право собственности, а другой сравнительно недавно появившейся, – исключительные права»²³⁵. Несомненно, данный вывод имеет общий характер, но с нашей точки зрения, не может считаться обоснованным и тем более претендовать на точность, поскольку авторской формулировкой никак не объясняется корректность сравнений абсолютного права и монополии, само содержание абсолютных прав не раскрывается, а их система исчерпывается правом собственности и «недавно появившимися исключительными правами».

Аналогичные возражения возможно предпослать утверждению И.А. Зенина о том, что «существует две большие группы абсолютных прав: право собственности и право на продукты творческой деятельности»²³⁶.

Совершенно непонятны основания, по которым ограниченные вещные, семейные и личные неимущественные права не рассматриваются В.А. Дозорцевым и И.А. Зениным в системе прав абсолютных. Не говоря уже о том, что едва ли было бы обосновано считать, что внутреннее деление

²³⁴ См.: Добровольский В.И. Корпоративное право для практикующих юристов // «СПС Консультант плюс».

²³⁵ Дозорцев В.А. Понятие исключительного права. С. 288.

²³⁶ Зенин И.А. Взаимосвязь абсолютных и относительных прав в сфере научно-технического прогресса. С. 61.

системы абсолютных прав могло бы полагаться на использованные ими понятия «ветви» и «группы».

Гораздо более осторожен Я.М. Магазинер, заключивший, что «абсолютными правами являются почти все вещные права (собственность и залог), а также семейные права (права родителей), а также исключительные права», обладатели этих прав получают защиту своего права против всякого нарушителя непосредственно; различие вещных и обязательственных прав проводится через абсолютность²³⁷. Но и такое определение изначально не является точным, заранее содержит оговорку о вариативности и не дает четких представлений о системе абсолютных прав.

Нередко абсолютный характер права рассматривается российскими цивилистами как признак вещного права²³⁸. Однако в этом случае абсолютность позиционируется как принадлежность и свойство вещного права, чем нивелируется самостоятельное значение и специфика абсолютных прав.

А.Б. Бабаев, одновременно обозначая «видовые свойства вещных прав и правоотношений», отмечает, что «существо юридической обязанности воздерживаться от каких-либо действий с вещью предопределяет абсолютный и исключительный характер вещных прав»²³⁹. Как следует из рассуждений автора, вещные права абсолютны потому, что они «действуют в отношении всех лиц... никто не вправе препятствовать лицу в осуществлении его вещного права, т.е. управомоченный субъект исключает всех третьих лиц от какого-либо воздействия на вещь»²⁴⁰. Далее А.Б. Бабаев отмечает, что свойство абсолютности и исключительности присуще не только вещным правам, но и правам исключительным. При этом он не раскрывает различий между свойствами абсолютности в вещных и исключительных правах, уходит от разрешения вопроса об общности

²³⁷ См.: Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства. С. 45.

²³⁸ См.: Брагинский М.И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений. С. 114-115; Ефимова Л.Г. О соотношении вещных и обязательственных прав // Государство и право. 1998. №10. С. 35-36.

²³⁹ Бабаев А.Б. Система вещных прав. М., 2007. С. 198.

²⁴⁰ Там же.

правовой природы тех и других прав вследствие совпадения их абсолютных характеристик.

А.Н. Латыев обосновывает положение, согласно которому «в основании права следования лежит абсолютность вещных прав», в то время как признаками, «раскрывающими сущность вещных прав, является материальность их объектов и абсолютность вещных правоотношений»²⁴¹. Совершенно непонятно, как при этом соотносятся критерии абсолютности в субъективных гражданских правах и правоотношениях и почему признак абсолютности становится одним из неотъемлемых элементов права следования, которое традиционно рассматривается в качестве самостоятельного и особого признака вещных прав. При этом делается акцент на том, что «абсолютность вещных прав проявляется в так называемом праве следования»²⁴². Аналогии излагаемой точки зрения возможно найти в русскоязычных работах исследователей немецкого права. Так, Е. Курзински-Сингер считает, что в качестве основного критерия разграничения вещных и обязательственных прав принято называть абсолютность вещных прав (что подразумевает абсолютную защиту и право следования); особая значимость данного критерия подчеркивается следующей формулировкой: «именно этим отличием в первую очередь обуславливаются дальнейшие принципы вещного права»²⁴³.

Полагаем возможным не согласиться с таким решением. Действительно, проблема понятия и значения абсолютности вещных прав занимает особое место в германской доктрине, но малоисследованность и дискуссионность связанных с этим вопросов никак не может служить обоснованием иерархии принципов вещного права. Тем более в качестве

²⁴¹ См.: Латыев А.Н. Вещные права в гражданском праве: понятие и особенности правового режима: дис...канд.юрид.наук. Екатеринбург, 2003. С.93-108.

²⁴² См.: Латыев А.Н. К вопросу об абсолютности вещных прав // Цивилистические исследования. Выпуск второй. М., 2006. Этот вывод совершенно не нов для отечественной литературы (см.: Зенин И.А. Гражданское и торговое право капиталистических стран. М., 1992, С. 67; Гражданское и торговое право зарубежных стран. Учебное пособие / под ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. М., 2004. С. 217.

²⁴³ См.: Курзински-Сингер Е. Принципы немецкого вещного права и разграничение вещных и обязательственных прав // www.zakon.kz/207780 от 13.10.2012 г.

доказательства положения о главенствующем значении признака абсолютности никак не может приводиться довод о том, что критерий абсолютности используется в большинстве курсов германского права при характеристике отличительных качеств вещных прав.

Можно предположить, что этот вывод мог бы обосновываться системным исследованием признаков вещных прав и обоснованием их иерархии, что не удалось обнаружить в цитируемой работе. Обратный вывод, сделанный без должной аргументации, приводит к смешению различных признаков и элементов системы вещных прав и неполному пониманию их значения. Совершенно непонятно, на каком основании Д.Т. Фюлер приходит к выводу, что в ограниченных вещных правах признак абсолютности усматривается в том, что право сохраняет свою силу в случае отчуждения вещи²⁴⁴. В голландской цивилистической доктрине проблема связи абсолютности права собственности и права следования рассматривается несколько иначе. Утверждается, что абсолютный характер права собственности имеет много вещно-правовых последствий, в том числе и право следования, которое, как можно понять, порождает правомочие на предъявление вещного иска²⁴⁵.

Представляется, что обоснованность подобных суждений требует тщательного анализа взаимоотношения абсолютности и права следования, но никак не подразумевает их очевидной взаимозаменяемости. В литературе можно встретить утверждения, что абсолютность вещного права не играет главенствующей роли, а состоит лишь в обращенности вещного права против всех и каждого и проистекает из признака господства лица над вещью²⁴⁶. Сказанное свидетельствует скорее об актуальности и остроте исследований вопроса о системе признаков вещных прав и их соотношения друг с другом, чем о констатации той или иной сложившейся правовой позиции.

²⁴⁴ См.: Fueller J.T. Op. cit. S. 53.

²⁴⁵ См.: Struysken T.H.D. Op. cit. P. 226.

²⁴⁶ См.: Розенблюм Д. Деление прав на вещные и обязательственные и социалистическое гражданское право // Советская юстиция. 1938. №1. С. 24.

Невозможно обойти вниманием, что в германской литературе отмечалось также и то, что вещьность права не находится в прямой зависимости от права преимуществва и права следования²⁴⁷, а во французской, что право следования (*droit de suite*) защищает не только залогодержателя, но и иных кредиторов с преимущественным правом от рисков утраты права на вещь в случае ее отчуждения правомочным лицом²⁴⁸. Все это свидетельствует о своеобразии конструкции права следования, область применения которой явно не ограничивается вещным правом.

Встречаются утверждения, что вещные права «входят в категорию так называемых абсолютных прав», поскольку «позволяют непосредственно воздействовать на их предмет – материальные блага, характеризуются продолжительностью или даже бессрочностью действия и дают носителям таких прав правовую защиту против всех третьих лиц»²⁴⁹. В данном случае понятие абсолютности полностью поглощает такие признаки вещного права, как бессрочность, правовое господство лица над вещью. При этом не приводится никаких аргументов, свидетельствующих об обоснованности сделанных выводов.

Крайне неконкретна позиция В. Абрамова, который считает, что «система отношений, возникающих в рамках абсолютного вещного права, подразумевает не только пассивное поведение лиц в отношении чужой вещи в виде воздержания от совершения противоправных действий, но и активное поведение, направленное на неправомерное завладение вещью»²⁵⁰. Получается, что содержание абсолютного права конкретного лица включает заведомо противоправное активное поведение третьих лиц.

Неординарна точка зрения А.Д. Рудокваса на абсолютность вещных прав. Рассуждая о функциях приобретательной давности в европейской цивилистической традиции, исследователь делает вывод о способности

²⁴⁷ См.: Kindel W. *Das Recht an der Sache*. Breslau, 1889. S. 51.

²⁴⁸ См. Voirin P., Goubeaux G. *Droit civil*. Т. 1. Paris, 2009. P. 730.

²⁴⁹ См.: Гражданское право Российской Федерации. Учебник / под ред. О.Н. Садикова. М., 2006. Т. 1. С. 236.

²⁵⁰ См.: Абрамов В. О роли и значении абсолютных и относительных гражданских прав при осуществлении имущественного оборота // *Хозяйство и право*. 2010. №11. С. 124.

«данного института играть ключевую роль в доказательстве права собственности при виндикации, что, в свою очередь, крайне важно для обоснования абсолютного характера права собственности и производных от него вещных прав» и о том, что «требование доказательств права собственности зачастую способно полностью заблокировать эффективную защиту данного права, а с другой – что допущение указанной презумпции (презумпции правомерности владения истца при виндикации. – С.С.) подрывает концепцию абсолютности вещных прав»²⁵¹. В чем же видится А.Д. Рудоквасу абсолютность вещных прав, возведенная им в ранг научной концепции?

Обратимся непосредственно к тексту докторской диссертации А.Д. Рудокваса, глава VI которой поименована: «Абсолютность вещных прав и давностное владение»²⁵². Структурно данная глава делится на параграфы: «§ 1. Относительная собственность: постановка проблемы»; «§ 2. *Probatio diabolica*: опыт Италии»; «§ 3. *Praesumptio hominis*: опыт Франции»; «§ 4 *Qui possidet dominus esse praesumitur*: опыт России». К сожалению, научная концепция абсолютности вещных прав здесь не раскрывается, вместо этого излагается догматическое учение об относительной собственности, особенностях защиты владения по § 1007 BGB. Значительное внимание уделено вопросам виндикации (в аспекте соотношения с иными способами защиты²⁵³, бремени доказывания²⁵⁴), силе судебных решений по кругу лиц²⁵⁵, абсолютному действию судебных актов²⁵⁶, уровням защиты владения собственника в российском и германском праве²⁵⁷, вопросам владельческой защиты²⁵⁸. По существу вопроса удалось отметить лишь обрывочные характеристики: концепция абсолютной собственности неразрывно связана с

²⁵¹ См.: Рудоквас А.Д. Приобретательная давность и давностное владение. С. 5. 34.

²⁵² Рудоквас А.Д. Приобретательная давность и давностное владение: дис... д-ра юрид. наук. СПб., 2011. С. 286.

²⁵³ Там же. С. 294.

²⁵⁴ Там же. С. 297.

²⁵⁵ Там же. С. 286-289.

²⁵⁶ Там же. С. 290.

²⁵⁷ Там же. С. 294-296.

²⁵⁸ Там же. С. 314-318.

принципом *probatio diabolica*²⁵⁹, «абсолютность права собственности в итальянском гражданском праве есть всего лишь абстракция, непознаваемая вещь в себе философии Канта, поскольку в реальном судебном процессе устанавливается лишь относительная истина, а значит и относительная собственность»²⁶⁰, «концепция абсолютной собственности неразрывно связана с *probatio diabolica*, а значит, и с концепцией установления абсолютной и относительной истины в гражданском или арбитражном процессе, логически предполагающей возможность противопоставит ссылку на установленное в состоявшемся ранее процессе право собственности как преюдицию в споре с третьим лицом, в этом процессе не участвовавшем»²⁶¹. Диссертант выделяет «абсолютную и относительную правовую позицию сторон»²⁶². Но какое это имеет отношение к содержанию и структуре субъективных гражданских прав и тем более к концепции абсолютности вещных прав? В работе содержится обоснование допустимости использования процессуальных принципов абсолютной и относительной истины для раскрытия абсолютности или относительности субъективных гражданских прав, а тотальное смешение материального содержания субъективного гражданского права с процессом и формой его защиты. Не удалось обнаружить убедительного обоснования связи *probatio diabolica* и абсолютности права собственности как субъективного гражданского права.

К сожалению, А.Д. Рудоквас не подвергает анализу последствия распространения цитируемого им учения И. Канта на проблематику гражданского права, а это имеет важное методологическое значение. Критической оценки в этом аспекте требуют кантовские императивы о непознаваемости природы вещей и мира в аспекте их соответствия задачам развития науки гражданского права. Полагаем, что речь идет совершенно о недопустимой аналогии: едва ли гражданское право нуждается в рассмотрении собственных институтов и категорий как априори

²⁵⁹ Там же. С. 305.

²⁶⁰ Там же. С. 305-306.

²⁶¹ Там же. С. 311.

²⁶² Там же. С. 305.

непознаваемых. Кроме того, совершенно неясно, как диссертант раскрывает целостность концепции абсолютности вещных прав, уделяя основное внимание лишь абсолютности права собственности.

В гражданском праве государств СНГ предпринимаются попытки рассмотрения некоторых вещных прав в качестве относительных. В отличие от гражданского права континентальной Европы это зачастую не сопровождается глубоким анализом юридических конструкций.

Так, М.К. Сулейменов отмечает возможность выделения вещных относительных прав: права сособственников в общей собственности и отношения между собственником и субъектом права хозяйственного ведения (или оперативного управления). На этой основе ученый делает вывод, что относительные гражданские правоотношения не могут отождествляться с обязательствами²⁶³. Вероятно, такая точка зрения позволяет М.К. Сулейменову избежать вывода об обязательственно-правовой связи сособственников. Высказанная позиция чревата и другим суждением, неизбежно следующим из сделанного заключения: абсолютность перестает восприниматься как неотъемлемый признак вещного права, в то время как принцип разграничения абсолютных и относительных, вещных и обязательственных по-прежнему видится в численном составе участвующих лиц. При этом совершенно непонятно, что понимается под абсолютностью.

Решение о закреплении определенного имущества на праве оперативного управления (или хозяйственного ведения) и его принятие - это те юридические факты, без которых не может существовать само указанное право, но нет никаких оснований отождествлять основания возникновения и содержание права. Аналогичным образом право общей собственности - это единое право собственности с несколькими субъектами, соглашения которых касаются лишь особенностей его осуществления в части пользования, владения и распоряжения объектом права. Правомочия сособственников

²⁶³ См.: Сулейменов М.К. Вещные и обязательственные права в Казахстане: содержание и соотношение понятий // Вещные и обязательственные права в законодательстве Республики Казахстан: Сборник материалов Международно-практической конференции. Алма-Ата, 2000. С. 5 - 7.

лишены какого-либо самостоятельного значения при отсутствии права общей собственности, в абсолютной природе которого сомневаться не приходится. Право общей собственности едино и не расщепляется на относительные правомочия сособственников, а потому не может характеризоваться с одной стороны абсолютной (притязания сособственников к третьим лицам), а с другой относительной направленностью (взаимные притязания сособственников). Взаимоотношение и юридические связи сособственников характеризуют право общей собственности на стадии осуществления. В данной связи следует различать осуществление – динамику права и его сущностное содержание - статику, которое не подвержено качественным изменениям.

Конструкция общей собственности допускает участие в праве в качестве управомоченных субъектов нескольких лиц, ни одному из которых это вещное право не принадлежит в полном объеме. Право общей собственности осложнено структурными особенностями строения, что никак не отражается ни на его внутренней сущностной основе, ни на его внешнем действии, которое осуществляется от имени всех сособственников. Отдельные правомочия сособственников могут считаться однородными в том смысле, что они определяют правовые возможности каждого из них в осуществлении единого права общей собственности, которое является абсолютным.

Квалификация обязательственной правовой природы правомочий сособственников не может полагаться лишь на ограниченный объем правомочия распоряжения, принадлежащий каждому отдельному сособственнику. Правильно было бы сказать, что каждый из сособственников в отдельности правомочен распоряжаться только своим участием в сообществе совместных собственников. Однако необходимо обратить внимание на то, что отношения сособственников возникают прежде всего вследствие принадлежности одной и той же вещи нескольким лицам на праве собственности одновременно, но никак не вследствие наличия или отсутствия соглашения сособственников. Распространение отдельных

положений обязательственного права на соглашения сособственников подчеркивают лишь метод регулирования их взаимных притязаний, но никак не природу принадлежащих им прав. В юридической литературе подвергалась сомнению обоснованность отнесения прав сособственников к числу обязательственных прав²⁶⁴, и подчеркивалось, что сособственники отвечают друг перед другом как бы из договора²⁶⁵.

В любых возможных вариациях внутренних взаимоотношений сособственники выступают в статусе субъектов единого права. Никто из них не может претендовать на осуществление права от собственного лица и в полном объеме, что позволяет, думается, говорить не об отдельных субъективных правах каждого из сособственников, а об их правомочиях. Правомочия сособственников состоят в неразрывной связи и производны от права общей собственности и не имеют никакой возможности существования в его отсутствие, поэтому любые попытки позиционирования их в качестве самостоятельных правовых явлений в образах вещных, обязательственных, абсолютных или относительных прав сомнительны. Внутреннее соотношение правомочий сособственников характеризуют объем и баланс интересов субъектов права, а внешнее действие права общей собственности показывает качественно иную содержательную основу субъективного права в целом. Эти составляющие не могут быть смешаны воедино ни при каких обстоятельствах! Право между сособственниками разделено не по своему содержанию и направлению действия, а по субъективной относимости. Прав П. Эртман, считая, что неделимое по содержанию право распространяется как на одного, так и на другого субъекта права, но на каждого из них оно распределяется по определенным направлениям, которые не могут отождествляться с внешней силой действия права и его влиянием на третьих лиц²⁶⁶.

²⁶⁴ Ср.: Зеллер В.Ф. Учение о праве общей собственности по римскому праву. Харьков, 1895. С. 35-30.

²⁶⁵ Ср.: Зимелева Н.В. Общая собственность в советском гражданском праве: дисс... канд. юрид. наук. М., 1940. С. 135.

²⁶⁶ См.: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. S. 193-194.

Сомнение вызывает другое высказывание: «я не понимаю, почему каждый из сособственников не должен иметь возможности заявить по отношению к третьим лицам неограниченные требования о признании права собственности...каждый из сособственников имел бы в неограниченном объеме право по отношению ко всем третьим лицам»²⁶⁷. В ближайшей перспективе это означает, что любой из сособственников изначально наделяется возможностью заявления притязаний о признании права собственности лично за собой, что исключает возможность и целесообразность существования общей собственности в принципе. Тем более, если учесть, что судебный акт по спору с одним из сособственников едва ли будет иметь юридическую силу в отношении остальных сособственников. Представляются интересными замечания венгерских юристов о том, что абсолютность права собственности также «распространяется внутри» – на отношения сособственников – *однако в ином смысле*: отдельный сособственник является собственником только через коллектив сособственников и не выступает в качестве единоличного собственника. Он может реализовать свои права собственника в соответствии с установленными сособственниками правилами, но не может присваивать общую собственность. Внешний запрет на доступ к вещи для тех, кто не является собственниками, и запрет на личное присвоение сособственником собственности по отношению к сособственникам связаны с тем, что каждый сособственник участвует в реализации права собственности согласно установленному коллективом сособственников порядку²⁶⁸.

Особое внимание современными авторами уделяется вопросу о возможности заявления требования о возврате вещи, находящейся в незаконном владении третьего лица. Нет сомнений, что любой из сособственников может адресовать соответствующее требование любому незаконному владельцу от имени всех сособственников, которые должны быть в обязательном порядке привлечены судом к участию в деле как

²⁶⁷ Ibid. S. 196.

²⁶⁸ См.: Csanádi G. Polgári jog. Budapest, 1973. S. 126.

соистцы – того требует сама конструкция общей собственности и интересы всех сособственников. Недоумение вызывает мнение, высказанное А.В. Егоровым, который, рассуждая о правомерности возврата вещи во владение одного из сособственников, незаконно распорядившегося ею, утверждает: «как представляется, вещь должна возвращаться истцу, заявившему соответствующий иск. При этом ввиду нарушения другим участником общей собственности, который владел вещью по соглашению сособственников, но незаконно распорядился ею, возникают основания для пересмотра указанного соглашения. В любом случае истец, выигравший дело и отобравший вещь у приобретателя, вправе ее удерживать до тех пор, пока по новому соглашению всех сособственников или в судебном порядке не будет вновь установлено, у кого во владении будет находиться общая вещь»²⁶⁹. Данный тезис получает весьма неоднозначное обоснование, что действующее законодательство не предусматривает возможности присуждения к возврату вещи в пользу всех сособственников и это подкрепляет необходимость поиска необходимого решения наукой²⁷⁰. При этом сомнительно, что искомое присуждение вообще может быть осуществлено в пользу заявителя иска, а не всех истцов одновременно. Обращает внимание отсылка цитируемого автора к пробелам законодательства: в действующей редакции АПК РФ отдельная глава (28.2) специально посвящена особенностям рассмотрения дел о защите прав и законных интересов группы лиц²⁷¹. Особенно интересна следующее суждение: «можно присудить вещь в пользу истца (заявителя иска – С.С.), вознаграждая его тем самым за проявленную активность в деле защиты общих прав и полагаясь на его добросовестность, т.е. на то, что в дальнейшем он не будет чинить препятствия иным сособственникам во владении и пользовании спорной вещи. Если эти надежды окажутся напрасными, то может быть рассмотрен спор между всеми сособственниками об установлении порядка пользования

²⁶⁹ Егоров А.В. Общая долевая собственность: механизм защиты прав сособственников // Вестник гражданского права. 2012. Т. 12. № 4. С. 26.

²⁷⁰ Там же. С. 27.

²⁷¹ Появление аналогичной нормы в едином процессуальном кодексе, видимо, дело недалекого будущего.

вещью»²⁷². Однако как возможно решением суда выделить заявителя иска из всех истцов и присудить в его пользу владение объектом общей собственности с формулировкой – «за активное участие в деле защиты общих интересов сособственников»? До сих пор задачи правосудия никогда не связывались с триадой: *Citius, Altius, Fortius!* Не касаясь законности предложенного решения, правомерности пересмотра судом соглашения сособственников о владении и пользовании общей вещью, которое не имеет отношения к предмету рассмотренного спора о возврате вещи из владения третьего лица, возникает вопрос о его соответствии интересам прочих сособственников – соистцов. Кто спрашивал их согласия на присуждение владения только лишь заявителю иска, который мог и не иметь вообще никаких правомочий на владение по имевшему место соглашению сособственников? Острота вопроса в данном случае связывается с правовым режимом и спецификой движимых и недвижимых вещей. Вероятно, предлагаемые А.В. Егоровым решения всерьез возможно рассматривать применительно к недвижимым вещам. Передача движимой вещи во владение всех сособственников одновременно вызывает сомнения вследствие физических свойств последней. Разумеется, речь не идет в данном случае о совместном владении декорациями, инвентарем актерами, циркачами, рапсодами и пиитами странствующих театров и цирков. В таких случаях присуждение владения кому-либо одному из сособственников приведет к невозможности осуществления законных правомочий оставшихся сособственников. Однако остается непонятным, как без ущерба для общих интересов сособственников возможно присудить владение одному из сособственников земельного участка, здания, помещения, исключив тем самым, пусть и на определенный период, остальных сособственников от владения общей вещью?

Далеко не бесспорно приведенное обоснование права на удержание вещи сособственником, выигравшим процесс и отобравшим вещь у незаконного владельца до пересмотра соглашения сособственников. Разве не

²⁷² Егоров А.В. Указ. соч. С. 27.

повлечет приведение в жизнь таких рекомендаций узурпацию владения и новое нарушение прав всех собственников? Использование конструкции удержания выигравшим процесс заявителем иска может оказаться неоправданным самоуправством. Ни решения суда, ни действия одного из собственников не могут ущемлять права иных собственников, в том числе ограничивать возможность владения и пользования общей вещью.

В целях соблюдения интересов всех собственников суд может истребовать вещь из чужого незаконного владения в пользу всех собственников-соистцов и решить вопрос о передаче вещи одному или нескольким собственникам на ответственное хранение, если собственники-соистцы заявят о необходимости пересмотра ранее заключенного соглашения о владении и пользовании общим имуществом. Однако это уже совсем иная ситуация.

Отдельные российские авторы прямо говорят о том, что «право собственности не будет обладать "внутренним" свойством абсолютности, когда от него "отпочковываются" иные вещные права, так как носитель иного вещного права пользуется защитой своего права, в том числе и против самого собственника. Собственник же, устанавливая по договору ограничения права собственности в виде иного вещного права, становится связанным этими ограничениями на весь период существования иного вещного права... Иначе говоря, правоотношения собственности предстают относительными в меньшей степени, когда возможности собственника передаются носителям иных вещных прав»²⁷³. При этом остается непонятным, как следует понимать содержание абсолютности вещных прав и основания ее утраты в условиях сохранения собственником прежнего титула. Собственник не находится в изолированном положении в имущественном обороте, поскольку осуществление правомочий распоряжения предполагает его вступление в разнообразные правоотношения с третьими лицами по поводу принадлежащей ему вещи. Однако это не означает, что заключение договора

²⁷³ См.: Пахомова Н.Н. Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект). Екатеринбург, 2004.

аренды между строго определенными лицами влечет превращение права собственности в относительное право, а права арендатора - в абсолютное вследствие возможности защиты титульного владения против любого третьего лица. Заключение договора аренды не означает прекращения права собственности, стало быть, право собственности остается абсолютным. Сужение правомочий собственника, вызванное возникновением ограниченного вещного права, обременением обязательственными правами третьих лиц (аренда), не уничтожает абсолютности субъективного права собственности, но, безусловно, влияет на объем правомочий собственника. Содержание права собственности в данном случае остается прежним, меняется его объем и пределы осуществления, что никак не влияет на абсолютную природу данного субъективного гражданского права. Внутренние сущностные характеристики права, определяющие вид, содержание, принадлежность к классификационной группе и пределы его осуществления, не могут считаться однородными и равнообъемными понятиями.

Возможность существования абсолютного и относительного права собственности не исключается современными российскими исследователями при комментарии ст. 2 закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ. Отмечается, что «сама возможность оспаривания права, а не исправления записи, допускает ситуации расхождения внесенных в реестр сведений и материально-правового положения... фактически предполагается возможность раздвоения права собственности на внесенное в реестр «формальное», абсолютное для третьих лиц, и «материальное», имеющее относительное действие в отношениях сторон сделки по отчуждению недвижимости»²⁷⁴. Полагаем, что разграничение права собственности на абсолютное и относительное в данном, как, впрочем, и в любом ином случае, неуместно. И уж, конечно, возможность раздвоения права собственности на

²⁷⁴ Самойлов Е.Ю. Публичная достоверность при приобретении недвижимого имущества: дисс... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 55.

абсолютное и относительное не следует из буквального смысла действующего российского закона.

Правовая оценка последствий безосновательного или ошибочного внесения лица в реестр прав изначально возможна лишь с двух принципиально различных позиций, ни одна из которых никак не влияет на абсолютность или относительность гражданских прав.

Первая из них с нашей точки зрения - более предпочтительная, заключается в том, что безосновательно зарегистрированное лицо вообще не становится собственником на основании регистрации, а только в силу этого факта получает возможность распоряжаться объектом недвижимости в пользу добросовестно действующего третьего лица. В этом случае до приобретения третьим лицом прежний собственник сохраняет всю полноту права как во внутренних, так и во внешних отношениях.

Вторая полностью полагается на концепции А. Экснера и В. Майбома, согласно которым право принадлежит только зарегистрированному лицу. В этом случае право собственности полностью и без остатка переходит к зарегистрированному лицу во всех случаях. В этом случае необоснованно зарегистрированное право собственности ничем не отличается от зарегистрированного права собственности любого другого лица, которое было приобретено на законных основаниях. При таком понимании право собственности полностью и безраздельно принадлежит только зарегистрированному лицу, и конечно, имеет абсолютные характеристики как во внешних, так и во внутренних отношениях.

Ни одна из приведенных точек зрения не позволяет считать право собственности относительным, равно как и разграничивать субъектов абсолютной и относительной собственности: право собственности как было, так и осталось абсолютным субъективным гражданским правом.

Безосновательно утверждать, что на современном этапе развития имущественных правоотношений в правовых порядках германского типа (Германия, Австрия, Швейцария) существование вещных прав на недвижимость всецело предопределено регистрационной записью в

соответствующем реестре прав. Однако случаи существования незарегистрированных прав на недвижимость являются единичными и должны рассматриваться не иначе, как исключение из общего правила. Отчасти такое стечение обстоятельств обусловлено допущениями закона, отчасти практической необходимостью, отчасти же самой спецификой рассматриваемых правоотношений.

De lege lata в гражданском праве Германии лишь в единичном случае могут быть обнаружены ситуации, при которых разрыв между правом записанным и правом действительным будет очевиден (§ 920 BGB). По сути, речь идет об очень специфической ситуации, связанной с установкой межевых знаков по фактическому владению спорными и бесспорными площадями, которая, думается, не может быть решена в споре по классическим вещным искам.

В гражданском праве Австрии владение недвижимостью также возможно по общему правилу только на основании записи в поземельной книге - §§ 321,322 ABGB. Из этого правила также возможно едва ли не единственное исключение, когда дом или собственная квартира была продана и имела место фактическая передача их приобретателю, к примеру, путем передачи ключей, но в то же время по каким-либо причинам эта сделка не была зарегистрирована в поземельной книге²⁷⁵.

Швейцарское гражданское право исходит из общего правила, что возникновение вещных прав на недвижимые вещи связывается с моментом их регистрации в соответствующем реестре прав (ч. 1 ст. 656 ZGB). В качестве исключения в ч. 2 названной статьи установлено: лицо, приобретающее недвижимость путем завладения, наследования, в порядке принудительного исполнения решения суда становится ее собственником до регистрации своего права, но правомочия по распоряжению соответствующим имуществом возникают лишь после выполнения формальных требований, связанных с государственной регистрацией.

²⁷⁵ Gert I. Buergerliche Recht. Bd. IV. Sachenrecht. Wien, 2008. S. 17.

Очевидно, в данном случае уместно говорить об этапах субъективации гражданского права.

Практика называет и другие случаи расхождений данных поземельной книги и действительно существующих прав на недвижимые вещи. Их характеризуют не интересы имущественного оборота, а скорее вынужденные обстоятельства, сопутствующие существованию системы регистрации прав на недвижимость. Несоответствие материально-правового положения и записи в поземельной книге порождает разрыв между зарегистрированным правом и правом действительно существующим, что получает конкретное выражение в неточности данных поземельной книги.

Неточность в поземельной книге может быть изначальной или вторичной. Первый случай связан с действиями ведомства, осуществляющего ведение поземельной книги (отсутствие материально-правовых оснований для внесения записи, ошибка регистратора). Второй связывается с неточностями, которые могут появляться в поземельной книге впоследствии - в результате действия правовых оснований, действующих вне поземельной книги. Комментаторы приводят конкретные примеры: слияние или разделение юридических лиц, наследование либо подназначение наследника, переход права залога на недвижимость в силу закона, прекращение сервитутов вследствие деления земельных участков, аннулирование права преимущественной покупки, наличие ограниченного сроком наследственного права на строительство²⁷⁶.

Приведенные исключения имеют принципиальное значение и сами по себе свидетельствуют о том, что владение зарегистрированным объектом недвижимости не должно пониматься только как владение книжное, хотя

²⁷⁶ Herberger/Martinek/Ruessman/Weth. Juris Praxiskommentar BGB. Bd.3. Sachenrecht. 5 Aufl. 2010. S. 192-193. В российской литературе границы действия принципа обязательного внесения обстоятельно проанализированы И.П. Писковым (См.: Писков И.П. Границы действия принципа обязательного внесения // Цивилистические записки. Вып. 2. М., 2008).

именно такой подход можно встретить сегодня на страницах русскоязычной литературы²⁷⁷.

Абсолютизация книжного владения заставляет признать, что владение недвижимостью всецело исчерпывается записью в реестре прав (ее отсутствием), или другую крайность, согласно которой владение недвижимостью будет определяться через обладание правоустанавливающими и правоподтверждающими документами. Мыслимое теоретическое обоснование такого подхода не содержит ответа на вопрос о том, куда исчезает правомочие владения вещью в составе субъективного гражданского права. Регистрационная запись в реестре прав является внешним показателем вида, объема и содержания права на стороне зарегистрированного лица, но не имеет ни малейшего отношения к внутренней структуре субъективного гражданского права, наполнению его конкретных правомочий.

С введением системы поземельных книг в доктрине германского права XIX века появилась идея, что фактическое владение недвижимостью заменяется владением «книжным» (Buchbesitz), которое обеспечивается в том числе при помощи принципа абстракции поземельной книги²⁷⁸. Тем

²⁷⁷ Вероятно, такой точки зрения придерживается А.Д. Рудоквас: «Владение объектом недвижимости заключается в наличии регистрационной записи в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (См.: Рудоквас А.Д. Приобретательная давность и давностное владение: автореф. дис... доктор. юрид. наук. СПб., 2012. С. 14. Ср.: Колотилов О.В. Государственная регистрация прав на недвижимость как легитимирующий факт // Вестник гражданского права 2009. Т.9. №1. С. 92: «о владении недвижимостью в смысле физического обладания говорить достаточно сложно»).

²⁷⁸ См.: Exner A. Das Publizitaetsprinzip. Wien, 1870. Oberneck H. Das Reichsgrundbuchrecht und die preußischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen. Berlin, 1900. Meibom V. Der Immobilienarrest im Geltungsbereiche der deutschen Civilprozessordnung. Freiburg, 1888. Еще раньше эта идея получила отражение в § 350 ABGB: владение недвижимыми вещами, которые составляют предмет публичных реестров, прекращается, если оно исключается из поземельных книг или же владение регистрируется на имя другого лица. Комментаторы подчеркивают, что в данном случае речь идет лишь о том, что книжное или номинальное владение, к которому не привязаны правомочия, утрачивает силу только вследствие исключения или исправления регистрационной записи на другое лицо (См. Koziol H.,

самым были заложены теоретические основы автономии регистрационной записи, ее правопорождающие свойства.

Радикальное толкование принципа абстракции поземельной книги чревато последующими заключениями о правотворческой силе записи в реестре прав на недвижимость. Получается, что, невзирая на основания приобретения права собственности зарегистрированное лицо во всех случаях должно почитаться как полноправный собственник? Положительный ответ на этот вопрос ведет к обесцениванию самой категории субъективного права: ведь для его прекращения будет достаточно акта государственной регистрации независимо от волеизъявления управомоченного лица. Такой подход надежно защищает интересы потенциальных приобретателей, но только до той поры, пока они не стали зарегистрированными собственниками недвижимой вещи, ибо с этого момента произволом или ошибкой регистратора они также могут быть лишены своих прав. При наличии в законе положения о достоверности поземельной книги в отношении лица, которое приобрело право на земельный участок при отсутствии записи о возражении и не знало о недостоверности сведений реестра (§ 892 BGB; ст. 973 ZGB), кажется излишним ставить вопрос о необходимости признания ошибочно зарегистрированного лица собственником вещи даже в ходе научной дискуссии. Нельзя не учитывать и того, что безосновательно зарегистрированное лицо вполне может являться преступником, посредством мошеннических действий которого была внесена незаконная запись в реестр прав. Такая возможность сама по себе не позволяет считать, что

Bydlinski P., Bollenberger R. ABGB. Kommentar. Wien, 2007. S. 315; Schwimann M. ABGB Praxiskommentar. Wien, 2005. S. 315). Примечательно, что Х. Мельцер и Й. Брюгель увязывают закономерность появления института книжного владения сугубо с эволюцией австрийского законодательства, обращают внимание на смещение акцентов внимания в понимании владения со сферы действий владельца на функцию записи, которая может иметь правопорождающие свойства (Ср.: Melzer H. Bruegel J. Natural – und Tabularbesitz. Wien, 1913).

регистрационная запись в реестре прав сама по себе порождает особое распорядительное правомочие - *Verfuegungsmacht*²⁷⁹. Тем не менее в германской доктрине гражданского права можно встретить утверждения о неразрывной взаимосвязи распорядительных правомочий и субъективных гражданских прав²⁸⁰.

Допущенные законом случаи приобретения права на недвижимость от лица, безосновательно числящегося в реестре прав, невозможно рассматривать в контексте правопреемства, а только как особое основание приобретения права, установленное нормой закона, продиктованное всеобщим доверием и публичной достоверностью поземельной книги, что исключает возможность рассмотрения данной ситуации в контексте значения принципа - *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*.

Современное российское гражданское право основывается на следующих концептуальных началах: запись в ЕГРП не является самостоятельным правовым основанием возникновения, изменения, прекращения права на недвижимое имущество²⁸¹; запись в ЕГРП не заменяет и не подменяет существование гражданско-правовых оснований возникновения, изменения, перехода, прекращения, обременения права²⁸², а создает презумпцию законности прав на недвижимое имущество²⁸³. История вотчинных преобразований в отечественном праве, основанная на жестких принципах бесповоротности и достоверности, знакома с противоположными

²⁷⁹ Цит. по: Самойлов Е.Ю. Публичная достоверность при приобретении недвижимого имущества: дисс... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 28 Krueckmann P. *Nachlese zur Unmoeglichkeitslehre // Jherings Jahrbuecher fuer die Dogmatik des buergerlichen Rechts. Bd. 57. S. 320.*

²⁸⁰ Подробнее см.: Oertmann P. *Das Problem der relativen Rechtszustandigkeit. S. 261.*

²⁸¹ В литературе указывается, что «в большинстве случаев государственная регистрация имеет по отношению к зарегистрированному праву правообразующее (правоустанавливающее) значение, и лишь в случаях, специально установленных законом... роль регистрации состоит в том, чтобы подтвердить уже возникшее право» (Слесарев В.Л., Якимов А.А. Актуальные вопросы виндикации недвижимости // Закон. 2007. № 9. С. 109.).

²⁸² Концепция развития гражданского законодательства о недвижимости // Недвижимость и инвестиции №1-2 (14-15) 2003. С.79.

²⁸³ См.: Постатейный комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» под ред. П.В. Крашенинникова. М., 1999. С. 44

по смыслу интерпретациями: если лицо числилось в поземельной книге как собственник, значит, оно таковым и являлось²⁸⁴; кто занесен в книгу в качестве управомоченного, может впредь до доказательства обратного предпринимать все действия, вытекающие из этого положения²⁸⁵. Обоснованность преемственности подобных воззрений вызывает сомнения. Думается, в данном контексте более уместно вести речь не о характеристике материально-правового положения зарегистрированного в реестре лица непосредственно, а о правовых последствиях совершенных им распорядительных действий, влияющих на права и обязанности третьих лиц.

Рассмотрим ближайшие практические последствия принятия противоположного по смыслу решения. Допустим, что лицо становится собственником вещи только на основании факта внесения записи в реестр прав независимо от любых возможных пороков основания приобретения права. Такой вывод предопределяет необходимость признания правомерными всех действий зарегистрированного в качестве собственника лица в период существования записи в реестре прав на недвижимость, что создает ничем не оправданный риск для участников имущественного оборота. Приверженность этому подходу, в частности, не дает оснований оспорить обременения, наложенные волей незаконно или ошибочно зарегистрированного лица (залог, аренда и прочее), в будущем даже при условии исправления (аннулировании) записи о зарегистрированном праве: ведь они совершены полноправным собственником.

О невозможности рассмотрения в статусе собственника безосновательно или ошибочно зарегистрированного в реестре прав лица свидетельствует особая конструкция, сформировавшаяся в гражданском праве Германии. Из практической жизни невозможно исключить случаи, когда добросовестный приобретатель возвращает вещь неуправомоченному

²⁸⁴ См.: Журнал Высочайше учрежденной особой при Государственном Совете Комиссии для предварительного обсуждения проектов учреждения вотчинных установлений и вотчинного устава. СПб., 1904. С. 37.

²⁸⁵ Ельяшевич В.Б. Очерк развития форм поземельного оборота на Западе // Ельяшевич В.Б. Избранные труды о юридических лицах, объектах гражданских правоотношений и организации их оборота М., 2007. Т. II. С.333. 335.

отчуждателю в связи с отказом от договора вследствие недостатков вещи, при расторжении договора или по требованию о неосновательном обогащении. По господствующему мнению, право собственности не переходит в данном случае к неуправомоченному отчуждателю, а вновь поворачивается к первоначальному собственнику. Логично предположить, что если бы регистрационная запись имела правопорождающее значение, то право собственности «повернулось» бы непосредственно к отчуждателю – безосновательно зарегистрированному лицу. Полагаем, что речь идет об особых правовых последствиях заключения сделки с неуправомоченным отчуждателем в силу закона. По мнению Е.Ю. Самойлова, объяснение подобного поворота «в высшей степени затруднительно, поскольку в указанных случаях воля покупателя, возвращающего вещь продавцу, которого он при приобретении вещи принял за собственника, направлена на «обратное» возникновение права собственности именно у этого продавца. При этом у бывшего «истинного» собственника ввиду его неучастия в отношениях приобретателя и отчуждателя может вовсе отсутствовать воля на «обратное принятие» права собственности»²⁸⁶. Тем самым не принимается во внимание, что волеизъявления собственника на отчуждение не было, в связи с чем его особого волеизъявления на «обратное принятие» права не требуется.

Реестр прав на недвижимость выполняет функцию отражения определенных наступивших юридических фактов, повлекших возникновение, изменение и прекращение вещных прав на объекты недвижимости. Данные реестра подтверждают, но сами по себе не порождают возникновение, изменение и прекращение установленных законом вещных прав. Без внесения в реестр по общему правилу возникновение вещного права невозможно, но содержание реестра не гарантирует абсолютное соответствие внесенных записей о правах на недвижимые вещи действительно существующему материально-правовому

²⁸⁶ Самойлов Е.Ю. Указ. Соч. С. 37.

положению²⁸⁷. Тем более что реестр прав на недвижимость не может гарантировать реальное существование самой недвижимой вещи в любой из периодов существования записей, а нельзя исключать ситуации гибели недвижимой вещи, влекущей в силу закона прекращение вещного права: здание разрушено, земельный участок уничтожен разливом реки или обвалом грунта и т.д.

Юридический факт государственной регистрации права на объект недвижимости является созданием видимости права, обеспеченной правопорядком посредством установления особого предположения, внешне напоминающего презумпцию. Последнее является своего рода маяком для третьих лиц, участвующих в имущественном обороте и ориентирующихся в правовом титуле потенциальных контрагентов в первую очередь при помощи общедоступных внешних фактов, а не скрытых от посторонних волеизъявлений и договоренностей зарегистрированного правообладателя и его правопреемников. Особенность данной конструкции и ее существенное отличие от презумпции заключается в том, что для опровержения заложенного ею предположения недостаточно простого доказательства обратного (к примеру, представления в регистрирующий орган доказательств безосновательного, ошибочного приобретения книжного владения, ошибки регистратора, правоустанавливающих документов и т.д.). Требуется не только судебная процедура, инициируемая желающим опровергнуть установленное предположение, но и приведение доказательств нарушения последним уже существующих гражданских прав, которое сопровождается особым способом защиты – иском о внесении исправлений в реестр прав (в Германии - иск о предоставлении согласия на внесение изменений в реестр прав). Нетрудно заметить, что такая конструкция выходит далеко за рамки простого опровержимого предположения как общепринятого признака презумпции.

²⁸⁷ Этому аспекту не всегда уделяется должное внимание даже в специальных исследованиях. Ср.: Брауде И.Л. Право на строение (Строение как объект права): дис... д-ра юрид. наук. М., 1948. С. 156-159.

Излагаемый ход рассуждений не противоречит положениям законодательства Российской Федерации. Действительно, момент возникновения права собственности на недвижимое имущество определяется в силу закона моментом государственной регистрации права (п.2 ст.8.1 ГК РФ), а государственная регистрация прав на недвижимое имущество является единственным доказательством существования зарегистрированного права (п. 5 ст. 1 Федерального закона «О государственной регистрации недвижимости» от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ). Однако следует учесть следующее. Во-первых, указание закона на момент возникновения права, а также на средство доказывания его наличия не могут быть истолкованы в пользу абсолютного отождествления государственной регистрации права и действительного существования права. Тем более что в п. 37 совместного постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ № 10/22 устанавливается, что при отсутствии государственной регистрации право собственности доказывается с помощью любых предусмотренных процессуальным законодательством доказательств, подтверждающих возникновение права собственности на объект недвижимости у истца. Во-вторых, требуется систематическое толкование данных норм с положениями ГК РФ. Так, ст.223 ГК РФ устанавливает случаи, когда приобретатель недвижимой вещи может стать ее собственником. Перечисление в законе указанных оснований было бы излишне, если бы факт государственной регистрации права был достаточен для превращения обладателя регистрационной записи в собственника вещи. Стало быть, российский законодатель не связывает существование регистрационной записи в ЕГРП с вещным правом на объект недвижимости во всех случаях.

Изложенное позволяет сформулировать следующие выводы:

Абсолютность не является достаточным признаком для идентификации вещи субъективного права, а должна рассматриваться как принцип осуществления и регулирования вещных прав (права собственности, ограниченных вещных прав). В разности принципов регулирования и

осуществления вещных и обязательственных прав усматривается возможный критерий их различия.

Юридический факт регистрации субъективного права в публичном реестре (ЕГРП, поземельная книга) создает видимость права у зарегистрированного в качестве правообладателя лица и не является сам по себе абстрактным основанием возникновения субъективного права у зарегистрированного лица при отсутствии законных оснований к возникновению материального гражданского права, которое в соответствии с императивными требованиями закона подлежит регистрации. Книжное владение (регистрационная запись в публичном реестре прав на недвижимое имущество) не образует разновидности владения в гражданском праве, а является видимостью зарегистрированного права и способом его фиксации.

Выделение в составе специальных субъектов гражданского права «реестрового» и «внереестрового»; «надлежащего» и «ненадлежащего» собственника недвижимой вещи является некорректным и необоснованным.

§ 4. Абсолютные права и принцип *Numerus clausus*

Квинтэссенция принципа *numerus clausus* (закрытый перечень, исчерпывающий перечень) в гражданском праве государств континентальной Европы состоит в недопустимости или невозможности создания и осуществления субъектами субъективных гражданских прав, непосредственно не предусмотренных законодателем. Современными германскими цивилистами «*numerus clausus*» переводится на немецкий язык как «принуждение к типизации», принудительная типизация или связанность типизацией («*Typenzwang*»; «*Typengebundenheit*»)²⁸⁸. В большинстве случаев речь идет об абсолютных правах и – что более распространено – об их конкретном виде – правах вещных. Однако, как мы постараемся показать ниже, действие принципа закрытого перечня вещными правами никак не ограничивается.

²⁸⁸ *Füller J.T.* *Eigenständiges Sachenrecht?* Tübingen, 2006. S. 371. В такой трактовке наблюдается принципиально новый подход к пониманию *numerus clausus* как исчерпывающему перечню видов субъективных гражданских прав, установленному непосредственно законом, с акцентом на принуждение..

Возникает очевидный вопрос о том, что подлежит ограничению: тип определенного вида субъективных прав (к примеру, ограниченных вещных), содержание конкретного субъективного права или перечень его объектов (к примеру, императивно определенный законодателем закрытый перечень объектов исключительных прав). Параллельно ставится проблема источника правового регулирования, в котором должны содержаться общие положения о виде или о содержании таких субъективных прав, в отношении которых действует принцип *numerus clausus*. Имеется ли в виду непосредственно кодифицированный акт как основной источник гражданского законодательства или любой закон, развивающий закрепленные в Кодексе общие положения? Обозначенные проблемы могут возникать достаточно остро и сегодня, они не имеют однозначного решения в теории и правоприменительной практике.

Исследуемая проблематика порождает необходимость рассмотреть вопрос о юридической сущности, содержании принципа *numerus clausus*, сфере его действия в гражданском праве стран континентальной Европы, выявить его связь с абсолютными правами.

Сфера действия *numerus clausus* в гражданском праве. Конструкция закрытого перечня не является общепризнанной и всесторонне исследованной в цивилистической доктрине государств континентальной Европы. Тем не менее одной из классических характеристик абсолютных прав или же их отдельных видов, в частности вещных прав, считается признак *numerus clausus*. Нет ясности и в более общем вопросе о том, что следует понимать в таком случае под *numerus clausus* – признак или принцип права.

В германском праве категоричные утверждения на этот счет можно встретить лишь в Мотивах к Германскому гражданскому уложению (*Bürgerliches Gesetzbuch* (далее – BGB)) – и то применительно лишь к вещным правам: субъектам вещных прав «не может предоставляться право по своему свободному усмотрению придавать любому праву, которое относится к вещи, характер вещного права. Принцип свободы договора,

закрепленный в обязательственном праве, недействителен в отношении вещного права». В вещном праве действует обратное правило: участники могут устанавливать только такие права, перечень которых установлен законом, в связи с чем количество вещных прав обязательно должно быть замкнуто исчерпывающим перечнем²⁸⁹. Ровным счетом аналогичное обоснование закрытого перечня вотчинных прав через констатацию неприемлемости «господства свободы договорных отношений» «в области вотчинных прав» содержалось в объяснениях к проекту Гражданского уложения Российской Империи²⁹⁰.

Это скорее желаемое утверждение, чем доказанное и логически выстроенное научное положение. Усматриваются и некоторые противоречия в формулировках. Невозможно сказать, что принцип свободы договора полностью не действует в вещном праве, к примеру, при определении условий и заключении договора о возникновении ограниченного вещного права, которое поименовано законом. По общему правилу, стороны и здесь свободны в выборе контрагента, условий возникновения и порядка осуществления ограниченного вещного права, определения эквивалентности своих договорных отношений. Установленный законодателем запрет создания соглашением сторон новых видов вещных прав направлен на парализацию *ipso iure* силы выраженных сторонами в договоре намерений в части создания доселе неизвестного законодателю нового вида вещных прав или модификации предусмотренного законом типа вещных прав.

Думается, *numerus clausus* не имеет цели предупреждения или пресечения противоправного поведения, а направлен на ограничение свободы волеизъявления в сделке, диктуемое функциональными интересами имущественного оборота в целом, сохранением единого понимания базовых понятий сделки, объекта вещных прав, свободы волеизъявления.

Однако и в этой части приемлемость данных положений ведущими цивилистами ставится под сомнение. Е. Фукс придерживается мнения, что

²⁸⁹ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin; Leipzig, 1888 (auch abgedruckt bei Mugdan). Bd. III. S. 3.

²⁹⁰ См.: Гражданское Уложение. Проект Высочайшей Учрежденной Редакционной Комиссии с объяснениями, сост. А.Л. Саатчиан. М., 2008. кн. 3. С. 1-2.

нет нужды устанавливать закрытое число вещных прав²⁹¹ и таким образом «создавать границы, в которых можно удержать инертный поток правоотношений, принятых в римском праве, но не более мощное течение правоотношений, принятых в немецком праве»²⁹².

В. Виганд утверждает, что «приведенное обоснование принципа *numerus clausus* в Мотивах не является таким обязательным, как нас в том уверяют. Теоретически вполне возможно представить в рамках самого вещного права любые возможности для формирования производных правовых конструкций, если фактические обстоятельства формулировались бы как относящиеся только к вещному праву». То, что открытого перечня вещных прав в BGB быть не должно, в Мотивах предполагается как нечто само собой разумеющееся, однако никак не обосновывается²⁹³. В. Виганд заключает, что возможность расширения законодательно установленного перечня видов вещных прав не входит в предмет соглашений договаривающихся сторон, а является прерогативой суда.

Г. Магер, рассуждая о возможности распространения принципа *numerus clausus* не только на вещные, но и на субъективные права иной правовой природы, сомневается и делает лишь предположение, что число личных неимущественных субъективных прав и исключительных прав, «наверное, тоже должно быть ограничено»²⁹⁴.

Р.Х. Вебер исходит из того, что принцип закрытого перечня служит гарантией абсолютных прав и должен действовать как в отношении вещных прав, так и в отношении прав на нематериальные имущественные ценности. В качестве примеров абсолютных прав Р.Х. Вебер называет вещные права, личные права, право на защиту информации, права на нематериальные ценности. По мысли ученого, ввиду сильного действия абсолютных прав законодатель предусмотрел определенные признаки распознаваемости таких

²⁹¹ См.: *Staub H.* Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte // Archiv für bürgerliches Recht. 1891. Bd. 5. S. 52.

²⁹² *Fuchs E.* Das Wesen der Dinglichkeit. Ein Beitrag zur allgemeiner Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin, 1889. S. 75.

²⁹³ *Wiegand W.* Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht // Archiv für die civilistische Praxis. 1990. Bd. 190. Heft 1/2. S. 118.

²⁹⁴ См.: *Mager H.* Besonderheiten des dinglichen Anspruchs // Archiv für die civilistische Praxis. 1993. Bd. 193. Heft 1. S. 71.

правовых положений (так называемая «социально-типичная публичность»), обеспеченные действием принципа «закрытого перечня»²⁹⁵.

Мнения о приемлемости и необходимости действия принципа «закрытого перечня» в законодательстве не могут считаться общепризнанными.

Ф. Малари не сомневается в открытом перечне личных прав²⁹⁶, но в то же время утверждает, что действие закрытого перечня вещных прав затормаживает сам имущественный оборот, ибо истории известно, что как только участники обязательственных отношений получили возможность заключать договоры, прямо не предусмотренные законом, сам договор стал рассматриваться как величайший инструмент товарно-экономического процесса. Более того, в настоящее время перечень вещных способов обеспечения надлежащего исполнения по обязательствам не является закрытым²⁹⁷.

Е. Бухер считает, что, поскольку абсолютные права сообщают всем лицам, не являющимся правообладателем, обязанность по их ненарушению, факт нахождения в пассивной обязанности всякого и каждого предопределяют типизацию и описание законодателем содержания этих прав²⁹⁸. Остается по-прежнему неясно, почему обязанность по ненарушению прав другого лица характеризует лишь права абсолютные. Неужели права относительные не нуждаются в установленном законодательством запрете на их нарушение?

В. Портманн проводит различия между обязательственными и абсолютными правами по действию закрытого и открытого перечней их видов. В частности, им утверждается, что в сфере обязательственных прав господствует принцип «свободы типов»: стороны не обязаны пользоваться лишь определенными видами договоров, не должны следовать только прописанному в законе их содержанию. Однако контраст сравнения

²⁹⁵ См.: *Weber R.H.* Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten? // Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts. Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag. Zürich, 2003. S. 584–585, 589.

²⁹⁶ См.: *Malaurie P., Aynes L.* Les biens. Paris, 2007. P. 91.

²⁹⁷ Ibid. P. 88–89.

²⁹⁸ См.: *Bucher E.* Das subjective Recht als Normsetzungsbefugnis. Tübingen, 1966. S. 156.

приходится не на вещные, а на абсолютные права в целом. Обязательственные права, по мнению В. Портманна, принципиально отличаются от абсолютных, поскольку последние могут встречаться только в предусмотренных законом формах проявления (например, права личности, право собственности, авторское право)²⁹⁹. Примечательно, что сравнению подвергается родовая (абсолютные права) и видовая (обязательственные права) категории гражданского права, что сложно посчитать принципиально корректным. Кроме того, В. Портман лишь приводит наиболее характерные виды абсолютных прав, хотя условия сделанного им сравнения в форме противопоставления, как представляется, требуют от автора-исследователя определения исчерпывающего перечня абсолютных прав, а не напоминания читателю о наиболее характерных и часто используемых видах абсолютных прав, к числу которых следует отнести право собственности.

Й.М. Смитс констатирует, что «закрытая система» – это та мудрость, воспользоваться которой может любой юрист, но о значении этого изречения в действительности можно сказать очень немного: «похоже, оно является жертвой недуга, от которого страдает гораздо больше правовых норм, обязательных к исполнению, но никому уже неизвестно, какое рациональное зерно заложено в их основе, и никто не задается вопросом о том, нуждается ли правовая норма в изменившихся обстоятельствах в пересмотре»³⁰⁰. В таком случае норма права становится неприкосновенной «религиозной» догмой, а разделение прав на абсолютные и относительные, вещные и обязательственные по критерию *numerus clausus* все более зыбким.

Этим подходом не учитывается, что гражданско-правовая норма в разные исторические периоды своего действия может наполняться различным содержанием, толкованием и мотивацией, ей также могут отводиться различные сферы применения. Ученые не могут заведомо исключать новую интерпретацию *numerus clausus* в изменяющихся социально-исторических и правовых условиях.

²⁹⁹ См.: *Portmann W.* Wesen and System der subjektiven Privatrechte. Zürich, 1996. S. 103.

³⁰⁰ *Maastricht J.M.* Smits Van partijen en derden; over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten // Groninger Opmerkingen en Mededelingen. 1996. Jg. XIII. P. 41

Голландские цивилисты подчеркивают, что определение точных рамок действия принципа *numerus clausus* превратилось в один из самых спорных вопросов теории гражданского права с момента вступления в силу нового Гражданского кодекса Нидерландов (*Burgerlijk Wetboek* (далее – *BW*)).

Первоначально в 2002 г. голландская Комиссия авторских прав приняла точку зрения, что нежелательно признание целого ряда новых имущественных прав в сфере интеллектуальной собственности, которые не имеют прямой опоры на действующее законодательство. По мнению Комиссии, существование закрытого перечня имущественных прав в сфере интеллектуальной собственности порождает необходимость взвешенного решения вопросов о соответствии вновь вводимого субъективного права интересам законодателя и третьих лиц³⁰¹. Эта позиция была поддержана в литературе, где делались утверждения, что закрытая система вещных прав исходит из более общей закрытой системы абсолютных прав.

И. Стёр обосновывает, что *numerus clausus* подразумевает, что абсолютные права предусмотрены законом лимитативно и имеют конкретное описание в законодательстве³⁰². Эта точка зрения видится особенно актуальной в связи с развитием технологий, бурный рост которых обусловил появление доменных имен в Интернете и необходимость решения вопроса об их гражданско-правовом режиме, принадлежности их как объектов правового регулирования к той или иной группе субъективных прав.

В действительности возникают новые конструкции субъективных имущественных прав, которые не укладываются в традиционные модели и рамки. Возможности их отнесения к числу абсолютных противопоставлено аргументированное замечание В. Снейдерса о том, что в имущественном праве не найдется четкого определения, невозможно указать на какое-либо замечание парламентской комиссии, которые бы связывали *numerus clausus* с какими-либо иными субъективными правами, кроме права собственности и

³⁰¹ См.: *Struycken T.H.D.* De numerus clauses in het goederenrecht: een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid. Deventer, 2007. P. 109.

³⁰² См.: *Steur J.C. van der.* Grenzen van rechtsobjecten: Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten: Proefschrift. Leiden, 2003. P. 39.

ограниченных вещных прав³⁰³. Получается, что *numerus clausus* является характерной чертой не всех, а только отдельного вида абсолютных прав – вещных прав. В пользу этого мнения может быть приведено то обстоятельство, что в ходе научных дискуссий в связи с кодификацией голландского гражданского законодательства абсолютные права в связи с конструкцией «закрытого перечня» прав нигде не упоминаются. Из этого положения многие голландские юристы делают вывод о том, что имущественные права в сфере интеллектуальной собственности могут существовать лишь как творение законодателя, т.е. в рамках закрытого перечня³⁰⁴. Впрочем, сказанное никак не объясняет, почему право собственности и ограниченные вещные права нуждаются в действии *numerus clausus*, а субъективные права иной гражданско-правовой природы – нет.

В терминологии В. Снейдерса любые иные типы имущественных прав, распространяющие свое действие в отношении третьих лиц, должны именоваться не абсолютными, а исключительными с разной степенью такой исключительности, что, вероятно, позволяет цитируемому автору утверждать, что любой перечень прав вне действия абсолютных прав и *numerus clausus* является открытым. Получается, что раз право не является абсолютным, то оно не подвержено действию *numerus clausus*. Такой подход не спасает В. Снейдерса от замечаний его оппонентов, что изучение систематики действующего голландского права позволяет утверждать, что права на доменное имя и его защита находятся внутри конструкции *numerus clausus*³⁰⁵.

Невозможно игнорировать то обстоятельство, что история права знает не один пример действия принципа *numerus clausus* в отношении прав относительных и обязательственных, что делает вывод об исключительной принадлежности данной конструкции к абсолютным и вещным правам несостоятельным. К примеру, в римском праве античного периода перечень договорных обязательств из контрактов являлся закрытым; крылатое

³⁰³ См.: *Snijders W. De openheid van het vermogensrecht – Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen // Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht. Deventer, 2002. P. 27–30.*

³⁰⁴ Подробнее см.: *Struycken T.H.D. Op. cit. P. 111.*

³⁰⁵ *Idid. P. 114.*

выражение *pacta sunt servanda* характеризовало лишь силу и обязательность достигнутой контрагентами договоренности - любое достигнутое соглашение (пакт) должно было исполняться, различия делались лишь в объеме и процедурах предоставляемой защиты в сравнении с договором. В старогерманском праве в отношении законодательно установленных договорных форм действовал принцип принуждения к типу (*Typenzwang*), за пределами которой соглашения сторон не признавались и не пользовались исковой защитой. В основу принуждения к типу было положено наименование договоров, приверженность которому прослеживается и в каноническом праве до широкого распространения через французскую цивилистику идеи об обязательной силе любого консенсуса³⁰⁶. При составлении первой редакции BGB не существовало правил о *condictio generalis* (взамен этого предлагался исчерпывающий перечень обязательств из неосновательного обогащения³⁰⁷). Современные германские цивилисты отмечают действие *Typenzwang* в договорном праве. Его положительный смысл видится в создании гарантий участникам правоотношений в «жесткой и плотной сети заранее заготовленных норм договорного права», в чем видится создание предсказуемости и достоверности, а отрицательный - в закостенении, стирании динамики договорного права³⁰⁸. Одновременно в специальных исследованиях типизация позиционируется генеральным принципом всего частного права³⁰⁹. Обнаруживаются и другие свидетельства признанного германским юридическим сообществом действия закрытого перечня в обязательственных правах, но уже в ином значении. Исследователи прямо говорят о неоднородности системы обязательственного права, появлении с развитием оборота нетипичных договорных отношений (*Atypische Schuldrecht*), относящихся к специальному обязательственному праву (*Besondere Schuldrecht*), на которое действие общих положений об обязательствах не распространяется, поскольку BGB урегулированы

³⁰⁶ Dilcher H. Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht // ZRG. 77. 1960. S. 270-278.

³⁰⁷ См. Hedemann J. Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin, 1921. S. 234.

³⁰⁸ Cziupka J. Dispositives Vertragsrecht. Tübingen, 2000. S. 57-58.

³⁰⁹ См.: Kern C A. Typizität als Strukturprinzip des Privatrecht. Tübingen, 2013.

определенные типы обязательств и, по признанию комментаторов, эти конструкции не подходят к описанию принципиально новых договорных форм: гарантийные договоры, разновидности договоров факторинга, франчайзинга, прав на ноу-хау, договоры об экспертной ответственности и об ответственности за искажение данных в проспектах ценных бумаг. Сложность разделения системы обязательственного права в Швейцарии уже спровоцировала законодательную инициативу об отказе от специального обязательственного права и «переходу к общему обязательственному праву»³¹⁰.

Современные российские авторы говорят об исключительных случаях «принудительной типизации» в договорном праве: «участникам оборота, преследующим определенную правовую или хозяйственную цель, предлагается – в отступление от принципа, закрепленного в п. 2 ст. 421 ГК РФ, - закрытый перечень доступных договорных типов»; в пример приводится ч. 2 ст. 1 федерального закона об участии в долевом строительстве, устанавливающая закрытый перечень форм привлечения денежных средств граждан за предоставление права собственности на жилые помещения в многоквартирных домах, которые на момент привлечения средств не введены в эксплуатацию³¹¹.

Поступательное развитие товарооборота и рыночных отношений его участников предполагает переосмысление концептуального значения раздела об отдельных видах обязательств части второй ГК РФ. Диспозитивность регулирования договорных правоотношений должна стать основным методом гражданско-правового регулирования динамики имущественного оборота. Перед разработчиками части второй ГК РФ в 1996 г. стояли принципиально иные задачи - не ограничить свободу усмотрения договаривающихся сторон, а задать им ориентиры построения правовых моделей взаимоотношений по установленным законом формам.

³¹⁰ Historisch-kritischer kommentar zum BGB herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2007. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. S. 65, 66-67.

³¹¹ Ширвиндт А.М. Ограничение свободы договора в целях защиты прав потребителей в российском и европейском частном праве. М., 2014. С. 32.

Разработчики ГК РФ 1996 г. отмечали, что урегулированные в ГК РФ общие положения об обязательствах и договоре «являются основой для регулирования оборота товаров, выполнения работ, оказания услуг и движения денежных средств в условиях становления рынка», разработка законодательных положений об отдельных видах договоров «преследовала цель прежде всего устранения противоречий между началами свободной экономической деятельности, уже установленными в России, и конкретными правилами распределения и обмена, оставшимися российской правовой системе в наследство от прошлого и несовместимыми с современной экономической ситуацией»³¹². Жизнь не стоит на месте и по прошествии 20 лет требуется разработка и прогнозирование дальнейшего развития договорного права. Абсолютизация представления о договорных формах, поименованных ГК РФ, привела к тому, что правоприменительная практика более занята рассмотрением споров о заключенности/действительности сделок, хотя в нормальных условиях цели должны быть зеркальными: сохранить сделку и волеизъявление сторон. Отсюда и шаблонность мышления правоприменителя, ориентированного на квалификацию любого договора заранее определенными видовыми рамками ГК РФ, поиск и применение отдельных норм договорного права по аналогии. Жесткая поименная типизация договорных отношений в современных условиях замедляет темпы роста развития рыночных отношений, которые многообразней, чем нормы ГК РФ. О неэффективности и несовременности российского правового регулирования договорных правоотношений свидетельствует и тот факт, что в крупных сделках с иностранным элементом стороны крайне редко определяют применимым правом российское гражданское право, помятуя косность и шаблонность его правоприменения. Регулирование отдельных видов договорных обязательств в ГК РФ должно наполниться рекомендательным и вспомогательным, но никак не пользоваться определяющим значением договорного права, ГК РФ должен устанавливать

³¹² Хохлов С.А. Концептуальная основа части второй Гражданского кодекса // С.А. Хохлов. Избранное. 2012. С. 238-239.

модели договорных обязательств, а не исчерпывающий их перечень. Нормы ГК РФ о смешанном договоре никак не устраняют этих недостатков, поскольку сама конструкция смешанного договора предполагает сочетание условий различных видов договорных обязательств, и как следствие, влечет применение различных норм договорного права к отношениям сторон, норма о смешанном договоре призвана облегчить технику договорной работы. Нельзя сказать, что складывающиеся тенденции развития российской правоприменительной практики ориентированы на концептуально схожее решение. Пункт 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»³¹³ ориентирует суды на то, что норма права толкуется судом не только по ее буквальному содержанию, но и «исходя из ее существа и целей законодательного регулирования», а п. 5 того же Постановления говорит о том, что нормы об отдельных видах договоров могут быть применены к непоименованному договору по аналогии закона в случае сходства отношений и отсутствия их прямого урегулирования сторон. Правда, здесь же указывается, что применение к непоименованным договорам по аналогии закона императивных норм об отдельных поименованных видах договоров возможно в исключительных случаях, «когда исходя из целей законодательного регулирования ограничение свободы договора необходимо для защиты охраняемых законом интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов или недопущения грубого нарушения баланса интересов сторон». Для нас вполне очевидно, что выведенные ВАС РФ реверсные положения об интересах публичного порядка или о защите интересов третьих лиц сводят на нет саму идею диспозитивного регулирования договорных отношений в современном гражданском праве России, которое, хочется верить, еще не безвозвратно отклонилось от развития ценностей частного права.

Общая оценка высказанных положений никак не свидетельствует в пользу безоговорочного отрицания действия конструкции закрытого перечня в обязательственном праве в истории и современности. Другое дело, что

³¹³ Логичнее было бы назвать о несвободе договора и ее пределах.

область применения *numerus clausus* в обязательственном праве нуждается в обосновании собственного значения и локализации сферы применения. Полагаем, что в обязательственном праве особой формой типизации можно считать нормативно унифицированные и определенные законодателем общие требования к совершению определенной сделки, правовые последствия, связанные с ее совершением, которыми не могут пренебречь или проигнорировать договаривающиеся контрагенты, желающие достигнуть правовых последствий из совершаемых ими юридически значимых действий, понимаемых ими как сделка. В данном случае законодателем и правопорядком достигается эффект создания и функционирования «юридического коридора» для поведения контрагентов, действующих в собственном интересе и на свой страх и риск.

Голландские цивилисты говорят о том, что на современном этапе в обязательственном праве может быть отмечена тенденция типизации и стандартизации некоторых типов договоров, прав в отношении ценных бумаг, свопов и иных деривативов, в чем усматривается проявление *numerus clausus* не только в вещном, но и в обязательственном праве³¹⁴. Возникает необходимость уточнения данного суждения, поскольку техническая стандартизация и типизация правил об отдельных видах договоров автоматически еще не отменяет действие принципа свободы договора в гражданском праве, в том числе посредством использования субъектами смешанных договоров, модернизации предусмотренных законодательством договорных типов, создания принципиально новых договорных моделей, отвечающих принципам гражданского права. Признание и приверженность современных гражданских законодательств известному со времен римского права положению *Pacta servanda sunt* выступает своего рода регулятором обязательственных отношений контрагентов: любое соглашение, достигнутое сторонами и не содержащее в себе противоправных или аморальных положений независимо от его названия, формулировок, содержащихся и выбранных условий, по общему правилу должно быть

³¹⁴ См.: *Struycken T.H.D.* Op. cit. P. 325.

исполнено договаривающимися сторонами, пользуясь гражданско-правовой охраной в развитом правопорядке.

ГК РФ устанавливает открытый перечень возникновения договорных обязательств (п. 1 ст. 8). Одновременно с этим в части второй ГК РФ устанавливается развернутое регулирование поименованных договоров, что характерно для типизации отдельных видов договорных обязательств непосредственно самим законодателем. Статьей 421 ГК РФ закреплено правило о том, что стороны правомочны в соглашении сочетать условия различных договоров. Закрепленная законом возможность существования непоименованных договоров порождает для сторон возможность предусмотреть условия и содержание договорного обязательства, которое прямо не предусмотрено и не урегулировано законом, что совершенно не гарантирует, а скорее само по себе предполагает в случае возникновения судебного спора от применения судом аналогии закона и аналогии права в отношении созданной сторонами обязательственно-правовой конструкции на основе уже предусмотренных в законодательстве типов договорных конструкций, общих положений о договоре и об обязательствах.

Систематизация договорных обязательственных отношений предполагает их стратификацию по видовым и типовым признакам. Отнесение договорного отношения к определенному типу означает, что складывающаяся между сторонами модель взаимоотношений нуждается в обособленном и принципиально ином в сравнении с уже имеющимся в гражданском законодательстве регулировании, предполагая необходимость законодательной формулировки требований к существенным условиям, определению конкретных типовых прав и обязанностей договаривающихся сторон, установления особенностей осуществления и защиты последних с учетом содержательных особенностей регулируемых отношений. Законодательная основа типизации договорных обязательств является их родовым признаком и критерием разграничения. Следует согласиться с О.Н. Садиковым в том, что «договоры нового типа возникают тогда, когда применение к определенному договору норм о других договорных

отношениях оказывается невозможным»³¹⁵. Верно и то, что причисление конкретного договора к определенному виду договорных обязательств означает выделение важных, однако лишь некоторых (отдельных) правовых свойств данного договора, которые могут быть присущи и договорам другого типа. При отнесении договора к определенному виду решается вопрос структурирования норм договорного права в рамках уже сложившегося генерального деления договорных моделей на типы. М.И. Брагинский прямо говорит о «типизации договорных форм», благодаря которой становится возможным «уложить согласованные сторонами решения в рамки действующего законодательства»³¹⁶.

Полагаем, что изложенное свидетельствует о складывающейся тенденции содержательной типизации видов договорных отношений в гражданском праве. Представляется, что действие закрытого перечня (принуждения к типизации) в современном обязательственном праве категорически исключить невозможно и с точки зрения содержания договорного обязательства. Его проявление возможно в исключительных случаях в форме прямо установленных законом правовых последствий совершения или несовершения юридически значимых действий, запретов и ограничений свободы волеизъявления участников договорного обязательства, что характерно для императивных норм объективного права. Предпосылаемые правопорядком участникам обязательственных правоотношений ограничения по большей части устанавливаются императивными нормами. Однако возможно и диспозитивно-альтернативное регулирование путем установления в норме права прямых последствий совершения определенных действий с оговоркой «если соглашением сторон не предусмотрено иное». Здесь законодатель выполняет своеобразную функцию «ночного сторожа». Весьма лаконично схожий подход сформулирован германскими цивилистами: «через законодательный регулирующий метод введения в силу диспозитивных законов создается

³¹⁵ Садиков О.Н. Некоторые положения теории советского гражданского права // Советское государство и право 1966. № 9. С. 19-20; 21

³¹⁶ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М., 2000, кн. 1. С. 78.

пространство «нечеткости», в то время как мягкая норма в силу ее самоприобретенной субсидиарности помогает осуществлять раскрытие человеческого произвола, который принципиально усмирен только рамками принудительного права»³¹⁷. Осмысление приведенной цитаты позволяет утверждать, что в имущественном обороте в законодательно очерченных границах и ориентирах частное лицо свободно в собственных действиях, которые считаются правомерными, порождающими гражданско-правовые последствия при условии соблюдения таким лицом общих требований к возникновению сделки, предъявляемых законодателем. Тем самым реализуется идея создания гражданско-правового поля, в рамках которого правопорядком создаются ориентиры для поведения субъектов гражданского права, свободных в принятии решений о целесообразности, вариативности, последствиях собственных действий.

В этих исключениях может усматриваться своеобразное действие закрытого перечня случаев вмешательства правопорядка в формирование, выражение воли сторон, наступление гражданско-правовых последствий от действий субъектов в обязательственном праве, которым обеспечено минимальное, координирующее вмешательство правопорядка в свободу действий контрагентов, практическую реализацию принципа «невмешательства кого-либо в частные дела», закрепленного в ст. 1 ГК РФ.

В российском законодательстве об обязательственном праве прослеживаются случаи, когда именно законодателем могут быть сформулированы изъятия из им же установленного общего правила диспозитивности, осуществления субъективных гражданских прав своей властью и своим интересе. В самом общем виде это находит отражение в установлении законодателем необходимых условий возникновения гражданских прав в договорном праве, за пределами которых стороны считаются свободными в осуществлении собственных действий.

Обязанность сторон договора по согласованию предмета и всех существенных условий, установленных законом для договора данного вида,

³¹⁷ Cziupka J. Op. cit. S. 58.

является императивным требованием законодателя для признания договора заключенным (ч. 2 ст. 432 ГК РФ), которое можно дополнить, но никак не отменить или упростить соглашением договаривающихся сторон. De lege lata определенные в законе существенные условия договора обязательны для их соблюдения контрагентами, представляют собой формулировку законодателем необходимых, но не всегда достаточных для контрагентов условий для возникновения договорного обязательства. Сформулированный законодателем перечень существенных условий договора, без которых ex lege невозможно возникновение договорного обязательства данного вида, является не только необходимым условием возникновения договорного обязательства, но и минимальным законодательно установленным требованием к его участникам, которое стандартизировано самим правопорядком в интересах стабильности имущественного оборота, защиты и охраны прав его участников.

В российском законодательстве определяются и исключительные случаи создания односторонней сделкой обязанностей для других лиц, не участвовавших в ее совершении, по прямому указанию нормы закона (ст. 155 ГК РФ), квалификации молчания как согласия на совершение сделки, когда это прямо предусмотрено законом (ч. 4. ст. 157.1 ГК РФ). Речь идет об исключительных, лимитированных непосредственно законом правилах, которые являются специальными, поименно регулируются законодателем в качестве «особого случая» с учетом специфики правоотношения и могут не зависеть от согласованного волеизъявления участников договорного обязательства.

Императивные нормы в обязательственном праве ограничивают свободу волеизъявления контрагентов в части установления обязательных требований к возникновению договорного обязательства данного вида, принудительного, императивного действия договорного обязательства по кругу лиц.

И в вещном, и в обязательственном праве императивное регулирование правоотношений является вмешательством правопорядка в свободу

усмотрения субъектов частного права – с той лишь разницей, что в вещном праве *numerus clausus* означает категорический императив, имплицитный запрет создания соглашением субъектов не поименованного в законе вида вещного права, а в обязательственном праве императивные предписания правовых норм составляют регулятивный механизм, устанавливающий необходимые условия возникновения и осуществления субъективных гражданских прав.

Из сказанного следует, что действие *numerus clausus* как принципа метода регулирования правоотношений невозможно категорически отрицать и в обязательственном праве, в котором также содержатся императивные нормы, ограничивающие свободу усмотрения субъектов. В связи с этим возможно посчитать спорным утверждение О.Н. Садикова о том, что «отсутствие замкнутого круга оснований возникновения прав и обязанностей» является общим свойством гражданско-правового метода³¹⁸.

Однако сказанное отнюдь не означает, что обязательственное право слилось с вещным вследствие использования законодателем приема *numerus clausus*. Речь идет лишь об универсальном значении конструкции закрытого перечня в категориальном аппарате цивилистики, ограничении свободы усмотрения субъектов, использовании лимитативных приемов в юридической технике отраслей законодательства.

Действие *numerus clausus* в гражданском праве не свободно от ряда исключений и изъятий, что, думается, препятствует его буквальному аксиоматическому и безоговорочному восприятию. Как будет показано далее, действие принципа *numerus clausus* в правовых порядках континентальной Европы осуществляется не в строгой логической последовательности даже в рамках регулирования вещных прав, где господствующей точкой зрения *numerus clausus* отводится едва ли не ведущая роль.

Опрометчиво не учитывать и субъективного момента, который видится в том, что, как правило, вступая в правоотношения, приобретая те или иные субъективные права и обязанности, субъекты в меньшей степени заняты

³¹⁸ См.: Садиков О.Н. Гражданское право и его отраслевые особенности // Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды ВНИИСЗ. Вып. 29. М., 1984. С. 21.

скрупулезным анализом их правовой природы, что затрудняет решение вопроса о критериях выявления случаев возникновения права, тип которого не предусмотрен или противоречит законодательным предписаниям, разумеется, за исключением случаев обращения уполномоченных лиц за судебной защитой или установленной необходимости государственной регистрации таких прав. За изъятием этих исключений право может беспрепятственно осуществляться и переуступаться, являясь эффективным средством товарообмена, до правонарушения, которого может и не последовать, или государственной регистрации титула, которой вполне может и не требоваться в соответствии с законодательными нормами определенного национального правопорядка.

В советской юридической литературе не может быть отмечено единообразное понимание *numerus clausus*: с одной стороны, выдающиеся цивилисты утверждали, что система абсолютных прав (не только вещных!) ограничена принципом закрытого перечня, который объяснялся запретом субъектам создавать своей волей новые виды субъективных гражданских прав, которые не предусмотрены законодательством³¹⁹; с другой стороны, никак не объяснялось избирательное значение самих абсолютных прав в свете распространения на них принципа *numerus clausus*. М.М. Агарков ушел также от разрешения и постановки как общего вопроса о понятии и значении *numerus clausus* в гражданском праве, так и частных вопросов: является ли принцип *numerus clausus* признаком тех или иных субъективных гражданских прав, в том числе абсолютных и вещных. Ученый ограничился отрицанием: «*Numerus clausus* обязательственных прав не имеет места». Были высказаны и другие мнения. Считалось, что проведение в жизнь принципа *numerus clausus* противоречит принципу социалистической законности³²⁰. Однако развернутых объяснений столь категоричному подходу в свете сопоставления понятий *numerus clausus* и законности также приведено не было. В современной отечественной юридической литературе сходных

³¹⁹ См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1939. С. 59.

³²⁰ См.: Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1961. С. 20.

воззрений придерживается О.Ю. Шиловост, который квалифицирует закрытый перечень вещных прав принципом законности³²¹.

Numerus clausus и абсолютность субъективных прав на доменные имена. По мере роста научно-технического прогресса, компьютерных интернет-технологий перед современным информационным обществом XXI в. возникла проблема правовой идентификации доменных имен, определения сферы их действия, оборотоспособности, юридических средств использования и нормативного закрепления правовых возможностей их правообладателей. Возник вопрос и о допустимости использования в их отношении сложившихся задолго до появления этих объектов в гражданском праве классификаций субъективных прав. Сам вопрос о понятии и структуре субъективного права на доменные имена видится не разработанным современной наукой гражданского права. В связи этим появляются основания для восприятия тезиса о существовании исключительных прав только в границах понятия закрытого перечня в значении следствия проприетарной концепции.

В российском праве ученые говорят о доменных именах как о символическом уникальном зарегистрированном в реестре доменных имен обозначении, позволяющем получить доступ к определенному сайту³²². Констатируется, что попытки введения доменных имен в перечень охраняемых средств индивидуализации в российском праве не увенчались успехом, что совсем не соответствовало нуждам оборота и ясности правового регулирования доменных имен³²³. Отдельно выделяются сущностные черты права администрирования доменного имени, к числу которых относятся: возможность использования доменного имени путем определения иерархической структуры доменного имени, извлечение полезных свойств из факта обладания правом администрирования доменного имени, определение

³²¹ Шиловост О.Ю. Вступительная статья // Актуальные проблемы гражданского права. М., 2005. Вып. 9. С. XIII.

³²² См.: Смирнов Р.С. Доменное имя как объект гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 9.

³²³ См.: Калятин В.О. Доменное имя в системе средств индивидуализации. Комментарий к постановлению Президиума ВАС РФ по делу о доменных именах «lad-m.ru» и «ladm.ru» // Вестник ВАС РФ 2010. № 4. С. 103. Ср.: Вацковский Ю.Ф. Доменные споры защита товарных знаков и фирменных наименований. М., 2009. С. 52.

характера размещенной информации, определение юридической судьбы доменного имени. При этом делается вывод о том, что доменное имя объектом интеллектуальных прав не является³²⁴. Из данных характеристик не вполне понятна гражданско-правовая специфика, содержание и структура права на доменное имя, правовой режим его объекта. Преимущественно внимание исследователей уделяется лишь технически значимым моментам, вытекающим из правового положения владельца доменного имени.

Тем не менее, из приведенных положений может быть понято, что речь идет об особом объекте права и, вероятно, о принципиально иной конструкции самого субъективного права. В научной литературе уже встречаются как попытки рассмотрения доменного имени в качестве коммерческого обозначения, объекта авторского права (например, названия произведения), фирменного наименования, средства индивидуализации, отождествления статуса обладателя права на доменное имя с правовым положением владельца сайта, так и аргументы, подвергающие сомнению эти взгляды.

Представляются интересными вопросы о критериях классификации субъективного права на доменное имя. Обосновано ли говорить об абсолютной или же об относительной природе рассматриваемого права, возможности его модификации волей правообладателя, допустимости применения в его отношении принципа «закрытого перечня»? Многие из поставленных вопросов активно обсуждаются в науке гражданского права государств континентальной Европы, положительный или отрицательный опыт которой подлежит обязательной оценке российскими цивилистами в контексте складывающихся единых тенденций развития романо-германской правовой семьи.

Ряд голландских цивилистов не может согласиться с отнесением прав на доменное имя к числу абсолютных лишь потому, что данное право прямо не названо в *BW*, в то время как, согласно устоявшемуся взгляду, абсолютные права существуют в системе закрытого перечня – *numerus*

³²⁴ Там же. С. 16.

clausus³²⁵. Однако более распространена точка зрения, что *numerus clausus* традиционно считается признаком системы вещных, но не абсолютных прав. Критерием отнесения субъективного права к числу абсолютных должны быть признаны особенности его сущностного содержания, но не наличие или отсутствие индивидуальных признаков вещных прав, которые могут являться следствием совпадения. К тому же в данном контексте рассуждений специального внимания заслуживает вопрос о совпадении, возможном сходстве и различиях признаков субъективного вещного права и субъективного права на доменное имя. Действие *numerus clausus* в отношении абсолютных прав, употребление в отношении абсолютных и вещных прав одних и тех же идентифицирующих признаков требуют специального обоснования с учетом сферы действия конкретного субъективного права.

Возможность отнесения права на доменное имя к числу абсолютных субъективных прав составляет особую проблематику современного голландского гражданского права. Отдельные авторы констатируют, что поскольку право на доменное имя может считаться имущественным вследствие соответствия признакам ст. 3:6 BW, то обосновано и его рассмотрение как абсолютного или относительного права³²⁶. Однако и в этом случае никак не обосновывается универсальность основы классификации имущественных прав на абсолютные и относительные.

Рассмотрим, в чем может усматриваться абсолютность права на доменное имя по голландскому праву. Процедура, используемая BIND (Berkeley Internet Name Domain) для признания доменного имени, основывается на принципе «wie het eerst komt, het eerst maalt» («кто первый пришел, тот первый и обслужен»). За признанием доменного имени следует регистрация в базе данных DNS (Domain Name System). В результате при введении доменного имени всегда производится соединение с данным IP-

³²⁵ См.: *Reeskamp P.L.* De .nl domeinnaam in het .nl vermogensrecht // *Computerrecht*. 2000/6. P. 275–283; *Chavannes R.D.* Stichting Internet Domeinnaamregistratie: verlichte despoot of slordige monopolist? // *Mediaforum*. 2000. Vol. 12. Nr. 10. P. 331–333; ср.: *Pitlo A., Gerver P.H.H.* Het systeem van het Nederlandse privaatrecht. Arnhem, 1995. P. 114.

³²⁶ См.: *Falkena F., Gilhuis K., Wefers Bettinik W.* De domeinnan in het civiele recht // *NJB*. 2001. Jg. 76. Nr. 4. P. 841.

номером и осуществляется прямое соединение с веб-страницей соответствующего владельца доменного имени. Другой интернет-пользователь технически не может использовать такое доменное имя. Только после окончания срока регистрации доменного имени это же имя может быть зарегистрировано другим лицом. Некоторые авторы рассматривают данные особенности как достаточное основание для того, чтобы считать право на доменное имя абсолютным. Полагаем, что такой подход недостаточно обоснован. В первую очередь обращает внимание именно фактическая (техническая) невозможность другого лица использовать то же доменное имя.

В юридической литературе использование определенного доменного имени сравнивается с использованием парковочного места: если парковочное место занято одним автомобилем, то стоянка на нем другого автомобиля невозможна³²⁷. В корректности приведенного сравнения возникают сомнения. Скорее свершившийся факт парковки автомобиля на машиноместе, материальное право на которое не принадлежит автовладельцу, является примером состояния фактического владения, но не субъективного права, имеющего абсолютный характер. Кроме того, нарушение правил парковки невозможно в случаях, если на общедоступной парковке поставлен другой автомобиль; об этом же свидетельствует само название такого парковочного места – «floating space» («переходящее место»). Следовательно, само право на парковку машины на общедоступных парковках не является абсолютным, исключаящим всех третьих лиц. Аналогия в использовании места парковки и доменного имени видится нам неудачной.

Доменное имя является уникальным обозначением определенного IP-номера, в то время как для автомобилиста зачастую не имеет никакого значения, на какое парковочное место у супермаркета или торгового центра он поставит свой автомобиль. Доменное имя тщательно выбирается, как правило, соответствует бренду или названию компании, имеет ключевое

³²⁷ См.: *Reeskamp P.L.* Op. cit. P. 277.

слово, которое легко ассоциируется с определенным товаром: продуктом или услугой. Возможно, предвидя критику, сторонники аналогии подчеркивают особую значимость такого сравнения примером, когда речь идет о том, что право владельца парковочного места зарегистрировано в установленном порядке. Было высказано предположение, что лицо можно считать обладающим правом на доменное имя, поскольку сама база данных DNS, которая ведется BIND, сопоставима с государственными реестрами. Полагаем, что и этого суждения недостаточно для признания права на доменное имя абсолютным. Значение публичности данных реестра прав может считаться весомой гарантией охраны и защиты зарегистрированных доменных имен, но только в том случае, когда открытость и достоверность данных реестра гарантированы государством. В этих целях законодательные основы реестра прав устанавливают единообразные правила ведения реестра, правила регистрации правообладателей, специфику перехода прав, числящихся в соответствующем реестре прав.

Принципиально важно понимать различия между государственными реестрами прав, ведение которых осуществляется уполномоченными органами государственной власти, и базами данных DNS, которые ведутся BIND. Внесение записи в государственный реестр прав, по сути, означает государственное признание (подтверждение) права, в то время как базы данных доменных имен является частным реестром, правила ведения которого и ответственность регистратора до настоящего времени четко не определены законодателем. BIND разрабатывает и утверждает собственные правила ведения реестра, по которым регистрация может быть прекращена во внесудебном порядке и без заявления правообладателя, к примеру, в случае невыполнения обязательств по оплате регистрации. Надо заметить, что аналогичные полномочия отсутствуют у должностных лиц, уполномоченных вести государственные реестры прав. Широкие полномочия BIND по прекращению регистрации доменного имени во внесудебном порядке, рассматриваемая в литературе возможность передачи доменного имени третьим лицам как права требования к BIND посредством классической

цессии³²⁸ обуславливают особый правовой режим доменных имен как объектов гражданского права, специфику учета (регистрации) прав на них.

Анализ индивидуального содержания субъективного права на доменное имя, а не действие в его отношении *numerus clausus* приводит к выводу о невозможности безоговорочного признания права на доменное имя абсолютным.

Numerus clausus и субъективные вещные права. Современная наука гражданского права континентальной Европы традиционно рассматривает вещные права в закрытой системе (перечне) – *numerus clausus*. Общепринятая точка зрения исходит из того, что понимание закрытого перечня как отличительного признака, а иногда и принципа вещного права обязано наследию римского права и пандектного учения в правопорядках романо-германской правовой семьи. Полагаем, что эта точка зрения нуждается в существенном уточнении.

В современных учебниках по римскому праву указывается, что в римском праве существовала замкнутая система вещных прав, в числе элементов которой называются: право собственности (*dominium, proprietas*), сервитуты, эмпфитевзис, суперфиций, залог³²⁹. Авторы цитируемой работы определяют перечень вещных прав, известный римскому частному праву, термином «*Turpenzwang*», который получил разъяснение в юридической литературе в более позднюю эпоху в сравнении с экономическим строем и правовой культурой Древнего Рима. Классическое изложение системы римского гражданского права не выделяет общих идентифицирующих признаков вещных прав, открывая изложение отдельными институтами вещного права³³⁰. Нечасто встречающиеся в науке обобщения относительно признаков и системы вещных прав в римском праве, как правило, ограничиваются указанием на абсолютный характер этих прав и независимость владения от права собственности как характерное свойство

³²⁸ См.: *Jong Th.F.* De structuur van het goederenrecht. Deventer, 2006. P. 135.

³²⁹ См.: *Benke N., Meissel F.S.* Übungsbuch römisches Sachenrecht. Wien, 2008. S. 10.

³³⁰ Ср.: *Барон Ю.* Система римского гражданского права. СПб., 1908. Вып. 2. С. 28.

ограниченных вещных прав³³¹. Из приведенных характеристик не складывается законченное, системное видение вещных прав как особого вида субъективных частных прав в римском гражданском праве.

В специализированных исследованиях встречаются утверждения о том, что Родиной идеи о действии *numerus clausus* в вещном праве является доктрина германского гражданского права XIX в.³³² Суждение о происхождении *numerus clausus* из римского гражданского права уже вызвало у нас некоторые сомнения, поскольку римские юристы были в меньшей степени озадачены детальным разграничением и догматическим изучением вещных и обязательственных прав как базовых антагонистических научных понятий, не говоря уже о том, что общетеоретические вопросы понятия и структуры субъективного права вообще не были развиты римским правом.

В классических курсах Пандект, как мы можем понять, *numerus clausus* в качестве отличительного признака вещного права как таковой не выделялся; перечень вещных прав определяется пандектистами различно. Это обстоятельство следует связать с более общей закономерностью, в частности с тем, что разработка системы принципов и признаков вещного права является продуктом эволюционного развития теории гражданского права, проявлением академических традиций более поздней эпохи, представители которой ставили перед собой осознанную цель обобщения, систематизации, достижения принципиального единства в изложении полученных научных результатов общей научной школы, которая у пандектистов как единое целое в строгом смысле слова отсутствовала.

Задачи консолидации правового материала по единому принципу, выделения общих признаков субъективных прав и их частных видовых признаков не ставились ни римскими юристами, ни глоссаторами, ни комментаторами, ни пандектистами, а потому, вероятно, и не могли быть решены ими.

³³¹ Ср.: Митюков К.А. Курс римского права. Киев, 1912. С. 78–79.

³³² См.: *Struycken T.H.D.* Op. cit. P. 287–288.

С целью иллюстрации и обоснования этих суждений обратимся к следующим примерам.

А.Ф.Ю. Тибо называет четыре подвида ограниченных вещных прав: сервитуты, залог, эфитевзис, суперфиций³³³. Исчерпывающий характер перечня вещных прав скорее только угадывается и предполагается читателем вследствие указания ученым на число существующих ограниченных вещных прав и их наименования. *Numerus clausus* А.Ф.Ю. Тибо не называется в ранге самостоятельного признака вещных прав.

К.Л. Арндс фон Арнесберг называет в первую очередь наиболее всеобъемлющие и близкие праву собственности права на чужие вещи (суперфиций, эфитевзис), а затем необходимые и распространенные на практике (узуфрукт, предиальные сервитуты). Эти две группы прав на чужие вещи обеспечивают правомочному субъекту возможность пользования вещью. В отдельную группу выделяется право залога, которое дает возможность залогодержателю обратиться с иском на вещь, обеспечив удовлетворение своих требований³³⁴. Характеристика и группировка прав на чужие вещи по принципу отдаления от права собственности не сопровождаются выделением общих признаков ограниченных вещных прав, разграничением прав на чужие вещи и ограниченных вещных прав. Исчерпывающий перечень вещных прав не называется К.Л. Арндсом фон Арнесбергом как признак вещных прав.

В пандектах К.Г. Вэхтера не содержится упоминания о *numerus clausus* ни как о признаке вещных прав, ни как о самостоятельном юридическом понятии. Тем не менее виды ограниченных вещных прав ученым поименованы и пронумерованы. К ограниченным вещным правам ученый относит: сервитуты, эфитевзис, суперфиций, ленные права, залог, вещные обременения³³⁵.

В пандектах К.А. Вангерова не удалось обнаружить главу, вобравшую в себя выделенные общие признаки и свойства вещных прав как особого вида

³³³ *Thibaut A.F.J. System des Pandekten-Rechts. Jena, 1818. S. 6.*

³³⁴ *Arndts von Arnesberg K.L. Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. Stuttgart, 1877. S. 190.*

³³⁵ См.: *Wächter K.G. Pandekten. Leipzig, 1880. S. 201–202.*

субъективных гражданских прав, так же как и какого-либо упоминания о закрытом перечне вещных прав³³⁶.

Л. Куленбек указывает, что BGB к вещным правам относит: владение, собственность, группу *iura in re aliena* (наследственные права, сервитуты, преимущественное право покупки, право вещных выдач, ипотека, рента, залог движимых вещей)³³⁷.

Ф.Л. Келлер начинает изложение вещного права со специфики его объекта – вещи, а не с признаков или с общей специфики вещного права. Соответственно, и признаков вещных прав ученым специально не формулируется³³⁸.

Ю.А. Зойферт говорит лишь о подразделении вещного права на право собственности и права на чужие вещи, считая термин «ограниченные вещные права» синонимом термина «права на чужие вещи» («*jura in re aliena*»). В числе прав на чужие вещи ученый называет: сервитут, эмфитевзис, суперфиций, залог. О закрытом перечне вещных прав прямо не говорится³³⁹.

Приведенные примеры свидетельствуют лишь о различных подходах к определению понятия и видов ограниченных вещных прав, об отсутствии в пандектном учении сформулированных признаков вещных прав, развернутого обоснования значимости каждого из них, и в частности *numerus clausus*. В курсах германского гражданского права закрытый перечень не всегда назывался в числе признаков вещных прав: К. Кроме отмечал, что «стороны не имеют права организовывать свои вещные права так, как им заблагорассудится... скорее, количество (перечень – *CC*) вещных прав является конечным.., кроме законно признанных вещных прав не встречается»³⁴⁰.

Упоминания о закрытом перечне вещных прав встречаются в научных трудах более позднего периода развития правовой культуры, современников создания и обсуждения BGB. О. фон Гирке отмечает, что немецкое право

³³⁶ См.: *Vangerow K.A. Lehrbuch der Pandekten. Marburg, 1863. Bd.1. S. 538.*

³³⁷ См.: *Kuhlenbeck L. Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts. Berlin, 1899. Bd. 2. S. 390.*

³³⁸ См.: *Keller F.L. Pandekten. Leipzig, 1867. Bd. 1. S. 101.*

³³⁹ См.: *Seuffert J.A. Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts. Würzburg, 1825. Bd. 1. S. 161.*

³⁴⁰ *Crome C. System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen, 1905. Bd. 3. S. 1, 7.*

исконно руководствовалось принципом свободы образования вещных прав, создав «богатый и незавершенный набор разнообразных ограниченных вещных прав»³⁴¹. BGB, подобно римскому праву, признает только названное в Кодексе число ограниченных вещных прав, существенно дополняя и расширяя правовую регламентацию ограниченных вещных прав в сравнении с римским правом как по видам, так и по содержанию³⁴². Самую идею закрепления закрытого перечня вещных прав в BGB ученый оценивает неоднозначно: «в то время как при обязательственном праве насколько возможно обеспечивается свобода составления договоров, вещное право напротив руководствуется принципом абсолютной нормы, что тянет за собой полную ликвидацию договорной свободы. Подобным образом вещное право настолько изолируется от остальных отраслей, в частности от социального права, что его сущность больше ни в коей мере не зависит ни от общего происхождения с семейным, корпоративным и публичным правом, ни от того, что его реализация затрагивает личные имущественные отношения между людьми. Везде действует неизменно абстрактная, крайне индивидуалистическая система односторонних правомочий. Построение вещного права в качестве самодостаточной изолированной системы является в правовом смысле актом насилия высочайшей меры»³⁴³.

Предпосылки открытого перечня вещных прав в старогерманском праве следует связать с историко-правовыми особенностями развития Германии. Г. Безелер отмечал, что правовое регулирование оборота и принадлежности движимых вещей в германском праве было вторично в сравнении с регламентацией земельной собственности: владение земельным участком уже предполагало владение находящимися на нем движимыми вещами (скот, хозяйственный инвентарь и др.); движимые вещи в большинстве случаев выступали принадлежностью земельного участка; «немецкое вещное право до позднего Средневековья являлось правом земельной собственности и получило в этом отношении свое

³⁴¹ См.: *Gierke O.* Deutsches Privatrecht. Leipzig, 1905. Bd. II: Sachenrecht. S. 599.

³⁴² Ibidem.

³⁴³ *Gierke O.* Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig, 1889, S. 281-282.

последовательное совершенствование». Правовой режим и оборот движимых вещей обрели самостоятельное значение с ростом ремесленничества и торговли в городах, становлением класса буржуазии, но первоначально в сфере не вещного, а обязательственного права³⁴⁴. Феодальный строй экономических отношений, существенные различия в правоспособности свободных и несвободных лиц, широкие правовые возможности сюзерена, из которых возникали «различного рода вещные обременения и сервитуты», «правовой статус крестьянского сословия» издавна породили разнообразные виды землепользования, которые по мере развития экономической модели имущественных отношений становились все более многочисленными и противоречивыми по видам и содержанию³⁴⁵.

С точки зрения О. фон Гирке ограниченные вещные права являются либо самостоятельными вещными правами, либо вещно-правовыми следствиями лично-правовых отношений. В вещном праве следует отображать только самостоятельные вещные права, что и регламентирует BGB в третьей книге, но перечень приведенных законом ограниченных вещных прав не является исчерпывающим³⁴⁶. Ученый выступает за признание самостоятельного вещного значения прав родителей в отношении имущества детей; прав опекуна на имущество лица, состоящего под опекой; преимущественного права сонаследников на приобретение доли (части) в наследстве; права исполнителя завещания на ограниченное пользование и распоряжение наследством³⁴⁷.

Сказанное никак не означает того, что пандектное право принципиально не разделяло вещные и обязательственные права. Пандектное право предполагало существенные различия между вещным и обязательственным правом, их самостоятельное значение и различные функции в гражданском обороте. Это явилось существенным новшеством в сравнении с кодификациями, основанными на традициях естественного права, прусским правом.

³⁴⁴ См.: *Beseler G.* System des gemeinen deutschen Privatrechts. Leipzig, 1853. Bd. II. S. 2–3.

³⁴⁵ Ibid. S. 4.

³⁴⁶ См.: *Gierke O.* Deutsches Privatrecht. Leipzig, 1905. Bd. II. Sachenrecht. S. 600.

³⁴⁷ Ibidem.

По-прежнему в цивилистике остается непоставленным и неразрешенным вопрос не только о генезисе и эволюции, но и о значении *numerus clausus* в вещном праве. Исторический обзор законодательства о вещных правах в Европе показывает последовательное закрепление в законе видов ограниченных вещных прав, расширение их перечня в сравнении с памятниками права. В данной связи позволительно спросить: каким образом это стало возможно, если доктрина (ее господствующее направление) и законодательство в унисон вторят об императивном запрете на создание ограниченных вещных прав? Изначально именно договор являлся апробацией целесообразности, эффективности и востребованности последующего закрепления в законе ныне широко известных видов ограниченных вещных прав.

Нет единства и в основополагающем понимании сути закрытого перечня вещных прав. Одни исследователи считают, что *numerus clausus* является признаком, другие – принципом вещного права³⁴⁸. Разница этих характеристик очевидна, поскольку понимание *numerus clausus* в качестве признака вещного права предполагает его идентифицирующее значение как устойчивой характеристики особого вида субъективных гражданских прав. Характеристика закрытого перечня как принципа вещных прав ориентирует на понимание изолированной системы вещных прав, состоящей из отдельных элементов, где каждый элемент, отвечая общим признакам, представляет собой особенный объект правового регулирования, обладая собственными специфическими признаками единичного и особенного элемента системы.

Полагаем, что принципы и признаки вида субъективных прав являются разнопорядковыми характеристиками, поскольку принципы, присущие группе (виду) субъективных прав, аккумулируют и выражают в тезисе общие внутренние свойства, закономерности развития, строения и соотношения элементов системы вида субъективных прав, проявление общих свойств вида в отдельном элементе, входящим в его систему. Видовые признаки субъективного права являются эссенцией специфических свойств единого

³⁴⁸ См.: *Bydlinski P. Grundzüge des Privatrechts. Wien, 2007. S. 93.*

вида субъективного права, который противопоставляется другому виду. Иными словами принципы вида субъективного права (вещного, обязательственного) являются его стержнем, структурной характеристикой в соотношении его элементов³⁴⁹, обеспечивающей их внутреннее смысловое и нормативное единство, в то время как общие признаки вида субъективных прав ориентированы на отражение внешних суммарных отличительных черт группы субъективных прав, складывающейся в вид, являясь демонстрацией самостоятельности вида субъективных прав, образуя системную, а не структурную характеристику.

Эта специфика учитывается и разделяется далеко не всеми учеными. Так, П. Быдлински приводит *Numerus clausus* (*Typenzwang*) в числе принципов вещного права, в том числе - публичности, специализации, не забывая при этом указать на открытый перечень обязательственных прав. Данная П. Быдлински характеристика более соответствует отличительному свойству, взятому в условиях сравнения с парной, противоположной по смыслу категорией (обязательственными правами), но не принципу вещного права. И то, думается, что критерий закрытости перечня субъективных прав едва ли может считаться достаточным для анализа специфики вещных и обязательственных прав, взятых в условиях их противопоставления. Зарубежными цивилистами делаются оговорки о возможных и значительных исключениях из сферы действия принципа закрытого перечня вещных прав, что, на наш взгляд, априори не может являться свидетельством индивидуальной специфики, устойчивости, универсальности действия *Numerus clausus* в вещных правоотношениях как логически доказанного и достоверного научного вывода. Полагаем, что в данном случае не будет выглядеть уместно возможный контраргумент к известному тезису о том, что «исключение лишь подтверждает правило», поскольку в своем логическом содержании в нем заранее содержится *contradictio in adjecto* и по большей части к его помощи приходят тогда, когда более весомые аргументы в споре

³⁴⁹ Сюда могут быть включены общие правила возникновения, прекращения и защиты субъективных прав, которые характерны в целом для вида субъективных прав и изъятия из этих правил, характерные для отдельных элементов – видов субъективных прав.

отсутствуют или уже исчерпаны. Обращает на себя внимание и отсутствие в современных курсах германского гражданского права и развернутых объяснений общего понятия, значения и иерархии принципов вещного права, соотношения признаков и принципов вида субъективных вещных прав.

В действующих законодательствах государств, образующих германскую ветвь континентального гражданского права Европы, принцип *numerus clausus* в вещном праве не всегда находит прямую опору на формулировки, данные в источниках гражданского законодательства.

Параграф 308 Всеобщего гражданского уложения (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (далее – *ABGB*)) причисляет к вещным правам, объектом которых является вещь, право владения, право собственности, право залога, сервитуты, наследственное право. Само по себе перечисление видов вещных прав еще не означает законодательного закрепления закрытого перечня вещных прав, а только нормативную основу системы вещных прав. Й.М. Винивартер говорит о том, что виды и диапазон вещных прав определяются законодателем, но из этого ученый не выводит ни общего, ни частного признака вещных прав (для идентификации отдельных видов ограниченных вещных прав), ни иных следствий³⁵⁰.

В *BGB* отсутствует норма права, которая называет исчерпывающий перечень вещных прав, как и гражданско-правовые последствия создания новых видов вещных прав соглашением сторон в договоре или судебной практикой. В юридической литературе констатируется, что принцип закрытого перечня наиболее удачно сформулирован правоприменительной практикой, в решении Баварского верховного суда 1967 г.: «В *BGB* в области вещного права действует принцип автономности вещных прав. Это означает, что их количество и вид в законе определены исчерпывающе, их содержание неопровержимо предписано и каждое вещное право от любого другого вещного права строго отграничено по его характерным признакам... в противном случае поземельная книга не может исполнять свою задачу,

³⁵⁰ См.: *Winiwarter J.M. von. Das dingliche Sachenrecht. Wien, 1839. Bd. 1. S. 30.*

закрывающуюся в предоставлении точных, надежных и исчерпывающих сведений о правовых отношениях на земельном участке»³⁵¹.

В гражданском праве Швейцарии расшифровка принципа закрытого перечня вещных прав обнаруживается не в тексте Швейцарского гражданского уложения (Schweizerisches Zivilgesetzbuch (далее – SZGB)), а в материалах судебной практики. Так, Федеральный суд Швейцарии определил: «En vertu du principe du numerus clausus qui domine la partie civil consacrée aux droits réels, la loi, lorsqu'elle définit le contenu les différents droits réels, a un caractère impératif»³⁵².

В эстонском гражданском законодательстве принцип закрытого перечня находит четкую опору на законодательстве. Статья 1 Закона о вещном праве Эстонии (Asjaõigusseadus) устанавливает правило о том, что виды вещных прав, их содержание, основания возникновения и прекращения регулируются непосредственно законом о вещном праве³⁵³. Данная норма по содержанию не устанавливает системы вещных прав, складывающейся из их отдельных видов, но устанавливает законодательную основу закрытого перечня вещных прав в законодательстве Эстонской Республики.

В российском гражданском праве закрытый перечень вещных прав нормативно закреплялся далеко не всегда с должной очевидностью и последовательностью, о которой принято говорить в теории цивилистики. Скорее, это более желаемо, чем действительно. Так, в проекте гражданского уложения Российской Империи разработчики исходили из идеи закрытого перечня вотчинных (не вещных!) прав. Примечательна в данной связи и неопределенность законодательной формулировки ст. 740 Проекта: «Вотчинные права суть: 1) право собственности; 2) права в чужом

³⁵¹ Wilhelm J. Sachenrecht. Passau, 2010. S. 8.

³⁵² «В силу принципа *numerus clausus*, доминирующего в части Гражданского кодекса, посвященной вещным правам, закон определяет содержание различных вещных прав и в этом носит безусловный характер» (перевод мой. – С.С.) (Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch / H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser (Hgs.). Basel; Zürich; Bern, 2011. S. 807).

³⁵³ § 1. Seaduse ülesanne. Asjaõigusseadus sätestab asjaõigused, nende sisu, tekkimise ja lõppemise ning on aluseks teistele asjaõigust reguleerivatele seadustele. (источник законодательства Эстонской Республики цит. по: <https://www.riigiteataja.ee/akt/992494?leiaKehtiv> (дата обращения 23 декабря 2014 г.) Статья 1. Задачи закона. Закон о вещном праве устанавливает вещные права, их содержание, возникновение и прекращение, а также является основанием для других законов, регулирующих вещное право.

имуществе; 3) залог и заклад. К вотчинным правам относятся также авторское право и привилегии на изобретения, а равно права на фирму и на товарные знаки». Очевидна, на наш взгляд, неопределенность приведенной формулировки как с точки зрения попытки подчинения различных по природе субъективных прав единому общему для них понятию – вотчинному праву, так и с точки зрения уклонения от конкретизации наименования и видов «привилегий на изобретение, прав на фирму и товарные знаки». Совершенно неясна и логика подчинения права собственности, права в чужом имуществе, залога и залога и авторского права, привилегий на изобретения, права на фирму, права на товарные знаки единому правовому режиму, который бы соответствовал общему понятию вотчинного права. В ст. 223 законопроекта № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – законопроект) определены виды вещных прав, а в ч. 1. 221 законопроекта установлено, что «вещными являются права, признанные таковыми настоящим Кодексом». Буквальное толкование приведенных норм позволяет утверждать, что необходимым условием существования вещного права является его квалификация в этом значении непосредственно ГК РФ. Однако проектируемые изменения и дополнения в ГК РФ специально не устанавливают определенных *ex lege* правовых последствий на случай создания договором непредусмотренного законом типа вещного права.

Значение принципа «закрытого перечня» содержит в себе одно из главных начал вещного права, согласно которому перечень вещных прав установлен непосредственно законом и не может дополняться и видоизменяться под влиянием желания и договоренностей сторон, что представляет собой существенное исключение из общего принципа диспозитивности и автономии воли в сфере гражданско-правового регулирования.

Закрепление принципа закрытого перечня в вещном праве может быть понято как императивное установление законодателем вещных прав по

содержанию и видам. Нельзя согласиться с выводами о том, что только экономический анализ права помогает лучше понять сервитут или «вещный эффект аренды», в то время как значимым для современного права является вопрос «о сохранении доктрины *numerus clausus* применительно к тем объектам, которые регистрируются в государственных реестрах»³⁵⁴. Такое понимание ведет к путанице, ведь смысл *numerus clausus* в вещном праве состоит в установлении непосредственно законом правового режима признанных правопорядком видов вещных прав, в то время как в публичных реестрах прав содержатся только сведения о конкретных объектах и их правообладателях. Напротив, изложенная позиция предполагает возможность установления непосредственно в реестре правового режима отдельного объекта, что полностью нивелирует значение права как регулятора общественных отношений.

Как подчеркивается в доктрине, *numerus clausus* осуществляет независимую от воли участников гражданского оборота типизацию видов правоотношений непосредственно законом. В результате в силу определенных юридических фактов можно приобрести лишь те вещно-правовые титулы, какие установлены законом непосредственно. Утверждается, что принцип *numerus clausus* выполняет две различные функции в регулировании вещных прав (*Typenzwang*, *Typenfixierung*; в австрийском праве – *Grundsatz der Typengebundenheit*)³⁵⁵. В буквальном смысле *Typenzwang* обеспечивает фиксацию вида вещных прав. В условиях действия данной функции стороны вправе предусмотреть в договоре лишь то вещное право, вид которого известен действующему закону. *Typenfixierung* предписывает участникам гражданских правоотношений запрет модификации существующих видов вещных прав и их передачу третьим лицам.

Фиксация вещных прав является императивным предписанием законодателя и осуществляется как с формальных позиций видов

³⁵⁴ Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М., 2016. С. 216.

³⁵⁵ См.: Heck P. Grundriss des Sachenrechts. Tübingen, 1930. S. 120; Capelle K.H. Bürgerliches Recht: Sachenrecht. Berlin, 1963. S. 13.

субъективных прав, которые поименно указаны законодателем и не допускают свободы волеизъявления участников гражданских правоотношений, так и с точки зрения содержания субъективных прав – действия определенного правового режима для конкретного вида вещных прав. В этом смысле вещные права напоминают *ius cogens*.

Впрочем, законодательные ограничения по содержанию и видам субъективных прав не являются индивидуальной чертой, характерной лишь для вещных прав. В обязательственном праве автономии воли контрагентов существенные ограничения в части определения содержания обязательства предпосланы самим законодателем в той части, что участники договора не правомочны своим соглашением создать обязанности для лиц, в нем поименованных, но не участвующих. Отсутствие юридической силы такого соглашения означает и принудительную содержательную типизацию обязательственных прав по субъектному составу участников обязательства.

В современном теории германского и швейцарского права и правоприменительной практике отмечается послабление строгости правила о закрытом перечне вещных прав.

Г. Вестерман считает, что сфера действия принципа *numerus clausus* в вещном праве не свободна от ряда отклонений, а правоприменительной практике «не остается ничего иного, чем от случая к случаю проверять, касается ли соглашение между договаривающимися сторонами, которое отклоняется от типовой обусловленности, сущностного содержания законодательного предоставления права». Общая закономерность отклонения от императивного действия *numerus clausus* в германском праве обусловлена, по мнению ученого, тем, что данный регулирующий принцип не может в каждом случае обосновывать потребности экономической жизни. В качестве конкретных примеров Г. Вестерман приводит: ожидаемое право; обеспечительное обременение земельного участка, которое не обладает акцессорным характером³⁵⁶.

³⁵⁶ См.: *Westermann H., Westermann H.P., Gursky K.H., Eickmann D. Sachenrecht. Heidelberg, 2011. S. 29–30.*

Д.Т. Фюллер при отрицании определяющего значения закрытого перечня вещных прав отталкивается от мнимости дуализма вещного и обязательственного права, говорит, что само понятие вещного права является «беспредметным и искусственным термином», а специфика отдельных вещных прав создает логическую невозможность их точного подведения под общее понятие; о невозможности существования вещных прав в отсутствие обязательственных отношений между управомоченными и обязанными лицами³⁵⁷. Отсюда выводятся более частные суждения о деструктивном значении принципа закрытого перечня в вещном праве.

В швейцарском праве наблюдаются попытки трактовать перечень сервитутов в качестве «неограниченного количества подформ», «бесчисленного множества видов сервитутов», поскольку предметом сервитута может явиться любое пользование «служащим» земельным участком³⁵⁸. Единственной целью существования принципа закрытого перечня в вещном праве комментаторы считают высокую обращаемость вещей в обороте, которая может быть обеспечена в данном случае объективным знанием любого участника оборота о видах права, правовом режиме его объекта. Применительно к возможности создания не поименованных прямо в законе видов сервитутов это обеспечивается требованием о том, что предусматриваемый соглашением сторон сервитут должен соответствовать общему понятию о сервитуте, которое дано в SZGB. Те же суждения применимы в отношении интерпретаций данных в законе ипотечных прав³⁵⁹.

Осмысление приведенной выше специфики регулирования и толкования содержания вещных прав свидетельствует о складывающейся тенденции постепенного ослабления значения принципа закрытого перечня вещных прав в правопорядках германского типа.

Полагаем, что с теоретической точки зрения интерпретацию *numerus clausus* как характерной черты вещных прав следует связать с двумя

³⁵⁷ *Füller J.T.* Op. cit. S. 526–529.

³⁵⁸ См.: *Portmann W.* Op. cit. S. 142.

³⁵⁹ *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch / H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser (Hgs.).* S. 807.

обстоятельствами, каждое из которых в действительности является содержательным, но одновременно не характеризует индивидуальные особенности вещных прав как особого вида субъективных гражданских прав в сравнении, к примеру, с правами обязательственными.

Во-первых, существование закрытого перечня вещных прав может объясняться экономико-правовой необходимостью объективного знания всеми участниками гражданских правоотношений о потенциальном существовании установленных и регламентированных законодателем видов ограниченных вещных прав. С этим связано и то обстоятельство, что принцип закрытого перечня *per excellence* характеризует систему ограниченных вещных прав. Уже только поэтому *numerus clausus* не является имманентной чертой всех существующих вещных прав (к примеру, этой характеристикой не учитывается специфика права собственности).

Во-вторых, закрытый перечень вещных прав обеспечивает реализацию принципа публичности в части однообразного и общедоступного понимания оснований возникновения, прекращения и защиты существующих и признанных правопорядком ограниченных вещных прав.

Эти два обстоятельства объясняют причины появления и действия принципа закрытого перечня в вещном праве, не являясь его идентифицирующим признаком в догматике гражданского права.

Законодательные предписания о действии принципа закрытого перечня в вещном праве означают лишь ограниченность создания не предусмотренных законом видов вещных прав для субъектов гражданского права, что с точки зрения формальной логики никак не свидетельствует о принципиальной невозможности создания новых видов вещных прав законодателем или судебной практикой.

Нетрудно заметить формальное противостояние принципов свободы договора и закрытого перечня вещных прав, императивного и диспозитивного регулирования в гражданском праве. Это объясняется прежде всего разностью методов регулирования вещных и обязательственных правоотношений. Преимущественно диспозитивный

метод регулирования обязательственных прав и императивный метод регулирования вещных прав обуславливают различие в основаниях возникновения вещных и обязательственных прав, которое может считаться методологически значимым различием прав вещных и обязательственных. Речь идет о стадиях реализации (осуществления) и возникновения соответствующих прав. Представляется, что для возникновения вещного права воля обязанного лица – всех третьих лиц, на которых возложена соответствующая пассивная обязанность, не нужна, в то время как в сфере обязательственного права трудно себе представить правоотношение, которое возникло без влияния воли и действий обязанного лица (за исключением, конечно, деликта). Получается, что в вещном праве воля обязанного лица незначима вплоть до нарушения им соответствующего запрета *ex lege*, когда такое лицо произвольно вмешалось в процесс осуществления права, в результате чего субъектный состав вещного правоотношения предельно конкретизировался.

Целесообразность и необходимость закрепления *numerus clausus* в вещном праве может полагаться как на общее, например, вышеизложенное нами объяснение, так и на частную аргументацию, которая может различаться в зависимости от специфики конкретного ограниченного вещного права.

Законодательное закрепление правила о том, что стороны неправомочны создать своим соглашением не поименованный в законе вид ограниченных вещных прав, проявляется в том, что договор в части волеизъявления сторон, направленного на создание не предусмотренного законом вида ограниченного вещного права, не порождает ожидаемых правовых последствий как по установленному контрагентами правовому режиму вещи, так и по защите их прав. Однако такие последствия должны быть четко установлены действующим национальным законодательством.

Вернемся к мотивации закрепления за принципом *numerus clausus* столь значимых последствий для системы вещных прав и ее содержанию. Можно предположить, что действие принципа закрытого перечня в вещном

праве ориентировано на недопустимость создания не поименованных законом видов ограниченных вещных прав, появление и существование которых способно причинить существенные неудобства не только самому собственнику вещи, но и третьим лицам, дезорганизовав гражданский оборот и связи его участников.

В обосновании *numerus clausus* в вещном праве прослеживаются глобальные интересы стабильности и функциональности непосредственно гражданского оборота, его экономической основы, но не произвольно-волевое усмотрение законодателя или правообладателя. Предпринятая нами «апелляция» к экономической основе гражданского оборота ни в коей мере не стремится подменить методы исследования в экономических и юридических науках или осуществить попытку экономического анализа права, но продиктована неразрывной взаимосвязью экономических отношений и форм их юридического опосредования.

Необходимость и причина существования столь значительного ограничения автономии воли субъекта частного права могут найти весьма весомые основания. К примеру, в условиях создания нового типа вещных прав соглашением сторон третьего лица, включая потенциальных приобретателей имущества, окажутся в уязвимом, ущербном положении. Им придется соизмерять свои действия с возникшими изменениями, а главное – самостоятельно квалифицировать соответствующее имущественное правоотношение, заведомо осуществляя интуитивный поиск способа легитимного приобретения соответствующего титула в будущем. Необходимость правовой оценки и квалификации вновь возникшего, ранее неизвестного титула в вещном праве может повлечь дополнительные расходы (аналитика, прогнозы, мнения специалистов и др.), которые могут оказаться весьма существенными в размере, не гарантируя стопроцентной точности. Такая ситуация сама по себе создает существенный риск, который невозможно исключить полностью.

Признание перечня вещных прав открытым усложняет имущественный оборот, а главное – может повлечь за собой ненужные расходы, связанные с

анализом соответствующей информации и определением основания обладания. В силу общепринятого значения абсолютного принципа действия вещного права было бы справедливо, чтобы пассивно обязанные третьи лица как минимум были потенциально осведомлены о содержании и пределах осуществления каждого вида вещного права. Таким образом, неудобства существования открытого перечня вещных прав сводятся к появлению дополнительных расходов на оценку возможных рисков и получение информации о вновь возникающем вещном праве в каждом конкретном случае. И то и другое способно повлечь дополнительные существенные имущественные затраты, продиктованные возникшей необходимостью получения информации и управления риском. Это обоснование полагается на экономическую основу существования вещных прав как на состояние присвоенности материальных благ конкретному лицу.

Гипотетическая возможность обременения вещи неограниченным числом ограниченных вещных прав, которые вдобавок ко всему могут иметь произвольное содержание, создает риск замедления темпов экономического развития общества и товарно-денежных отношений, поскольку в таких условиях приобретение едва ли не любой вещи может означать покупку «кота в мешке».

Закрытый перечень вещных прав осуществляет функции своеобразной дефрагментационной модели регулирования вещных правоотношений. Суть последней состоит в законодательном барьере в установлении не поименованных законом вещных прав. Законодательно не ограниченный перечень вещных прав создает пирамиду управомоченных лиц, которые, помимо правомочий пользования и (или) владения вещью, способны исключить возможность ее продажи.

Понимание экономической основы вещных правоотношений в гражданском праве не является беспредельным. В частности, вызывают сомнения попытки толкования *numerus clausus* как свободы усмотрения участников рынка выбирать желаемый тип поведения (Рюдден, Мерилл,

Смит)³⁶⁰. Выбор оптимального решения не может быть обусловлен только экономическими потребностями и желанием получить максимальную выгоду, а должен полагаться на установленные нормами объективного права ограничения и запреты.

Оценка высказанных юридических и экономических аргументов позволяет автору считать, что установление закрытого перечня вещных прав является исключительной прерогативой законодателя, а не контрагентов или судебной власти.

Numerus clausus является законодательным обеспечением и правовым средством предотвращения расщепления имущественных прав в континентальном праве.

Было бы неверно утверждать, что гражданское право Германии, разработав теоретические основы концепции закрытого перечня прав, на практике неуклонно придерживается ее строгого действия даже в отношении вещных прав. В частности, в новейшей литературе В. Люке заключает, что автономия воли не отрицается в вещном праве, а лишь претерпевает некоторые ограничения. В частности, речь идет лишь об ограничении волеизъявления субъектов по созданию новых видов вещных прав, но не об их модернизации. Однако здесь же указывается, что правоприменительная практика пошла по пути признания силы соглашений сторон о создании новых видов вещных прав, не предусмотренных в законе. В частности, говорится об *Anwartschaftsrecht* и об *Gewohnheitsrecht*³⁶¹.

Такое понимание, как видится, является результатом не революционных научных открытий XXI в., а лишь сложившихся правовых традиций. Еще Ю. Офнер признавал *Anwartschaftsrecht* особым ограниченным вещным правом, которое обеспечивает будущее, но уже гарантированные нормами вещного права правомочия и интересы приобретателя относительно вещи³⁶².

³⁶⁰ Об этом более подробно см.: *Struycken T.H.D.* Op. cit. P. 311–314.

³⁶¹ См.: *Lüke W.* Sachenrecht. München, 2010. S. 10–11.

³⁶² См.: *Ofner J.* Das Sachenrecht. Berlin, 1893. S. 116.

Нельзя сказать, что сегодня эта позиция пользуется всеобщим признанием. Иногда особо подчеркивается, что управомоченное лицо в *Anwartschaftsrecht* защищается не как субъект вещного права, а как субъект обязательственного права – приобретатель, управомоченный к владению вещью по договору³⁶³, в то время как отношения контрагентов – отчуждателя и приобретателя – регулируются институтом двойного владения³⁶⁴. При этом любопытно отметить, что при поступлении, к примеру, договора купли-продажи на регистрацию предварительной записью в поземельной книге фиксируется, по сути, не вещное право покупателя, а волевой акт распоряжения объектом недвижимости собственником – продавцом как юридически значимое действие, направленное непосредственно на изменение ранее существовавшего правоотношения³⁶⁵, данные о котором внесены в поземельную книгу, чем одновременно обеспечиваются интересы будущего собственника от последующих недобросовестных продаж этого же имущества его контрагентом³⁶⁶. *Anwartschaftsrecht* не предусмотрено действующей редакцией *BGB* и является, по сути, первой ступенью к приобретению права собственности. С формальной точки зрения *Anwartschaftsrecht* лишь наделяет субъекта правовой позицией, внешне напоминающей вещный титул. Приведенные доводы о сущности *Anwartschaftsrecht* не исключают возможности квалификации ожидаемого права как института обязательственного, а не сугубо вещного права. Т. Фюллер характеризует *Anwartschaftsrecht* как притязание на получение права в будущем, подчеркивает неоднозначность квалификации данного института как вещного или обязательственного права в юридической литературе и судебной практике³⁶⁷. В любом случае отнесение *Anwartschaftsrecht* к числу вещных прав должно трактоваться не иначе как индивидуальная

³⁶³ См.: *Serick R.* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung. Heidelberg, 1993. Bd. I. S. 275.

³⁶⁴ См.: *Schreiber K.* Sachenrecht. Stuttgart; München; Hannover; Berlin; Weimar; Dresden, 2007. S. 27.

³⁶⁵ См.: *Haedicke M.* Der bürgerlich-rechtliche Verfügungsbegriff // *JuS.* 2001. S. 966; *Heck P.* Op. cit. S. 203.

³⁶⁶ См.: *Stadler A.* Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraction. Tübingen, 1996. S. 497; *Haegele K., Schöner H., Stöber K.* Grundbuchrecht. 11 Aufl. München, 1997. S. 525.

³⁶⁷ См.: *Füller J.T.* Op. cit. S. 92.

особенность немецкой системы права³⁶⁸, в том числе и как прямое практическое следствие принятой германским правопорядком теории вещного договора.

Интересна позиция российской правоприменительной практики, в частности по вопросу о правовой природе и юридических последствиях защищаемого законом владения. Судебно-арбитражная практика столкнулась с вопросом о правомерности и обоснованности предъявления вещных исков покупателем недвижимого имущества после исполнения договора, но до момента государственной регистрации перехода права. В п. 60 постановления Пленума ВС РФ № 10 и Пленума ВАС РФ № 22 от 29 апреля 2010 г. «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»³⁶⁹ (далее – Постановление № 10/22) сказано, что после передачи владения недвижимым имуществом покупателю, но до государственной регистрации права собственности покупатель является законным владельцем этого имущества и имеет право на защиту своего владения на основании ст. 305 ГК РФ. Покупатель не вправе распоряжаться данным имуществом, поскольку право собственности на него сохраняется за продавцом до момента государственной регистрации. Таким образом, исходя из смысла ст. 305 ГК РФ, приобретатель, принявший исполнение обязательства продавца по передаче ему недвижимого имущества, правомочен использовать специальные средства вещно-правовой защиты, установленные в ст. 301, 304 ГК РФ. В силу разъяснений ВАС РФ владеющий покупатель недвижимого имущества становится истцом по виндикационному или негаторному иску, которые законодателем структурно расположены в нормах о защите права собственности и иных вещных прав.

Отсутствие в российском законодательстве норм о петиторной защите владения несобственника способами защиты, отличными от виндикационного и негаторного иска, в сочетании с устоявшейся точкой

³⁶⁸ Любопытно отметить, что в теории иногда делаются предположения о необходимости отнесения *Anwartschaftsrecht* к числу вещных прав вследствие опасности крушения принципа автономии вещного и обязательного права с учетом положений § 137 *BGB* (подробнее см.: *Wiegand W. Op. cit. S. 128*).

³⁶⁹ Вестник ВАС РФ. 2010. № 6.

зрения о вещно-правовой защите как о признаке вещного права актуализирует решение вопроса о материально-правовом статусе покупателя, вступившего во владение приобретенной вещью, но до момента государственной регистрации перешедшего к нему права. В силу ч. 2 ст. 8 ГК РФ и ч. 1 ст. 4 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» вещное право возникает с момента государственной регистрации права, что формально препятствует квалификации прав приобретателя недвижимости как субъекта особого ограниченного вещного права до момента государственной регистрации.

В другом случае ВАС РФ указал³⁷⁰, что собственники помещений в многоквартирном доме вправе владеть и пользоваться земельным участком под многоквартирным домом, находящимся в собственности соответствующего публично-правового образования, в той мере, в какой это необходимо для эксплуатации ими многоквартирного дома, а также объектов, входящих в состав общего имущества в таком доме, пусть даже этот земельный участок не сформирован и в отношении него не проведен государственный кадастровый учет.

По логике ВАС РФ, собственники помещений в многоквартирном доме как законные владельцы земельного участка, на котором расположен данный дом и который необходим для эксплуатации последнего, в силу ст. 305 ГК РФ имеют право требовать устранения всяких нарушений их прав, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения, а также право на защиту своего владения, в том числе против собственника земельного участка. В цитируемом пункте Постановления № 10/22 ничего не говорится ни о пределах доказывания по такого рода спорам, ни о квалификации предоставленного сособственникам права пользования земельным участком. Вопрос доказывания в свете традиций практики ВАС РФ тесно связан с характером права пользования. Обязан ли истец в данном случае доказывать фактическое владение земельным участком, как это требуется судами при разрешении иных споров о защите титульного

³⁷⁰ См. п. 67 Постановления № 10/22.

владения? Положительный ответ на этот вопрос порождает дополнительные сложности, поскольку неясно, чем же фактически владеют собственники помещений в многоквартирном доме, не является ли владение земельным участком под многоквартирным домом только правовой презумпцией? Как следует доказывать собственникам помещений в многоквартирном доме фактическое владение земельным участком в случае предъявления иска, основанного на ст. 305 ГК РФ? Приведение доказательств, подтверждающих право собственности на жилое помещение в многоквартирном доме, проживание в нем, оплату эксплуатационных платежей, парковку автотранспорта жильцов на придомой территории, напрямую не доказывает физическое (в натуре) и титульное владение земельным участком. С формальной точки зрения обнаружить прямые доказательства фактического владения земельным участком в данном случае не представляется возможным. К тому же действующее законодательство РФ прямо не устанавливает презумпции фактического владения при пользовании вещью.

В Германии для появления не поименованных BGB видов вещных прав существует законодательная основа. Закон о жилищной собственности и долгосрочном жилищном праве (*Gesetz über das Wohnungseigentum und Dauerwohnrecht (WEG)*), по сути, легализует новый тип жилищной собственности, который может быть ограничен по своему содержанию договором, соглашением группы собственников, с отходом от положений общей нормы § 137 BGB. Признанием особой категории «жилищная собственность» германская цивилистика отошла от основополагающего принципа вещного права, согласно которому принадлежность следует судьбе основной вещи. Квартира в многоквартирном доме является самостоятельным объектом права собственности. Сам же земельный участок; нежилое здание, в котором в числе других расположена отдельная квартира; территории общего пользования (лестницы, коридоры, лифты, подвалы, чердаки), в отсутствие которых квартира существовать и использоваться по назначению физически не может - являются общей собственностью жильцов – собственников квартир. В современной юридической литературе говорится

о самостоятельном значении жилищной собственности в вещном праве Германии. Ф. Баур использует для этого особую терминологию, считая жилищную собственность особой формой права собственности. Жилищная форма собственности (*Wohnungseigentum, Rechtsformen, soziales Wohnrecht*) понимается им как следствие политико-социальных условий, сложившихся в Европе после Второй мировой войны, приспособление правопорядка к тому, что не каждый гражданин имеет возможность приобрести земельный участок и построить на нем свой собственный жилой дом. Создавшаяся острая социально-политическая ситуация, сопровождаемая обнищанием имущих классов, спровоцировала жилищный кризис, формой правового преодоления которого явилось законодательное решение о возможности приобретения и последующей передачи права собственности на отдельную квартиру, приобретение которой требовало наименьших вложений в сравнении с приобретением права собственности на отдельно стоящее здание, пригодное для проживания. Отмечается, что такое положение дел не может считаться удовлетворительным, нарушает общий порядок, установленный общей нормой § 94 BGB (*superficies solo cedit*). Ф. Баур признает, что категория жилищной собственности рассеивает германское понятие вещного права, права собственности (*Eigentumsstreuung*), возвращая правовое сообщество к культуре поэтажной собственности³⁷¹, которая уже в XIX в. иронически характеризовалась цивилистами как «дома ссоры».

Германскому праву знакома конструкция доверительной собственности (*fiduziarisches Eigentum*), которая рассматривается как полноценное право собственности. Однако это никак не препятствует выводу о том, что перед нами особый вид (тип) собственности, возникновение которого связывается с управлением имуществом или обеспечением надлежащего исполнения обязательств. Как правило, речь идет о срочном правовом отношении, что нетипично для правоотношения собственности. Обращает внимание и особое правовое положение, и статус субъектов этого правового отношения. Приобретатель имущества считается юридическим, а отчуждатель –

³⁷¹ *Baur F., Baur F.J., Stürner R. Sachenrecht. München, 2009. S. 377.*

экономическим собственником вещи. Налицо модернизация отношений собственности, необходимость разграничения полномочий экономического и юридического собственника одной и той же вещи. Такая ситуация в германском гражданском праве возникла достаточно давно. Неслучайно П. Эртманн отмечал, что к фидуциару право переходит лишь во внешних, но не во внутренних отношениях, в которых единственным собственником остается фидуциант³⁷². Не до конца ясным остается вопрос о том, чьи кредиторы (фидуцианта или фидуциара) могут полагаться на вхождение этого имущества в конкурсную массу, обеспечивающую их собственный интерес.

Велика роль и судебной практики, которая ограничила права собственника в ситуации фидуциарной собственности *Treuhand* (доверительное управление). Основной пример такого ограничения был разработан в случае передачи вещного права в целях обеспечения, что создает *Sicherungseigentum*.

В случае обеспечительной передачи права собственности, создающей *Treuhand*, право собственности ограничено договором, а возникающее в результате право трудно характеризовать как право собственности в соответствии с § 903 BGB. Кроме того, развитие *Treuhand* в судебной практике следует также усматривать в признании вещных отношений, отличных от права собственности. *Treuhand* в отношении требований и денег, особенно в случае *Treuhandkonto* (фидуциарный счет), также создает защищенную позицию для *Treugeber* (учредителя доверительного управления), которая выглядит сходной с вещным правом. Возможно также указать на владение движимым имуществом по договору, которое влечет за собой возникновение владения, относимого значительным числом ученых к особому виду ограниченных вещных прав.

Одно из первых косвенных упоминаний о необходимости действия закрытого перечня вещных прав в доктрине обнаруживается в трудах Ф.К. фон Савиньи, который считал, что свободная природа может быть покорена

³⁷² См.: *Oertmann P.* Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit // *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.* 1916. Bd. 30. S. 154.

нами, но не в целом, а в определенных пространственных границах. В первую очередь это замечание касается пространственно-телесного выделения объектов вещных прав – индивидуально-определенных вещей. Такую ограниченную сферу ученый называет вещью, дающей право на обладание, законченная стадия которого именуется правом собственности³⁷³. Однако уже Ф. Хек, анализируя виды вещных прав в гражданском законодательстве и сравнивая их с ветвями растущего дерева, указывал, что нормативное закрепление закрытого перечня является, возможно, не самым лучшим решением законодателя. Придерживаясь точки зрения об открытом перечне вещных прав, Ф. Хек сравнивал систему BGB с броней, в которой так много брешей, что она уже не может выполнять свою изначальную оборонительную функцию. Вслед за Ф. Хеком тезис об открытом перечне вещных прав отстаивался Ф. Виакером, который требовал признания закрытым перечня определенных законодателем видов вещных прав лишь в отношении недвижимости³⁷⁴.

Идея обеспечительной собственности воспринята эстонским гражданским правом (правоприменительной практикой и доктриной), которым при этом нормативно признан закрытый перечень вещных прав, а в специальном Законе о вещном праве обеспечительная собственность не называется как особый вид (тип) права собственности. Правовым оформлением обеспечительной собственности является специальный правовой институт – залоговое приобретение, который рассматривается как особый вид залогового обеспечения. При разрешении конкретных дел правоприменительной практикой статус кредитора по залоговому обеспечению позиционирован именно как собственника, что влечет за собой практические и теоретические трудности реализации принципа закрытого перечня вещных прав в эстонском законодательстве, появление коллизии интересов и правомочий права собственности на одну и ту же вещь у разных лиц - залогодателя и залогодержателя. Законодательство об обязательственном праве Эстонии не запрещает, но и детально не

³⁷³ См.: *Savigny F.C. von. System des heutigen römischen Recht. Berlin, 1840. Bd. 1. S. 338.*

³⁷⁴ См.: *Wieacker F. Bodenrecht. Hamburg, 1938. S. 112.*

регламентирует обеспечительную передачу права собственности на имущество залоговому кредитору в целях обеспечения надлежащего исполнения основного обязательства. В теории и на практике возникает вопрос о содержании и юридической природе права собственности на имущество, которое возникает у кредитора по залоговому приобретению. Нередко суды считают, что допускаемое эстонским законодательством залоговое приобретение влечет возникновение абсолютной собственности у залогового кредитора, который обладает всей полнотой права собственности и не ограничен в совершении распорядительных действий с таким имуществом. С этим утверждением возможно несогласиться, поскольку само залоговое приобретение права является срочным, полноценный статус собственника имущества у залогового кредитора может возникать только при неисполнении основного обязательства. В противном случае получается, что залоговый кредитор приобретает всю сумму распорядительных правомочий уже на момент залогового приобретения права собственности, не взирая на состояние и юридическую судьбу самого обязательства, что искажает само назначение залога и производных от него обеспечительных юридических конструкций. Такая категоричность наших суждений объяснима тем, что в противном случае с момента передачи права собственности в залог залогодатель утрачивает все права на имущество и не может требовать его возврата даже в том случае, когда обеспечиваемое обязательство исполнено полностью и надлежащим образом. В последнем случае, как полагают эстонские суды, прежний собственник – залогодатель ограничен требованиями о взыскании убытков с залогового приобретателя за утраченное им право собственности в случае надлежащего исполнения обеспечиваемого обязательства, но тогда и обязанность по возврату собственности больше напоминает фидуциарную, а не юридическую. Тем самым создаются безосновательные преференции правовому положению кредитора, который после получения залогового приобретения уже может быть не заинтересован в надлежащем исполнении основного обязательства должником, но вместе с тем сохраняет притязания на заявление требований

по основному долгу в силу неакцессорного характера залогового приобретения по эстонскому праву. Залоговое приобретение в этом случае теряет обеспечительные свойства и становится суррогатом исполнения, предложенным третьим лицом, которое с момента заключения договора о залоговом приобретении теряет права на переданное в залог имущество, лишаясь отдельных правомочий и статуса собственника имущества в целом еще до факта неисполнения обязательства, обеспечением по которому выступает залоговое приобретение. Едва ли такие действия кредитора могут рассматриваться как добросовестные, поскольку именно он, исходя из принципов солидарности интересов участников обязательства, должен проявить должную заботу и создать необходимые условия для исполнения обязательства должником. Необходимо также пояснить следующее. Залоговое приобретение или залоговая передача, приобретение имущества с целью обеспечения как институт гражданского законодательства Эстонии не противоречит ч. 8 обязательственно-правового закона Эстонии (*Üürivaidluse lahendamise seadus*). В основании его законодательного закрепления положен общий принцип свободы договора в гражданском праве и задача максимального обеспечения интересов кредиторов и инвесторов, распоряжающихся кредитными средствами на свой риск, но никак не распыления права собственности на имущество по кругу субъектов. Временная передача права собственности на товары является весомым и значимым гражданско-правовым средством обеспечения интересов кредитора по основному обязательству в развитом товарообороте, максимально учитывающем интересы залогового кредитора. Обязательственно-правовой режим и последствия залогового приобретения или залоговой передачи по праву Эстонии обусловлены правовым механизмом этого института, обязанностью возвратить переданное в обеспечение право в прежнем объеме. При залоговом приобретении имущества лицо, принимающее такое обеспечение кредитного обязательства, становится юридическим собственником имущества, права и обязанности которого в силу закона и существа обеспечительного обязательства

возникают под условием и ограничены в части возможности совершения распорядительных действий с этим имуществом. Из этого следует, что при залоговом приобретении залоговый кредитор не становится автоматически полноправным собственником имущества, право собственности на которое ему передано в целях обеспечения существующего обязательства. Предполагается, что содержанием договора о залоговом приобретении устанавливается дополнительный сбалансированный механизм защиты имущественных прав и интересов кредитора по основному обязательству на случай его неисполнения за счет дополнительного актива – переданного кредитору права собственности на имущество (как правило, товары). О целостности и самодостаточности этого механизма говорит и установленный в честной деловой практике порядок восстановления права собственности на товары на стороне передавшего в обеспечение права собственности в прежнем объеме в случае надлежащего исполнения обеспечиваемых обязательств. Таким образом, возникшее на стороне залогового кредитора право собственности на товары по залоговому приобретению, изначально не может считаться неограниченным и абсолютным, право собственности залогового приобретателя является срочным (существующим только на период сохранения обеспечиваемых обязательств), ограниченным в своем содержании. По смыслу договора о залоговом приобретении, переданное в обеспечение право собственности не может сохраняться после надлежащего исполнения условий обеспечиваемого обязательства. Комментаторы эстонского гражданского законодательства и правовая доктрина рассматривают правовой статус залогового кредитора по договору, предметом которого выступает право собственности на имущество, особым образом. В частности, используется специальная терминология «залоговой собственности», специальный правовой режим которой обусловлен самой целью залога права³⁷⁵. Указывается, что залогодержатель может осуществлять полученное в залог право собственности «только в

³⁷⁵ Asjaõigusseadus II 4-9. osa (§-d 172-365) . Kommenteeritud väljaanne, koostajad Varul P., Kull I., Kõve V. Käerdi M., Puri T. Tallin, 2014. S. 233.

соответствии с целью предоставления залога»³⁷⁶. Далее конкретизируется, что залогодержатель обязуется не отчуждать и не обременять переданное в залог имущество до тех пор, пока обеспечиваемое требование не станет объектом взыскания³⁷⁷. Данные обстоятельства свидетельствуют в пользу того, что по эстонскому праву залоговое приобретение является гражданско-правовым механизмом обеспечения обязательства, а не способом расщепления права собственности между залогодателем и залоговым кредитором.

В теории гражданского права Швейцарии *numerus clausus* был подвергнут догматическому анализу Б. Фоексом, который придерживался буквального понимания принципа закрытого перечня и выводил необходимость и целесообразность закрепления закрытого перечня прав в законодательстве функциями: публичности; обеспечения простоты и прозрачности; охраны права собственности; этическим предназначением и поддержкой иных принципов имущественного (вещного) права³⁷⁸. Весьма спорным видится возможность обоснования действия *numerus clausus* в вещном праве через этические представления, которые сами по себе являются отдаленными от права, а также поддержкой общих принципов вещного права, включая и абсолютность последнего. Сделанные Б. Фоексом акценты на публичности и прозрачности системы вещных прав видятся нам взаимосвязанными и потому не изолированными друг от друга научными умозаключениями, характеризующими предмет исследования с разных углов зрения, что ставит под сомнение самостоятельную роль и значение каждой в отдельности из предлагаемых ученым научных позиций. Напротив, заслуживает поддержки предположение о том, что закрытый перечень вещных прав способствует охране права собственности от неконтролируемых мутаций ограниченных вещных прав, способных «удушить» само право собственности.

³⁷⁶ Ibid. S. 231.

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ См.: Foëx B. Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière. Lausanne, 1987. P. 34.

Теория австрийского гражданского права, как видно, не отличается пониманием *numerus clausus* как категоричного императива вещного права. Одни авторы придерживаются точки зрения о том, что перечень вещных прав является закрытым и контрагенты своим соглашением не правомочны ни дополнить, ни видоизменить его. Из этого можно понять, что вопросы дополнения, конфигурации, допустимости сочетания нескольких вещных прав в одном правовом режиме являются компетенцией законодателя и не зависят от волеизъявления частных лиц³⁷⁹.

Другими авторами понимание *numerus clausus* излагается не как императивное предписание законодателя, а скорее как общее правило, из которого возможны исключения. Г.М. Иро исходит из того, что содержание вещного права во многом определяется непосредственно законом, хотя тут же говорит о возможности участвующих в договоре сторон определить способ (типы) использования месторождений, расширить перечень установленных законом сервитутов³⁸⁰.

Правовая позиция Ф.К. фон Савиньи возымела большое влияние на голландское гражданское право, но последнее придерживалось собственной интерпретации закрытого перечня. С одной стороны, положения ст. 584 BW³⁸¹ в старой редакции признавались правилом законодательного регулирования, но, с другой стороны, голландские юристы придерживались собственной точки зрения относительно ее правового значения, и в частности, стремились избежать последствий ее применения, утверждая, что установленные правила не имеют ограничительного значения, в связи с чем добивались для договаривающихся сторон возможностей для внесения необходимых дополнений в правовые возможности, четко предусмотренные законом³⁸².

Тем не менее уже в XIX в. голландские юристы указывали, что BW не учитывает широко распространенных права пользования и проживания,

³⁷⁹ См.: *Koziol H., Welser R.* Bürgerliches Recht. Wien, 2006. S. 238–239.

³⁸⁰ См.: *Iro G.M.* Bürgerliches Recht. Bd. IV: Sachenrecht. 3. Aufl. Wien; NY, 2008. S. 17.

³⁸¹ «Лицо может обладать в отношении имущества правом собственности, наследственными правами, правом usufrukta, правом залога и ипотеки». Эта редакция имеет непосредственную связь с действующей нормой ст. 3:81 BW.

³⁸² См.: *Maastricht J.M.* Op. cit. P. 45.

право пользования землей для хозяйственных нужд, право десятины, ошибочно причисляет к числу вещных наследственные права, в чем видели существенный недостаток законодательства. Г. Хан в своей диссертации особо выделял внутри *iura in re* противопоставленные обязательственным правам: *dominium*, *servitus*, *pignus*, *hereditas*, *possessio*. По мысли ученого, такая градация была логичной, поскольку каждой из выделенных категорий соответствовало свое направление вещного права³⁸³. Правда, нельзя не отметить и оригинальность толкования, которое нередко имело слишком широкие границы. К примеру, под *servitus* понималось и право охоты, и право получения оброка, и право выпаса скота на чужом участке, и право на взимание десятины, что расходится с традиционной – римской – интерпретацией конструкции сервитута.

В современном праве осуществляются попытки интерпретации права собственности и права покупателя, приобретшего вещь по договору с условием о временном сохранении права собственности за продавцом, как особых разновидностей вещных прав³⁸⁴. Такое решение видится дискуссионным, поскольку правовой статус продавца и покупателя как субъектов гражданского права определим нормами не вещного, а обязательственного права.

Гражданское право Франции приводит в действие принцип *numerus clausus* не в строгой последовательности. К примеру, доктрина, исходя из расширенного толкования ст. 543 Французского гражданского кодекса (*Code Civil* (далее – *CC*)), допускает на стадии правоприменения создание вещных прав, не предусмотренных законом³⁸⁵. К примеру, Постановлением от 4 марта 1992 г. Конституционный совет признал «исключительным» и «индивидуальным» право пользования, предоставленное сособственнику в отношении части двора, являющегося местом общего пользования. Это право было охарактеризовано как особое вещное, носящее постоянный характер³⁸⁶.

³⁸³ Ibid. P. 49.

³⁸⁴ См.: Struycken T.H.D. Op. cit. P. 295.

³⁸⁵ См.: *Planiol M., Ripert G. Traité pratique de droit civil français. T. I.* Paris, 1926. P. 52–54.

³⁸⁶ Цит. по: *Strickler Y. Les biens.* Paris, 2006. P. 28–30.

Несколько ранее при рассмотрении конкретного дела сособственников на берег реки Кассационный суд признал за одним сособственником «исключительное право собственности» на произрастающие на нем травы, а за другим – на растущие деревья. Суд низшей инстанции в Руане решил, что обе стороны были владельцами или, по крайней мере, совладельцами берега реки, что собственник берега реки должен был уважать права другого лица в отношении деревьев. По решению суда Руана, права одной из спорящих сторон были квалифицированы как сервитут. Кассационный суд постановил, что указанные две стороны вполне могут быть совладельцами – даже при таком неизвестном разделении прав, как в данном случае. Суд указал, что ст. 544, 546 и 552 СС представляют собой общие положения вещного права, но они не носят запретительного характера³⁸⁷.

В данной связи целесообразно обратить внимание и на то, что в ст. 2114 СС говорится об ипотеке как особом вещном праве, в связи с чем выводы об исчерпывающем перечне вещных прав, закрепленных только в ст. 543 СС, видятся недостаточно обоснованными. В 1984 г. Кассационный суд рассматривал вопрос о том, было ли право, данное третьему лицу на размещение плаката на стене дома, правом узурфрукта и пришел к выводу, что это право не может считаться таковым согласно ст. 578 СС и является самостоятельным. В своих наблюдениях относительно данного дела Ф. Зенати рассматривает возможность того, что право поднять плакат могло бы быть реальным (земельным) сервитутом, но немедленно отклоняет данный вариант из-за отсутствия доминирующего участка земли³⁸⁸. Примечательно то, что ни Кассационный суд, ни доктрина при анализе данного дела категорически не отвергают вещной природы данного права. Нельзя сказать, что с обозначенными трудностями судебная практика столкнулась лишь к концу XX в.

При решении вопроса о наличии или отсутствии закрытого перечня вещных прав во французском гражданском праве нельзя не учитывать

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ См.: *Zenati-Castaing F., Revet T. Les biens. Paris, 2006. P. 488–490.*

буквального толкования ст. 535 СС, которая называет три возможных вещных права: право собственности, право узуфрукта и право сервитута. При этом целесообразно исходить из того, что редакция этой статьи была сформулирована более двух веков назад, будучи изначально рассчитанной на феодальный строй хозяйствования, который не исключал расщепления права собственности.

Строгое разделение обязательственных и вещных прав по тому основанию, что перечень первых является открытым, а вторых – закрытым, создает некоторые трудности классификации субъективных прав во французском гражданском праве. Это частично следует из того, что система передачи прав во французском праве основывается на соглашении сторон: заключение договора передает право собственности на объект от одного лица другому. Этот же самый принцип также относится к созданию ограниченных вещных прав. Заключение договора создает ограниченное вещное право и определяет содержание этого права. Через указанную систему передачи и создания субъективных прав договорное право оказывает существенное влияние на вещное право. Одним из лучших примеров этого влияния является право сервитута. Во французском праве право сервитута не только создается договором, но также и регулируется им. Представляется верным вывод исследователей, «что договорное право, таким образом, вмешивается в вещное право и действует против третьих лиц, но оно также позволяет сторонам пытаться придать праву сервитута любое возможное содержание. Однако право собственности не дает сторонам ту же самую степень автономии стороны, как это делает договорное право. Поэтому возникает напряженность между договором, который заключают стороны, и правовыми последствиями такого договора по нормам вещного права»³⁸⁹.

В теории французского гражданского права существует и консервативное направление, представители которого считают, что вещные права должны быть прямо указаны в законе в этом статусе. Причем законом признается не только СС, но и все законы, которые приняты в развитие

³⁸⁹ См.: *Akkermans B. The Principle of Numerus Clausus in European Property Law. Oxford, 2008. P. 161.*

основных положений, закрепленных в СС. Упоминание в тексте закона вещного права говорит о вещной природе права, и, наоборот, молчание законодателя представляет собой зеркальный аргумент *a contrario*³⁹⁰.

Идея действия *numerus clausus* в вещном праве заключалась в том, что личные права являются неограниченными и только «воображение и требования общественного порядка и нравственности» устанавливают пределы для их осуществления; вещные права замкнуты понятием права собственности и ограниченных вещных прав³⁹¹, которые, являясь абсолютными, должны быть четко определены законодателем в интересах их неприкосновенности и вмешательства любых личных прав, которые могли бы их нарушить. Сказанное позволяет, на наш взгляд, считать, что реализация принципа закрытого перечня вещных прав в гражданском праве Франции не только имела свою специфику, продиктованную особенностями социально-экономического развития общества, но и осуществлялась совсем не в строгой логической последовательности.

Теория и правоприменительная практика итальянского гражданского права также приводит в жизнь идею о закрытом перечне вещных прав не в строгой логической последовательности и никак не в отсутствие противоречий и расхождений в суждениях и выводах ученых. С одной стороны, цивилисты прямо называют признак типичности вещных прав в числе характеристик, свойственных всем без исключения вещным правам³⁹². Признак типичности вещных прав следует из закрепления законом их исчерпывающего перечня. С другой стороны, научным миром признается, что утверждение о закрытом перечне вещных прав претерпевает неизбежное разрушение со стороны «созидательного правоведения», а также вследствие утраты актуальности постулата о том, что «частная автономия, которая порождает всякое обязательство, не имеет силу делать то же самое в области вещных прав», что подтверждается и историей итальянского гражданского права, которая свидетельствует о том, что закрепление принципа закрытого

³⁹⁰ См: *Malaurie P., Aynes L. Op. cit. P. 89.*

³⁹¹ См.: *Strickler Y. Op. cit. P. 30.*

³⁹² *Bregante L. Le azioni a tutela della proprietà e degli altri diritti reali. Torino, 2012. S. 14.*

перечня вещных прав в законе имело не догматическое, а только технические значение³⁹³. Исследователи отмечают, что как юридическая наука, так и судебная практика сочли неудовлетворительным объяснение закрытого перечня вещных прав значением заповеди, которая подлежит постоянному, повсеместному и безоговорочному исполнению, не требуя ни мотивации, ни доказательств. В то же время цитируемое сочинение показывает, что теория итальянского гражданского права не занимает по этому вопросу строго определенной позиции, чем по сути и примыкает к вышерассмотренным правовым системам зарубежных правопорядков.

В российской цивилистике действие закрытого перечня в вещных правах поддерживается далеко не всеми³⁹⁴. Закрытый перечень вещных прав выделялся российскими учеными как признак вещного права далеко не всегда. К числу немногочисленных исключений можно отнести труды А.М. Гуляева, который отмечал, что в отличие от вещных прав предусмотреть и нормировать все обязательственные отношения в подробностях не представляется возможным. По мысли ученого, тому препятствует порядок изложения обязательственного права в законе и теории, согласно которому «изложению отдельных типичных фигур предпослана общая часть, состоящая из правил, по которым обсуждаются все вообще обязательства», что подтверждается практикой правительствующего Сената³⁹⁵. Выдвигались предположения о том, что принцип закрытого перечня не может характеризовать систему ограниченных вещных прав³⁹⁶. К аналогичному выводу приходит Г.А. Гаджиев, который прямо говорит о том, что закрытый перечень вещных прав «не соответствует общедозволительной природе ч. 2 Конституции РФ», которая не препятствует появлению новых видов вещных прав в отличие от ГК РФ³⁹⁷. Восприятие и разделение этой точки зрения осложняет тот факт, что нормы Конституции РФ не содержат общего

³⁹³ Ibid. S. 7.

³⁹⁴ См.: Учебник гражданского права. Часть 1 / Под общ. ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, В.А. Плетнева. М., 1998. С. 297.

³⁹⁵ Гуляев А.М. Русское гражданское право. Пособие к лекциям. СПб., 1913. С. 313.

³⁹⁶ См.: Райхер В.К. Абсолютные и относительные права // Вестник экономического факультета Ленинградского политехнического института. Ленинград, 1928. №1 (XXV). С. 293.

³⁹⁷ Гаджиев Г.А. Основные экономические права (Сравнительное исследование конституционно-правовых институтов России и зарубежных государств): дис...д-ра юрид. наук. М., 1996. С. 380-381.

регулирования вещных прав, устанавливая руководящие нормы о праве собственности. Подтверждение предположения, согласно которому *numerus clausus* является многозначным юридическим термином, а не специальным термином, определяющим перечень и виды только вещных прав, обнаруживается в работах Г.Н. Амфитеатрова, который использовал данную терминологию для характеристики видов ограничений вещных прав³⁹⁸.

В российском гражданском праве нередко делаются не вполне обоснованные выводы об открытом перечне вещных прав *de lege lata*³⁹⁹. Думается, эта правовая позиция может быть подвергнута сомнению и основывается на формально-буквальном толковании ст. 216 ГК РФ, говорящей об отдельных видах вещных прав в российском правовом порядке. Из диспозиции данной статьи никак не следует, что в гражданском праве России признаются лишь поименованные ею виды вещных прав. В ст. 216 ГК РФ нет упоминаний о таких правоотношениях узуфруктуарного типа, как права пользования членом семьи собственника жилыми помещениями в порядке ст. 292 ГК РФ или о праве пользования легатария соответствующим имуществом, принадлежавшим наследодателю, сделавшему соответствующее завещательное распоряжение в порядке ст. 1137 ГК РФ. Здесь также невозможно встретить и правомочия покупателя предприятия по пользованию индивидуально-определенными вещами, входящими в его состав, до государственной регистрации договора как сделки (ч. 3 ст. 564 ГК РФ), но это отнюдь не говорит в пользу безусловного признания таких правомочий обязательственными. Скорее, наоборот. По всей видимости, приведенные нормы должны пониматься и трактоваться в нормативном единстве со ст. 216 ГК РФ, в то время как сама норма права, взятая в отдельности, ее структурное расположение в кодификации не должны отождествляться с законом, выступая значимым критерием определения вида, содержания, природы того или иного субъективного гражданского права. Е.А. Суханов отметил, что «перечень вещных прав, предусмотренный

³⁹⁸ См.: Амфитеатров Г.Н. Виндикационный иск как способ защиты права собственности в СССР: дис... докт. юрид. наук. М., 1947. С. 151.

³⁹⁹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М., 2001. Т.1. С. 275.

п. 1 ст. 216 ГК РФ, не является исчерпывающим (открытым). Это означает, что гражданское законодательство может предусмотреть и иные вещные права»⁴⁰⁰. Открытость перечня вещных прав понимается в данном случае применительно к ст. 216 ГК РФ, положения которой не подлежат узкому и категоричному толкованию, открытость позиционируется в плане законотворческой инициативы обновления системы гражданского законодательства – федеральных законов, которые вместе с тем не могут противоречить Кодексу, но вполне могут, являясь специальными нормами, дополнить и расширить положения последнего. Казуистическое, ограниченное и часто избирательное толкование отдельной нормы не может составить впечатление об ограниченности ее содержанием системы вещных прав в правопорядке.

Конкретные виды ограниченных вещных прав могут быть установлены лишь законом, являющимся источником гражданского законодательства и отвечающим его основным задачам (ст. 2, 3 ГК РФ). К таковым не могут относиться нормы кодификационных актов иных отраслей права, выполняющих принципиально иные задачи в регулировании общественных отношений. Особенно опасно, если такие нормы апеллируют к гражданско-правовым конструкциям, внося путаницу и смешение в регулируемые отношения.

В Концепции развития гражданского законодательства РФ (далее – Концепция) (п. 2.3 разд. IV)⁴⁰¹ воспринят противоположный подход и устанавливается требование закрепления исчерпывающего перечня вещных прав, а в п. 2.2 закрытый перечень вещных прав прямо назван признаком (свойством) последних. Одновременно нормативная ясность и исчерпывающий перечень предложены и для оснований возникновения обязательств, способов защиты обязательственных прав (разд. V). Однако в данной связи не раскрывается значение предлагаемого исчерпывающего

⁴⁰⁰ Суханов Е.А. Развитие института вещных прав при переходе к рынку // Е.А. Суханов Гражданское право России-частное право. М., 2008. С. 203.

⁴⁰¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А.Л. Маковского. М., 2009. С. 76.

перечня, и из указанного раздела Концепции непонятно, рассматривается ли он в качестве одного из признаков обязательственного права.

Квалификация *numerus clausus* как отличительного признака вещного права, предлагаемая разработчиками Концепции, видится дискуссионным решением, поскольку установление закрытого (исчерпывающего) признака тех или иных субъективных прав является нормативным императивным велением законодателя, воплощенным в норме объективного права, которое ограничивает инициативу субъектов права, но при этом не выражает сущностных особенностей материального субъективного права: специфику содержания, правовой режим объектов, специфику защиты права. Нормативное значение закрепления принципа *numerus clausus* в вещном праве может быть объяснено не как законодательно закрепленный признак вещного права, а как правовая норма, имеющая двойственное содержание. С одной стороны, в этой норме выражен императивный запрет на создание новых, не поименованных законом видов вещных прав соглашением сторон, что обеспечивается правонаделением как чертой метода гражданского права. С другой стороны, приведение законодателем исчерпывающего перечня вещных прав легитимирует субъектов гражданского права на создание, в том числе и соглашением сторон, ограниченных вещных прав, которые поименованы и урегулированы действующим законодательством. Неслучайно германской традицией вещного права специально выделяется принцип свободы формирования видов вещных прав, признанных правопорядком (*Die Freiheit der Gestaltung der nach numerus clausus und Typenzwang anerkannten Rechte*), как особый и самостоятельный (Я. Вильгельм) принцип вещного права.

Учитывая приведенные обстоятельства, можно посчитать небесспорным указание в Концепции на закрытый перечень как индивидуализирующий признак вещных прав. Не вызывает сомнений, что упомянутые в Концепции термины «закрытый» и «исчерпывающий перечень» имеют лишь лингвистические, а не юридические отличия в своем значении.

В российской науке гражданского права необходимость выделения *numerus clausus* в числе признаков вещного права, подтвержденная в Концепции, учеными оценивается различно. Е.А. Суханов отмечает, что «принцип *numerus clausus*, как и другие признаки вещного права, оказался прочно забытым отечественной доктриной. В результате в отечественной литературе вновь распространились взгляды о возможности существования «права на право»»⁴⁰². В.А. Белов считает, что указание законодателем на исчерпывающий перечень является признаком вещных прав в целом, а не их отдельных видов⁴⁰³. З.А. Ахметьянова видит принципиально нецелесообразным само исчерпывающее перечисление каких-либо прав участников гражданского оборота, задаваясь риторическим вопросом: «...если то или иное субъективное право обладает признаками (свойствами) вещного права, то насколько принципиально важно указание его в качестве такового именно в законе?»⁴⁰⁴.

Подход российского законодателя к определению *numerus clausus* как к признаку абсолютного, и в частности вещного, права, не является новым для континентального права. В данном случае подразумевается стремление законодателя исключить возможность произвольного создания имущественных прав волей контрагентов, которым будет корреспондировать пассивная обязанность для не участвующих в таком соглашении лиц в части уважения и неприкосновенности статуса правообладателя.

Действие принципа *numerus clausus* в абсолютном праве при таком понимании не допускает практической возможности создания участниками обязательственных отношений правовых обязанностей для не участвующих в этих отношениях лиц⁴⁰⁵. Весьма показательны суждения Опзоомера (Opzoomer): между вещными и обязательственными правами различия

⁴⁰² См.: Суханов Е.А. О понятии и видах вещных прав в российском гражданском праве // Суханов Е.А. Гражданское право России – частное право / Отв. ред. В.С. Ем. М., 2008. С. 319.

⁴⁰³ См.: Белов В.А. Право собственности и ограниченные вещные права // Законодательство. 2009. № 12.

⁴⁰⁴ См.: Ахметьянова З.А. Вещное право: Учебник. М., 2011. С. 72.

⁴⁰⁵ Wiegand W. Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas // Wege europäischer Rechtsgeschichte: Festschrift für Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag (= Rechtshistorische Reihe. Bd. 60). Frankfurt am Main, 1987. S. 639.

состоят в предмете и сфере (размере) действия⁴⁰⁶. Абсолютность права рассматривается в этом смысле только как следствие действия *numerus clausus*⁴⁰⁷, а не как содержательное свойство конкретного субъективного права, что представляется неверным. В этом случае абсолютная природа субъективных гражданских прав и их виды находятся в прямой зависимости от воли законодателя, формирующего соответствующий перечень.

Как было показано выше, действие закрытого перечня вещных прав в правовых системах континентальной Европы (Германия, Швейцария, Австрия, Франция, Нидерланды, Россия) не может быть приравнено к строгому нормативному правилу, но укоренение в российском праве утверждения о возможности существования открытой системы вещных прав создает риск модернизации российской правовой системы в своеобразное подобие англо-американских имущественных отношений, где правомочия владельцев в их различном сочетании могут гипотетически составлять множество субъективных прав, перечень которых не всегда признается закрытым, в то время как полномочия судов по дополнению и изменению видов прав собственности в Common Law и вовсе расцениваются в качестве традиции, известной с незапамятных времен⁴⁰⁸.

Утверждение о том, что англосаксонским и американским правом закрепляется открытая система вещных прав и в этом может быть найден контраст с континентальным европейским частным правом, следует считать неверным. В современных российских диссертационных исследованиях обоснованно обращается внимание на особенности системы вещных прав в правовых системах англосаксонского и американского права, где виды вещных прав определяются разновидностями права собственности, а не ограниченными вещными правами, и соответственно, границы действия *numerus*

⁴⁰⁶ Цит. по: *Maastricht J.M.* Op. cit. P. 53.

⁴⁰⁷ *Ibidem.*

⁴⁰⁸ См.: *Radcliffe G.R.Y.* Real Property Law. Oxford, 1933. P. 146; *Megarry R.* Megarry's Manual of the Law of Real Property / М.Р. Thompson (ed.). 7th ed. L., 1993. P. 370. Кстати, именно под знаменем расширения видов собственности усмотрением контрагентов продвигалась в американском праве реформа законодательства о правах арендатора (см.: *Schoshinski R.S.* American Law of Landlord and Tenant. NY, 1980. P. 30–83).

clausus principle определяют и ограничивают «модели права собственности»⁴⁰⁹.

С формальной точки зрения список имущественных (вещных) прав может быть дополнен прецедентами, которые считаются в англосаксонском праве источником права. Мотивация создания того или иного вещного права требует особого внимания, поскольку один из применяемых классических прецедентов содержит запрет на создание прихотью собственника нового типа вещного права, если последнее способно впоследствии обременить само право собственности⁴¹⁰. Можно сказать, что Common Law (общее право) в отличие от Law of Equity (право справедливости) весьма неохотно признавало и предоставляло защиту вновь складывающимся в имущественном обороте имущественным отношениям.

Особый характер и функциональное назначение Law of Equity позволили пренебречь рамками, установленными общим правом. Отмечается, что право справедливости наделило «вещными правами» определенных лиц, у которых по общему праву было «всего лишь личное право»⁴¹¹. Достаточно вспомнить, что правовому регулированию траста, позволяющему нескольким лицам в одно и то же время иметь несколько однородных прав на одну и ту же вещь, иногда все же различимых лишь объемом и наименованием отдельных правомочий, во многом способствовало именно право справедливости. Эта особенность имеет непосредственное отношение к специфике проявления в англо-американском праве принципа закрытого перечня имущественных (вещных) прав.

Развитие конструкции доверительной собственности (траста) оказало немалое влияние на закрепление в английской правовой системе ранее неизвестных видов имущественных (вещных) прав. Назначение траста

⁴⁰⁹ Тягай Е.Д. Сложноструктурные модели права собственности в США: автореф. дис... канд-та юрид. наук. М., 2011. С. 7.

⁴¹⁰ См.: *Smith R.J. Property Law. L.*; NY, 1998. P. 12.

⁴¹¹ См.: *Akkermans B. Op. cit.* P. 334.

изначально связывалось со способом осуществления имущественного (вещного) права, нормальное состояние которого предполагает непосредственное участие в управлении, защите, пользовании, владении имуществом самого правообладателя. Тем не менее конструкция траста дает начало новому имущественному (вещному) праву в праве справедливости. Держатель права на началах траста, также известный как доверительный собственник, должен уважать права лиц, от имени и в интересах которых он обладает правом собственности. Доверительный собственник ограничен в предоставленных ему полномочиях. Это проявляется в обязательствах доверительного собственника «хранить» вверенное ему имущество отдельно от собственного, управлять и распоряжаться им «благоразумно и по деловому» в интересах заранее определенного круга лиц.

Доверительный собственник не выступает в обороте и имущественных отношениях как беститульный владелец чужого имущества. В отношении держателя траста по праву справедливости суд может установить допущенную учредителем и бенефициарами несправедливость к доверительному собственнику, защитив и признав за ним ряд особых правомочий. Например, в деле «Macmillan Inc. v. Bishopgate Investment Trust» г-н Максвелл произвел безвозмездную передачу акций компании «Macmillan». Компания «Macmillan» попыталась доказать, что акции находились в доверительной собственности в ее интересах, давая ей право по нормам права справедливости на акции в качестве бенефициария. По мнению апелляционного суда, по нормам права справедливости обстоятельства дела давали основание для возникновения определенного типа траста – доверительной собственности в силу правовой презумпции. Поэтому цессионарий акций стал доверительным собственником в силу правовой презумпции. Судья Биркс подчеркнул, что это создает *de facto* виндикацию активов – средство правовой защиты, которое невозможно по общему праву. Он утверждал, что это средство правовой защиты является виндикацией, потому что по правилу дела «Saunders v. Vautier» бенефициарий может попросить у доверительного собственника передачу

объекта и таким образом реализовать свое имущественное право относительно активов непосредственно⁴¹².

Особый характер имущественного (вещного) права признан правом справедливости за опционом на покупку земельного участка. В деле «London and South Western Railway v. Gomm» апелляционный суд подтвердил, что опционы на покупку являются также имущественными (вещными) правами по праву справедливости. Дело касалось передачи прав собственности, которая была произведена в соответствии с условием, что истец, который передавал право собственности на землю, мог выкупить землю обратно, направив уведомление и оплатив цену покупки. Покупатель земли передал свой вещно-правовой интерес на землю ответчику, который, когда истец попытался воспользоваться своим опционом на покупку, отказался признать себя связанным условием договора. Судья-докладчик Джессел посчитал, что договор создал вещное право по нормам права справедливости и поэтому ответчик был связан им даже при том, что договор был заключен между истцом и первоначальным покупателем, а истец не был стороной по тому договору. Установленное договором имущественное (вещное) право было связано с землей и способно переходить к новому владельцу земли, такому как ответчик.

В судебных прецедентах могут быть найдены и отрицательные подходы к признанию вещными отдельных имущественных прав. В деле «National Provincial Bank v. Ainsworth» Палата лордов рассматривала природу права на проживание в супружеском доме жены, покинутой ее мужем. Муж использовал супружеский дом в качестве обеспечения своих долгов и не выполнил обязательства по платежам. Вопрос, рассматриваемый Палатой лордов, состоял в выяснении характера и природы права жены на проживание в доме своего супруга. Признание этого права вещным связывало бы банк существенными обязательствами и ограничениями. Лорд Ходсон, вынося первое решение, изучил известные вещные права относительно земли и пришел к выводу, что право жены на проживание в

⁴¹² Цит. по: *Akkermans B.* Op. cit. P. 336.

доме своего супруга к ним не относилось. Поэтому он заявил, что право жены было личным правом в отношениях между женой и мужем и не связывало обязательствами банк как залогодержателя.

В деле «*Clore v. Theatrical Properties*» арендный договор включал соглашение, которое предоставляло театру «права на фойе и ложи». В этом отношении договор указывал, что «арендодатель настоящим сдает в аренду и предоставляет арендатору право свободного и исключительного использования всеми буфетами театра только для цели обслуживания посетителей театра и более ни для какой другой цели». Арендодатель после этого переуступил свои права, и их новый держатель попытался воспрепятствовать тому, чтобы арендатор использовал свои права в соответствии с арендным договором. Лорд Райт постановил, что это соглашение не приводило к исключительному владению, потому что «буфетные помещения театра находились в совместном владении с обладателем правового титула и его лицензиатами». Поскольку аренда требует предоставления исключительного владения, право, предоставленное в этом случае, не могло быть вещным правом и, следовательно, будучи личным правом, не могло обязывать нового арендодателя, поскольку он не был стороной по договору⁴¹³.

Правом справедливости осуществлялись многочисленные попытки определить критерии дифференциации имущественных (вещных) прав, входящих в закрытую группу. Лорд Уилберфорс заявлял, что «прежде чем право или заинтересованность могут быть допущены в категорию имущества или права, влияющего на имущество, они должны быть определимы, идентифицируемы третьими лицами, способны по своему характеру к предположению третьими лицами и должны иметь некоторую степень постоянства или стабильности»⁴¹⁴.

Важно понимать, что права, установленные правом справедливости и общим правом, имеют различную юридическую силу. Считается, что имущественные (вещные) права по праву справедливости «слабее» прав по

⁴¹³ Ibid. P. 394.

⁴¹⁴ Ibidem.

нормам общего права. Эта формула раскрывается следующим образом: «добросовестный покупатель на возмездных началах без уведомления о праве не будет связан вещными правами по праву справедливости. Этого обычно не бывает с вещными правами по нормам общего права, которые поэтому более сильны»⁴¹⁵.

Известны и случаи ограничительного действия перечня вещных прав, когда по праву справедливости на приобретателя недвижимости возлагались те же обязанности, что и на первого отчуждателя земельного участка, вследствие чего последующий приобретатель недвижимости не считался свободным от принятых первым приобретателем обязательств по договору. Следствием этого явилась правовая позиция о том, что ранее заключенные соглашения накладываются длящиеся обязательства на последующих приобретателей недвижимости, которые были установлены и приняты первым приобретателем (к примеру, в отношении запрета на строительство зданий и сооружений на земельном участке (дела «Tulk v. Moxhay», «Haywood v. Brunswick Permanent Building Society»)).

С первой четверти XX в. по настоящее время в законодательстве Англии могут быть отмечены существенные изменения касательно лимитации перечня возможных имущественных (вещных) прав и видов их ограничений, что, как представляется, не может свидетельствовать о сближении с континентальным правом, а обусловлено национальными особенностями развития именно английского права. Законом о праве собственности 1925 г. были нормативно установлены следующие виды прав на земельные участки, возникновение которых возможно по общему праву и по праву справедливости: безусловное право владения; срочное безусловное право владения. Здесь же установлен ряд допустимых и возможных обременений имущественных (вещных) прав: сервитут; арендная плата в отношении земли; ипотечный залог; «любое другое подобное обременение земли, которое не создано документом»; право на повторное вступление во владение. Правда, здесь же установлено правило, что «все другие виды

⁴¹⁵ Ibid. P. 336–337.

имущественных прав, интересы и обременения в отношении земли действуют как вещно-правовые интересы по нормам права справедливости», что в силу буквального толкования содержания данной нормы никак не говорит о строгом действии принципа «закрытого перечня» в английском праве. Особенно это очевидно в отношении возможных обременений права собственности на земельный участок. Примечательно, что в юридической литературе прямо указывается, что «обременения – особые обеспечительные права, точное содержание которых зависит от соглашения, которое дает начало их созданию»⁴¹⁶. В 1996 г. Закон о земельных трастах и назначении доверительных собственников положил конец возможности создания ограниченного права собственности (имущества с ограниченным правом его отчуждения и распоряжения им). Закон о регистрации земельных участков 2002 г. создал систему обязательной регистрации всех прав на землю в Англии, которая не существовала прежде. В основании этого Закона лежит идея о том, что права на любой географически определенный участок земли регистрируются так, чтобы потенциальный покупатель мог исследовать права и ограничения, зарегистрированные в отношении приобретаемого земельного участка, что не могло не способствовать усилению фиксации имущественных (вещных) прав на земельные участки непосредственно в законе.

Английские юристы высказывают принципиальные и серьезные сомнения относительно возможности установления закрытого перечня вещных прав как на движимые, так и на недвижимые вещи, используя при этом следующую аргументацию: «трудно предоставить перечень вещных прав на движимость»; «никакие вещные права не могут быть закреплены за объектом так, чтобы переходить вместе с этим объектом другому правообладателю, исключая сервитуты, получение прибыли, ограничительные условия»; «вещное право в отношении движимости – область права, находящаяся в процессе развития»; «сама вещная природа

⁴¹⁶ Ibid. P. 372.

некоторых из этих прав оспаривается»⁴¹⁷. Лорд Радден высказал прямо противоположную позицию, выступив в пользу установления «закрытого перечня» имущественных (вещных) прав, указав, что свобода сторон создавать вещные права создала бы пирамиду прав, в которой каждый последующий правообладатель будет хотеть создать свое вещное право. Разрешение этого, по мнению лорда Раддена, привело бы к уменьшению ценности земли⁴¹⁸.

Существует и другая точка зрения, своего рода компромисс, согласно которой действие принципа *numerus clausus* признается в английском праве, но в особом смысле. Утверждается, что «вещные права могут создавать не сами стороны непосредственно, хотя именно они действительно создают правоотношение, но законодательный или судебный орган, устанавливающий его значение для третьих лиц и поэтому превращающий его в имущественное отношение»⁴¹⁹.

Общее значение *numerus clausus* в гражданском праве. Вопросы теоретического обоснования, необходимости и целесообразности закрепления принципа *numerus clausus* в гражданском законодательстве зарубежных стран и тем более в российском гражданском праве остаются малоисследованными. На сегодняшний день практически полностью отсутствуют специализированные монографии, развернутые научные статьи и диссертации, посвященные как научному изучению понятия, содержания и назначения принципа *numerus clausus* в гражданском праве в целом, так и освещению его значения для классификации субъективных гражданских прав в частности, раскрытию сущностного содержания *numerus clausus*, выявлению его соотношения с иными признаками отдельно взятого субъективного права.

Исследование особенностей закрепления принципа закрытого перечня в отдельных правовых порядках обнаруживает ряд частных вопросов. Только ли вещные права нуждаются в законодательной типизации? Может ли *numerus*

⁴¹⁷ Ibid. P. 373.

⁴¹⁸ Ibid. P. 396.

⁴¹⁹ Ibidem.

clausus считается особым индивидуализирующим признаком определенного вида субъективных гражданских прав?

При положительном ответе на поставленные выше вопросы невозможно понять, почему законодатель широко использует понятие и действие закрытого перечня далеко за пределами регулирования отдельных видов и субъективных гражданских прав вообще.

К примеру, по российскому праву установлены правом порядком *ex lege*: закрытый перечень форм коммерческих организаций (ст. 50 ГК РФ); основания недействительности сделки (п. 1 ст. 166 ГК РФ); основания ликвидации юридического лица (ст. 61 ГК РФ); очередность удовлетворения требований кредиторов (ст. 64 ГК РФ); основания для признания брака недействительным (ст. 27 СК РФ); условия заключения брака (ст. 12 СК РФ); обстоятельства, препятствующие заключению брака (ст. 14 СК РФ).

Следует обратить внимание, что сравнение корпоративного и вещного права демонстрирует близкое понимание *Numerus clausus* как запрета, препятствующего созданию новых видов вещных прав и юридических лиц, которые не предусмотрены непосредственно законом. Как подчеркивает проф. Е.А. Суханов, принцип закрытого перечня корпоративных форм является одним из основных в западноевропейском корпоративном праве, закрепляющий, что при учреждении юридического лица его учредители могут выбрать только одну из предусмотренных законом организационно-правовых форм корпораций, и в дальнейшем должны придерживаться установленных им рамок соответствующей юридической конструкции⁴²⁰. Аналогичное ограничение свободы договора принципом закрытого перечня наблюдается и в вещном праве.

В Концепции (п. 2.4 разд. VII) говорится о коррекции «круга ограничений исключительных прав с тем, чтобы установить точный перечень случаев и условий свободного использования объектов авторских и смежных прав в информационно-телекоммуникационных сетях»⁴²¹. Стремление

⁴²⁰ См.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014. С. 47, 52.

⁴²¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. С. 144.

законодателя определить четкий перечень случаев и условий свободного использования объектов авторских и смежных прав, а также нормативно закрепить круг возможных ограничений исключительных прав, думается, также возможно рассматривать как законодательный прием использования *numerus clausus*. Наконец, и в научной литературе исчерпывающий перечень использовался в отношении определения границ, в которых применялась повышенная ответственность за пользование источниками повышенной опасности. В этом смысле, по мысли Б.С. Антимонова, исчерпывающий перечень должен содержать в себе несколько достаточно широких общих признаков тех случаев, в которых применяется повышенная ответственность, это совсем «не длинное, всеобъемлющего назначения определение»⁴²².

В свете поставленного выше вопроса о значении *numerus clausus* как характеристики индивидуальности определенного вида субъективных гражданских прав возникает вопрос о допустимости понимания закрытого перечня как достаточной характеристики любого из субъективных гражданских прав. Могут ли установленные законодательством ограничения правовых возможностей субъекта в части возникновения субъективного права пониматься в значении определителя (маркера) вида субъективных прав. Иначе говоря, является ли законодательная типизация видов, способов защиты, возможных вариантов осуществления права индикатором юридической природы субъективного права? Выполняют ли установленные законодательством ограничения права императивные требования к защите и осуществлению права функцию определения сущностного содержания, а не объема субъективного права?

На этот вопрос следует дать отрицательный ответ. Устанавливаемые законодательством ограничения свободы и инициативы частных лиц в создании субъективных прав, их осуществлении и защите представляют собой регулятивный механизм в гражданском праве, который влияет на изначальную правоспособность субъектов, определение пределов дозволенных действий частных лиц. Принципиальная возможность

⁴²² Антимонов Б.С. Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности: дис... д-ра юрид. наук. М., 1951. С.65. 69.

(невозможность), юридические последствия создания волей и усмотрением сторон не поименованного законом вида субъективных прав являются лишь рефлексией воли частных лиц относительно установленного публичным порядком запрета или дозволения.

Допускаемая или запрещаемая правом порядком возможность выбора поведения субъектами права не всегда связана с понятием и видами субъективных гражданских прав. Обратимся к ретроспективе. К примеру, иски о признании составляли важное исключение из общего правила римского судопроизводства, но при этом не характеризовали специфику субъективного гражданского права. О.Х. Вендт указывает, что наличие исков о признании признано в *formula praejudicialis*, но все-таки потребность и допустимость исков о признании в римском праве одобрялась в исключительных, строго определенных случаях, когда предмет судебного разбирательства становился имущественный или личный правовой статус лица: *liberalis causa, de partu agnoscendo, de partia potestate, querela inofficiosi testamenti, accusatio falsi testamenti*. Отсюда делается вывод о том, что случаи применения исков о признании в римском праве определялись закрытым перечнем случаев⁴²³. Универсальное значение исков о признании утвердилось в более позднюю эпоху развития государства и права, но из этого никак не следует связь установленных правом порядком ограничений и существа защищаемого субъективного гражданского права, не говоря уже том, что в указанный период иск о признании мог защищать правовой интерес, не являющийся (ставшим) субъективным гражданским правом.

Не наблюдается, с нашей точки зрения, единообразного понимания принципа *numerus clausus* при разграничении вещных и обязательственных прав в ходе текущих реформ по совершенствованию российского гражданского законодательства.

Концепция предполагает: 1) расширение перечня оснований возникновения обязательств и установление его закрытого характера; 2) установление обязательственно-правовых способов защиты нарушенных

⁴²³ Wendt O. H. Lehrbuch der Pandekten. Jena, 1888. S. 233.

прав по типу закрытого перечня. Моделируемые разработчиками Концепции положения об обязательственно-правовых способах защиты призваны, как следует из буквального прочтения самой Концепции (п. 1.4 разд. V)⁴²⁴, во-первых, определить сами обязательственно-правовые способы защиты субъективных прав, во-вторых, установить их соотношение с иными способами защиты субъективных прав. Решая поставленные задачи, Концепция называет:

- требование о принудительном исполнении обязательства по суду;
- требование о возврате исполненного по обязательству в случае досрочного прекращения обязательства, заявляемое исполнившей стороной, но не получившей исполнения от другой стороны;
- невозможность применения положений о виндикации к требованию кредитора, являющемуся собственником переданной должнику вещи, о ее возврате.

Полагаем, что данные положения никак не отличаются единством и однообразием правового регулирования, поскольку в первых двух случаях действительно говорится о видах заявляемых кредитором требований, а в третьем – только о квалификации требований кредитора о принудительном исполнении лежащей на должнике обязанности по возврату не принадлежащей ему вещи. Требование к должнику о возврате вещи в связи с неисполнением или прекращением обязательства является тем же поименованным в первом положении требованием о принудительном исполнении обязательства. Специфика заключается в квалификации судом заявляемых требований и существующих правоотношений между истцом и ответчиком, применении к ним надлежащих правовых норм, правильном определении истцом предмета и оснований заявляемых требований, что в совокупности обосновывает отличительную черту в защите обязательственного права, но никак не самостоятельный способ защиты нарушенного права как вида исковой защиты – обязательственного иска.

⁴²⁴ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. С. 102.

В сфере регулирования вещных правоотношений, раскрывая значение и содержание принципа *numerus clausus*, Концепция также не отличается логической последовательностью. В ней устанавливается значение закрытого перечня как отличительного признака вещных прав: «перечень вещных прав определяется исключительно ГК» (подп. б) п. 2.2 разд. IV)⁴²⁵. При этом, определяя перечень вещных прав, Концепция не упоминает право собственности (п. 2.3 разд. IV)⁴²⁶, что никак не способствует представлению о полноценной системе вещных прав, выстроенной в иерархической последовательности по принципу возрастания или убывания. Далее, Концепция предлагает установление в ГК РФ закрытого перечня, но уже для вещно-правовых способов защиты вещных прав. К их числу отнесены (п. 2.7 разд. IV)⁴²⁷:

– виндикационный и негаторный иски, заявляемые обладателем вещного права, дающим правомочие владения вещью;

– наделение обладателя ограниченного вещного права, в состав которого не входит правомочие владения, правом на предъявление только негаторного иска;

– закрепление за собственником возможности использования вещно-правовых способов защиты наряду с обладателем ограниченного вещного права на ту же вещь;

– возможность предъявления иска о признании права на вещь к лицу, чье право уже зарегистрировано в ЕГРП;

– иск об освобождении вещи от ареста (исключении из описи).

Как видно, в данном случае к вещным искам прямо отнесены: виндикационный и негаторный иски; иск об освобождении вещи от ареста (исключении из описи); иск о признании права и отмены государственной регистрации. Остальные положения лишь расширяют состав лиц, пользующихся активной легитимацией на предъявление вещных исков, и конкретизируют сферы применения названных исков, не устанавливая

⁴²⁵ Там же. С. 76.

⁴²⁶ Там же. С. 76–77.

⁴²⁷ Там же. С. 77–78.

нового элемента в системе вещных исков. В последнем случае разработчиками Концепции решаются методически важные вопросы определения сферы действия каждого из поименованных ими же вещных исков, что никак не имеет отношения к искомой цели строгого перечисления вещно-правовых исков в рамках закрытого (исчерпывающего) перечня.

Осмысление приведенных особенностей законодательного регулирования принципа закрытого перечня позволяет утверждать, что *numerus clausus* не является признаком как абсолютного, вещного, так и любого иного субъективного гражданского права, а чертой юридического метода регулирования тех или иных гражданских правоотношений, интересам участников которых, третьим лицам и правопорядку соответствует тип регулирования, посредством которого законодателем осуществляется принудительное определение видов и содержания тех юридических отношений, в которые могут вступить стороны, устанавливается закрытый перечень возможных юридических оснований их возникновения, изменения или прекращения.

Применительно к нормативному закреплению четкого перечня вещных прав значение *numerus clausus* состоит в сочетании имплицитного запрета на создание не поименованных законом видов субъективных прав соглашением сторон, что характерно для правонаделения⁴²⁸, проявляющегося в данном случае в форме императивной черты метода регулирования гражданских правоотношений (в значении установления объективным правом оснований возникновения и пределов осуществления конкретных субъективных прав), и свободы субъектов гражданских прав по своему усмотрению создавать регламентированные законом виды субъективных прав, что соответствует

⁴²⁸ Следует согласиться с В.Ф. Яковлевым в том, что правонаделение представляет собой именно «черту регулирования» нормами объективного права гражданских правоотношений (См.: Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений: дис... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1972. С. 150.) и, напротив, посчитать спорным суждение О.Г. Ломидзе, что правонаделение может пониматься как «установление субъективного права одного лица в отношении социального блага, принадлежащего до этого момента другому лицу» (Ломидзе О.Г. Правонаделение в гражданском законодательстве России: дис... д-ра юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2003. С. 47), поскольку при таком понимании функции гражданско-правового регулирования сливаются с юридическими фактами, влекущими возникновение конкретных субъективных гражданских прав.

дозволению как черте диспозитивного метода гражданско-правового регулирования.

Изложенное позволяет сформулировать следующие выводы:

Закрытый перечень (*numerus clausus*) содержательно характеризует одну из черт императивного метода регулирования гражданских правоотношений, задавая строгие рамки автономии воли субъекта права в осуществлении его гражданской правоспособности, и не является идентифицирующим признаком отдельных видов субъективных гражданских прав, поскольку принцип закрытого перечня не отражает специфики содержания какого бы то ни было субъективного права.

Отклонения (отступления) от закрытого перечня субъективных прав, как правило, инициированы правоприменительной практикой, дающей объективную оценку состоянию и эффективности правового регулирования и направляющей законотворческий процесс по пути преодоления неопределенности в праве. Например, эфитевзис, суперфиций, преимущественное право покупки, право вещных выдач изначально регулировались договорами и лишь вследствие накопления правоприменительной практикой опыта их использования в обороте были императивно регламентированы законодателем.

И в вещном, и в обязательственном праве императивное регулирование типов правоотношений является вынужденным вмешательством в свободу усмотрения субъектов частного права – с той лишь разницей, что в вещном или корпоративном праве *numerus clausus* означает категорический императив, имплицитный запрет создания соглашения субъектами непоименованного в законе вида вещного права или вида юридического лица (корпорации), а в обязательственном (договорном) праве императивные предписания правовых норм составляют регулятивный механизм, устанавливающий необходимые условия возникновения и осуществления субъективных гражданских прав (например, обязательные требования к форме сделки, установленные в законе существенные условия договора, система типов и видов договоров).

§ 5. Абсолютность исключительных прав

Предпосылки становления теории и законодательного регулирования исключительных прав как первичных факторов, обосновывающих их специфику как особого вида субъективных прав, следует связать с развитием

человеческого интеллекта, культуры общества и правопорядка, подъемом уровня правового регулирования над сферой только меновых имущественных отношений, возникающих и существующих в обороте по поводу присвоения и оборота материальных объектов прав. Очевидно, что регулировать эти отношения специальными правовыми средствами стало возможным и необходимым только на этапе перманентного и нарастающего развития производственных отношений в капиталистическом обществе в условиях высокого уровня правовой культуры, уважающем значимость результатов интеллектуального труда, где интеллектуальный прогресс отдельной личности означал и развитие общества в целом. Признание правом значимости продуктов интеллектуальной деятельности знаменует новый этап развития правового регулирования и правосознания в обществе. В этих условиях результаты интеллектуального труда приобрели форму товара, оборот которого нуждался в специальном правовом регулировании, поскольку принципы регулирования вещных и обязательственных прав оказались для этого неприемлемыми. По этим причинам ни фрагментарного, ни развернутого правового регулирования исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (*Ausschließungsrecht* – дословно право исключения) не удастся обнаружить в источниках римского права, иных правовых системах рабовладельческой и феодальной формаций.

В частоте сравнений исключительных прав с вещными и обязательственными нет ничего удивительного или неожиданного, поскольку совершенно естественно, что на первоначальных этапах при исследовании вновь возникшего правового отношения в связи с расширением перечня объектов гражданских прав используются аналогии с уже существующими и многократно опробованными инструментами правового регулирования и теоретического моделирования. Уяснение индивидуальности исключительных прав способствовало их обособлению в гражданско-правовом регулировании, ограничению употребления в российском гражданском законодательстве понятия интеллектуальной собственности. В отождествлении происхождения и содержания вещных и исключительных

прав возможно усмотреть влияние проприетарной концепции, построенной на поиске их сходства, но не на смешении. Сторонники проприетарной концепции считают, что акт творения – произведение – является объектом права собственности (по иному толкованию временной собственности), который автор присвоил себе наравне с любой другой вещью как результат индивидуального творчества⁴²⁹, но признают, что интеллектуальная собственность существенно отличается от права собственности на телесные вещи, хотя и заимствует основные характеристики последнего, к примеру – присвоение имущественной ценности⁴³⁰. В теории специально оговаривается, что речь в данном случае идет об оформлении прав на проявившиеся во вне свойства таланта. Впрочем, появление в данном контексте понятия собственности не кажется нам случайностью, французская цивилистика изначально различает терминологическую основу понятий авторского права и литературной собственности: литературная и художественная собственность идентифицирует автора как создателя, в то время как авторское право предохраняет произведение от несанкционированного копирования⁴³¹. В конце XVII века во Франции с появлением защиты интересов автора понятия литературной (художественной) собственности и авторского права сосуществовали. До этого рукопись рассматривалась в качестве товара, который принадлежал на правах собственности своему автору – постоянному владельцу и хозяину труда своего творчества, ее можно было передать по наследству как объект права собственности, а издатель, выкупив рукопись, мог не ссылаться на имя автора при публикации⁴³².

Развернутая регламентация исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в правовой системе несомненно свидетельствует об уважении и охране правопорядком индивидуальных и творческих способностей личности, стимулировании пионеров на ниве искусства, культуры и техники, усилия которых продвигают общество на

⁴²⁹ Recht P. Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété: histoire et théorie. Paris, 1969. P. 229

⁴³⁰ Dietz A. Le droit d'auteur dans la Communauté européenne. Paris, 1976, P. 72.

⁴³¹ См. Renouard A.C. Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts. Paris, 1839. T. I, II.

⁴³² См. Viala A. Naissance de l'écrivain, Les éditions de minuit. Paris, 1985, P. 86; Strowel A. Droit d'auteur et copyright. Louvain, 1993. P. 85.

пути улучшения условий быта и качества жизни, повышения духовного уровня восприятия мира, научно-технического прогресса. Речь идет о новом этапе и условиях развития имущественного оборота, появлении в нем новых объектов правового регулирования, объективной необходимости создания механизма закрепления прав и оборота продуктов и результатов интеллектуального труда. Темпами развития имущественных отношений, последовательным признанием правом роли личности в создании продуктов интеллектуального труда как объективными факторами развития общества и правовой системы продиктована необходимость признания самостоятельного вида гражданских прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации товаров.

Названными обстоятельствами в совокупности вызвана объективная необходимость создания специальных механизмов правового регулирования исключительных прав, потребность в исследованиях их сущностных черт и содержания.

Принципиально иная природа и задачи регулирования исключительных прав в сравнении с вещными правоотношениями никак не способствовали повсеместной и одномоментной радикально-революционной смене подхода к их пониманию в науке гражданского права, чем и объясняются первоначальные попытки рассмотрения исключительных прав в канве особых разновидностей отношений собственности (литературной, музыкальной, промышленной)⁴³³, что говорит о последовательном закреплении специфики исключительных прав в законодательстве, правоприменительной практике, правовой доктрине. Немедленно следует отметить, что с вещным исключительное право роднит только внешняя и то отдельная характеристика – потребность во всесторонней защите, которая в отрыве от существа складывающегося правоотношения не может свидетельствовать о связанности вещных и исключительных прав: абсолютность защиты, действующая в отношении неопределенного круга

⁴³³ См.: Табашников И.Г. Литературная, музыкальная и художественная собственность. СПб., 1878. С. 173.

лиц, и пассивная обязанность по ненарушению исключительных прав, падающая на всех, кроме управомоченного субъекта права.

Выделение исключительных прав в отдельную группу субъективных гражданских прав видится результатом эволюции научных воззрений на правовую природу интеллектуальных прав в юридической науке, которая протекала последовательно, но не стихийно и не одномоментно, что объясняет компромиссы и сомнения, предлагаемые исследователями. Г.Ф. Шершеневич обращал внимание на сходство исключительных прав с правами вещными и обязательственными, заостряя внимание на их существенных различиях, одним из первых указав, что место исключительных прав в классификационной системе субъективных гражданских прав находится «между вещными и обязательственными правами». В частности, ученый отмечал, что исключительное право имеет имущественный характер, его сближают с вещными правами характер и диапазон юридического действия в отношении всех лиц, но существенно различают объект права и возможность субъекта исключительного права распространять созданное произведение, получая вследствие этого имущественную выгоду; от обязательственного права исключительные права отличает действие всеобщего запрета на подражание⁴³⁴. Вместе с тем следует отметить неоднородность существующих подходов к исключительным правам, их месту в классификации субъективных прав, соотношению с вещными и обязательственными правами в теории гражданского права. А.М. Гуляев специально не выделяет класса исключительных прав, ограничиваясь указанием на то, что авторские права принадлежат к абсолютным, их объектом является возможность исключительно в своих интересах пользоваться своим творчеством и его результатами. Осуществление этих прав характеризуется «признаками исключительности и независимости от лица постороннего», такие права могут быть объектом владения, пользования и распоряжения *inter vivos* и *mertis causa*», этот характер позволяет считать

⁴³⁴ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 66-73.

их квалифицированной собственностью⁴³⁵. А.Я. Канторович отмечает, что «права авторские и промышленные носят название исключительных. Название это присвоено этим правам потому, что охрана их в современном праве сводится к предоставлению управомоченному исключительной привилегии или монополии производить известные действия, доставляющие ему выгоду из продуктов его творчества, с воспреещением всем другим производить эти действия или извлекать выгоду из этих продуктов творчества»⁴³⁶. Ученый отмечает сходство вещных и исключительных прав в наличии определенного управомоченного и пассивно обязанного лиц и их главное отличие, состоящее в объекте права. Отмеченное сходство, по нашему мнению, присуще большинству из существующих субъективных прав и никак не выделяет специфики исключительных прав. П.И. Стучка понимал исключительные права как объединяющие авторское право, патентное право на изобретение, к которым присоединяются права на товарный образец, товарный знак и фирму. Идея исключительных прав в «закреплении привилегии на захват части прогресса человеческой мысли в пользу отдельных лиц», ученый соглашается с правильностью отнесения исключительных прав к числу вещных, поскольку они подлежат абсолютной защите⁴³⁷. А.А. Пиленко весьма четко отграничил авторские и патентные права от вещного и обязательственные права в системе субъективных прав, определив в заключении, что «патентное право есть авторское право в области техники. Авторское же право есть абсолютно-генеричное право на нематериальный объект»⁴³⁸. По мысли А.А. Пиленко, патентное право абсолютно, его содержание составляет «право запрещения, не позволяющее третьим лицам экономически пользоваться данным объектом», «патентное право есть право запрещения, обращенное ко всем третьим лицам»⁴³⁹. Такая точка зрения получила широкое распространение в юридической литературе: определение абсолютности в изобретательском праве «характеризует

⁴³⁵ Гуляев А.М. Русское гражданское право. Пособие к лекциям. СПб., 1913. С. 290.

⁴³⁶ Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. Харьков, 1928. С. 195.

⁴³⁷ Стучка П.И. Курс советского гражданского права. Л., 1931. Т. 3. С. 62.

⁴³⁸ Пиленко А.А. Право изобретателя. М., 2001. С. 674.

⁴³⁹ Там же. С. 729, 740.

пассивную сторону правоотношения, ибо праву автора корреспондирует обязанность всех остальных участников гражданского оборота признать, что то или иное мероприятие, тот или иной метод работы является результатом труда автора, и воздерживаться от нарушения этого прав авторства»⁴⁴⁰.

В буквальном смысле с этими утверждениями сложно согласиться, поскольку консервация содержания субъективного права предпосылаемыми третьим лицам ограничениями нивелирует значимость субъективного права как регулятора правомерных и добросовестных действий субъекта гражданских правоотношений, в отношении которого могут действовать установленные законодательством ограничения на собственные действия, следующие как из прямо установленных запретов, так и правовых принципов (добросовестность). Спорно высказанное утверждение не только с точки зрения общетеоретического смысла юридической конструкции субъективного права, но и с позиций существа регулируемой патентным правом сферы общественных отношений, поскольку именно патент предоставляет патентообладателю «монопольное преимущественное положение», «исключительное право на применение изобретения», которое является необходимым условием разработки и внедрения применения новых, усовершенствования прежних методов и средств производства, что в первую очередь предполагается при регулировании патентных прав. Патент предоставляет именно правовую возможность собственных положительных действий и не исчерпывается гарантируемой законодательством возможностью «права запрещения», нонсенсом является ситуация, когда патентообладатель не использует патент. Без активных действий патентообладателя по использованию запатентованного произведения невозможен и научно-технический и инновационный прогресс всего общества в целом. По этим причинам сведение патентного права к праву запрещения не достигает своей цели при освещении предоставленных патентообладателю правовых возможностей, а по сути показывает действие патентного права в отдельных фрагментах – запрете, который является

⁴⁴⁰ Райгородский Н.А. Изобретательское право СССР. М., 1949.С. 140-141.

только внешним юридическим отражением права патентообладателя в отношениях с третьими лицами.

При понимании патентного права только как разновидности «права запрещения» обнаруживается и другая негативная сторона. Субъективное право является правовым средством удовлетворения интереса правообладателя. Субъективное патентное право не может в условиях императивно установленной всеобщей обязанности по добросовестному осуществлению гражданских прав (ст. 10 ГК РФ) трансформироваться в гипертрофированную возможность совершения действий, создающих вынуждающие условия для выкупа патента или заключения лицензионного договора действующими на рынке производителями и инноваторами с патентообладателем (часто фактически номинальным), в выжимание денежных средств у крупных инноваторов под страхом разжигания или ведения, как правило, долгосрочной и материально затратной тяжбы в суде, которая может сопровождаться еще и наложением обеспечительных мер в виде ограничений на использование объектов интеллектуальной собственности в производственном цикле ответчика по инициативе истца-патентообладателя.

Патентное право изначально не преследовало целей только обеспечить монопольное, граничащее с произволом, правовое господство и превосходство патентообладателя, имея в виду прежде всего общественную полезность и значимость запатентованного произведения для развития общества, убыстрения темпов научно-технического прогресса, роста технологий и инноваций. Предоставление патента следует рассматривать как шаг в развитии конкурентного рынка.

Пониманию патентного права только как разновидности запрета, обращенного к третьи лицам, препятствует и международный опыт, о чем свидетельствует выработанный правоприменительной практикой принцип патентного эстоппеля, в соответствии с которым в защите права по патенту судом может быть отказано, если будет установлено, что ответчик в своих действиях полагался на сделанные патентообладателем заверения о том, что

им не будет предприниматься попыток по осуществлению прав по патенту и нарушение таких заверений причиняет ответчику значительный имущественный вред вследствие предъявления к нему патентообладателем иска. В связи с этим необходимо учитывать, что современное развитие и условия рынка объектов интеллектуальной собственности, с одной стороны, способствовали диверсификации корпоративных активов крупных корпораций и их инвестирование не только в недвижимость и рынок ценных бумаг, но и в объекты интеллектуальной собственности, а с другой стороны, спровоцировали рост патентования давно известных и широко используемых в производстве технических решений (например, забор, бублик, лестница, трубопровод и др.) с осознанным намерением заявителя вести недобросовестную конкурентную борьбу и «патентные войны», конечные цели которых ограничиваются шантажом и вымогательством весьма значительных денежных средств у крупных компаний, использующих в своей деятельности формально патентованные технические решения фирмами, созданными преимущественно без цели производства, циклы которого предполагают использование таких решений.

Отсюда и разноплановый, осторожный подход современной международной практики к удовлетворению исков о запрете использования объектов интеллектуальной собственности как способа защиты при нарушении исключительного права патентообладателя, в основе которого лежит всесторонняя оценка обстоятельств конкретного дела: причиненный вред патентообладателю, характер и цели используемого истцом запрета (компенсация, предупреждение будущих нарушений или только репрессивная санкция), реальность использования запатентованных решений и технологий в деятельности патентообладателя, предоставленная ответчику возможность сделать возражения на заявленные исковые требования (например, представить доказательства недействительности патента истца, согласия патентообладателя, подтверждающие согласованность совершенных ответчиком действий, неиспользования истцом в своей производственно-хозяйственной деятельности запатентованных технических

решений и др.), возможность присуждения не к запрету использования объекта интеллектуальной собственности, а к признанию за патентообладателем только права на возмещение причиненных убытков при условии их доказанности. Неслучайно и то, что в п. 1 ст. 1252 ГК РФ пресечение действий, нарушивших или создавших угрозу нарушения исключительного права, названо в числе одного из возможных способов защиты исключительных прав. В современных исследованиях говорится о целесообразности и необходимости модернизации понятия исключительного права в теории и законодательстве⁴⁴¹, в связи с чем предлагается перейти от простой констатации того, что исключительное право предоставляет возможность использования и запрещения аналогичного использования третьим лицам, к пониманию исключительного права как «совокупности срочных дискреционных правомочий субъекта осуществлять контроль посредством методов запрета и разрешения за коммерческим использованием объектов интеллектуальной собственности», что должно способствовать осмыслению того, что «факт обладания патентом не делает автоматически правомерным все действия правообладателя, так или иначе сопряженные с конкретным объектом интеллектуальной собственности»⁴⁴². Представляется, что рассмотрение исключительного права как разновидности абсолютного права, гарантирующего беспрекословную защиту патентообладателя независимо от его действий по использованию патента в производственной деятельности, в немалой степени способствует злоупотреблениям и нецелевому использованию исключительных прав их номинальными правообладателями, что актуализирует вопрос о самостоятельной квалификации исключительных прав в системе субъективных гражданских прав, осуществление и защита которых строится с учетом их специфики.

⁴⁴¹ Традиционная точка зрения исходит из того, что содержание исключительного права состоит в запрещении всем третьим лицам использования объекта интеллектуальной собственности, поскольку эти правомочия принадлежат обладателю права, что «придает исключительный характер праву – возможность «исключать» всех третьих лиц (Гаврилов Э.П. Правовая охрана внешнего вида промышленных изделий (промышленных образцов) в СССР и зарубежных странах: дис... канд-та юрид. наук. М., 1966. С. 98).

⁴⁴² См.: Ворожевич А.С. Исключительное право: сущность, принципы и пределы защиты // Вестник гражданского права. 2013. № 6. С. 83.

С.И. Раевич настаивал на самостоятельном регулировании и правопонимании исключительных прав, одновременно характеризуя их принадлежностью к группе прав абсолютных, отмечая при этом наибольшее сходство с правами вещными, но усматривая и не менее существенные отличия в объекте⁴⁴³. Он же предрекал развитие исключительных прав в условиях восстановления товарного оборота⁴⁴⁴. Им выделены две не утратившие актуальности в современных условиях тенденции развития исключительных прав: 1) расширение круга общественных отношений, подпадающих под действие исключительных прав; 2) ослабление монополистического характера исключительного права в интересах общества в целом⁴⁴⁵. Подтверждением сказанному служат последовательное расширение перечня объектов исключительных прав, установление законом ограничений монопольной власти субъектов исключительных прав (законодательные правила о принудительной лицензии, праве преждепользования, свободном использовании результатов интеллектуальной деятельности в случаях, предусмотренных законом (1273-1280, 1359 ГК РФ), и др.), срочности действия исключительных прав независимо от воли и активных действий субъекта права (исчерпание патентных прав, сроки действительности исключительных прав, установленные национальным законодательством). Эти меры направлены на обеспечение роста научно-технического прогресса, юридического равноправия субъектов гражданского права в русле предупреждения злоупотребления правами и доминирующим положением на рынке, воспрепятствование проявлениям недобросовестной конкуренции и произволу правомочных лиц в осуществлении их исключительных прав посредством запрета. Необходимость регламентации исключительных прав на национальном и наднациональном уровне правового регулирования одновременно связывается с предупреждением недобросовестной

⁴⁴³ См.: Раевич С.И. Исключительные права. Право на товарные знаки, промышленные образцы, изобретения, авторское право. Л., 1928. С. 3-6.

⁴⁴⁴ Там же. С. 136.

⁴⁴⁵ Раевич С.И. Две тенденции развития системы исключительных прав в буржуазном законодательстве эпохи империализма // Революция права. 1927. № 1. С. 101.

конкуренции и показывает необоснованность рассмотрения субъекта исключительного права как обладателя абсолютной монополии после «первой продажи», отсекающей для первоначального продавца возможность обременять последующие сделки дополнительными комиссиями и директивно определенными по его усмотрению фиксированными ценами реализации и перечнем рынков сбыта. В связи с этим в современной юридической литературе уже было справедливо отмечено, что принцип исчерпания характерен для всех видов исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации⁴⁴⁶.

В советской юридической литературе по авторскому и изобретательскому праву отмечалась неоднозначность понимания исключительности права, высказывались сомнения в целесообразности его использования в законодательстве вследствие неопределенности такой характеристики, возможности отнесения к группе исключительных прав субъективных прав иной юридической природы. Е.А. Флейшиц и Б.С. Антимонов отмечают, что в основе характеристики исключительности авторского права лежит идея неотъемлемости от автора предоставленных правомочий («неотчуждаемость»; «неотторжимость» от личности автора в течение его жизни или иного, установленного законом срока; императив возникновения авторского права только у автора), что является стимулом авторского творчества⁴⁴⁷. Е.А. Флейшиц и Б.С. Антимонов не отрицают, что характер исключительности может быть предоставлен иным субъективным правам (право собственности; право на товарный знак; право на фирму; право на промышленный образец). Но тогда непонятно, почему права, причисляемые к исключительным, отвечают этому признаку лишь в части и применительно к конкретному из видов исключительных прав, ведь объем этой «исключительности» каждый раз различен и определяется по индивидуальным критериям в зависимости от режима объекта исключительных прав.

⁴⁴⁶ Гхош Ш. Имплементация доктрины исчерпания прав: выводы, основанные на национальном опыте // Торговая политика. 2015. 4/4.

⁴⁴⁷ См.: Флейшиц Е.А., Антимонов Б.С. Авторское право. М., 1957. С. 58; 61; .

Нельзя не отметить правоту Н.А. Райгородского, который подчеркивал, что право авторства как право на авторскую честь в изобретательских правоотношениях предполагает, что правовая охрана авторства стимулирует развитие изобретательства⁴⁴⁸. Каждое новаторское предложение в науке и технике является выражением индивидуальности автора, носит «печать» личности автора, и с этой точки зрения право авторства на предложения однородно с правом авторства на произведение литературы, науки и искусства, в связи с чем праву авторства одновременно дается несколько характеристик: право авторства является личным, исключительным, абсолютным, неотчуждаемым и бессрочным⁴⁴⁹. Объектом авторского права является произведение литературы, науки и искусства, которое может быть воспринято чрезвычайно широким, неограниченным кругом лиц⁴⁵⁰, его отличает творческий характер и работа автора: если работа носит строго технический характер, то нет оснований и к применению норм авторского права, что говорит о том, что признак творчества является квалифицирующим при определении к объекту норм авторского права⁴⁵¹. В.И. Серебровский предельно широко и практически всеобъемлюще определял понятие и сферу действия исключительных прав: «под исключительными правами в теории гражданского права обычно понимаются субъективные права, обеспечивающие их субъектам исключительные правомочия на совершение известных действий, с одновременным запрещением всем прочим лицам без согласия субъектов этих прав совершения указанных действий (позитивная, или положительная, и негативная, или запретительная, стороны исключительных прав)»⁴⁵².

В эпоху восстановления в России частноправовых отношений, принципов и механизмов их правового регулирования именно В.А. Дозорцевым сформулировано понятие исключительного права, предложена система таких прав. В.А. Дозорцев отмечал условность термина

⁴⁴⁸ Райгородский Н.А. Изобретательское право СССР. М., 1949. С. 24, 31, 135.

⁴⁴⁹ Там же. С. 138.

⁴⁵⁰ Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956 С. 21.

⁴⁵¹ Там же. С. 38-39.

⁴⁵² Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956 С. 23.

«исключительное право», оговаривая, что под ним следует понимать абсолютное право на нематериальный объект с включением более широкого объема правомочий и средств защиты⁴⁵³, а сам «нематериальный объект, в отличие от объекта права собственности, никак не ограничен в пространстве, никакого владения им существовать не может. Следовательно, он может быть использован неограниченным количеством лиц»⁴⁵⁴.

Следует разобраться с тем, что придает и отражает характеристика абсолютности исключительных прав. В зарубежной юридической литературе отмечается, что для субъектов исключительных прав (права авторов, патентообладателей, изобретателей полезных моделей, правообладателей на товарные знаки, знаки обслуживания) правопорядок формирует особое содержание права, которое характеризуется эксклюзивностью (*Ausschliesslichkeitsrecht*) и абсолютностью, действием в отношении любого⁴⁵⁵. При этом исследователи преимущественно ограничиваются только констатацией этих характеристик⁴⁵⁶, что вследствие многократного употребления формирует не научно обоснованное положение, а стереотип, использование которого чревато неясностью интерпретаций в каждом конкретном случае. Такие утверждения применительно к специфике регулирования и осуществления интеллектуальных прав (строго определенной области правового регулирования) сами по себе являются неопределенными и бессодержательными в связи с неясностью общего смысла приписываемой исключительным правам абсолютности. Следует помнить, что предусмотренные законодательством способы защиты гражданских прав на случай их нарушения являют собой только внешний охранительный рубеж, но нисколько не говорят о сущности охраняемого права. Верно указывается, что по поводу абсолютности интеллектуальных прав на бестелесные объекты мало сказано определенного и даже власть лица над объектом определена самим законодателем по кругу допустимых

⁴⁵³ См.: Дозорцев В.А. Новая эра в охране исключительных прав // Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации. М., 2003. С. 15.

⁴⁵⁴ Там же. С. 37.

⁴⁵⁵ Eisenmann H., Jautz U. Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: mit 55 Fällen und Lösungen. Heidelberg, 2012. S. 5.

⁴⁵⁶ Hoffmann M., Richter T. Geistiges Eigentum in der Betriebspraxis. Wiesbaden, 2011. S. 318

критериев дозволения (Schutzbereiches), которые не свидетельствуют об абсолютности права (круг правомочий и обязанных лиц, территориальные ограничения и т.д.)⁴⁵⁷. Анализ юридической литературы показал, что современные исследователи только констатируют, что абсолютные права не замыкаются вещными, к ним относятся и права интеллектуальной собственности, в частности, авторские и патентные права. Абсолютность последних необходима для обеспечения защиты правообладателя от нарушений любого и каждого по аналогии с вещными правами⁴⁵⁸, поскольку нарушение абсолютных прав приводит к несправедливой выгоде и преимуществам (Erfolgsunrecht) нарушителя⁴⁵⁹, но принятие такого подхода провоцирует постановку вопроса об ограничениях действия кондикционных требований целями защиты только абсолютных прав, что едва ли может быть обосновано⁴⁶⁰. В отдельных случаях при характеристике интеллектуальных прав делаются существенные оговорки в части обоснования их абсолютности. В частности, говорится, что «смежные права (droits voisins) конкретизируют специфическим образом (ограниченную) эксклюзивную защиту для особых субъектов ..., не достигая, однако, уровня абсолютных прав: права на защиту результатов творческой деятельности не обосновывают существования новых субъективных прав, поскольку товар остается взаимозаменяемым даже при выдающемся качестве». Далее делался вывод о том, что «характер предоставляемого законодательством исключительного права не означает приравнивания к абсолютным правам. Эксклюзивность защищает не правообладателя, а товар сам по себе». Здесь же указывалось, что «права на защиту результатов творческой деятельности обосновывают квалифицированное положение лица, пользующегося правами на защиту результатов творческой деятельности, в том числе в соответствии с законодательством, регулирующим отношения между конкурентами, и тем

⁴⁵⁷ Ensthaler J. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Berlin-Heidelberg-NewYork, 2013. S. 120.

⁴⁵⁸ Henn G. Patent- und Know-how-Lizenzvertrag: Handbuch für die Praxis. Heidelberg, 2003. S. 37; Peifer K-N. Individualität im Zivilrecht. Tübingen, 2002. S. 133-135.

⁴⁵⁹ Neuhaus S. Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht. Tübingen, 2011. S. 158.

⁴⁶⁰ Можно встретить утверждения, что при применении кондикции при защите интеллектуальных прав презюмируется существование нарушенных абсолютных прав (Ebert В. Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht. Berlin, 2001. S. 53.).

самым способствуют созданию промежуточного пространства между абсолютными и относительными правами»⁴⁶¹.

Приведенные точки зрения показывают, что абсолютность исключительных прав связывается только с целями усиления действующего механизма защиты, но не с их природой и содержанием. Важность вопроса охраны и защиты исключительных прав не должна непременно связываться с их абсолютностью.

Известно, что в современных условиях оборота объекты интеллектуальной собственности имеют высокую привлекательность для инвесторов-крупных производителей товаров, в связи с чем их оборот требует не меньшей охраны и защиты в сравнении абсолютными правами – «незащищенность инноваций принесет неосновательную пользу и выгоду третьим лицами, которые смогут использовать результаты чужого интеллектуального труда без каких-либо затрат и компенсаций, что приведет к упадку стимулов инновационного процесса», деградации научно-технического прогресса, хотя здесь справедливо признается, что в отличие от вещного права интеллектуальная собственность «реагирует на позитивные факторы», не находится в изоляции от темпов общественного развития и технологий. В связи с этим утверждается, что абсолютность интеллектуальных прав направлена на: 1) защиту от противоправных действий третьих лиц во избежание факторов внешнего противоправного воздействия; 2) содействие производству и приумножению общественнополезных знаний и навыков⁴⁶². При этом остается неясным, почему именно причисление исключительных прав к числу абсолютных, а не расширение диапазона защиты исключительных прав в законодательстве должно выступить действенной опорой развития и охраны исключительных прав. Не обнаруживается ответа на этот вопрос и в комментариях ГК РФ, где сообщается, что законодательная характеристика содержания исключительных прав (закрепленные законодателем правомочия

⁴⁶¹ См.: Weber R.H. Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten? S. 588.

⁴⁶² Heinemann A. Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung: eine grundlagenorientierte. Tübingen, 2002. S. 21-22.

правообладателя по своему усмотрению использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации и корреспондирующая обязанность всех других лиц воздерживаться от их использования) свидетельствует об абсолютном характере исключительного права⁴⁶³. В связи с таким размытым пониманием абсолютности позволительно спросить: какое же из известных субъективных гражданских прав не предусматривает возможность для управомоченного лица по его усмотрению совершать действия по осуществлению права, налагая запрет на совершение аналогичных действий для всех прочих неуправомоченных лиц. Соответственно, понимание абсолютности исключительного права не может исчерпываться только наличием управомоченного и противостоящих ему обязанных лиц.

Несовершенство (пробельность) положений российского законодательства о защите исключительных прав от их узурпации третьими лицами вынуждает исследователей положительно разрешать вопросы о корректности применения виндикационного иска к исключительным правам на товарные знаки в силу аналогии права и острой потребности жизни (например, в случае неправомерного отчуждения права на товарный знак по недействительной сделке (без воли и согласия правообладателя) с последующим возмездным приобретением исключительного права на товарный знак третьим лицом, который заявляет о своей добросовестности и одновременно о действительности сделки по приобретению прав на товарный знак в силу нерассмотрения судом вопроса о ее

⁴⁶³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) под ред. Л.А. Трахтенгерц, М., 2015. Т. 1. (Павлова Е.А.). С. 87.

недействительности)⁴⁶⁴. В любом случае приверженность такой аналогии только визуально, но не содержательно сближает исключительные права с наиболее распространенным видом абсолютных прав – вещными правами.

В обоснование выводов об абсолютности исключительных прав учеными в большинстве случаев используется бессодержательное понимание абсолютных прав, согласно которому управомоченному субъекту непременно должен противостоять неопределенный круг пассивно обязанных лиц. Однако, как мы уже установили ранее, соблюдение обязанности по невмешательству и ненарушению чужого субъективного гражданского права не может считаться идентифицирующим признаком абсолютных прав, поскольку ни в одном из правопорядков не существует видов/типов субъективных прав, вмешательство или нарушение которых не расценивалось бы как правонарушение, а пресечение последнего не полагалось бы на волю и усмотрение правообладателя. Едва ли могут претендовать на универсальность утверждения о том, что «абсолютный характер требований следует из наличия творческой уникальности

⁴⁶⁴ Сергеев А.П. Применение правил о виндикации к разрешению споров по поводу товарных знаков // Закон. 2017. № 1; Васильева Т.В. Некоторые размышления о защите интеллектуальных прав от узурпации третьими лицами (на примере России и Франции) // Закон. 2017. № 1. Потребности оборота требуют включения специального регулирования на этот случай в общие нормы о защите исключительных прав в ГК РФ, но даже при отсутствии специального регулирования следует видеть существенные различия. Сходство наблюдается только в экономических последствиях правонарушения – утрете правообладателем объекта права и в том, что исключительные права, как и вещные потенциально могут быть нарушены любыми третьими лицами. Препятствием к аналогии является не только несопоставимость правовых режимов вещных и исключительных прав и их объектов, но и невыполнение главного условия применения виндикации: истец по своему статусу изначально не может рассматриваться как его невладеющий обладатель (собственник), утративший владение товарным знаком помимо своей воли. Требования потерпевшего сводятся исключительно к признанию за ним статуса субъекта права на товарный знак с одновременным погашением этого права на стороне ответчика, которые возможно соединить с требованием о возврате всех полученных доходов за время неправомерного использования товарного знака. Налицо спор о праве и его опровержении на стороне ответчика, который при удовлетворении заявленных требований присуждается еще к возврату неправомерно полученных доходов. Во французском праве *l'action en contrefaçon* используется как специальный способ исковой защиты интеллектуальных прав, часто как противодействие недобросовестной конкуренции (Cass. com., 7 juin 2016, pourvoi n°14-26.950), его применение предполагает в первую очередь пресечение правонарушения и в качестве возможных правовых последствий может влечь гражданско-правовую ответственность для нарушителя и применение к нему мер взыскания (штрафы, конфискация контрафактных товаров). Такие характеристики говорят именно о самостоятельности иска, но никак не о его общем или квазивещном характере.

объекта»⁴⁶⁵, поскольку к примеру, требования, вытекающие из права собственности, не находятся в прямой зависимости от степени уникальности объекта права – индивидуально-определенной вещи, а сами исключительные права на средство индивидуализации товара, работы или услуги не всегда связаны с уникальностью и творческим характером товара, для индивидуализации которого используются средства индивидуализации.

Отнесению исключительных прав к числу абсолютных препятствует их содержательная и структурная специфика (возможность принадлежности исключительных прав нескольким не связанным друг с другом правообладателям, широкие возможности осуществления исключительных прав без согласия правообладателей), которая не позволяет однозначно утверждать, что исключительные права опосредуют обособленную правовую связь единственного правообладателя с объектом права, в то время как осуществление абсолютного права всецело зависит от волеизъявления и интереса только одного субъекта права или нескольких взаимосвязанных лиц как правовой общности, в совокупности образующих единый интерес и формирующих общее волеизъявление при осуществлении и защите принадлежащего им совместно права. Совокупность субъектов исключительных прав на один и тот же объект не позволяет во всех случаях говорить о них как о правовой общности, члены которой преследуют общие интересы в связи с осуществлением и защитой исключительных прав.

В юридической литературе высказано мнение, что возможность принадлежности любого гражданского права одновременно нескольким субъектам «вытекает из основных начал гражданского законодательства» за изъятиями, прямо предусмотренными законом», что якобы «принадлежность гражданского права упоминается в Кодексе...лишь когда нужно урегулировать отношения, складывающиеся между этими совладельцами либо между совладельцами и третьими лицами»⁴⁶⁶. Как нам представляется, принадлежность одного права нескольким лицам обуславливает специальные

⁴⁶⁵ Weber R.H. Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten? S. 592.

⁴⁶⁶ Гаврилов Э.П. Исключительное право, принадлежащее нескольким лицам // Хозяйство и право. 2009. № 3 С. 58.

(экстраординарные) случаи, требующие максимальной детализации в правовом регулировании относительно юридической силы и последствий совершаемых действий одним из таких субъектов, связанности такими действиями других лиц, в то время как само отнесение субъектов одного и того же права к группе «совладельцев» выглядит крайне некорректно и неточно. В любом случае в этих случаях речь идет о специальном правовом регулировании возникающих отношений.

Опыт правового регулирования и правоприменения показывает, что «общность», если не источник разногласий, то совсем не гарантия согласованного волеизъявления нескольких субъектов права и гармонизации их внутренних отношений, из чего следует, что полагаться на урегулирование порядка осуществления принадлежащего исключительного права нескольким лицам их совместным соглашением друг с другом весьма опрометчиво, поскольку такие субъекты не всегда будут заинтересованы в заключении этого соглашения и координации собственных действий по поводу объекта исключительного права.

В ст. 1229 ГК РФ дифференцированы режимы принадлежности исключительного права на один объект нескольким лицам: в одном случае определен правовой режим использования исключительного права несколькими лицами совместно, что предполагает их совместные согласованные друг с другом действия, порядок совершения которых определяется договором между ними (согласованное волеизъявление в юридически значимых действиях), в другом имеются в виду случаи возникновения исключительных прав на один и тот же объект у нескольких лиц независимо от друг друга, когда такие действия совершаются несвязанными между собой субъектами исключительного права собственными действиями и уже в своем личном интересе (автономное волеизъявление, субъекты которого при осуществлении исключительного права не зависят друг от друга)⁴⁶⁷. В первом случае наблюдается

⁴⁶⁷ В комментариях отмечается, что в случае совместного обладания использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации законодателем диспозитивно сохраняется за каждым из правообладателей по личному усмотрению каждого из них, но распоряжение исключительным

множественность лиц на стороне одного субъекта права - правообладателя, где действия каждого лица ограничены их соизмерением с интересами «общего дела» и интересами другого лица⁴⁶⁸(ч. 2 ст. 1229 ГК), во втором - нескольких равноправных субъектов, действующих независимо друг от друга, каждый в своем собственном интересе при осуществлении правомочий, составляющих содержание исключительного права (ч. 4 ст. 1229 ГК РФ). В этих двух случаях нарушение прав возможно не только со стороны третьих лиц, но и в отношениях самих правообладателей. Законодателем установлено различие в особенностях возникновения и субъектном составе обладателей исключительных прав на один и тот же объект в этих двух случаях: случаи возникновения самостоятельных исключительных прав на один и тот же объект прямо определены законом и ограничены принадлежностью объекта исключительных прав разным, не связанным друг с другом лицам. Здесь же законодатель нормативно ограничивает свободу субъекта, которому совместно с другими принадлежит исключительное право необходимостью согласования распорядительных действий с объектом исключительного права с другими правообладателями, что в итоге призвано способствовать согласованному и единому волеизъявлению всех указанных субъектов, если их соглашением не установлено иного. Наконец, возникновение самостоятельных исключительных прав на один и тот же объект у нескольких не связанных и не зависящих друг от друга субъектов означает наличие у них самостоятельных и полноценных исключительных прав, что предполагает и самостоятельную волю на их осуществление.

правом предполагается только совместное. Далее отмечается, что сам вопрос о возможности рассмотрения права, которое принадлежит разным независимым правообладателям является дискуссионным, но в практическом отношении было бы неправильно исключать возможность такого обладания (См. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации часть четвертая (постатейный) под ред. А.П. Сергеева. СПб., 2015. С. 31-32).

⁴⁶⁸ Отдельными авторами даже без ссылок на аналогию права и закона предлагается считать нормы гл. 16 ГК РФ об общей собственности общими применительно к исключительным правам, принадлежащим нескольким лицам совместно, в связи с чем обосновывается, что такие правообладатели могут «путем соглашения определить свои доли в исключительном праве», в то время как защищать это право им предоставлена возможность без уведомления и согласования друг с другом (См.: Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности. Общие положения XXI век. М., 2015. С. 324). Такое понимание совершенно не соответствует характеристикам правовой общности, поскольку эффект защиты не может не затронуть интересы всех правообладателей.

Закрепление и принадлежность исключительного права на один и тот же объект нескольким лицам является особым случаем в правовом регулировании еще и потому, что общие положения об исключительных правах (ст. 1229 ГК РФ) законодательно закрепляют возможность правообладателя по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, чем объяснима необходимость в нормативном регулировании осуществления исключительного права. Юридическая связанность и взаимозависимость лиц, которым исключительное право принадлежит совместно, в осуществлении исключительного права, а равно признанная законодателем возможность одновременной принадлежности нескольких исключительных прав разным не связанным друг с другом лицам, с нашей точки зрения, препятствует пониманию исключительных прав как особого вида абсолютных прав: в приведенных случаях правовая связанность юридической судьбы объекта права с совершаемыми действиями каждым из правообладателей выглядит нечеткой и условной, поскольку органически зависима от действий равноуправомоченных на осуществление однородных правомочий лиц.

В.А. Дозорцев подвергает сомнению положение о том, что исключительные права являются всего лишь разновидностью абсолютных прав, подчеркивая, что исключительные права не могут относиться просто к одному из видов абсолютных прав, ибо исключительные права являют право с новым содержанием даже на первом этапе своего становления, имеют свои видовые признаки, специфическое юридическое содержание, обусловленное свойствами особо объекта⁴⁶⁹. Буквальное понимание сказанного скорее означает существенные различия исключительных и абсолютных прав, но никак не вывод о принадлежности исключительных прав в качестве элемента системе прав абсолютных. Нельзя не обратить внимание, что сама система абсолютных прав строится В.А. Дозорцевым из двух элементов: исключительных прав и права собственности, где законодательные нормы об

⁴⁶⁹ См. Дозорцев В.А. Понятие исключительного права // Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации. М., 2003. С. 113.

одном из них принципиально не применимы к другому⁴⁷⁰. При этом исключительные права рассматриваются как «ослабленные абсолютные». Однако, возникает вопрос о том, какие свойства абсолютности впитали в себя и сохраняют исключительные права с учетом того отдельно отмечаемого В.А. Дозорцевым обстоятельства, что не каждое исключительное право является абсолютным в принципе, например право на использование наименований места происхождения товара⁴⁷¹. Далее речь идет об исключительном праве на коллективный товарный знак, возможности его использования каждым из входящих в объединение предприятий, что исключает абсолютность этого права. Полагаем, что такое средство индивидуализации, как коллективный товарный знак, едва ли может рассматриваться в контексте абсолютных прав по той причине, что любой из правообладателей имеет право использования товарного знака в равной степени, но при этом открытым остается вопрос о субъекте, осуществляющем контроль за качеством выпускаемого товара, которое, как представляется, должно быть одного уровня. В.А. Дозорцев делает вывод, что «исключительные права – это ослабленные абсолютные права. Они не устанавливают конкретной связи между двумя лицами (как относительные), а обращены к неопределенному кругу обязанных лиц, но их особенность заключается в том, что этот круг обязанных лиц все-таки может быть ограничен. Несколько раньше Г.Ф. Шершеневич отмечал, что исключительные права сравнимы с вещными только по абсолютному характеру своей силы – их действию по отношению ко всем без исключения⁴⁷². Понимание и трактовка специфики абсолютности исключительных прав Г.Ф. Шершеневичем говорят только об объеме правовой охраны, но ровным счетом ничего о содержании охраняемых законом исключительных прав.

Правовой режим ноу-хау как объекта интеллектуальных прав также не отвечает признакам абсолютности субъективных прав, которые предлагается

⁴⁷⁰ Там же.

⁴⁷¹ Там же. С. 118.

⁴⁷² Шершеневич Г.Ф. Юридическая природа авторского права // Журнал гражданского и уголовного права. 1891. кн.5. С. 30-31.

распространять на исключительные права. Закрепление качеств объекта интеллектуальных прав за секретами производства в российском законодательстве сложно признать только данью законодателя природе регулируемых общественных отношений: слишком стремительным было перевоплощение неохрняемой информации в разновидность объекта исключительного права. Закрепление за секретами производства (ноу-хау) статуса объекта исключительных прав преследовало попытку повысить уровень их охраны, что означало расширение способов правовой защиты⁴⁷³, но распространение исключительных прав на секреты производства не способствовало укреплению единообразия юридического содержания конструкции исключительных прав, поскольку на один и тот же секрет производства допускается существование самостоятельных исключительных прав нескольких, не связанных друг с другом лиц (п. 2 ст. 1466 ГК РФ). Кроме того, утрата конфиденциальности сведений, составляющих содержание секрета производства влечет прекращение исключительного права на секрет производства одновременно у всех правообладателей (ст. 1467 ГК РФ), в то время как утрата конфиденциальности в большинстве случаев предопределена действиями самих правообладателей, которые в силу закона влекут особые правовые последствия – прекращение исключительного права на ноу-хау и не могут квалифицироваться иначе, как правонарушение, порождающего обязанность по возмещению причиненных убытков (ст. 1472 ГК РФ).

В подтверждение сказанного о самостоятельном значении исключительных прав в системе субъективных гражданских прав и невозможности их поглощения правами абсолютными следует отметить, что существо и назначение исключительных прав состоят в гарантированной законом возможности использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации по усмотрению правообладателя любым не противоречащим закону способом. Соответственно, такое законодательное регулирование наряду с

⁴⁷³ См.: Авилов Г.Е. Новые объекты интеллектуальных прав // Г.Е. Авилов. Избранные труды. М., 2012. С. 229.

позитивными дозволениями для правообладателя одновременно устанавливает общий запрет соответствующих действий, адресованный всем третьим лицам. Следует согласиться с А.Л. Маковским в том, что понимание исключительного права только как разновидности абсолютного права узко и отражает только одну сторону исключительности, по сути «внешнюю», - взаимоотношения правообладателя с другими лицами, когда вне поля зрения остается не менее важная другая сторона исключительных прав – основания их исключительности: 1) обладателю исключительного права предоставляется возможность использовать в соответствии с законом и под его защитой результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации; 2) обладатель исключительного права принадлежит к той категории лиц, за которыми закон признает возможность быть субъектом исключительных прав соответствующего вида; 3) за изъятиями, установленными законом, никто не вправе без согласия правообладателя исключительного права использовать являющиеся объектом этого права результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации⁴⁷⁴.

Изложенное позволяет сформулировать следующие выводы:

Исключительные права не отвечают характеристикам (признакам) абсолютных прав, поскольку абсолютность исключительных прав господствующим воззрением доктрины связывается только с необходимостью их защиты от противоправной узурпации любыми не связанными с правообладателями и неправомочными на их осуществление лицами, в то время как диапазон правовой охраны не является определяющим правовой природы охраняемого права.

Отнесению исключительных прав к разновидности абсолютных прав, в частности, препятствуют:

- правовой режим множественности лиц на стороне правообладателя, при которой допускается возможность одновременной принадлежности

⁴⁷⁴Гражданский кодекс Российской Федерации. Комментарий под ред. А.Л. Маковского. М., 2008. С. 288-289, 291.

исключительного права на один объект разным лицам, не связанным в своих действиях интересами других правообладателей, каждый из которых является самостоятельным субъектом прав, осуществляющим гражданские права своей властью и в собственном интересе, что сочетается с тем, что юридические последствия от осуществления исключительного права одним правомочным субъектом могут касаться всех правообладателей и влечь последствия в виде прекращения исключительного права одновременно для всех правообладателей;

- срочность исключительных прав независимо от намерений правообладателя и его волеизъявления на их прекращение (срок действия исключительных прав, исчерпание исключительных прав);

- регламентированные в императивных нормах законодательства в пользу не связанного с правообладателем неопределенного круга лиц в целях обеспечения общественного прогресса, роста инноваций, поддержки добросовестной конкуренции широкие возможности использования охраняемых исключительным правом результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации (право преждепользования, свободное использование, принудительная лицензия);

- высокая социальная значимость исключительных прав, препятствующая отождествлению их содержания только с возможностью произвольного запрета нарушения или присвоения объекта правовой охраны неправомочными лицами, что подтверждается признанной зарубежным опытом обязанностью истца в споре о защите нарушенного патентного права доказать добросовестное приобретение и использование запатентованных решений в собственной текущей производственной деятельности.

§ 6. Абсолютность личных неимущественных прав

Правовая регламентация личных неимущественных прав никогда и ни в одном правовом порядке не отличалась исчерпывающим и полным характером в нормах одной отрасли права. Вопросы о пределах их гражданско-правового регулирования традиционно оказывались в центре оживленных дискуссий.

Именно неясность всех юридических свойств личных неимущественных прав и их объектов – нематериальных благ - привела к выводам, что «любое мудрое законодательство должно ограничить себя в регламентации и защите абсолютных прав, которые следовало бы рассматривать только как права естественные: свобода, равенство, собственность»⁴⁷⁵. Непременно следует оговориться, что распространенные суждения о принадлежности личных неимущественных прав только гражданам неточны (например, деловая репутация юридического лица, причинение репутационного вреда юридическому лицу).

Развитие правовой регламентации личных неимущественных прав и правового режима нематериальных благ в гражданском законодательстве должно быть связано с проявлением общей тенденции социализации гражданского законодательства, последовательным расширением господствующих представлений о предмете гражданского права, который не ограничивается только имущественными отношениями по поводу оборота и присвоения материальных благ. Это объясняет закрепление в первых статьях европейских кодификаций частного права именно общих норм о высокой значимости и недопустимости нарушения личных неимущественных прав лица, признание и защита которых позиционирует лицо именно как субъекта, а не объект права (§ 16 ABGB; ст.ст. 9,16 СС).

На разных этапах своего развития правовая доктрина традиционно сталкивалась со сложностью понимания и трактовки природы личных неимущественных прав, что проявлялось в трудности их универсального юридического определения и в конечном счете привело германских цивилистов к вынужденному отказу от описания общей понятийной конструкции субъективного личного неимущественного права и необходимой в таком случае характеристике каждого из них в отдельности, непременным подчеркиванием их абсолютного характера⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Richelot H. Principes du droit civil français suivant la législation actuelle. Paris, MDCCCXLI. P. 97-101.

⁴⁷⁶ Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве СССР и капиталистических стран: дис...д -р. юрид. наук. Ленинград, 1939. С. 141-145.

Отечественной доктриной личные неимущественные права рассматривались как субъективные права с особой структурой, в которой не находится места для правомочий на собственные действия при наличии абсолютного притязания на защиту и всеобщей негативной пассивной обязанностью для третьих лиц⁴⁷⁷. Поиск индивидуальности личных неимущественных прав в системе субъективных гражданских прав привел к предложениям об их отнесении к самостоятельному предмету регулирования⁴⁷⁸, а ограниченная возможность использования гражданско-правовых форм для опосредования личных неимущественных отношений связывалась никак не с их несоответствием предмету гражданско-правового регулирования, а только с относительной самостоятельностью самого гражданского права как отрасли⁴⁷⁹. Также отмечалось, что индивидуальные особенности личности, ее стремления и вкусы не охраняются правом, нормы которого охраняют только «проявление человеческой индивидуальности», для чего на случай нарушения этого проявления потерпевшему должны быть предоставлены притязания на признание личного права, прекращение действий, нарушающих личное право⁴⁸⁰. Говорилось и о том, что жизнь, честь, здоровье не являются объектами гражданско-правового воздействия, а только объектом права на защиту как составной части гражданской правоспособности и только в случае их нарушения становятся объектом субъективного права на защиту, осуществляемому в относительном правоотношении⁴⁸¹. Следование такому подходу приводит к спорному убеждению, что нематериальные блага могут являться только объектом правовой защиты, но в таком случае весьма сложно провести разграничение между субъективными правами и юридически значимыми интересами,

⁴⁷⁷ Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л., 1988. С. 176. При этом теоретиками права было отмечено, что личные неимущественные права относятся к группе общих, а не специальных прав (См.: Мицкевич А.В. Субъекты советского права. М., 1962. С. 22, 57).

⁴⁷⁸ См.: Тархов В.А. О предмете советского гражданского права (К итогам дискуссии) // Советское государство и право. 1955. № 5. С. 60.

⁴⁷⁹ См.: Алексеев С.С. Предмет советского социалистического права // Алексеев С.С. Собрание сочинений. М., 2010, Т.1 С. 148.

⁴⁸⁰ Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 2005. С. 87.

⁴⁸¹ См.: Шелютто М.Л. Гражданско-правовая защита деловой репутации юридических лиц // ЖРП. 1997. № 12. С. 34.

защита которых предусмотрена нормами объективного права, не говоря уже о том, что при таком понимании объект охраны утрачивает явное материальное содержание, растворяясь в процессуальной форме защиты. Обращено внимание и на то, что в отличие от иных абсолютных прав особенность личных неимущественных прав состоит в их осуществлении самим управомоченным лицом, но за рамками права⁴⁸². Налицо всеобъемлющие и в тоже время малопригодные для идентификации личных неимущественных прав в системе субъективных гражданских прав характеристики.

Нематериальные блага составляют объект комплексного правового регулирования – межотраслевой институт в системе международного и национального законодательства. Традиционно в юридической литературе отмечалось, что личные неимущественные права, объектом которых являются нематериальные блага, имеют абсолютный характер и являются самостоятельным видом субъективных прав. В связи с этим указывалось, что абсолютность личных неимущественных прав должна быть связана с тем, что в личных неимущественных отношениях «происходит оценка личности или коллектива посредством выявления их индивидуальных качеств»⁴⁸³. Однако и в этом случае очевидно нарочитое стремление причислить личные неимущественные права к абсолютным только в целях их усиленной защиты и обеспечения их неприкосновенности и повышенной общественной значимости. Недостаток такого подхода обнаруживает себя в том, что при зачастую искусственно заниженной субъективной оценке личности и отдельного коллектива часто конъюнктурно-направленным общественным мировоззрением нет необходимости говорить об их «индивидуальных качествах», а именно такое условие рассматривается как ключевое в признании и защите личных прав.

⁴⁸² Гражданское право. Учебник под ред. Е.А. Суханова. М., 2008. Т. 1. С. 360 (автор главы А.Е. Шерстобитов).

⁴⁸³ Егоров Н.Д. Личные неимущественные права граждан и организаций как институт советского гражданского права // Правоведение. 1984. № 6. С. 31.

Отнесение личных неимущественных прав на нематериальные объекты к числу абсолютных равным счетом не дает никакого понимания их содержательной ценности и правового режима объекта, который в силу своей неоднородности (жизнь, здоровье, честь, свобода творчества и передвижения, право на имя, авторство и др.) не может быть однозначно отнесен к предмету регулирования одной отрасли законодательства. Абсолютность защиты личных неимущественных прав связывается только с широкими возможностями самой защиты по кругу средств защиты, но при этом не всегда учитывается, что эффект защиты нарушенных личных прав не всегда может привести к восстановлению положения, которое существовало до правонарушения. К примеру, публичное опровержение распространенной недостоверной информации с возмещением причиненного вреда лишь компенсируют, но не восстанавливают причиненный вред, поскольку сам факт распространения определяет общественное мнение о личных качествах и способностях конкретного лица («злые языки страшнее пистолета»).

В зарубежном гражданском праве отмечается, что личные права являются абсолютными, но этот вывод сопровождается важными оговорками и пояснениями. Австрийские цивилисты отмечают, что во избежание конфликта интересов и необоснованных привилегий для правообладателей защита личных неимущественных прав не является безоговорочной и действует только при наличии внешне визуализированных действий нарушителя личных нематериальных благ, рассматриваемых обособленно и без связи с действиями самого правообладателя, считающего себя пострадавшим (например, распространение им самим или с его ведома информации об обстоятельствах его частной жизни, которая впоследствии стала широко известной и обсуждаемой). Наряду с этим отмечается универсальный арсенал средств защиты личных неимущественных прав, свойственный преимущественно абсолютным правам: пресечение вмешательства и его запрет на будущее время (*Unterlassungsansprüche bei Eingriffen*), устранение противоправного вмешательства и его последствий (*Allgemeinen Regeln ersatzfähig*), применение норм о неосновательном

обогащении (при его наличии)⁴⁸⁴. В германской доктрине частного права высказаны сомнения в обоснованности безоговорочного отнесения личных прав к группе абсолютных. В частности, говорилось о том, что люди в равном правовом статусе вынуждены сосуществовать в обществе, в связи с чем их права ограничены в общих интересах, соответственно, абсолютность личных прав ограничена необходимостью человеческого общежития⁴⁸⁵. В другом случае было акцентировано внимание на том, что право на неприкосновенность частной жизни не является абсолютным правом в связи с тем, что вмешательство в частную жизнь не отвечает конкретному составу правонарушения и виду противоправного поведения, но при этом не объяснены причины, по которым соответствующие действия не могут подпадать под общие нормы гражданского законодательства, запрещающие противоправное поведение и налагающие на нарушителя неблагоприятные последствия, в том числе и по имущественному возмещению⁴⁸⁶.

В теории российского гражданского права Л.О. Красавчиковой было предложено разграничивать личные неимущественные права по социальной значимости их объектов, в связи с чем были выделены «высоко» личные права, закреплением которых обеспечена сама физическая возможность жизни человека (право на жизнь, право на телесную неприкосновенность) и уже вслед за ними вторая группа прав, гарантирующих достойное существование человека в обществе (право на имя, тайну личной жизни, честь и достоинство)⁴⁸⁷. Из этого очевидно только одно следствие, которое может быть предварительно принято без существенных оговорок – различие правового режима объектов личных неимущественных прав обуславливает разность их правового регулирования, но уже в аспекте их осуществления и защиты.

⁴⁸⁴ См.: Kurzkomentar zum ABGB herausg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger. Wien, 2017. S. 22.

⁴⁸⁵ См.: Hubmann H. Persönlichkeitsrecht. Böhlau, 1967. S. 130-131.

⁴⁸⁶ См.: Stuhlmann C. Der Zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz Bei Ehrverletzung und Kommerzieller Vermarktung in Deutschland. Norderstedt, 2001. S. 310.

⁴⁸⁷ См.: Красавчикова Л.О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве РФ: дис...д -р. юрид. наук. Екатеринбург, 1994.

Применительно к гражданско-правовому регулированию особую сложность в определении природы личных неимущественных права вызывают личные неимущественные права, соблюдение которых гарантирует неприкосновенность и уважение человеческой личности как высшей ценности в государстве и правовой системе. При существенном содержательном разнообразии этого вида личных неимущественных прав (критерии могут быть различными), в том числе по индивидуализации личности (право на имя, право на честь, достоинство, деловую репутацию), по гарантированности и обеспечению физической неприкосновенности личности (право на жизнь, здоровье, свободу, телесную неприкосновенность), по неприкосновенности внутреннего духовного мира личности и ее интересов (право на личную и семейную тайну, невмешательство в частную жизнь, право на свободу вероисповедания, право на свободу совести), по гарантированности всестороннего развития личности (право на образование, свободу распоряжение своими способностями к труду) личные неимущественные права могут быть охарактеризованы принадлежностью к группе естественных прав, которые признаны международным правом и защищаются органами европейского правосудия независимо и даже вопреки их ограничениям, предусмотренным нормами национального законодательства. В юридической литературе именно праву на жизнь и телесную неприкосновенность отводится место «сердцевины личных прав», «они являются базовыми, родовыми правами для производных от них личностных прав (правом распоряжаться телом и органами, право на эвтаназию)⁴⁸⁸, необходимость их равного распространения на всех людей без исключения должна быть связана с тем, что жизнь человека не укладывается в энгельсовское определение жизни только как способа существования белковых тел – в человеке формируется нравственная основа жизнедеятельности, которая, имея психологическую и этическую основу, не может быть умалена и игнорирована любыми другими лицами и прежде всего государством.

⁴⁸⁸ Ковлер А.И. Антропология права. Учебник. М., 2002. С. 427 и далее.

Личным неимущественным правам, гарантирующим жизнь и достойное существование человека, присущи следующие общие имманентные черты, свойства-характеристики:

- принадлежат каждому гражданину в отдельности независимо от его имущественного состояния и происхождения как элемент общеправового статуса субъекта права;

- их возникновение не зависит от гражданской правоспособности и дееспособности;

- выражают правовую связь лиц, подпадающих под юрисдикцию государства, с самим государством и могут рассматриваться как комплекс взаимных прав и обязанностей личности и государства в рамках публичного правоотношения: государство своим авторитетом, а в необходимых случаях и силой аппарата принуждения обеспечивает, соблюдает и защищает права человека, которыми обеспечена его свободное развитие и самореализация в различных сферах общественной жизни;

- их осуществление не влечет гражданско-правовых последствий до момента их нарушения противоправными действиями третьего лица;

- их ограничения не всегда predeterminedены свободным волеизъявлением управомоченного лица, а осуществлением полномочий компетентных органов (принудительное лечение, лишение и ограничение свободы);

Очевидно, что эти права носят строго личный характер, неотчуждаемы, составляют неотъемлемую принадлежность лица, выражают существо естественных прав личности, являясь едва ли не основной (главной) правоохраняемой ценностью в правовом порядке с демократическим политическим режимом, условия и последствия их осуществления непосредственно не связаны со сферой гражданско-правовых отношений и целями их регулирования. Важность юридического признания и всемерной правовой охраны этих прав связывается с тем, что только в этом случае человек может рассматриваться в качестве субъекта каких-либо прав и обязанностей, регулируемых отраслевым законодательством. Неслучайно,

что прогрессивные идеи правовых реформ были направлены на последовательный отказ от декларации прав личности в законодательстве, их последовательное закрепление как ведущих принципов национального права, что позволило бы не только направить ход законотворческого процесса, но и усовершенствовать уже сложившееся регулирование⁴⁸⁹. Конституционный Суд Российской Федерации (постановление от 26 февраля 2010 г. № 4-П) признал, что права и свободы человека и гражданина, признанные Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, по существу являются теми же правами и свободами, что закреплены Конституцией РФ. В современной юридической литературе с недоумением отмечается, что российское процессуальное законодательство не предусматривает в качестве безусловного основания отмены принятого судебного акта нарушение конституционных прав и свобод⁴⁹⁰, в то время как игнорирование или неисполнение судом обязанности по обращению в Конституционный Суд Российской Федерации вообще не рассматривается в качестве судебной ошибки и основания для отмены принятого судебного акта.

Представляется, что названную группу личных неимущественных прав объединяет несколько общих характеристик, которые применимы к ним совместно и к каждому в отдельности: указанными правами характеризуется правовой статус гражданина в обществе и государстве, степень признания и защиты правопорядком его свобод и человеческого достоинства, что является необходимым условием и показателем становления правового и социального государства, гражданского и демократического общества. В них выражены общие правовые гарантии достойного существования и саморазвития гражданина, предоставленные государством как результат исторически значимых достижений и завоеваний институтов социальной саморегуляции, развития правосознания и правовой культуры. Значимость международного регулирования и защиты этой группы субъективных прав

⁴⁸⁹ Новгородцев П.И. Из лекций по общей теории права. М., 1904. Часть методологическая. С. 8-20; Он же. Политические идеалы древнего и нового мира. М., 1910; Он же. Кризис современного правосознания. М., 1909.

⁴⁹⁰ См.: Султанов А.Р. Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М., 2012. С. 175.

определяются созданием дополнительных условий и универсальных гарантий их защиты, хотя и здесь зачастую описание значимости этой группы субъективных прав выглядит условно и декларативно за счет их причисления к «неотъемлемым и элементарным правам всех и каждого»⁴⁹¹. Важно, что правовое значение личных прав состоит в юридическом признании автономии человека как личности, его защищенности от какого-либо незаконного вмешательства в его сферу свободы, благодаря чему гарантированная правом свобода выбора поведенческих актов ограничивает возможность произвола и не является объектом притязаний и властных велений государства. Важно подчеркнуть, что в данном случае нормы права создают охрану свободы усмотрения и выбора для всех и каждого, гарантируя автономное пространство действия частных интересов, но частный интерес реализуется в данном случае вне гражданских правоотношений и, соответственно, вне предмета гражданско-правового регулирования.

По этой причине невозможно согласиться с отнесением этой группы личных прав к числу субъективных гражданских прав. Напротив, М.Н. Малеина наделила именно гражданско-правовой природой «нетрадиционные личные неимущественные субъективные права» (право на жизнь, право на здоровье, право на благоприятную окружающую среду, право на индивидуальный облик и голос, право на неприкосновенность личной свободы)⁴⁹², но при этом не прослеживается и совсем не очевидна связь их возникновения и осуществления с целями и функциями гражданского права. Свобода поведения лица в части сохранения своего здоровья во многом действительно находится в сфере его личного контроля и усмотрения (при условии дееспособности и самодостаточности гражданина, позволяющей ему самостоятельно обслуживать свои бытовые потребности), но это еще не дает никаких оснований согласиться с утверждением, что позитивное право на здоровье состоит «из правомочий владения, пользования и распоряжения»,

⁴⁹¹Мовчан А.П. Права человека и международные отношения. М., 1982. С. 95.

⁴⁹² Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление, защита): автореф. дис...д-ра юрид. наук. М., 1997. С. 4.

когда правомочия по владению и пользованию «осуществляются фактически постоянно, но как бы юридически незаметно, а проявляются в особых ситуациях и в случае нарушения здоровья», в связи с чем гражданин становится обладателем относительных субъективных прав на квалифицированную медицинскую помощь, выбор врача, информацию о проведении консилиума»⁴⁹³. Такому пониманию препятствует отсутствие юридических фактов, наступление которых влечет возникновение гражданских правоотношений. В частности, с точки зрения гражданского права выбор способа лечения является только мотивом-предпосылкой заключения договора на медицинское обслуживание. Само же право на жизнь не может пониматься как субъективное гражданское право, поскольку реализуется вне сферы гражданско-правового регулирования общественных отношений. Причем регулярные действия человека, направленные на поддержание жизни (прием пищи), вообще не могут рассматриваться как разновидность юридически значимых для гражданского права поведенческих актов, в частности, сделок или поступков. В противном случае к последним придется отнести, например, пережевывание и заглатывание пищи или вдох и выдох атмосферного воздуха либо признать эти поведенческие акты жизнедеятельности элементами сложного юридического состава в осуществлении субъективного гражданского права на жизнь!!? Гражданско-правовому пониманию субъективных прав на жизнь, здоровье, телесную неприкосновенность препятствует неопределенность форм и последствий их осуществления, неразрывность связи с моральными нормами и объективными закономерностями смены циклов жизнедеятельности человеческого организма в процессе его естественного развития и старения. Циклическая деятельность человека, направленная на ограничение или прекращение процессов своей жизнедеятельности, не регулируется гражданским правом при том, что сохранение жизни является первым условием идентификации человека как субъекта гражданских правоотношений. В противном случае пришлось бы признать, что

⁴⁹³ Там же. С. 21.

осознанное нежелание проходить назначенный и показанный курс лечения больным может рассматриваться его кредиторами как действия, совершенные во вред их интересам.

Обратным по смыслу выводам всемерно способствуют размытые формулировки в современных российских исследованиях, где утверждается, что личное неимущественное право есть юридически обеспеченная мера возможного поведения лица в сферах физического благополучия, индивидуализации и автономии личности⁴⁹⁴. Не находится оснований согласиться с В.С. Толстым в том, что личные неимущественные права осуществляются через фактические действия и не всегда оказываются внешне заметны для права, поскольку именно такой ход размышлений приводит к выводам о гражданско-правовой природе права на жизнь, которое может быть прекращено как по воле самого управомоченного лица (эвтаназия, ассистированное самоубийство), так и в принудительном порядке (исполнение приговора)⁴⁹⁵.

Актуальным вопросом является правовой режим тканей и органов человека с момента их добровольного отделения от тела донора – единой функциональной среды организма. Такой распорядительный акт может рассматриваться как односторонняя безвозмездная сделка. С момента отделения/забора на соответствующие ткани, органы и клетки человека распространяется режим движимых вещей за изъятиями, установленными нормами права и целевым назначением биоматериалов донорского происхождения. Однако нельзя сказать, что забор/отделение тканей человека во всех случаях автоматически прерывает связь результатов их использования с личными и имущественными правами донора даже после его физической смерти (например, использование гомонов и клеток донора при зачатии после его смерти при наличии его прижизненного разрешения). В любом случае такая связанность не может рассматриваться в контексте понимания абсолютных прав и правоотношений, поскольку соответствующее

⁴⁹⁴ Добрышевская Т.В. Личные неимущественные права граждан и их гражданско-правовая защита. Красноярск, 2001. С. 157-158.

⁴⁹⁵ См.: Толстой В.С. Личные неимущественные правоотношения. М., 2009. С. 108-110.

прижизненное волеизъявление донора только формирует правовой режим объекта права, в частности, конкретные правовые последствия допустимых форм использования донорского материала в будущем, но никак не личные и/или имущественные притязания самого донора, наследников и членов его семьи.

В советский период развития цивилистической мысли неясность содержания личных неимущественных прав явилась основой принципиально важного положения о том, что личные неимущественные права не регулируются, а только защищаются гражданским законодательством⁴⁹⁶, в то время как вопрос о регулировании и принадлежности личных неимущественных прав к конкретной отрасли законодательства как объекта правового регулирования остается открытым и почти неисследованным до настоящего времени. С этих позиций малоопределенным выглядит суждение о том, что «жизнь, здоровье, честь и достоинство, личная свобода и большинство других личных неимущественных благ неприкосновенность не являются объектами субъективных гражданских прав, соответствующие права иной отраслевой принадлежности попадают в сферу гражданско-правового регулирования лишь в случае их нарушения», но здесь же определяются важные условия защиты личных неимущественных прав – «гражданское законодательство должно обеспечить защиту любых личных неимущественных прав граждан при условии, если характер самих прав и их нарушений обладает необходимыми для этого особенностями (нарушенные права восстановимы, для них могут оказаться актуальными пресечение или запрещение допускаемых нарушений в будущем)⁴⁹⁷. В большинстве случаев в работах по гражданскому праву юридическая природа и отраслевая принадлежность личных неимущественных прав не обсуждается вообще, но в то же время обращается внимание на другие важные характеристики этой

⁴⁹⁶ Иоффе О.С. Личные неимущественные права и их место в системе гражданского права // Советское государство и право. 1966. № 7. С. 57. Причем, О.С. Иоффе считал, что личные неимущественные права, не связанные с имущественными, в предусмотренных законом случаях охраняются гражданским законодательством, не составляя, однако его предмета регулирования.

⁴⁹⁷ Ярошенко К.Б. Совершенствование гражданско-правовых форм защиты личных неимущественных прав граждан по советскому праву: автореф. дис...д-ра юрид. наук. М., 1990. С.4-5.

группы субъективных прав, в частности, их «независимость от других субъективных прав и неотчуждаемость»⁴⁹⁸.

Действующее российское гражданское законодательство формулирует широкий подход к определению неотчуждаемых нематериальных благ гражданина как объектов гражданско-правовой охраны (ч. 1 ст. 150 ГК РФ) и закрепляет положения о праве суда возложить на их нарушителя обязанность по денежной компенсации причиненного морального вреда (ст. 151 ГК РФ). Однако при этом недопустимо узкими оказались разъяснения высшей судебной инстанции, которые в части специфики личных неимущественных правоотношений, возникающих по поводу нематериальных благ, ограничились хотя и важным, но все-таки ситуативным и фрагментарным раскрытием случаев осуществления и защиты только права на использование изображения (См.: п. 43-50 постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»). В этой связи полезно было бы понимать именно гражданско-правовое значение, приданное правоприменительной практикой, правам на жизнь и здоровье, личную неприкосновенность, свободу выбора места пребывания и жительства и хотя бы примерные условия удовлетворения требований о взыскании морального вреда применительно к последнему случаю.

В современном российском праве регулирование личных неимущественных прав нельзя считать законченным и полным, в связи с чем следует отметить, что законодатель и здесь ограничивается фрагментарными новеллами и полумерами, примером чему может служить принятие Закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» без привязки персональных данных именно к регулированию личных неимущественных прав, поскольку названным Федеральным законом регулируется только обработка персональных данных как таковых, как будто такие действия

⁴⁹⁸ Ромовская З.В. Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание, и гражданско-правовая защита): автореф. дис...канд-та юрид. наук. М., 1968. С.6-7; Суховерхий В.Л. Личные неимущественные права граждан в советском гражданском праве: автореф. дис...канд-та юрид. наук. М., 1970. С. 5;

осуществляются сами по себе и образуют самостоятельный объект правового регулирования. Сформулированные в ст. 2 цели этого Закона декларативны и ограничиваются общими ориентирами по защите прав человека на неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайне, что не решает ряд практически значимых вопросов, в то время как сам закон изобилует нормами технического характера, лишь усугубляя пробелы в праве. Значим вопрос, как следует характеризовать персональные данные: как вид личной тайны; как особую разновидность имущества; как особое личное благо? Однозначного ответа нет. В эпоху информационного общества, повсеместного использования в предпринимательских отношениях электронных и компьютерных технологий с ограничением доступа к информации (от пароля в социальных сетях до ключей доступа к системе клиент-банк) значимы проблемы защиты прав от несанкционированного получения доступа и использования таких ключей и паролей третьими лицами. Как оценить, например, стоимость кода, пароля или логина, рассчитать пределы возможной компенсации на случай получения к ним неразрешенного доступа третьими лицами и (или) их неправомерного использования. Для эффективного действия компенсаторно-восстановительной функции гражданского права в этой сфере требуется методика расчета возникающих здесь убытков при наличии развитых законодательных положений о защите прав потерпевшего, необходима законодательная конкретизация правового режима криптографических ключей, кодовых комбинаций сейфов, а в доктрине это должно связываться с расширением понимания личной тайны уже не только как неимущественного, но и как имущественного объекта или по крайней мере неимущественного объекта, имеющего имущественную оценку. Гарантированная законом возможная защиты таких объектов имущественными санкциями позволяет усомниться в их только неимущественной природе.

Изложенное позволяет сформулировать следующие выводы:

Нематериальные блага (жизнь, здоровье, телесная неприкосновенность, свобода передвижения) в их ненарушенной стадии не являются объектами гражданских правоотношений в силу их принадлежности к естественным правам личности – личным неимущественным правам, защита которых обеспечивается нормами международного права и международными судебными органами непосредственно вне связи с ограничениями, предусмотренными национальным законодательством.

Личные неимущественные права, объектом которых является жизнь, здоровье, телесная неприкосновенность, свобода передвижения не могут рассматриваться как вид субъективных гражданских прав ввиду несвязанности их осуществления и защиты с гражданской правосубъектностью, что в свою очередь препятствует распространению на них классификаций гражданских прав по родовым и видовым признакам. Предусмотренная российским гражданским законодательством их абсолютная защита направлена на компенсацию причиненного их нарушением вреда, а не на восстановление состояния, предшествовавшего правонарушению.

§ 7. Абсолютная природа субъективных прав и их абсолютная защита

Вопросы взаимосвязи природы субъективного права, пределов и способов его защиты не раз оказывались в поле зрения ученых не только в науке российского, но и зарубежного гражданского права.

Г. Магер утверждает, что «если правопорядок выражает защиту, то он делает защищенное правовое благо субъективным правом»⁴⁹⁹. После такого категоричного вывода ученый был вынужден признать владение не только фактическим отношением господства, но и «важным правовым статусом, который имеет значение временного исключительного права», проводя аналогии с временным правом собственности, оставив без рассмотрения вопрос о структуре, правовом эффекте, месте этого временного права в

⁴⁹⁹ См.: Mager H. Op. cit. S. 80.

системе субъективных прав⁵⁰⁰. Изложенное не позволяет понять, почему объектом правовой защиты должно непременно являться субъективное гражданское право, а не защищенный законодателем интерес. Полагаем, что уклонение от решений обозначенных вопросов никак не добавляет весомости представленным ученым аргументом.

Г. Вилинг отмечает, что по качеству защиты и возможности добиться осуществления относительных прав между абсолютными и относительными правами различие отсутствует⁵⁰¹. Применительно и к абсолютным и относительным правам существуют две схожие конструкции защиты, тем более, если учесть, что защита против других лиц, не участвующих в отношениях должника и кредитора, возможна и для относительных прав на том основании, что нормы о защите абсолютных прав применимы субсидиарно к защите относительных прав. Также считается возможным говорить о праве кредитора по обязательству, предметом которого является индивидуально-определенная вещь, на негативную защиту от посягательств на вещь, созданных непосредственно должником. Г. Вилинг подчеркивает, что абсолютность правового положения вообще не играет роли при заявлении требований в отношении третьих лиц.

Рассматривая общепризнанные особенности вещных прав, П. Эртман указывает, что абсолютный характер вещного права создает юридическую необходимость предъявлять вещные притязания против любого правонарушителя⁵⁰². Ф. Эндеман считает, что абсолютная защита вещных прав полагается на последовательное развитие вещного права: от принципа *ubi rem meam venio, ibi vindico* до добросовестного приобретения вещи от лица, неправомочного на ее отчуждение⁵⁰³.

Как видно, абсолютный характер вещного права исчерпан суждением о возможности предъявления иска к любому. Российский цивилист В. Умов разделяет ту же точку зрения, отмечая, что управомоченный в вещном праве

⁵⁰⁰ Ibid. S.74.

⁵⁰¹ См.: Wieling H.J. Op.cit. S. 44.

⁵⁰² См.: Oertmann P. Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche // JhJ. Bd. 25. 1912. S. 44.

⁵⁰³ См.: Endemann F. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin, 1905. Bd. II. S. 57.

обладает возможностью потребовать вещь от всякого, у кого она будет находиться («абсолютный иск»), в то время как «относительный иск» в обязательственном праве предоставляет возможность правомочному истребовать причитающуюся вещь лишь от своего контрагента, обязанного к ее предоставлению⁵⁰⁴. Этим подходом отождествляются вещные и абсолютные; обязательственные и относительные права при том, что критерием их отличия выступает право, находящееся в состоянии нарушения, а непосредственным критерием различия - абсолютный или относительный иск.

По существу приведенным позициям следует современная наука российского гражданского права. Сложно согласиться с И.А. Емелькиной в том, что абсолютность вещного права должна пониматься как установленная законом возможность управомоченного лица предъявить требование к каждому нарушившему его вещное право, из чего складывается возможность вещно-правовой защиты⁵⁰⁵; сама абсолютность рассматривается как один из двух основных признаков вещного права⁵⁰⁶. И.А. Емелькина считает, что защита вещных прав при помощи вещно-правовых исков вполне охватывается таким свойством, как абсолютность, в связи с чем выделение самостоятельного признака является излишним⁵⁰⁷. Изложенная точка зрения ученого находит опору в отдельных сочинениях пандектистов, в которых указывалось, что вещному праву сопутствует как характерная черта абсолютная защита, в то время как обязательственные права имеют набор относительных притязаний⁵⁰⁸. Однако и эта позиция не является безоговорочно верной.

⁵⁰⁴ Умов В. Договор найма имущества по римскому праву и новейшим иностранным законодательствам. М., 1872. С. 10.

⁵⁰⁵ Емелькина И.А. Система ограниченных вещных прав на земельный участок. Москва-Берлин, 2013. С. 52.

⁵⁰⁶ Там же. С. 35.

⁵⁰⁷ Там же. С. 51.

⁵⁰⁸ Kühlenbeck L. Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin, 1899. Bd. 2. S. 385.

На наш взгляд, очевидно несовпадение понятий абсолютной и вещно-правовой защиты. В трудах германских цивилистов указывается, что абсолютный характер права собственности присущ более римскому (возможность неограниченной виндикации своей вещи; более широкие возможности для осуществления своего права в сравнении с современным правом), но не германскому праву, где право собственности приобрело и относительные характеристики (защита добросовестных приобретателей вещи от виндикационного иска собственника, установленные законом ограничения права собственности в пользу третьих лиц и др.)⁵⁰⁹. Изложенное позволяет заключить, что абсолютность воспринята Б. Дельбрюком как синоним неограниченности осуществления и защиты субъективного права. Однако потенциальная возможность существования безграничной защиты и неограниченного субъективного права в любую историческую эпоху не может не породить известные сомнения исследователя. Показательно и справедливо суждение К.И. Скловского о том, что «развитие собственности и иных вещных прав не позволяет сводить собственность лишь к особенному способу защиты (т.е. только к вещному иску)»⁵¹⁰. Действительно, специфика защиты нарушенного права не может точно отражать свойства субъективного права в ненарушенной стадии, выступая характеристикой субъективного права и механизмов его защиты в исключительном случае правонарушения.

Полагаем, что абсолютный характер защиты субъективного права не может отождествляться с абсолютностью как свойством самого субъективного гражданского права. Установленная возможность защиты против неопределенного круга лиц не является характеристикой субъективного гражданского права, существующего в стадии, предшествующей правонарушению, а показывает только формальные и потенциально возможные пределы (объем) его защиты.

⁵⁰⁹ См.: Delbrück B. Die dingliche Klage des deutschen Recht. Leipzig, 1857. S. 2-3.

⁵¹⁰ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2000. С. 87.

Хеншель полагает, что абсолютность вещного иска в римском праве всегда оставалась значимой⁵¹¹. Ключевое значение в данном случае имеет понимание абсолютности защиты, которая сводится к возможности защиты от всякого и каждого.

М.В. Малинкович утверждает, что «право титульного владельца, будучи вещным правом, является абсолютным в части охраны предмета владения в отношении всех третьих лиц»⁵¹². Однако не вполне понятно о какой абсолютности права титульного владельца ведется речь, если защита титульного владения, как правило, имеет ограничения по субъектному составу лиц и никак не обосновывает содержательной, материально-правовой основы субъективного гражданского права титульного владельца и, как следствие, не может служить основанием к его причислению к тому или иному виду субъективных гражданских прав.

В юридической литературе общепризнанной характеристикой абсолютного права является возможность его защиты от любого третьего лица. Е.А. Флейшиц выделяет следующие признаки абсолютной защиты гражданских прав:

- субъективное право защищается от всех возможных его нарушений;
- субъективное право охраняется законом как таковое при отсутствии доказанного вреда, который мог быть причинен его нарушением;
- спокойное осуществление абсолютного права восстанавливается, если оно было нарушено третьими лицами;
- самовольное осуществление такого права третьими лицами прекращается;
- восстановление нарушенного абсолютного права при отсутствии имущественного ущерба от его нарушений осуществляется независимо от виновного или невиновного нарушения⁵¹³.

⁵¹¹ См.: Henschel... Ueber den Beweis der Eigentumsklage. Ein Versuch // AcP. 1826. Bd. 9. H. 3. S. S. 320.

⁵¹² Малинкович М.В. Право владения несобственника: дисс. канд. юрид. наук. М., 1986, С. 65.

⁵¹³ См.: Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве СССР и капиталистических стран. С. 145.

Е.А. Флейшиц рассматривает категории абсолютных прав и абсолютной защиты как взаимозависимые, отождествляя при этом содержание права и его защиту. По логике ученого, право не может считаться абсолютным, если оно не пользуется абсолютной защитой. Е.А. Флейшиц отмечает, что образцом абсолютного права могут считаться: право собственности, право на фирму, право на товарный знак, промышленный образец⁵¹⁴. Подчеркивается, что личные права являются особым видом прав абсолютных, что признается в зарубежных правовых порядках⁵¹⁵. Однако здесь же отмечается, что личные права вооружены далеко не всеми теми средствами защиты, какие должны были бы определяться абсолютной природой этих прав⁵¹⁶. В доказательство приводятся примеры из зарубежной судебной практики, где защита личных прав требовала доказательств интереса, который нарушается посягательством на личное право. «Защита предоставлялась в соответствующих случаях не личным правам как таковым, а каким-то другим, за ними стоящим, с ними связанным, интересам»⁵¹⁷. Как представляется, выявленная специфика свидетельствует о процессуальных особенностях предмета и распределении бремени доказывания, но никак не об абсолютности защиты субъективных прав.

Распространено мнение, что абсолютная защита является безусловной и неотъемлемой прерогативой вещных прав, образуя их неотъемлемый классификационный признак. Действие притязания против любого и каждого само по себе еще не означает вещности права, как это в свое время полагалось некоторыми германскими цивилистами, точно так же, как и возможность предъявления *actio in rem* не свидетельствует о вещности нарушенного права⁵¹⁸. В противном случае, учитывая господствующее представление об абсолютных правах как о всеобщей пассивной обязанности, получится, что право собственности превратится в

⁵¹⁴ Там же.

⁵¹⁵ Там же. С. 133.

⁵¹⁶ Там же. С.146.

⁵¹⁷ Там же. С.147.

⁵¹⁸ См.: Thibaut A. System des Pandekten-Rechts. Jenna, 1805. Bd. II. S. 4-6; Schlossmann S. Der Vertrag. Leipzig, 1876. S. 256.

обязательство с множественностью обязанных лиц, а право аренды или хранения - в вещное право в силу формальных положений закона, к примеру, по российскому праву - ст. 305 ГК РФ! Негативные последствия такой возможности не учитываются в современных российских исследованиях, где абсолютная защита по-прежнему позиционируется едва ли не основным признаком вещного права⁵¹⁹. Неотъемлемым признаком вещного права должна быть признана только вещно-правовая защита (вещный иск), но отнюдь не любая возможность предъявления иска к неопределенному кругу лиц.

В отождествлении абсолютной защиты и вещного права следует видеть очередную вариацию смешения вещности и абсолютности. История и современность науки гражданского права знакомы с многочисленными примерами ее воплощения.

Й. Блунтшли подчеркивал, что лицо, лишенное возможности преследовать вещь вопреки воле любого другого субъекта оборота, в действительности никаких вещных прав, в том числе права собственности не имеет⁵²⁰.

В дореволюционной российской науке проф. Д.Д. Гримм утверждал, что «вещные права – те, которые презумптивно защищаются против всех и каждого, обязательственные – те, которые презумптивно защищаются *inter partes*»⁵²¹. Нельзя не обратить внимание на неустойчивость вводимого признака разграничения вещных и обязательственных прав по критерию численного состава субъекта пассивной легитимации, поскольку в самой его основе заложена презумпция, отклонение от которой отнюдь не исключается.

В современной литературе Л.В. Щенникова указывает, что «нельзя не признать необходимости защиты вещного права от любого лица, посягнувшего на нарушение данного права»⁵²². В данном случае

⁵¹⁹ См.: Ахметьянова З.А. Вещное право: учебник. М., 2011. С.77.

⁵²⁰ См.: Bluntschli J. Deutsches Privatrecht. Muenchen, 1860. S. 206.

⁵²¹ Гримм Д.Д. Проблема вещных и личных прав в дореволюционном праве // Вестник гражданского права. 2007. № 3. С. 147.

⁵²² См.: Щенникова Л.В. Вещное право. Учебное пособие. Пермь, 2001. С. 70-71.

абсолютность вещного права без каких-либо оснований также всецело сведена к возможности его абсолютной защиты.

Один из характерных примеров смешения вещности и абсолютности в дореволюционной цивилистике обнаруживается в сочинении Ф.П. Будкевича, заключившего, что иск о владении является вещным только на том основании, что он подлежит удовлетворению в отношении каждого⁵²³. В германской цивилистике Д. Чесне заявил о том, что правовая защита исторически разделяется на защиту вещную и обязательственную⁵²⁴. Далее Д. Чесне указывает, что дать исчерпывающее определение этого различия практически невозможно: только без какого-либо требования к точности можно сказать, что вещно-правовая защита распространяется на абсолютные интересы, а обязательно-правовая - на относительные. Примечательно, что Д. Чесне использует как синонимы различные по природе понятия права и интереса, допуская, что именно вещно-правовая защита может распространяться на любые отношения, если законодателем будет подчеркнута их особая значимость.

Отсутствуют основания уравнивать формальную возможность предъявления иска к любому третьему лицу, нарушившему право, с особым институтом вещно-правовой защиты, включающим специальные способы защиты гражданских прав (прежде всего, виндикационный и негаторный иски), где абсолютность является одним из признаков вещности иска. В приведенной цитате критерием классификации иска на вещный или обязательственный выступает количественная субъективная процессуальная направленность формы выражения требования, что было бы характерно для римской *actio*, но не для современного права, где акцент следовало бы сделать на специфике предмета, основании, содержании и направленности требования, а не на его количественном выражении.

Потенциальная абстрактная возможность обращения с иском к любому лицу в случае нарушения права не является самостоятельным и устойчивым

⁵²³ Будкевич Ф.П. Новая теория владения. Варшава, 1895. С. 16.

⁵²⁴ См.: Chesne D. Absolutes und relatives Rechts. S. 48.

признаком вещности права. Важно учитывать, что абсолютной защитой могут пользоваться в отдельных (далее рассмотренных) случаях и права относительные, поэтому классическое утверждение, что «нарушителем абсолютного права может быть любое лицо, а нарушителем относительного - конкретное обязанное лицо»⁵²⁵, следует считать неверным. Нельзя не отметить позицию В.М. Гордона, который указал, что расширение защиты субъективных прав по субъекту не связано с особенностями содержания самого субъективного права, а «объясняется чувством справедливости и общей солидарностью цивилизованных народов»⁵²⁶, что, с нашей точки зрения, наиболее полно и правильно отражает суть вопроса о причинности абсолютной защиты того или иного субъективного права.

Отождествление вещной и абсолютной защиты недопустимо. Абсолютная направленность вещного иска не исчерпывает всей специфики вещно-правовой защиты, как и сам вещный иск не должен считаться единственным примером действия абсолютной защиты прав.

Действие защиты против всех и каждого влияет на расстановку и определение лиц, потенциально участвующих в деле, но это не критерий перехода и не точка превращения прав вещных в обязательственные, абсолютных в относительные и наоборот. Потенциальная возможность защиты против любого и каждого не является самостоятельным признаком, влияющим на внутренние свойства, гражданско-правовую природу конкретного субъективного гражданского права. Абстрактная возможность предъявления иска к неопределенным лицам до правонарушения обнаруживается и в деликтном иске: ведь ломать и портить мою вещь не допускается никому. Сама по себе возможность заявления требований никак не свидетельствует в пользу вещной или абсолютной природы права.

Прямо противоположные воззрения образует позиция Е.М. Майерса, который утверждает, что носитель вещного права может истребовать вещь у

⁵²⁵ См. Советское гражданское право под ред. В.А. Рясенцева. М., 1986. С. 78. Ср.: Братусь С.Н., Иоффе О.С. Гражданское право. М., 1967. С. 41.

⁵²⁶ Гордон В.М. Основные проблемы советского авторского права: дисс. док-ра юрид. наук. Харьков, 1940. С. 188.

держателя или владельца, находящегося в состоянии банкротства, как если бы никакого банкротства не было⁵²⁷. Неужели абсолютный характер вещного права проявляет себя лишь в случае банкротства незаконного владельца вещи? Сохранение возможности истребования вещи из чужого незаконного владения свидетельствует лишь о том, что спорная вещь не входит в состав имущественно-правовой сферы ответчика, что никак не подтверждает абсолютный характер права истца.

Полна лукавства распространенная точка зрения, что абсолютность вещного права заключается в возможности истребования вещи у любого владельца. В действительности субъект вещного права может истребовать свою вещь лишь в том случае, когда она находится во владении известного ему лица. В таком случае остается неясно, в чем видится назначение абсолютности: ведь противостоящие лица четко определены. Абсолютность вещного права не может характеризоваться потенциально возможными притязаниями, поскольку любые требования будут считаться обоснованными лишь в отношении того, кто нарушает право в данный момент времени. Значение абсолютности как свойства вещного права не может состоять в превращении владения третьего лица в незаконное, поскольку регулятивное действие вещного права прежде всего направлено на формирование материального статуса самого управомоченного лица.

Как правило, это не учитывается в современной юридической литературе, где сущность права нередко определяется через объем его защиты. К примеру, в учебниках по швейцарскому вещному праву можно встретить утверждения, что наука и правоприменительная практика разделяют субъективные права на абсолютные и относительные в зависимости от состава лиц, в отношении которых управомоченное лицо может заявить иск⁵²⁸. Концептуально схожее понимание излагает Г. Вилинг, который считает право давностного владения относительным правом собственности – *relativem Eigentum*. Аргументируя данную точку зрения, Г.

⁵²⁷ См.: Meijers E.M. *Algemene leer van het burgerlijk Recht*. P. 268.

⁵²⁸ См.: Schmid J., Huerlimann-Kaup B. *Sachenrecht*. Zuerich, 2009. S. 4.

Виллинг говорит о том, что право собственности характеризуется тем, что оно обеспечивает всеобъемлющую защиту от любых нарушений. Требование, вытекающее из норм вещного права, направлено против каждого, кто производит вмешательство в это право, нарушая его. Этой же защитой пользуется давностное владение. Однако в отличие от права собственности в данном случае речь идет не об абсолютной защите вещного права, а об относительном вещном праве: защита давностного владельца обеспечена против любого, за исключением тех лиц, которые находятся в более выгодном правовом положении. Субъект относительного вещного права находится в более выгодном правовом положении в отношении всех прочих лиц⁵²⁹. Пользуясь тем же примером, Ф. Хек сделал принципиально иной вывод, отметив, что § 1007 BGB являет пример относительной, а не абсолютной защиты, поскольку сама возможность защиты ограничена кругом лиц, которые не могут быть призваны к ответу за нарушение владения в силу их более выгодного правового положения⁵³⁰. Ф. Хек не связывает абсолютную и вещную природу права с возможностью его абсолютной защиты.

Тезис о том, что только вещному праву соответствует абсолютная защита, распространяющая свое действие против всех и каждого, неверен, так же как и ложно заключение о том, что возможность защиты против любого лица возводит право в разряд вещных. Возможность предъявления иска к любому лицу еще никак не свидетельствует о вещности права, подлежащего защите, как и об абсолютности нарушенного права во всех возможных случаях. По общему правилу абсолютная защита должна считаться производным и внешним признаком абсолютного права. Однако сама по себе возможность защиты против любого потенциального правонарушителя не является индикатором абсолютной природы субъективного гражданского права: абсолютные права всегда пользуются абсолютной защитой, но ею же могут пользоваться в отдельных случаях и

⁵²⁹ См.: Wieling H.J. Op. cit. S .625.

⁵³⁰ См.: Heck P. Grundriss des Sachenrechts. Tuebingen, 1930. S. 131.

права относительные, если на это будет воля законодателя и специальное указание в законе. Поэтому трудно согласиться с Г.К. Толстым, что абсолютная защита и абсолютное субъективное право - категории взаимозаменяемые, и в частности, с тем, что абсолютная защита дублирует характеристику субъективного права как абсолютного⁵³¹.

В юридической литературе более распространена иная точка зрения. Еще Ф.К. Савиньи заметил, что в порядке исключения существуют абсолютные права, не являющиеся вещными, но защищаемые против третьих лиц, поскольку они являются абсолютными⁵³²: *actio metus causa*, *actio exhibendum*, *actio aquae pluviae*. В действительности речь идет об очередном примере смешения вещности и абсолютности. В самом деле, охраняемые этими исками интересы требуют максимальной защиты от широкого круга лиц, численный состав которого невозможно определить до момента правонарушения, но в то же время отсутствует какая-либо необходимость или основание для признания этих прав как вещными, так и абсолютными. Ф. Ферстер справедливо указывает, что абсолютность вещного права никуда не исчезает, когда виндикант должен выкупить спорную вещь из обладания добросовестного владельца или когда против абсолютного права выступает абсолютное право с истекшим сроком давности⁵³³.

Абсолютная защита, понимаемая как возможность защиты от любого, выступает внешним признаком действия вещно-правовой защиты. В свою очередь, вещный иск является одним из признаков вещного права, которое всегда абсолютно. Абсолютная защита и абсолютность защищаемого права не могут считаться однородными понятиями, в связи с чем невозможно согласиться с мнением Ю.С. Гамбарова, что категорию абсолютных прав характеризует абсолютная защита против всех, кто становится в противоречие с ними⁵³⁴. Абсолютная защита права не является безусловным доказательством его абсолютности. Справедливо замечание П. Эртмана, что

⁵³¹ См.: Толстой Г.К. Кодификация гражданского законодательства в СССР: дис. д-ра юрид. наук. М., 1970. Т. 2. С. 365.

⁵³² См.: Savigny F.C. System des heutigen roemischen Recht. Berlin, 1841. Bd. 5. S.24.

⁵³³ См.: Foerster F. Op. cit. S. 3.

⁵³⁴ См.: Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. СПб., 1911.

абсолютный характер вещного права дает последующую возможность предъявления иска к любому третьему лицу⁵³⁵. В данном случае связь абсолютного права и абсолютной защиты может рассматриваться как причина и следствие, в то время как правовой эффект следствия (абсолютная защита) не должен ограничиваться неразрывной связью с причиной (абсолютное право). Возможность расширения объема защиты того или иного субъективного права по кругу лиц – возможных ответчиков – определяется не только спецификой материального субъективного права, но и политической волей правопорядка. Примечательно, что П. Эртман не увязывает возможность предъявления иска к любому с вещностью самого права.

Абсолютное право, абсолютная защита, вещное право, вещно-правовая защита являются самостоятельными категориями, имеют различное значение и сферу действия.

Абсолютная защита гражданских прав проявляется непосредственно в масштабе действия притязания, призванного очертить рубежи охраны субъективного права. Абсолютность защиты может не совпадать с абсолютностью самого права. В противном случае невозможно объяснить случаи защиты относительных прав абсолютным иском. Гипотетически ничто не препятствует законодателю исходя из общественной значимости, политической значимости правоохраняемых интересов расширить пределы защиты, признать тем самым потенциальную возможность нарушения всяким и каждым любого субъективного права. По своей сути пределы защиты права являются не содержательной, а формальной, косвенной характеристикой подлежащего защите субъективного гражданского права.

Абсолютность прав, напротив, характеризуют содержательные признаки и свойства субъективного права - непосредственность и независимость управомоченного лица в осуществлении конкретных правомочий, заложенных в содержание субъективного гражданского права.

⁵³⁵ См.: Oertmann P. Dingliche und personliche Herausgabeansprueche // JhJ. 1912. Bd. 61. S. 45.

Абсолютность образует родовой критерий разграничения субъективных гражданских прав. Понятие вещности или обязательственности также концентрируется на содержательных, а не количественных (внешних) характеристиках права, но является признаком вида субъективных гражданских прав.

Абсолютная защита не может рассматриваться как достоверное доказательство абсолютности и/или вещности права. Являясь разновидностью абсолютных прав, вещные права пользуются абсолютной защитой. Однако абсолютный характер защиты связан в данном случае со спецификой вещно-правовой защиты, вещным иском, но никак не с внутренним содержанием и абсолютностью вещного права. Это объясняет незыблемость вещности права даже в тех случаях, когда в силу закона оно не подлежит защите абсолютно против всех третьих лиц (нормы о Публициановом иске), как и обязательственности в случае, когда *ipso iure* защитой пользуются субъекты обязательственного права, имеющие правомочие и факт владения вещью (ст. 305 ГК РФ). Невозможно согласиться с Е.В. Васьковским, полагающим возможным отождествлять вещные и абсолютные иски⁵³⁶.

Вещно-правовая защита, осуществляемая при помощи особых вещно-правовых исков, имеющих абсолютный характер действия, может быть причислена к числу признаков вещного права. Однако абсолютность иска, подчеркивая внешнюю сферу и пределы его действия, формирует одно из важных, но недостаточных условий для причисления самого иска к числу вещных.

Обнаруживается немало притязаний абсолютной направленности, которые не являются при этом вещными исками и не имеют непосредственного отношения к защите вещных прав (к примеру, в римском праве: *reivindicatio utilis*; *actio missio in rem*; *actio in rem scriptae*; *actio quod metus causa*; в современном праве - иск о признании; владельческий посессорный иск; иск об оспаривании конкурсным кредитором сделки

⁵³⁶ См.: Васьковский Е.В. Указ. Соч. С. 193.

должника-банкрота с третьим лицом, кондикционный иск, деликтный иск, иск о возврате ребенка от любого лица, незаконно его удерживающего и др.). Предикат абсолютности или относительности притязания формален и полностью безразличен к его сущностным, содержательным характеристикам, к коим относится дихотомия исков на вещные и обязательственные. Не обнаруживается также оснований, по которым абсолютная или относительная направленность притязания могла бы считаться доказательством абсолютной, относительной, вещной или обязательственной природы самого субъективного гражданского права.

В противном случае вполне очевиден относительный характер виндикации, если считать объектом абсолютных вещных прав негативные действия третьих лиц, поскольку регулирование правового статуса виндиканта таковые в данном случае не охватывают. Именно так рассуждает М.К. Сулейменов, подчеркивая, что «возможны... вещные относительные права, возникающие из виндикационного иска»⁵³⁷. Подобные выводы нередки и для российских исследователей. К примеру, утверждается, что «в случае нарушения абсолютного права... складывается новое правоотношение. Причем данное правоотношение является относительным, поскольку его стороны (причинитель вреда и потерпевший) строго определены... целью относительных правоотношений является удовлетворение интереса управомоченного лица действиями обязанного»⁵³⁸. Аналогичный подход обнаруживается в теории советского гражданского права: «между абсолютными и относительными правами нет глухой стены...если абсолютное право нарушено...возникает относительное правоотношение с конкретным субъектом»⁵³⁹.

Правонарушение является особым юридическим фактом, который не влечет изменения сути нарушенного права. Нельзя исключить, что это же

⁵³⁷ См.: Сулейменов М. Частное право Республики Казахстан: история и современность. Алматы, 2011. Т. 5. С. 158.

⁵³⁸ См.: Левченко О.С. К вопросу о делении гражданских правоотношений на относительные и абсолютные // Адвокат. 2008. №8.

⁵³⁹ См.: Советское гражданское право под ред. И.Б. Новицкого, П.Е. Орловского М., 1959. С. 66.

право может быть так же и в тот же момент нарушено другим. Нарушение права не может влиять на абсолютные и относительные характеристики права, как и ограниченный выбор ответчика не влияет на абсолютность защиты. Германские цивилисты обратили внимание на эту особенность, указав, что предъявление иска из *hereditatis petitio* возможно лишь в отношении того, кто владеет *pro herede* или *pro possessore*. Данное ограничение противоречит только универсальности *possessore possidere*, но не может считаться ограничением абсолютного характера права⁵⁴⁰. Такой ход рассуждений не помешал отдельным исследователям утверждать, что нарушение абсолютного влечет возникновение относительного права⁵⁴¹. При этом остались без ответа вопросы об основаниях прекращения, сферы действия конструируемого относительного права. Непонятно, восстанавливается ли и в каком объеме нарушенное право в случае прекращения противоправных действий, что является основанием обратного превращения относительного права в абсолютное?

Возможность защиты нарушенного вещного права вещным иском не превращает вещное право из абсолютного в относительное. Виндикационный и негаторный иски являются особыми способами исковой защиты вещных прав и не могут рассматриваться как самостоятельные права или правоотношения. Прямо противоположная тенденция может быть отмечена в юридической литературе, где прямо обосновывается возможность существования виндикационных и негаторных правоотношений⁵⁴². Никуда не исчезает и вещный, и абсолютный характер виндикационного иска от того, что данный иск направляется против известного лица - владельца, как это кажется некоторым авторам, настаивающим на том, что виндикационное притязание становится из абсолютного относительным⁵⁴³.

⁵⁴⁰ См.: Foerster F. Op. cit. S. 4.

⁵⁴¹ См.: Ziegenbein U. Die Unterscheidung von Real und Personal Actions in Common Law. Berlin, 1971. S. 92;30.

⁵⁴² См.: Малиновский Д.А. Актуальные проблемы категории субъективного вещного права: дис... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 51.

⁵⁴³ См.: Тузов Д.О. Реституция и виндикация: проблемы соотношения // Вестник ВАС РФ. 2002. N 3. С. 123. Ср.: Рудоквас А.Д. Пункт 2 Статьи 234 ГК РФ: Публицианов иск или владельческая защита // Вестник ВАС РФ. 2007. N 11/12; Лоренц Д.В. Виндикация:

Однако могут ли пользоваться абсолютной защитой права относительные? Действующее гражданское законодательство России и Германии дает достаточные основания для положительного ответа на этот вопрос (§ 823, 1007 BGB; ст. 305 ГК РФ), что, с одной стороны, разрушает категоричность утверждения об исключительной принадлежности абсолютной защиты абсолютному и вещному праву, с другой - подчеркивает формальные, но не содержательные свойства абсолютной защиты гражданских прав.

В современной германской доктрине можно встретить предложения о применении абсолютной защиты к относительным правам, даже когда это прямо не оговорено законом. Г. Вильгельм утверждает, что если в законе не предусматривается специальных положений о защите относительных прав *inter partes*, то должны действовать общие положения о защите прав абсолютных⁵⁴⁴. Развивая эти положения, Г. Вильгельм заключает, что кредитор, требующий выполнения обязанности по совершению действий должником относительно конкретного предмета обязательства, должен получить негативную защиту, распространяющую действие на случаи предотвращения вмешательства в предмет обязательства со стороны не только любых третьих лиц, но и должника. Полагаем невозможным согласиться с ходом рассуждений Г. Вильгельма, поскольку негативный иск является способом защиты не любого абсолютного, а только вещного права. Учитывая, что кредитор и должник в данной ситуации связаны одним обязательством, не усматривается ни малейших оснований расширить пределы и сферу действия негативного иска, тем более что правовое положение участников договорных отношений изначально не предполагает применения к разрешению их взаимных конфликтов вещных исков.

Изложенное позволяет придти к следующим выводам:

юридическая природа и проблемы реализации: автореф. дис... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. С. 6-10.

⁵⁴⁴ См.: Wilhelm J. Op. cit. S. 42-43.

Предусмотренная законом возможность защиты против неопределенного круга лиц не является содержательной характеристикой субъективного гражданского права (показателем его абсолютной/вещной природы), существующим в стадии, предшествующей правонарушению, а показывает только формальные пределы (объем) его защиты по кругу потенциально возможных ответчиков.

Возможность расширения объема защиты того или иного субъективного права по кругу лиц – возможных ответчиков определяется не только спецификой материального субъективного права, но и политической волей правопорядка.

Абсолютная защита и абсолютность защищаемого права не могут считаться тождественными понятиями. Абсолютная защита гражданских прав проявляется непосредственно в масштабе действия притязания, призванного очертить рубежи охраны субъективного права. Абсолютность прав, напротив, характеризуют содержательные признаки и свойства субъективного права - непосредственность и независимость управомоченного лица в осуществлении конкретных правомочий, заложенных в содержание субъективного гражданского права. Абсолютность образует родовой критерий разграничения субъективных гражданских прав.

Глава II.

Относительные субъективные гражданские права

§ 1. Обязательства как основной вид относительных субъективных гражданских прав

В римском праве характеристика обязательства как относительной правовой связи его участников была само собой разумеющейся и единственно возможной формой его описания: *obligatio* рассматривалась как *iuris viculum*, а возможность участия третьих лиц в обязательстве исключалась - *alteri stipulari nemo potest*. Такое правопонимание формулирует представление об относительности как о жесткой и изолированной правовой связанности только должника и кредитора по принципу их частного автономного усмотрения (*causa private*). Однако исследователями на базе источников римского права были обнаружены абсолютно-вещные требования, действующие лишь в отношении конкретного лица, и обязательственные требования, которые могли быть заявлены любому приобретателю или владельцу имущества. Такие наблюдения сами по себе колебали монолит деления субъективных прав на абсолютные и относительные по принятым в науке критериям отличия⁵⁴⁵.

До сих пор господствующая точка зрения использует формальный (по числу участников и обязанных лиц), но не содержательный (по сущности регулируемых отношений) подход к определению относительности обязательственных прав как особой разновидности субъективных гражданских прав, где в расчет в качестве критерия принимается не содержание и специфика обязательственных прав, а количественный состав обязанных лиц, которые при этом должны быть известны едва ли не поименно⁵⁴⁶. При поддержке такого понимания позволительно спросить:

⁵⁴⁵ Historisch-kritischer kommentar zum BGB herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2007. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. S. 49.

⁵⁴⁶ Трепицын И.Н. Гражданское право губерний царства польского и русское. Варшава, 1914. С. 4. Kierulff J. F. M. Theorie des Gemeinen Civilrechts. Altona, 1839. Bd. 1. S. 163-167. В современной юридической литературе часто указывается, что участники обязательства

каковы отношения контрагентов в договоре и всех прочих/других лиц, а главное - что с содержательной и формальной точек зрения препятствует считать сторон договора управомоченными лицами, а всех остальных – обязанными лицами: ведь волеизъявлению сторон договора как и в абсолютных правах противостоит всеобщая негативная обязанность по воздержанию от любых действий, способных оказать негативные последствия на исполнение сделки⁵⁴⁷. Однако не обнаруживается никаких оснований для солидарности с такими суждениями, поскольку с момента возникновения договорного обязательства никакое другое лицо не может вмешаться в исполнение/осуществление чужих гражданских прав и обязанностей не потому, что обязательства обладают отраженным действием абсолютных прав или какими-либо иными зачатками искомой абсолютности, а потому, что такие действия будут рассматриваться правопорядком как правонарушение, при совершении которого непосредственно правонарушитель окажется ответственным за возмещение причиненного вреда кредитору (например, поломка или похищение арендованной вещи, содействие в неисполнении и нарушении обязательств будут считаться деликтом). Важно учитывать, что договор порождает не только связанность участвующих в нем лиц взаимными и корреспондирующими друг другу правами и обязанностями, но и содержит непосредственное правовое регулирование созданного им правоотношения, в чем состоит важное проявление относительности договорных обязательств и одновременно индивидуальность характеристик договорного обязательства. Общий интерес сторон в исполнении обязательства презюмируется, обуславливая солидарность интересов участников обязательства и обязанность их делового сотрудничества.

могут заявлять только взаимные притязания друг к другу, что следует считать спецификой обязательственных в отличие от вещных прав (Canaris C. W. Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis // Festschrift für Karl Larenz zum 70. München, 1973. S. 799- 801. Лунц Л.А., Новицкий И.Б. Общее учение об обязательстве. С. 47).

⁵⁴⁷ Hassemer M. Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen. Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht. Tübingen, 2007. S. 30.

Следует подчеркнуть ошибочность распространенного в доктрине понимания относительности обязательственных прав замкнутостью, внутренней изолированностью или только взаимностью притязаний контрагентов. Возможность заявления одним из участников обязательства самостоятельных требований-притязаний не только к своему контрагенту, но и к иным указанным в законе лицам, неучаствующим в обязательстве в качестве его сторон, никак не колеблет и не видоизменяет характеристику относительности обязательства, выступая дополнительной мерой охраны обязательственных прав за счет введения дополнительного внедоговорного притязания⁵⁴⁸. Поэтому нельзя согласиться с утверждением, что ответственность изготовителя перед потребителем за качество и безопасность товара нарушает принцип относительности договорных обязательств между продавцом и покупателем, поскольку в этом случае законодателем создаются только дополнительные гарантии для потребителя, который в силу закона наделяется договорным притязанием и к своему контрагенту, и внедоговорным требованием к изготовителю соответствующей продукции⁵⁴⁹. Другое дело, что обоснованность конструкции ответственности только последнего продавца перед покупателем-потребителем, а не всех предыдущих продавцов по цепочке сделок, вызывает оживленные дискуссии в европейском праве с точки зрения эквивалентности договорных правоотношений и распределения зон ответственности контрагентов в обязательстве, но не с позиций определения диапазона относительности, поскольку в такой цепочке каждому из покупателей соответствовал свой продавец, которому можно было адресовать соответствующие требования. Следует отметить, что в

⁵⁴⁸ Случаи заявления внедоговорных требований к лицу, несвязанному договорными требованиями с истцом, разнообразны. Например, солидарная ответственность основного общества по обязательствам дочернего (ст. 67³ ГК РФ), которая, во-первых, не связана и не следует из противоправности действий основного общества и, во-вторых, не может быть исключена или ограничена ссылками основного общества на неразумность действий дочернего общества, заключившего сделку, что в совокупности объясняет возможное понимание ответственности основного общества по обязательствам дочернего распределением убытков в силу закона между несколькими взаимосвязанными лицами, являющимися профессиональными участниками предпринимательского оборота.

⁵⁴⁹ Другая точка зрения. См.: Hassemer M. Op. cit. S. 3-8.

современном доктринальном учении об обязательствах делаются выводы – прогнозы о целесообразности расширения масштаба защиты обязательственных прав по образцу, но с учетом сохранения специфики абсолютных прав, что, как утверждается, только укрепит арсенал средств защиты прав кредитора за счет предоставления дополнительных возможностей обращения с притязаниями о компенсации и возмещении не только к контрагенту, но и к другим лицам, не являющимся сторонами соответствующего договорного обязательства⁵⁵⁰. Важно акцентировать внимание на том, что регламентированная законом возможность предъявления притязаний участником договорного обязательства к несостоящему с ним в договорных отношениях лицу относится только к модели охраны права, принципы и механизмы которой не следует отождествлять с самим объектом охраны – субъективным правом.

Несмотря на широкую распространенность описания обязательственных прав как относительных, и в российской, и в зарубежной юридической литературе крайне редки научные разработки подходов к сущностному содержанию самой относительности и ее проявлению в обязательственных правах. Как правило, относительность раскрывается хрестоматийными лаконичными формулировками при том, что ограничения ее проявлений оговариваются далеко не всегда, но даже в этих единичных случаях приводятся ссылки на отдельные материалы правоприменительной практики⁵⁵¹. Такой прием изначально оказывается неспособным дать общее представление о свойствах и значении относительности договорных обязательств. Вместе с тем было бы несправедливо не отметить, что в германской юридической литературе делению субъективных прав на абсолютные и относительные придается не только декларативно-академический характер. В частности, говорится о том, что разграничение субъективных прав на абсолютные-вещные и относительные-обязательственные позволило с должной последовательностью определить

⁵⁵⁰ Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung herausg. A. Markus, S. Lorenz. (E. Picker). Tübingen, 2007. S. 3.

⁵⁵¹ Esser J., Schmidt E. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Heidelberg, 1989. S. 79-80.

последствия выбора национальным законодательством системы консенсуса или традиции при определении момента возникновения права собственности на приобретаемый товар у покупателя. При отсутствии такого доктринального деления было бы проблематично сказать, что принцип консенсуса предполагает возникновение абсолютного вещного права на стороне покупателя уже с момента заключения договора, а принцип традиции допускает возникновение права собственности у покупателя с момента передачи ему вещи, легитимируя покупателя с момента заключения договора в статусе субъекта требования на будущую передачу права на приобретенную вещь⁵⁵².

В последнее время в российской литературе появились новые небесспорные интерпретации старых формализованных подходов к пониманию относительности обязательственных правоотношений, но опять же этими подходами никак не объясняется сущность и значение относительности договорных обязательств, о которой традиционно принято говорить при характеристике обязательств в теории гражданского права. Так, утверждается, что «в гражданском праве вещные отношения статичны (за лицом закреплены те или иные вещные права), а обязательственные отношения динамичны (объекты гражданских прав перемещаются между лицами)», в то время как «абсолютные права действуют в отношении всех, а относительные – только в отношении конкретных лиц»⁵⁵³. Представляется, что такой подход не только не привносит ничего нового в понимание относительности обязательственных прав, но и смещает очевидные акценты внимания в характеристиках базовых цивилистических институтов, поскольку обязательственное право регулирует не только перемещение объектов гражданских прав (с этой задачей не без успеха справляются и завещательные распоряжения), а главным образом определяет сам статус (взаимные права, обязанности, притязания) участников обязательства.

⁵⁵² Michaels R. Sachzuordnung durch Kaufvertrag // Schriften zum Buergerlichen Recht. Berlin, 2002. S.42-43.

⁵⁵³ Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств. М., 2017. 10.

Критика существующих взглядов предполагает изложение собственного понимания относительности обязательственных прав. По своему содержанию относительность в обязательственном праве проявляется одновременно в регулятивной и охранительной функциях правового регулирования. Регулятивная функция относительности обязательственных прав обеспечивает свободу контрагентов по своему усмотрению реализовывать избранную ими в условиях действия принципа свободы договора цель обязательства, в том числе обеспечивает предсказуемость развития обязательственного правоотношения, включая возможные взаимные притязания и предоставления между сторонами обязательства. Охранительная функция относительности обязательственного правоотношения обеспечивает нераспространение последствий соглашения контрагентов на обязанности других лиц, не являющихся участниками договора. Относительность обязательственных прав одновременно может рассматриваться как общий принцип осуществления и регулирования гражданских прав, его ограничения напрямую связаны с правами и законными интересами других участников оборота или же правопорядка в целом. Относительность обязательственных прав основывается на идеях самоопределения и самоорганизации участников обязательства⁵⁵⁴, достигающих посредством совместного волеизъявления при заключении договора и исполнения обязательства общую цель, чем предопределена необходимость делового сотрудничества и солидарности интересов участников обязательства. Участники обязательства взаимодействуют друг с другом в статусе должника и кредитора, определяя условия договорного обязательства сообразно своим интересам. Ограничения пределов дозволенного волеизъявления определены самим законодателем при

⁵⁵⁴ В данном случае правопорядок предоставляет отдельному лицу и признает за ним возможность руководствоваться собственными интересами в вариациях реализации гражданской правоспособности, очерчивая горизонты обозримости и предсказуемости его будущих обязательств (главным образом в аспекте возможной ответственности и наступающих в силу закона последствий от собственного поведения), что необходимо для расчета и оценки правового риска участия в обороте любому потенциальному участнику договорных отношений.

формулировке общих положений об обязательствах и договоре, специальных нормах об отдельных видах договоров. Соответственно, в отличие от абсолютных прав при регламентации отдельных видов договорных обязательств относительность как принцип регулирования раскрывается в задачах законодателя по созданию условий и правовых гарантий для договорного взаимодействия и охраны прав контрагентов как носителей согласованного волеизъявления. Для лиц, не участвующих в обязательстве в качестве его стороны, относительность как принцип регулирования обязательственных правоотношений создает гарантии по нераспространению на них согласованных участниками договора условий и обязанностей.

Непрерывность динамики имущественного оборота и неразрывность с ним самих обязательств предопределяет невозможность рассмотрения обязательства в статике гражданских правоотношений как обособленного правоотношения должника и кредитора, личность которых на всех этапах развития обязательства остается неизменной. Смена участников обязательств может сказаться на содержании и исполнении обязательства, в связи с чем заведомо исключается неограниченная свобода должника и кредитора по уступке/переводу своих прав и обязанностей по договору. Например, при заключении договора должник имел намерение участвовать в обязательстве с конкретным кредитором (банком), а не с коллекторским агентством, под вывеской которого в российских условиях часто действуют бандитские формирования или при заключении предпринимательских договоров профессиональные участники оборота (если речь не идет о публичных договорах) рассматривают в качестве своего контрагента именно конкретное лицо, имеющее известные активы и деловую репутацию. В этом смысле нельзя не обратить внимание на абстрактный, а, по сути, неопределенный подход российского законодателя, закрепившего, что уступка требования другому лицу допускается без согласия должника, если таковая не противоречит закону и за исключением случаев, когда личность кредитора будет иметь существенное значение для должника (п. 1-2 ст. 388 ГК РФ). Буквальное прочтение приведенной нормы может создать впечатление, что

законодатель имеет в виду только неденежные обязательства, поскольку уплата фиксированной суммы никак не связана с личностными качествами конкретного кредитора, что опровергается только что приведенными примерами. По своему содержанию положения п. 1-2 ст. 388 ГК РФ императивны, а специальное правило, установленное п. 3 этой статьи, усугубляет ситуацию, поскольку им сформулировано положение, которое позволяет пренебречь договорным запретом уступки прав. По мысли законодателя отступление кредитором от согласованного им же запрета уступки в договоре не освобождает кредитора от ответственности перед должником за нарушение условий договора, но в этом случае возникает вопрос о такой ответственности и ее соразмерности: в данном случае кредитор осуществляет свое право, хотя при этом очевидна и его недобросовестность. Приведенные доводы позволяют считать, что нормы ГК РФ об условиях уступки требований по обязательству требуют коррекции в части прямого указания на то, что кредитор правомочен произвести уступку требования по обязательству другому лицу, если такая уступка не противоречит закону и не запрещена условиями договора. Изначально в юридической литературе отмечалось, что замена должника или кредитора в обязательстве влечет за собой существенное видоизменение самого обязательства. К примеру, К.Ф. Мюленбрух, обосновывая собственное учение о переуступке прав, понимал под обязательством лишь связь определенных лиц. Допущение переуступки прав по договору, с его точки зрения, разрушает связь определенных лиц, а намерение кредитора уступить свои права по договору третьему лицу существенно обременяет самого должника, поскольку кредитор, уступая свои права, навязывает должнику нового контрагента. Из этих соображений ученый отвергает право на цессию как исключительное полномочие кредитора⁵⁵⁵, хотя такая категоричность видится оторванной от нужд оборота. Г. Дернер выделяет принципиальную относительность обязательства: т.е. те отношения, которые возможны лишь

⁵⁵⁵ Mühlénbruch C. F. Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald, 1836. S. 21-23.

между первоначальным должником и кредитором и интерсубъективную («переходящую», «переносящуюся») относительность, предполагающую перемещение юридической силы обязательств на третьих лиц. Возможность передачи статуса должника или кредитора в обязательстве именуется Г. Дернером динамической относительностью обязательства⁵⁵⁶. Перемена лиц в обязательстве не всегда влечет изменения только субстрата лиц в обязательстве, а сказывается и на содержании последнего, видоизменении изначальных намерений должника и кредитора. При перемене кредитора права и обязанности участников обязательства остаются в большинстве случаев теми же самыми, но это не влияет на осуществление правомочий кредитора, который свободен в выборе допустимого варианта поведения, способа и целесообразности осуществления правомочий, заложенных в его субъективное право. По своему усмотрению новый кредитор в обязательстве вправе решить вопрос о последующей частичной уступке перешедших к нему требований к нескольким лицам, об освобождении должника от некоторых лежащих на нем обязанностей, объявить о зачете встречных требований полностью или в части и т.д. Это не может не сказаться на правовом положении должника. Идентичность прав, перешедших к цессионарию по обязательству, и прав, существовавших до цессии, в содержательном объеме не подлежит сомнению, что невозможно утверждать в отношении модели осуществления прав кредитора и исполнения гражданско-правовых обязанностей должником, следующих из обязательства. Право требования кредитора теперь зависимо от воли и усмотрения ранее не участвовавшего в обязательстве лица, получившего в силу цессии статус управомоченной стороны в обязательстве. Объем перешедшего к цессионарию права требования определим в том числе распорядительными действиями cedentia по обязательству, сделанными до передачи прав кредитору, при условии, что такие действия являлись добросовестными и не представляли собой явного злоупотребления права

⁵⁵⁶ Doerner H. Dynamische Relativitaet: Der uebergang vertraglicher rechte und phlichten. Muenchen, 1985. S. 1-2.

(например, ранее достигнутые между cedentом и должником соглашения о порядке определения качества товара при его приемке). Эти обстоятельства свидетельствуют о перераспределении рисков между участниками обязательства, модернизации самого обязательства с сохранением качественного содержания связи должника и кредитора в результате произошедшего правопреемства. В пределах перешедшего права требования цессионарий, вероятно, свободен вступать в переговоры с должником об установлении санкций за нарушение сроков исполнения лежащей на должнике обязанности, перераспределении прав и обязанностей, сроков исполнения последних, удерживать имущество должника в счет обеспечения надлежащего исполнения. Перемена лиц в обязательстве не всегда влечет изменения только субстрата лиц в обязательстве, а сказывается и на содержании последнего, видоизменении изначальных намерений должника и кредитора. Прежде всего, это замечание касается обязательств, где личность исполнителя имеет существенное значение для кредитора, пусть даже последний и согласился на уступку прав требования третьему лицу или же замену непосредственного исполнителя обязательства. К примеру, смена биржевого брокера, врача, осуществляющего хирургическое вмешательство, художника, взявшегося написать портрет, пианиста, писателя, замена бригады рабочих на стройке тесно связаны с творческими характеристиками личности исполнителя обязательства, которые первоначально имел в виду кредитор. Может сложиться ситуация, когда по своему качеству предложенное исполнение будет отвечать сравнимому по ожидаемым результатам уровню, но все же являться иным, чем изначально предполагали должник и кредитор при возникновении обязательства. Смена должника или кредитора модернизирует обязательство независимо от его природы, поскольку включение новых лиц в обязательство автоматически создает правовые риски, связанные с добросовестным, разумным, осмотрительным поведением контрагентов. Это сказывается на вариативности осуществления имеющихся правомочий, на изменении манеры ведения деловых контактов контрагентами, становлении принципиально нового заведенного порядка

ведения дел между ними, изменении имущественного статуса новых лиц, вовлеченных в обязательство, в сравнении с прежними его участниками, появлении новых рисков неплатежеспособности контрагента. В совокупности вышеизложенные обстоятельства говорят о модернизации волевой структуры самого обязательства, а не только об изменении социально-экономических программ поведения участников договора. Перемена лиц в обязательстве в зависимости от конкретной специфики отношений контрагентов может повлиять на изменение места исполнения обязательства, изменение подсудности спора, вытекающего из обязательства, коллизионного регулирования обязательства в случае изменения юрисдикции, которой будут подчинены лица, вновь вступившие в обязательство. Согласие кредитора на перевод долга означает лишь одобрение замены должника в обязательстве, что ни в какой мере не касается автоматического принятия изменения содержания обязательства, предложенного должником, например, представления новой редакции договора вместе с запросом-уведомлением кредитору или изложения новых условий обязательства, предлагаемых новым должником. Полагаем, отсутствие отрицательного ответа на предложение должника изменить содержание обязательства, как и молчание кредитора не может иметь квалифицирующего значения, свидетельствующего об изменении условий обязательства.

При описании относительности договорных обязательств ученые оговаривают существенные ограничения относительности обязательства, в обосновании чего приводятся ссылки на отдельные примеры правоприменительной практики, хотя, как представляется, правильнее было бы говорить о двух основных предпосылках таких ограничений: формальная (усложнение структуры обязательства и характера взаимоотношений участвующих в его исполнении лиц) и содержательная (широкое включение в объекты обязательств имущественных прав⁵⁵⁷). Объективные факторы

⁵⁵⁷ Henke H-E. Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses. Wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner? Berlin, 1989. S. 25.

развития и усложнения товарооборота на современном этапе в отличие от гражданского законодательства эпохи раннего капитализма привели к модернизации конструкции относительного обязательственного правоотношения. В современных условиях отсутствуют какие-либо основания рассматривать обязательство только как частное биполярное соглашение должника и кредитора, где должник несет только обязанность, а кредитор наделен только правом требования и притязанием к должнику при том, что стороны обязательства на стадиях его возникновения и исполнения пользуются максимальной свободой усмотрения при определении договорных условий, будучи ограниченными только действиями запретов, выраженных законодателем в нормах объективного права. Можно сходу обозначить несколько реперных точек, которыми ограничено действие и понимание принципа относительности договорных обязательств законодателем и правоприменительной практикой при том, что в российских условиях подходы последней не толкуют действующее законодательство, а в силу обязательного применения судебных позиций нижестоящими судебными инстанциями, по сути, формируют квазинормы гражданского законодательства:

- необходимость соответствия договорного обязательства закону и публичному порядку;
- активный судебный контроль над договорными условиями и их оценка во взаимосвязи с добросовестностью участников обязательства;
- охраняемые интересы слабой стороны договора, которой правоприменительной практикой гарантирована защита от несправедливых договорных условий;
- влияние на содержание договорных обязательств действий третьих лиц – исполнителей обязательства;
- особое правовое положение третьего лица, в пользу которого заключен договор⁵⁵⁸ и его статус в обязательстве.

⁵⁵⁸ Вслед за М.И. Брагинским мы сознательно разграничиваем правовое положение третьих лиц в обязательстве, участвующих в обязательстве в статусе исполнителя

Уже только перечисление этих оснований, ограничивающих относительность обязательственных прав, позволяет усомниться в адекватности постулата о том, что обязательство исчерпывается связью должника и кредитора и именно эта характеристика свидетельствует об относительном характере правовой связи субъектов и следующих из обязательства гражданских прав и обязанностей. В противном случае получается, что сама гражданско-правовая конструкция обязательства отвечает признакам изолированного от внешнего мира и самого оборота явления, что не подтверждается при оценке влияния названных ограничений на соглашение должника и кредитора в обязательстве. В отсутствие прямого указания норм российского законодательства на относительность как характеристику обязательства в стороне от определения ее значимости не оказалась правоприменительная практика. В частности, ею, а не законодателем сформулирован подход, имеющий принципиальное значение для регулирования всего оборота, которым, по сути, были ограничены фундаментальные принципы гражданского права (автономия воли, диспозитивность регулирования, дозволение совершения субъектами любых юридических действий, которые прямо не запрещены законом) и одновременно понимание относительности договорного правоотношения за счет признания высокого правового значения крайне неопределенных и расплывчатых в своем содержании критериев определения интересов слабой стороны договора (имущественное превосходство, лучшая информированность одной из сторон, неравенство переговорных возможностей и др.), что на практике породило широту судебного усмотрения от возможности неприменения несправедливых условий договора (ст. 10 ГК РФ) до признания их ничтожными (ст. 169 ГК РФ), в то время как такой слабой стороной в действительности может оказаться совсем не гражданин, а любой предприниматель-юридическое лицо, осуществляющий свою основную деятельность на ином сегменте рынка в

обязательства, выгодоприобретателя – стороны и всех прочих – других лиц, никак не связанных с условиями обязательства.

сравнении с его контрагентом (профессиональным булочником, мебельщиком, банкиром и т.п.), в этом случае практика позволяет нивелировать правовые последствия заключенной и исполненной сделки не только при помощи признания договорных условий недействительными, но и посредством их неприменения, формы и последствия которого для самой сделки законом не установлены. В частности, в одном из самых резонансных за последнее время дел суд признал слабой стороной ПАО «Транснефть» в споре с ПАО «СБЕРБАНК» (дело №А40-3903/17-55-23). Именно правоприменительная практика (п. 10 постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах») апробировала возможность возражения против признания договорных условий несправедливыми ссылкой на то, что договор, содержащий такие условия был заключен на этих условиях в связи с наличием другого договора (договоров), где содержатся условия, создающие, наоборот, существенные преимущества для другой стороны, ссылающейся на несправедливость, что открывает новое значение понимание относительности договорных правоотношений.

Отдельные видовые классификации договоров в российском праве накладывают существенную специфику на понимание относительности обязательственных прав их участников, в связи с чем целесообразно обратиться к анализу моделей договора поручения и комиссии. В базовых курсах гражданского права отмечается, что договор поручения оформляет «одну из разновидностей обязательств по оказанию юридических услуг», к числу которых относятся также обязательства из договоров комиссии⁵⁵⁹. И представитель, и комиссионер являются посредниками, действующими от собственного имени, но всегда в чужом интересе, создавая собственными действиями отдельные права и обязанности не для себя, а для своего клиента. Договор поручения как сделка и правоотношение связывает только его участников, полномочия представителя в обороте predeterminedены договором поручения, но следуют не из его содержания непосредственно, а из

⁵⁵⁹ Гражданское право. Учебник под ред. Е.А. Суханова. М., 2000. Т. II, полутом 2. С. 90.

выданного на его основании поручения-доверенности (п. 1 ст. 975 ГК РФ), чем обусловлены исторически сложившиеся и оправдавшие себя в практике товарооборота существенные различия между самим договором и выданным на его основании поручением (мандатом), которым уже в отношениях с третьими лицами представитель наделяется доверителем набором определенных правомочий для совершения в его интересах юридически значимых действий. Однако действующее российское законодательство не устанавливает на этот счет четкого, последовательного и непротиворечивого регулирования. Пункт ст. 185 ГК РФ распространяет действие правил о доверенности на случаи, когда полномочия представителя содержатся не в поручении, легитимирующем представителя в отношениях с третьими лицами, а непосредственно в договоре между представителем и представляемым, что обуславливает пусть и частичное, но распространение условий такого договора на отношения представителя с третьими лицами, что неоправданно нивелирует самостоятельность мандата как автономного распорядительного юридического акта. Правовая модель комиссии предполагает, что комитент не становится участником сделок, которые заключены комиссионером, даже если он указан в сделке в качестве ее стороны или вступил в правовые и фактические отношения с контрагентом комиссионера. В практике договорной и претензионно-исковой работы сложилась ситуация, при которой крупные договоры подряда заключались генеральным подрядчиком не в собственных интересах, а в интересах комитента и в рамках данных им поручений, что после исполнения обязательств с просрочкой подрядных организаций не мешало предъявлению иска о взыскании неустоек таким подрядчиком без согласования с комитентом, который в действительности не только не дал соответствующего поручения, но и вообще не был в курсе о начатом судебном разбирательстве по взысканию штрафных санкций. При отсутствии в договоре комиссии условия о делькредере игнорирование судами и арбитражем особенностей такой модели правоотношений сторон ссылками на автономию и целостность договоров комиссии и подряда приводило к

неосновательному обогащению подрядчика, неимеющего в инициализации и исходе судебного разбирательства ровным счетом никакого правоохраняемого интереса при том, что работы выполнялись за счет заказчика-комитента. Приведенные примеры наглядно показывают риски формального восприятия относительности договорных обязательств.

Понятие обязательства как изолированной структуры взаимодействия должника как носителя обязанностей и кредитора как носителя прав устарело, повсеместно наблюдается тенденция усиления правовых гарантий третьих лицам при их участии в исполнении обязательства, что нередко связывается с открытостью и диспозитивностью договорного права. Почти любое договорное обязательство сочетает в статусе должника и кредитора как конкретные права, так и обязанности, что практически исключает возможность категоричного отнесения участника обязательства строго только к обязанной или управомоченной стороне. Должник и кредитор в их договорном правоотношении объединены единством целей и ожиданий от их взаимодействия при исполнении обязательства. По ходу исполнения конкретного договорного обязательства любой кредитор выступает и субъектом общей обязанности по содействию должнику в исполнении обязательств, несовершению любых действий, влекущих ухудшение правового и имущественного положения должника, ее исполнение является необходимым условием осуществления исполнения обязательства должником⁵⁶⁰. Из содержания конкретного обязательства на основе принципов добросовестности, должной заботливости и осмотрительности возникает обязанность кредитора по совершению конкретных действий,

⁵⁶⁰ См. Райхер В.К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. М., 1958. С.59-73; Новицкий И.Б. Солидарность интересов в советском гражданском праве. М., 1951. С. 46-48; О.Н. Садилов специально обосновывал институт участия кредитора в исполнении договорного обязательства, отметив, что участие кредитора в исполнении договорного обязательства является одним из признаков обязательственного права, и определил, что кредитор обязан: а) совершить необходимые действия для создания должнику возможности приступить к исполнению договорного обязательства; б) совершить действия, содействующие должнику в исполнении договорного обязательства; в) принять исполнение по договорному обязательству. (См.: Садилов О.Н. Участие кредитора в исполнении договорного обязательства между государственными предприятиями: дис... канд-та юрид. наук. М., 1953. С. 10, 52, 75)

несовершенство которых для кредитора может обернуться потенциально возможным уменьшением размера ответственности должника (например, проверка наличия, сохранности, мест хранения, предмета залога, выполнения обязанности по ведению книги залогов при залоге товаров в обороте, проверка содержания сданных в аренду помещений, сообщение должнику по денежному обязательству изменившихся платежных реквизитов кредитора и др.). Должник в обязательстве также является носителем ряда правомочий и притязаний: на стадии исполнения любого обязательства должник правомочен выдвигать против кредитора возражения о способе, порядке и объеме осуществляемого и запрашиваемого исполнения, требовать в претензионном и судебном порядке защиты своих прав и правоохраняемых интересов в случае нарушения кредитором прав должника. Неоспоримо, что обязательство как правоотношение характеризуется правовой связанностью и взаимообусловленностью прав и обязанностей его участников. В современной российской юридической литературе специально выделяется несколько подгрупп обязанностей. Так, выделяются основные обязательства-предоставления (обязанность должника передать вещь, выполнить работу, оказать услугу), дополнительные обязательства-предоставления (имеют вспомогательный характер, но важны для исполнения обязательства (например, дополнительная обязанность поставщика настроить поставленное оборудование); обязательства – предоставления, не опосредующие экономический обмен, но обеспечивающие восстановление имущественного статус-кво и имеющие, по сути, «ликвидационную природу» (например, обязательство арендатора по возврату арендованного имущества), компенсационные обязательства-предоставления, направленные на возмещение поверенному расходов в связи с исполнением обязательств (например, возмещение расходов поверенному, понесенные в связи с исполнением его обязательств). В дополнение к этой классификации говорится о том, что ряд обязанностей контрагентов не может рассматриваться как правовое средство, обеспечивающее «непосредственное предоставление экономического блага», но при этом способствуя

«косвенному получению удовлетворения в таком благе»: организационные обязанности (например, обязанность продавца по уведомлению покупателя о готовности товара к отгрузке); обязанности по целевому использованию произведенного исполнения по договору (например, целевое расходование кредитных средств, целевое использование арендованного помещения); кредиторские обязанности, при неисполнении которых кредитор будет считаться находящимся в просрочке; «обязанности по обеспечению безопасности» (при исполнении своего обязательства должник должен учитывать интересы кредитора в сохранении его имущества в прежнем состоянии, например, при выполнении ремонтных работ в помещениях заказчика). Именно со сложностями правовой природы этих обязанностей в случае, если они напрямую не следуют из положений договора предлагается связывать дискуссионность вопроса, являются ли они в случае их нарушения должником «предметом некоего относительного правоотношения между должником и кредитором или должны относиться к случаям причинения вреда при исполнении обязательства»⁵⁶¹. Представляется излишним выцеживать и фильтровать особую значимость этих обязанностей как самостоятельных – внешних элементов обязательства, поскольку каждая из них входит в содержание обязательственного правоотношения кредитора и должника, которое определено либо конкретными нормами обязательственного права и положения договора, либо должна основываться на действии общих принципов обязательственного права.

Новеллы российского обязательственного права едва ли улучшили понимание относительности обязательства и его сущностных черт и признаков. Теперь общая норма о понятии обязательства крепко смыкает оковы (более уместно сказать - кандалы) должника и кредитора не только на период исполнения, но и на неопределенный срок после исполнения обязательства (п.п. 1, 3 ст. 307 ГК РФ), устанавливая правило о том, что стороны обязательства должны и после исполнения действовать

⁵⁶¹ Договорное и обязательственное право под ред. А.Г. Карапетова. М., 2017. С. 24-29.

добросовестно, учитывая интересы друг друга⁵⁶². Судебной практикой значение и смысл этой нормы истолкованы не были, хотя в п. 2 проекта постановления Пленума ВС РФ от «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» от 22 ноября 2016 г. № 54 рекомендации по применению п. 3 ст. 307 ГК РФ исходили из того, что кредитор обязан действовать добросовестно и после исполнения обязательств по купле-продаже ранее принадлежащих ему акций, в частности, воздерживаться от намеренных действий, которые в итоге могут привести к уменьшению их рыночной стоимости. Посчастливилось, что в итоге этот подход воспринят не был, ведь такое толкование накладывает на кредитора дополнительные обязанности, которые связывают прежнего кредитора-продавца с его контрагентом уже после исполнения сделки, несмотря на то, что обязательство прекратилось надлежащим исполнением. При таких обстоятельствах существенным образом ограничивается правоспособность кредитора, его самостоятельные и инициативные действия в профессиональном предпринимательском обороте, поскольку в приведенном примере, как можно понять, имеются в виду сделки, заключенные на рынке ценных бумаг т.е. между профессиональными участниками рынка, где такая жесткая связанность просто не предполагается. На самом деле было бы полезно для применения п. 3 ст. 307 ГК РФ в проекте разграничить и типизировать случаи недобросовестного поведения бывшего кредитора в предпринимательском и непредпринимательском обороте, определить примерные формы и правовые последствия недобросовестного поведения бывшего кредитора, чем обеспечить контуры допустимого применения нормы, не оставляя очередную двусмысленность в российском гражданском законодательстве. По сути сама связанность и зависимость от действий бывших контрагентов с оглядкой на них как на бывшего кредитора

⁵⁶² В.В. Витрянский отмечает неудачность этой законодательной новеллы, связывая ее появление со стремлением «несколько перестаравшихся» разработчиков наглядно показать, что и в обязательственно-правовых отношениях действует принцип добросовестности (Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М., 2016. С. 232).

или должника не всегда выглядит корректным и являет собой пример ограничений основополагающих принципов договорного права (свободы договора) безразмерными по сути нормами о добросовестности и недопустимости обхода закона, которым на деле можно придать абсолютно любое толкование.

Пользуясь (а на деле прикрываясь) принципом свободы договора, нередко в практике договорной работы контрагенты связывают свою обязанность по оплате работ, услуг, товаров действиями других лиц, которые в лучшем случае являются, а бывает, что и просто рассматриваются как потенциальные контрагенты одной из сторон договора. Например, в договорных условиях платежа часто указывается, что обязанность по оплате уже поставленных товаров и услуг возникает только после исполнения таким лицом своих обязательств перед одним из договаривающихся контрагентов, причем этот плательщик не участвует в договоре в качестве его стороны или гаранта исполнения обязательств по нему. В такой ситуации при разрешении спора встает вопрос о том, как следует квалифицировать такое договорное условие: пренебречь им или освободить сторону договора от исполнения обязанности по оплате принятой работы или поставленного товара в связи с тем, что условие платежа еще не наступило? Разрешение этого вопроса либо вынудит к отступлению от гарантий свободы договора, либо приведет к поощрению недобросовестного уклонения от обязанности по оплате товара. Кажется разумным исходить из того, что по возмездным договорам обязанность по оплате принимаемого товара является индивидуальной гражданско-правовой обязанностью контрагента, неразрывно связанной с осуществлением стороной иных прав и обязанностей по конкретному договору, причем такая обязанность, как правило, сформулирована в императивных нормах закона и именно для стороны договора, в то время как действия контрагента одной из сторон обязательства никак влияют на структуру такого обязательства и правовое положение его сторон, а сами участники сделки в правоотношениях между собой по смыслу ст. 308 ГК РФ не правомочны в своем соглашении определить обязанности для

неучаствующего в договоре в качестве его стороны лица во всяком случае без явно выраженного волеизъявления последнего. Желание и сформулированная сторонами договора обязанность участника договора оплатить согласованную стоимость принятого товара только после действий другого лица – неучастника договора не может квалифицироваться как отлагательное условие, поскольку ст. 157 ГК РФ определяет понятие, особенности заключения и исполнения в целом сделки, совершенной под условием, а не отдельных ее условий, в противном случае будет невозможно даже примерно установить срок исполнения обязательств по оплате принятого товара, поскольку ее совершение заведомо связывается с действиями другого лица-неучастника договора. При таких обстоятельствах буквальное понимание условий договора способствовало бы получению неосновательной выгоды одним из контрагентов, его уклонению от исполнений обязательств по договору и от ответственности за нарушение последнего, что в свою очередь явилось бы поощрением недобросовестного поведения, что противоречит смыслу гражданско-правового регулирования, и, в частности, ст.ст. 1, 10 ГК РФ. Не усматривается оснований считать такие договорные условия случаем обусловленного исполнения, поскольку по смыслу закона сама обусловленность исполнения напрямую связывается с определенными действиями участников договора (ст. 327¹ ГК РФ).

В российском праве понимание относительности договорных обязательств изменилось и в связи с появлением нормы о соглашении кредиторов о порядке удовлетворения их требований к должнику (ст. 309¹ ГК РФ), которой было закреплено, что соглашение кредиторов никак не связывает должника в действиях по исполнению обязательств перед каждым из них на оговоренных условиях в конкретном договоре. В действительности, действующей редакцией этой нормы законодатель допускает возможность отказа одного кредитора от своих прав требования к должнику по конкретному обязательству, а это создает ненужную коллизию между условиями обязательства должника и кредитора (интересно на каком основании кредитор будет отказываться от предложенного должником

надлежащего исполнения обязательства и как такой кредитор при этом стечении обстоятельств не будет считаться находящимся в просрочке) и соглашением нескольких кредиторов, которые вдобавок ко всему фактически своим соглашением не ограничены в возможности изменить установленную императивными нормами закона очередность удовлетворения требований. В данной связи следует оговориться, что по своему характеру рекомендации п. 4 постановления Пленума ВС РФ «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» от 22 ноября 2016 г. № 54 формулируют новую норму закона и не являются в привычном смысле разъяснением действующего законодательства.

Участие в обязательстве третьих лиц и их правовое положение (исполнение обязательства третьим лицом, третьему лицу и договор в пользу третьего лица) осложняют структуру и содержание обязательства между должником и кредитором, но при этом никак не взаимозаменяют и не исключают самих участников обязательства – должника и кредитора как его сторон. Правовые формы и последствия участия третьих лиц в обязательстве отличаются существенным разнообразием, которые влияют и на сам «жизненный цикл обязательства». По общему правилу и согласно общепринятым взглядам содержание обязательства управомочивает и обязывает только его участников – должника и кредитора. Однако, если в обязательстве участвуют третьи лица, то содержание и структура обязательства осложняются правовым статусом третьих лиц, их гарантированными (законом или договором) правомочиями и обязанностями.

Исполнение обязательства третьим лицом и относительность обязательства. Российский законодатель прямо предусмотрел, что при исполнении неденежного обязательства третьим лицом именно исполнитель обязательства, а не должник становится самостоятельным субъектом и адресатом притязаний о недостатках исполнения в неденежном обязательстве (п. 6 ст. 313 ГК РФ; в отношении денежных обязательств не законом, а судебной практикой определено, что не исполнитель

обязательства, а сам должник как за собственные действия отвечает перед кредитором за действия исполнителя обязательства по просрочке исполнения – п. 46 постановления Пленума ВС РФ «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» от 24 марта 2016 г. № 7).

Предусмотренная российским законодателем ответственность исполнителя обязательства перед кредитором как за собственные действия неочевидна, поскольку по логике возникших правоотношений соответствующие риски должен нести сам должник, возложивший исполнение на другое лицо, а, исполняя чужое обязательство, исполнитель-третье лицо – исполняет не свою, а чужую обязанность перед кредитором должника, а не своим кредитором. К такому суждению приводит и осмысление того, что привлечение третьих лиц к исполнению неличных обязательств оправдано по большей части сокращением издержек на планируемое исполнение и инициировано самим должником, что не должно влиять на изменение паритета прав и обязанностей участников обязательства и особенно на их отношения друг с другом, но, как видно, такое понимание сопровождается существенными оговорками не только в российском, но и зарубежном праве, где признано, что статус третьих лиц оказывает существенное и более осязаемое воздействие на правовую связанность должника и кредитора в обязательстве. Так, Д. Лоошельдерс и М. Маковски отмечают, что третьи лица могут соучаствовать в исполнении обязательства не только обособленно как исполнители чужого обязательства, но и выступать в качестве ассистентов в переговорах (§ 120, 164 BGB) о заключении договора, оказывать содействие в качестве помощников (§ 278 BGB). В таких случаях очевидно, роль третьих лиц совсем не сводится к техническому сопровождению сделки, их участие состоит в содействии формированию волеизъявления участника обязательства, формально действующего самостоятельно. Следует учитывать, что по германскому праву третье лицо, привлеченное к исполнению, может влиять на содержание обязательства (например, снизить размер обязательства, который был ранее согласован

должником и кредитором) (§ 317 BGB), в то время как кредитор имеет самостоятельные рычаги воздействия на исполнителя обязательства (§ 362, 185 BGB). В конечном счете, третье лицо может также согласно основным положениям договора быть обязано к возмещению ущерба в качестве лица, причинившего ущерб, если оно применительно к договору в особой мере требовало доверия к себе (§ 311 BGB)⁵⁶³. Есть случаи, когда сторона, поручая исполнение своего обязательства третьему лицу, специально уполномочивает третье лицо установить особый порядок или скорректировать содержание обязанности по исполнению обязательства. На этот случай § 317 BGB устанавливает, что третье лицо правомочно дать такое установление «по справедливому усмотрению», но по смыслу § 319 BGB данное установление может быть необязательным только когда оно очевидно несправедливо. От действий исполнителя обязательства в этих случаях зависит юридическая судьба самого обязательства, поскольку, если исполнитель обязательства медлит или не принимает свое решение «о свободном усмотрении», то в силу § 319 BGB недействительным оказывается сам договор, в котором исполнитель как сторона вовсе не участвовал и так же не принимал никакого предоставления по нему. Приведенные положения свидетельствуют о том, что относительность обязательственного правоотношения, в котором задействованы третьи лица, не следует понимать как постулат или возводить в застывшую, заранее определенную на века категоричную форму аксиомы в науке: развитие обязательственных отношений, как и сама человеческая жизнь, разнообразно и вариативно, не укладывается в заранее обозначенные рамки.

В профессиональном предпринимательском обороте общее правило о возложении на участника договора полноты ответственности за действие его собственных контрагентов, сотрудников, консультантов, оказывавших конкретные услуги и выполнявшие конкретные поручения при заключении и исполнении чужих договорных обязательств, юридическая ничтожность

⁵⁶³ См.: Looschelders D., Makowsky M. Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter // JA. 10/2012. S. 721.

ссылок на некомпетентность таких лиц в целях минимизации гражданско-правовой ответственности продиктованы прежде всего рисками и бременем профессионального осуществления предпринимательской деятельности. Однако ничто не мешает обратиться к таким лицам с самостоятельным требованием о возмещении причиненного вреда их действиями с опорой на нормы национального законодательства при сохранении требования об исполнении непосредственно к должнику.

Следует учитывать, что регламентированные российским законом формы участия третьих лиц в исполнении обязательства не всегда создают кредитору удобства в принятии такого исполнения, не говоря уже о предоставлении дополнительных гарантий, связанных с возможностью заявления притязаний об исполнении непосредственно третьему лицу-исполнителю обязательства. По общему правилу кредитор должен принять исполнение, предложенное третьим лицом за должника, если из содержания обязательства не следует обязанность должника исполнить обязательство лично. По этой логике отказ в принятии исполнения обязательства за должника от третьего лица будет означать просрочку кредитора при условии, что должник возложил исполнение на третье лицо. Соответственно по общему правилу кредитор должен убедиться только в возложении обязательства на третье лицо. Существует и специальная норма, при которой согласия на исполнение от должника не требуется, если обязательство не предполагает личного исполнения (ч. 2 ст. 313 ГК РФ): должник допустил просрочку исполнения, исполнитель обязательства подвергается опасности утратить права на имущество должника вследствие обращения на него взыскания. Закон не говорит об этих условиях как о совокупности, позволяя считать, что речь идет о двух разных и возможно несвязанных друг с другом основаниях, которые влекут одинаковые правовые последствия – возможность исполнить обязательство за должника потенциально любым третьим лицом, исполнение которого должно быть принято кредитором. Возникает вопрос о необходимости удостовериться в законном интересе исполнителя обязательства, поскольку исполнение чужого обязательства

автоматически влечет возникновение требования исполнителя к должнику, в то время как концентрация таких требований в одних руках позволит манипулировать действиями должника, например, с целью управления его активами. В таком случае свободная и ничем неограниченная возможность исполнения обязательства за должника, оказавшегося в просрочке, создает достаточные условия для вторжения в чужое обязательство заинтересованного, но не всегда добросовестного исполнителя, имеющего единственную цель по получению контроля над должником после исполнения его обязательства. Нельзя игнорировать и отрицательные последствия от такого исполнения и для кредитора, связанного законом необходимостью принятия исполнения за должника по обязательству с неличным исполнением. Текущая правоприменительная практика не формулирует единообразного подхода на случай признания исполнения третьим лицом чужого обязательства недействительной сделкой в деле о банкротстве: 1. взыскание произведенного исполнения непосредственно с кредитора; 2. взыскание произведенного исполнения с должника по обязательству, за которого исполнение было предложено третьим лицом, оказавшимся впоследствии несостоятельным. Именно второй вариант оказывается более предпочтительным с точки зрения охраны интересов оборота.

Доктриной и современной российской правоприменительной практикой сформулированы важные подходы, показывающие широкое понимание относительности договорных обязательств, при котором принципиально возможное обращение должника к третьим лицам за содействием в исполнении обязательства признается достаточным для присуждения должника к исполнению в натуре. В частности, было признано, что иски о присуждении к исполнению в натуре подлежат удовлетворению, если должник обязался осуществить определенные действия, которые на стадии исполнительного производства возможно было бы реализовать посредством привлечения третьего лица за счет должника⁵⁶⁴. В развитие

⁵⁶⁴ См.: Синайский В.И. Русское гражданское право. 2002 §30. III

этого положения судебная практика исходит из того, что в случае индивидуального определения объекта обязательства (например, машины) ее отсутствие у ответчика – продавца не является основанием для отказа в иске о замене ранее проданного товара (постановление ФАС МО от 25 декабря 2013 г. по делу № А40-24006-2013; постановление ФАС МО от 21 ноября 2011 г. по делу № А41-8330/11). По смыслу разъяснений высшей судебной инстанции требование о присуждении к исполнению в натуре будет считаться обоснованным, если Истец докажет, что взыскание убытков не обеспечит полную защиту нарушенного права, а предмет ожидаемого кредитором исполнения по объективным условиям товарооборота не находится только у ответчика (п. 22 постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»). В юридической литературе уже обоснованно отмечалось, что должник по характеру обязательственных отношений с кредитором в структуре конкретного обязательства вообще не должен считаться обязанным обращаться за помощью к третьему лицу по поводу исполнения, если иного прямо не следует из условий договора и, соответственно, никак не может быть связан такой упущенной возможностью при разрешении вопроса исполнимости обязательства в натуре независимо от того, идет ли речь об исполнении обязательства, объект которого имеет индивидуальные или родовые признаки ⁵⁶⁵. Гипертрофированный вывод о принципиальной возможности повсеместного присуждения должника к исполнению в натуре за счет гипотетической возможности привлечения им к исполнению третьего лица заведомо расширяет рамки правоотношения должника и кредитора в обязательстве, что в свою очередь вынуждает учитывать расходы на исполнение обязательства за счет привлечения третьих лиц. Такой ход рассуждений потребует последующей оценки разумности возложения таких затрат на

⁵⁶⁵ Canaris C.-W. Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrechts-Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in Lorenz, Egon. Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung. 2003. S. 5, 19.

должника при том, что исполнение его обязательства изначально не предполагало возложения исполнения на третье лицо. Исключением, вероятно, должны считаться случаи, при которых исполнение заведомо предполагало привлечение третьих лиц. В этом случае необоснованно считать, например, что обязательство генерального подрядчика может считаться прекращенным в связи с заявленной им невозможностью исполнения со ссылкой на отсутствие лицензий на производство отдельных строительных работ.

Относительность договорного обязательства и договор в пользу третьего лица. В силу заключенного договора в пользу третьего лица, не участвовавшего при его заключении в статусе одной из его сторон, у третьего лица возникает право на участие в договоре, но это не может считаться его обязанностью. Особенности правового положения третьего лица (главным образом, правомочия на отказ от заключенного в его пользу договора) в данном случае следуют из действия общих принципов гражданского права: свободы договора, равноправия сторон и автономии воли и объясняются тем, что третье лицо в большинстве случаев не принимало никакого участия в возникновении и определении существенных условий обязательства. Юридическое признание конструкции договора в пользу третьего лица свидетельствует о существенном ослаблении индивидуализма в гражданском праве.

Однако очевидны и сложности с вживлением конструкции договора в пользу третьего лица в канву общей доктрины договорного права, которой предполагается, что для участия в договоре необходимо и обязательно предварительное участие договаривающихся сторон в определении его условий и заключении (§ 311, 241 BGB), а третье лицо ни в заключении договора, ни в определении его условий не участвовало, но лишь своим согласием сделало для себя обязательными условия предполагаемого договором исполнения и одновременно приняло на себя и особый гражданско-правовой статус, который определен условиями договора в пользу третьего лица заключившими его сторонами. В связи с этими

обстоятельствами неудивительно, что современные германские цивилисты именуют договоры в пользу третьего лица «самым значительным нарушением принципа относительности»⁵⁶⁶. Возникает вопрос о правовом статусе третьего лица, если считать, что третье лицо, в пользу которого заключен договор, не считается стороной договора. Господствующее учение признает, что возникает особое правоотношение, которое квалифицируется «подобно договору». Однако это не снимает остроты вопросов о разграничении между третьим лицом и кредитором правомочий по заявлению возражений относительно производимого исполнения, правопритязаний, следующих из неисполнения. Примечательно и то, что должник по договору в пользу третьего лица правомочен выдвинуть против третьего лица возражения, основанные на договоре, что прямо следует из § 334 BGB.

Универсальное положение обязательственного права гласит, что стороны в договоре своим соглашением могут создать лишь права для третьего лица и не могут создать для не участвующего в договоре лица каких-либо обязательств. Но эти положения не влияют на момент заключенности самого договора в пользу третьего лица. Н.О. Нерсесов справедливо отмечал, что для своей действительности и заключенности эта модель договора не требует «ни принятия, ни одобрения» третьим лицом⁵⁶⁷. Та же мысль подчеркивается современными комментаторами французского СС: «принятие третьим лицом своего назначения выгодоприобретателем по договору не является условием (действительности – С.С.) оговорки, сделанной в его пользу»⁵⁶⁸.

Специфика договора в пользу третьего лица в интересующем нас контексте состоит в том, что правовое отношение существует не только между должником и кредитором, но и между указанным в договоре в качестве выгодоприобретателя третьим лицом (промиссаром). Выговоренное

⁵⁶⁶ См.: Looschelders D., Makowsky M. Op. cit. S. 723.

⁵⁶⁷ Нерсесов Н.О. Указ. соч. С. 58.

⁵⁶⁸ Henry X., Venandet G., Wiederkehr G., Jacob F., Tisserand-Vartin A., Guiomard P. Code Civil. P. 1251.

сторонами в договоре право третьему лицу является согласованным волеизъявлением должника и кредитора в рамках заключенного ими соглашения и соответствует их обоюдным интересам, что подтверждается фактом заключения такого договора. По общему правилу, промитент считается вправе выдвигать против третьего лица те же требования, которые он имел против кредитора по конкретному договору.

Невозможно сказать и того, что права третьего лица являются опосредованной и неосознанной рефлексией воли контрагентов, заключивших договор в пользу третьего лица, поскольку именно их волеизъявлением третье лицо определено в качестве выгодоприобретателя по сделке, что предполагает собственный интерес промитента и кредитора в сделке. Можно предположить, что интерес исполнения обязательства не кредитору, а третьему лицу презюмируется и соответствует интересу самого кредитора, что отвечает принципу эквивалентности гражданских правоотношений. По этим причинам следует присоединиться к высказанному в литературе мнению, что договоры в пользу третьего лица являются дальнейшим шагом в развитии юридических отношений промитента и кредитора; промиссара, промитента и третьего лица: по сути в них происходит двойное имущественное исполнение от промитента к промиссару и от промиссара к третьему лицу, но оба этих исполнения экономически сливаются в один момент⁵⁶⁹. В этом смысле исполнение промиссару выгодно должнику, поскольку он может быть связан с промитентом своими обязательствами. Тогда саму конструкцию договора в пользу третьего лица следует рассматривать как основанную на *solvendi causa*.

Юридический эффект договора в пользу третьего лица выражен в том, что при помощи одной юридической сделки между промитентом и промиссаром регулируются те отношения, которые в отсутствие данной конструкции предполагали бы еще и заключение самостоятельной сделки с третьим лицом.

⁵⁶⁹ Нерсесов Н.О. Указ. соч. С. 63.

Современное зарубежное гражданское право также не свободно от трудностей правового регулирования и интерпретации договора в пользу третьего лица. Учеными с сожалением констатируется, что до сих пор договор в пользу третьего лица не признан в качестве особой «передаточной сделки; в соответствии с его положением в системе ГК, он понимается, как правило, только в качестве метода заключения договора»⁵⁷⁰. Из этого может следовать весьма важный вывод о том, что в силу договора в пользу третьего лица происходит передача уже существующего права требования к должнику, но не его первичное возникновение у выгодоприобретателя - третьего лица.

Правовое положение кредитора не находится в жесткой изоляции от отношений должника и промиссара. Нельзя исключать той ситуации, когда сам кредитор будет искать причиненных ему убытков от действий третьего/другого лица, создавшего невозможность или воспрепятствовавшего исполнению обязательства названному в договоре промиссару вследствие нарушения своего собственного интереса участия в этом гражданском правоотношении. При этом непосредственная экономическая выгода кредитора в участии в договоре в пользу третьего лица не должна доказываться и быть очевидной во всех случаях. В юридической литературе специальное внимание обращалось на то, что материальное право по договору кредитора и промиссара могут совпадать по каким-либо признакам, но все-таки являются различными субъективными правами⁵⁷¹. Это объясняется тем, что отношение промитента и промиссара; промиссара, промитента и третьего лица различны и имеют две самостоятельных *causa*.

Названные обстоятельства, думается, сами по себе препятствуют определению обязательства как строгой правовой связи должника и кредитора.

⁵⁷⁰ Doerner H. Op. cit. S. 3.

⁵⁷¹ См.: Нолькен А. Договоры в пользу третьих лиц. Опыт теоретического исследования по гражданскому праву. СПб., 1885.С. 72-76.

Необязательность присутствия, предварительного извещения третьего лица о заключении договора в его пользу⁵⁷² не позволяет говорить о том, что промиссар уже является субъектом гражданско-правовых отношений лишь в силу факта заключенного договора⁵⁷³. Скорее, сторонами, заключившими такой договор, создана возможность для выгодоприобретателя своим волеизъявлением стать участником урегулированных договором отношений. Должник и кредитор заключением договора в пользу третьего лица создают у последнего особое правомочие вступления в правоотношение, модернизируя его имущественную сферу. Из этого следует, что промитент и кредитор, заключая договор в пользу третьего лица, создают для промиссара лишь возможность потребовать и принять предлагаемое исполнение по обязательству, но не стать полноправным участником обязательственных отношений вместо кредитора. Полагаем, речь должна идти о делегации волей промитента и кредитора, выраженной в договоре, отдельных правомочий промиссару. Промиссар не входит в структурные связи полноправных участников обязательства и потому не обладает правами на прекращение или изменение обязательств по договору, в том числе посредством заключения с промитентом соглашений о новации и отступном, прощении долга промитенту, уступки своего права третьему лицу.

Ограниченность гражданско-правового статуса промиссара объясняется тем, что промиссар не становится на место кредитора в обязательстве, в возникновении которого сам он не участвовал, а лишь принимает на себя права на принятие исполнения обязательства, вытекающего из договора, заключенного в его пользу. В этом смысле отношения между кредитором, промитентом и промиссаром могут определяться личным характером их взаимоотношений.

⁵⁷² По римскому праву такой договор считался бы действительным и заключенным только в том случае, когда третье лицо специально уполномочило бы сторон заключить договор в свою пользу. Это положение лишь подчеркивает римское понимание договорного обязательства как личную выгоду и необходимость должника и кредитора.

⁵⁷³ Противоположной точки зрения придерживается В.И. Серебровский, когда говорит о том, что право третьего лица возникает уже в силу заключенного в его пользу договора. См.: Серебровский В.И. Договор страхования жизни в пользу третьего лица: дис... д-ра юрид. наук. М., 1943. С. 153.

Высказанные положения сами по себе не свидетельствуют о том, что договор, заключенный в пользу третьего лица, устанавливает жесткую правовую связь между должником, кредитором и третьим лицом с момента своего заключения.

Стороны, заключившие договор в пользу третьего лица, по общему правилу, подтверждают свою юридическую связанность с третьим лицом, и в этом смысле зависимы от его воли и притязаний по предмету заключенного договора. Стороны, заключившие договор в пользу третьего лица, не могут быть связаны его действием вечно. В противном случае конструкция договора в пользу третьего лица будет направлена не на развитие, а на торможение и дезорганизацию имущественных отношений, складывающихся в гражданском обороте. Полагаем, что в общей норме о договоре в пользу третьего лица в российском законодательстве было бы разумно предусмотреть обязанность уведомления третьего лица о факте заключения в его пользу договора и сроке, отводимом на выражение этим третьим лицом волеизъявления о намерении и готовности получения исполнения по нему, под страхом признания такого договора на оговоренных сторонами условиях незаключенным.

Юридической литературе с давних пор известны многочисленные интерпретации модели договора в пользу третьего лица. В одном случае рассматриваются отношения должника и кредитора, должника и третьего лица как самостоятельные виды обязательственно-правовых отношений, связь между которыми, впрочем, резко не отрицается. В другом подчеркивается, что обязанность должника произвести исполнение не кредитору, а третьему лицу не вносит изменений в обычную природу договора. В третьем целесообразность выделения договоров в пользу третьего лица как особого договорного типа ставится под сомнение. В четвертом делается вывод о том, что действия третьего лица в договоре являются самостоятельной гражданско-правовой сделкой⁵⁷⁴.

⁵⁷⁴ Там же. 143-156. Ср.: Нолькен А. Указ. соч. С. 32-34.

В современной российской юридической литературе подчеркивается, что в договоре в пользу третьего лица, последнее противостоит в качестве кредитора одной из сторон первоначального договора⁵⁷⁵. Такое заключение, как может быть понято, относится к статусу управомоченного лица в обязательстве, в котором не делается существенных различий между фигурами выгодоприобретателя и кредитора.

В части особенностей возникновения статуса кредитора по обязательству у третьего лица положения российского законодательства нуждаются в комментарии.

В общей норме, посвященной договору в пользу третьего лица в ст. 430 ГК РФ, установлен запрет на изменение и расторжение договора в пользу третьего лица в тех случаях, когда третье лицо уже выразило волю на получение вытекающих из него прав. И там же (п. 3. ст. 430 ГК РФ) установлено правило о том, что в случае отказа третьего лица от права, предоставленного ему договором, кредитор вправе воспользоваться этим правом, если из закона, иных правовых актов и самого договора не следует иного. В указанной норме не установлен ни определенный, ни разумный срок и порядок его исчисления для выражения третьим лицом своей воли, что было бы логичным и соответствовало динамике отношений, складывающихся в имущественном обороте. Из приведенной нормы следует, что лицо, заключившее договор в пользу третьего лица, только тогда может воспользоваться правами кредитора, когда третье лицо, в чью пользу заключен договор, откажется от выговоренного ему права.

Традиционен вопрос о сущностном содержании и специфике конструкции договора в пользу третьего лица. Неслучайно В.И. Серебровский указывал на то, что буржуазная цивилистика не пришла к единству мнений по нему. Идет ли речь о том, что воля третьего лица способна лишь трансформировать в свою пользу имеющее место обязательство, либо же эта воля впервые создает соответствующее обязательство. Каков предмет приобретения третьего лица по заключенному

⁵⁷⁵ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 363.

в его пользу договору: право выражения юридически значимого волеизъявления относительно соглашения других лиц, право быть стороной в договоре либо же только право получения исполнения по этому договору.

Положительный ответ на первый из поставленных вопросов предполагает, что третье лицо в случае выражения своей воли приобретает не только все права, но и обязанности стороны как участника договора. К такому выводу приводит буквальное толкование ч. 3 ст. 430 ГК РФ, где говорится о том, что должник вправе выдвигать против третьего лица те же требования, что и против кредитора. В данной связи возникает вопрос о том, в какой мере лицо, заключившее договор от имени кредитора в пользу третьего лица, правомочно требовать причитающееся третьему лицу исполнения по заключенному договору и выдвигать возражения относительно порядка производимого должником исполнения. Полагаем, что такое лицо правомочно на эти действия. Это предположение объясняется необходимостью контроля и защиты договорного интереса, который имели в виду стороны при заключении договора в пользу третьего лица.

Характерно, что содержание специальных норм о договоре в пользу третьего лица по российскому законодательству, скорее, не развивает, а устанавливает иные правила в части права кредитора воспользоваться правами по договору в пользу третьего лица. В частности, ч. 2 ст. 842 ГК РФ устанавливает правило о том, что до выражения воли третьим лицом воспользоваться правами вкладчика лицо, заключившее договор, может самостоятельно. Как видно, отказ третьего лица в данном случае не требуется. М.И. Брагинский и В.В. Витрянский указывают, что это правило в наибольшей степени соответствует природе самой конструкции договора в пользу третьего лица⁵⁷⁶. Но тогда сам договор в пользу третьего лица подразумевает лишь подназначение возможного получателя исполнения, воля которого по большому счету не значима для обязательства, следующего из договора, что противоречит правилам, установленным общей нормой – ст. 430 ГК РФ. Статья 842 не является в данном случае специальной нормой в

⁵⁷⁶ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 369.

строгом смысле, поскольку не конкретизирует содержание ст. 430 ГК, а по сути устанавливает особые, принципиально различные правила правового регулирования договоров, заключенных в пользу третьих лиц.

Указывается, что выражение третьим лицом согласия на вступление в договор не делает этот договор многосторонним, поскольку третье лицо состоит в отношении лишь с должником. Здесь нет и множественности лиц на стороне кредитора, поскольку ни одна из известных гражданскому праву моделей множественности (солидарные, субсидиарные, долевые кредиторы) не может полно характеризовать правовое отношение кредитора, должника и третьего лица в правовой конструкции «договор в пользу третьего лица»⁵⁷⁷. Непонятны основания сделанного вывода о том, что модели множественности строго ограничены лишь этими формами, как и о том, что третье лицо по договору, заключенному в пользу последнего, состоит в отношении лишь с должником.

В современном зарубежном гражданском праве вопрос о статусе кредитора, правовом положении выгодоприобретателя в договоре, заключенном в пользу третьего лица, находится в поле зрения доктрины и правоприменительной практики. В контексте правовых связей должника, кредитора и выгодоприобретателя по договору специфику приобретает вопрос об относительном характере такого обязательства как строгой связи должника и кредитора по французскому и германскому гражданскому праву.

Общие нормы ст. 1165 СС закрепляют принцип относительной силы договора (*Prétendu principe de l' effet relatif des contrats*). Действующая редакция этой статьи закрепляет правило о том, что договоры действуют только между договаривающимися сторонами; они не могут нарушать интересы третьих сторон, а приносят лишь выгоду третьим лицам в случаях, предусмотренных ст. 1121 СС. Обязательным условием действительности договора в пользу третьего лица является «прямая, непосредственная заинтересованность» кредитора, пускай даже чисто морального свойства⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Там же. С. 370.

⁵⁷⁸ Henry X., Venandet G., Wiederkehr G., Jacob F., Tisserand-Vartin A., Guiomard P. Op. cit. P. 1151.

Французская судебная практика выработала правило о том, что личность промиссара по договору в пользу третьего лица должна быть идентифицируемой согласно условиям такого договора в день причитающегося ему исполнения. Как и в германском праве принятия промиссаром назначения его в качестве выгодоприобретателя по французскому гражданскому праву не требуется. Также оговорка предоставляет промиссару право немедленно стать участником обязательства, которое не подлежит отмене иначе как по согласию последнего после того, как промиссар заявил о своем намерении воспользоваться выговоренным ему правом. Во всех остальных случаях отмена условия договора «в пользу третьего лица» не требует особой формы и квалифицируется как односторонний акт (сделка), который может включать в себя и завещание⁵⁷⁹.

Обоснованность квалификации договора как заключенного в пользу третьего лица в ряде случаев встречает некоторые возражения. Комментаторы СС заключают, что договор между застройщиком жилого квартала и сетевой организацией хотя и неявно, но предусматривает оговорку в пользу третьих лиц – будущих собственников и потенциальных покупателей квартир в многоквартирном доме. Думается, это не в полной мере соответствует действительности. Указывается, что неизменным условием является то, что покупатели квартир должны приобрести статус абонента, в то время как выгодоприобретатели легко определимы⁵⁸⁰. Однако на эту ситуацию возможен и иной взгляд. Обязательства застройщика по подключению жилого дома к электрическим сетям могут иметь не частноправовую, а публичную природу, продиктованную невозможностью в современных условиях существования обесточенного жилого дома. Возникновение статуса абонента подразумевает возникновение правовых отношений между поставщиком и получателем электроэнергии, которые должны включать определенные условия, в том числе тарифы потребления,

⁵⁷⁹ Ibid. P. 1253.

⁵⁸⁰ Ibid. P. 1254.

иные права и обязанности сторон. Очевидно, что статус абонента связан не только с правами, но и с обязанностями, которые не вправе устанавливать от своего имени застройщик. Право на заключение договора на потребление электроэнергии в таком случае является следствием исполнения публичных обязанностей застройщика и следующей из факта приобретения квартиры в собственность правовой возможностью собственника конкретной квартиры. Возникновение статуса абонента не всегда закрепляется за собственником конкретной квартиры в жилом доме. Собственник квартиры может быть субабонентом, а это предполагает его договорную связь с абонентом на договорных условиях, которые в момент окончания строительством и сдачи жилого дома в эксплуатацию могут быть еще не известны.

Договор в пользу третьего лица представляет собой самостоятельную конструкцию договорного права, поскольку кредитор по договору в пользу третьего лица не может быть принужден исполнить обязательство промиссару в случае неисполнения лежащей на должнике обязанности лично. Наблюдается и автономия правовой связи должника и промиссара. Судебной практикой Франции признано, что должник против требований промиссара правомочен объявить о зачете встречных однородных требований, прекращающих полностью или в части требования промиссара независимо от предпочтений и мнения кредитора по этому вопросу⁵⁸¹.

В BGB положения о договоре в пользу третьего лица закреплены в § 328. В данной норме используется описательная конструкция: договором может быть обусловлено исполнение третьему лицу таким образом, что третье лицо непосредственно приобретает право требовать исполнения. Из этого следует, что у промиссара возникает самостоятельное право требования исполнения по заключенному в его пользу договору, что обуславливает специфику понимания договора в пользу третьего лица в германской судебной практике и доктрине гражданского права. Такому суждению способствует буквальное понимание ч. 2 § 328 BGB, согласно которой вопрос о приобретении права третьим лицом по договору находится

⁵⁸¹ Ibid. P. 1252.

в неразрывной связи с толкованием договора. При этом учитываются цели заключенного договора и его непосредственные и подразумеваемые условия, характер взаимоотношения сторон, их связи с промиссаром. Комментаторы отмечают, что право промиссара по заключенному в его пользу договору не обязательно должно возникать в момент заключения договора и непременно в полном объеме. На право промиссара в полном объеме могут распространяться положения о сроках и условных сделках⁵⁸².

Возможность изменения или расторжения договора, заключенного в пользу третьего лица, не ставится в зависимость от исключительного волеизъявления промиссара. Так, правоприменительной практикой допускается расторжение и изменение договора, заключенного собственниками обмениваемых квартир в пользу маклера, в части причитающегося последнему вознаграждения без его согласия; родителями об установлении размера и порядка выплаты алиментов на случай развода без специального согласия ребенка или органов опеки⁵⁸³. Должник, обязанный договором к исполнению третьему лицу вправе предъявить претензии и имущественные требования непосредственно промиссару, если таковые следуют из заключенного договора в пользу этого третьего лица. Сам же промиссар, по общему правилу, приобретает право требования на исполнение обязательства в натуре, но не требование о возмещении ущерба, причиненного ему неисполнением обязательства должником. Промиссар также считается вправе представить свои возражения и притязания в связи с изменившимися обстоятельствами с момента заключения договора к моменту исполнения обязательств по нему⁵⁸⁴.

Изложенное позволяет сформулировать следующие выводы:

Относительность в договорном праве проявляется в его регулятивной и охранительной функциях. Регулятивная функция относительности

⁵⁸² Palandt Buergerliches Gesetzbuch / bearbeitet von Bassenge P., Diederichsen U., Heinrichs H., Putzo H., Thomas H., Richter V., Brudermueller G., Edenhofer W., Heldrich A., Sprau H., Weidenkaff W. Muenchen, 2008. S. 528.

⁵⁸³ Ibid.

⁵⁸⁴ Ibid. S. 530

обязательственных прав обеспечивает свободу контрагентов по своему усмотрению реализовывать избранную ими в условиях действия принципа свободы договора цель обязательства, в том числе обеспечивает предсказуемость развития обязательственного правоотношения, включая возможные взаимные притязания и предоставления между сторонами обязательства. Охранительная функция относительности обязательственного правоотношения обеспечивает нераспространение последствий соглашения контрагентов на обязанности других лиц, не являющихся участниками договора.

По своему содержанию и структуре в договорном праве относительные права создают механизм саморегуляции, поскольку ими регулируется правовая связь равноправных и независимых друг от друга субъектов, как правило, сочетающих в своем статусе права и обязанности. Таким образом, это - правовые отношения лиц, объединившихся для изменения положения в правовой среде (обороте) и приобретающих в результате этого взаимодействия качественно новый гражданско-правовой статус, из которого следуют взаимные правомочия и притязания.

§ 2. Реституционные права и правоотношения: понятие, содержание, проблемы классификации

По российскому законодательству реституция определена как общее последствие недействительной сделки в части императивно установленной законом обязанности возврата полученного по недействительной сделке. Устанавливая обязанность по возврату полученного по сделке, законодатель не признает правового значения за волеизъявлениями сторон сделки и не рассматривает саму недействительную сделку и ее конкретные условия как правомерное и порождающее действие в гражданском обороте, принудительно заменяя условия и порядок ее исполнения нормативно определенными и унифицированными последствиями недействительности сделки. De lege lata реституция является общим нормативно установленным

последствием недействительности сделки и точкой поворота заключенной и исполненной сделки в неправовую плоскость, поскольку с момента признания сделки недействительной отпадает и юридический титул сохранения сторонами всего исполненного по ней.

Концептуальные подходы российского права к определению понятия реституции существенно отличаются от зарубежного опыта, где реституция охватывает правовой механизм восстановления первоначального положения, а недействительность сделки, кондикция и виндикация являются ее частными проявлениями⁵⁸⁵. В английском и американском праве основу реституции составляет необходимость упразднения экономического произвола и несправедливого имущественного неравенства⁵⁸⁶. На общей идеи реституции основано судебное признание института неосновательного обогащения в странах общего права, к примеру, в английском праве право на реституцию означает притязание о возмещении выгоды, несправедливо полученной другой стороной. В этих условиях структура реституции включает два элемента: *restitution for wrong* – возврат фактически утраченного в результате правонарушения, *restitutionary damages* – компенсация убытков, причиненных потерпевшему несправедливым обогащением⁵⁸⁷. Несколько иной подход обнаруживается в германском праве, где функции реституции осуществляет институт неосновательного обогащения, один из фундаментальных принципов которого является прямым продолжением принципа компенсации вообще – *Ausgleichsprinzip*. Причем, удовлетворение иска из неосновательного обогащения и размер причитающегося взыскания нередко связываются с субъективным знанием обогатившегося об отсутствии каких-либо оснований к увеличению его имущественной сферы, в то время как сам факт получения или неполучения должником реальных доходов может не учитываться вовсе⁵⁸⁸. Концептуально под реституцией понималось

⁵⁸⁵ См.: Malaurie P., Aynes L. *Les biens*. Paris, 2007. P. 134-135.

⁵⁸⁶ См. Virgo G. *The Principles of the law of Restitution*. Oxford, 1999. P. 490; Goodhart W. *Restitutionary Damages for Breach of Contract*. Oxford 1995, P.3-14,9.

⁵⁸⁷ См. Birks P. *An Introduction to the law of Restitution*, Oxford 1989, P.13.

⁵⁸⁸ См. Schlechtriem P. *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*. Tübingen, 2000. Bd.1. S.340,363; *Das Bürgerliche Gesetzbuch von Mitgliedern des BGH, Band 2, 5. Teil, §§ 812 - 831*, bearb. von Walter Dunz/Karl Nüßgens/Georg Heimann-Trosien/Erich Steffen, 12. Aufl., Berlin/New York 1989, §812.

требование, потенциально адресованное к любому третьему лицу о возврате вещи или о возмещении причиненного вреда⁵⁸⁹.

Множественность частных случаев применения реституции в зарубежной практике объединяет сама идея реституции как установленного нормами права механизма восстановления гражданско-правового статуса субъектов гражданского права в их изначальный *status quo*, существовавший до момента нарушения субъективных гражданских прав, совершенного посягательства на охраняемые правом интересы и гарантии неопределенного круга лиц и правопорядка, основанного на принципах законности и компенсации. Налицо широкое понимание реституции как компенсаторно-восстановительной меры в гражданском праве и соответственно и реституционных правоотношений, которые никак не замыкаются отношениями, следующими из недействительной сделки. В условиях развития российского гражданского законодательства полагаем возможным предложить понимание реституции как общей гражданско-правовой юрисдикционной меры воздействия к субъектам гражданского права, применение которой задействует компенсаторно-восстановительную функцию гражданского права, что позволяет отнести виндикацию, реституцию как общее последствие недействительной сделки, неосновательное обогащение к частным проявлениям общего механизма реституции.

При разности подходов национальных законодательств единство и концентрированное значение реституции состоит в том, реституцией нивелируются последствия противоправного и недозволенного поведения субъектов гражданского права. Однако это наблюдение является в высшей степени обобщенным и не раскрывает сложной юридической природы реституции в полной мере.

Действующее российское гражданское законодательство ограничивает понимание реституции общим последствием недействительности сделки.

⁵⁸⁹ Schlossmann S. Der Vertrag. Leipzig, 1876. S. 257.

Современные представления о реституции в российском гражданском праве не конструируются на уровне общетеоретического понятия, а ограничиваются описанием отдельных проявлений в контексте рассмотрения общих последствий недействительности сделок⁵⁹⁰. Иногда специально указывается, что «в основе реституции лежат дефекты организационных отношений, возникающих при заключении договоров (сделок)»⁵⁹¹. Здесь же целесообразно уточнить, что с нашей точки зрения все-таки речь идет о реституции как о юрисдикционной внедоговорной мере воздействия на поведение участников недействительной сделки.

В качестве законодательной локализации реституции как общего последствия недействительности сделки приводится ч. 2 ст. 167 ГК РФ, определяющая, что при недействительной сделке каждая из сторон обязана возвратить другой стороне все полученное по такой сделке. В отличие от утратившей силу действующая редакция ГК РФ специально не дифференцирует реституцию на двустороннюю и одностороннюю в зависимости от общественной опасности конкретного состава (вида) недействительной сделки⁵⁹². По законодательству отсутствуют основания разграничивать две формы реституции по предоставляемому законодательством объему защиты прав и интересов сторон по недействительной сделке. Таким существенным изменениям предшествовали выработанные и сформулированные концептуальные направления развития современного гражданского законодательства, закрепленные в программных документах текущей реформы, где, в частности, предложено отказаться от публичных элементов регулирования недействительности сделок «в пользу частноправовых подходов». Это нашло отражение в отказе от санкции конфискационного характера, содержащейся в ст. 179 ГК РФ, и в

⁵⁹⁰ Подобное единодушие нередко встречается и в теории (См.: Рясенцев В.А. Вопросы недействительности сделок в судебной практике // Социалистическая законность. 1950 № 8. С. 35-40; Скловский К.И. Об удержании в сфере реституции и виндикации // Вестник ФАС СКО 2001. №3,4. С.153; Адоян Ю. Реституция как средство охраны социалистического имущества от последствий преступных посягательств // Ученые записки ЛГУ им. П. Стучки. Рига, 1974. С. 123).

⁵⁹¹ Слесарев В.Л. Экономические санкции в гражданском праве: дис... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1990. С. 10.

⁵⁹² Утратившая силу редакция ст. 169, ст. 179 ГК РФ устанавливала в качестве последствий недействительности сделки применение односторонней реституции.

ограничении сферы применения аналогичной санкции для противонравственных сделок (ст. 169 ГК РФ)⁵⁹³. Такое решение небесспорно, поскольку реституция по своей природе является принудительной мерой в гражданском праве, принципиально и содержательно отличающейся от конфискации как юридической санкции. Отождествление односторонней реституции с группой конфискационных санкций не является непогрешимым решением, поскольку создает риск разбалансировки и разрушения понятия, значения и взаимосвязи основополагающих юридических конструкций. Конфискация не является самостоятельной гражданско-правовой санкцией, ее применение в гражданском праве оказывает вспомогательное значение для публичного права в части закрепления последствий конфискации в виде прекращения права собственности на конфискованное имущество, в то время как по своей юридической природе конфискация является публично-правовой санкцией за совершение правонарушения: санкция неотделима от оснований ее наложения. Соответственно, конфискация не является гражданско-правовым последствием правонарушения, пресекаемого гражданским законодательством.

Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» внесены и существенные новшества в регулирование последствий недействительности сделки. Статьей 431.1 ГК РФ предусматривается, что положения о недействительности сделок применяются к договорам, если иного не установлено правилами об отдельных видах договоров. Существенным новшеством является и то, что ч. 3 ст. 431.1 ГК РФ определено, что общие последствия недействительности оспоримой сделки применимы к оспоримой сделке, заключение которой было связано с осуществлением ее сторонами предпринимательской деятельности, если иные последствия недействительности договора не предусмотрены соглашением сторон, заключенным после признания договора

⁵⁹³ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М., 2009. С. 28.

недействительным и не нарушающим интересов третьих лиц и публичных интересов. Значение указанной нормы не может оцениваться однозначно положительно для российского гражданского законодательства, поскольку передача определения последствий недействительности сделки на усмотрение сторон разрушает единообразное значение недействительности сделки как унифицированного законодателем правила единообразного по своему значению: стороны теперь не ограничены в оставлении за собой части полученного по недействительной сделке, но уже создав новый титул обладания объектом права, или свободны и вовсе предоставить взамен полученного иное имущество или даже связать себя дополнительными обязанностями, например по оказанию услуг. Практически значимым следствием этой законодательной новеллы является то, что положение сторон по оспоримой сделке, признанной недействительной, может варьироваться от усмотрения и интересов договаривающихся сторон, которые при таких обстоятельствах не всегда будут действовать добросовестно. В результате исходный смысл реституции, состоящий в приведении участников сделки в положение, предшествовавшее заключению и исполнению недействительной сделки, теряет значение универсальности, а сам механизм реституции лишается единообразия. Регламентация правового положения сторон по недействительной сделке не должна определяться усмотрением и интересами участников недействительной сделки. Спорно решение законодателя в части дифференциации правовых последствий недействительности ничтожной и оспоримой сделки. Возможно, правовые последствия недействительности сделки могут различаться не по видам недействительных сделок (ничтожные и оспоримые), а по конкретным составам их недействительности.

Правовое положение участников недействительной сделки не предполагает распространение на их действия принципов автономии воли и свободы договора, а нуждается в единообразном регулировании императивными нормами права. Принципиально свобода усмотрения сторон не должна действовать в отношении определения последствий

недействительности, в противном случае утрачивает изначальный смысл недействительность сделки и ее последствия в гражданском обороте, тем более что в ст. 431.1 ГК РФ речь идет о последствиях недействительности оспоримой сделки, заключенной при осуществлении ее участниками предпринимательской деятельности.

Текущие изменения гражданского законодательства не сказались на правовой природе реституционных правоотношений. Механизм реституции может быть охарактеризован не только компенсаторной, но и принудительно-штрафной природой, поскольку правопорядком не признается и разрушается автономия воли сторон недействительной сделки, парализуется их волеизъявление, напротив, сторон принудительно возвращают в гражданско-правовое положение, существовавшее до заключения и исполнения недействительной сделки. Разница лишь в том, что применение односторонней реституции имеет более ярко выраженный характер и последствия применения правовой санкции для одной из сторон. Односторонняя реституция символизирует собой исключение из принципа равенства субъектов гражданского права в регулировании гражданских правоотношений.

В большинстве случаев исковые требования о признании сделки недействительной соединяются в одном исковом заявлении с требованиями о применении двусторонней реституции, но ничто не препятствует самостоятельному и обособленному заявлению этих требований во временном разрыве. Правовая природа двусторонней реституции не раз оказывалась предметом споров, в результате которых господствующее мнение не считает реституцию мерой ответственности, а ст. 12 ГК РФ прямо относит требования о применении последствий недействительной сделки к способам защиты гражданских прав. В зависимости от конкретных обстоятельств дела и для отдельных составов недействительности сделок механизм реституции действительно может быть востребован для защиты прав и законных интересов, нарушенных исполнением недействительной сделки, но это, думается, не влияет на общую юридическую природу

реституции, назначение которой в гражданском законодательстве видится комплексным. В конечном счете – и меры защиты, и меры гражданско-правовой ответственности реализуются в рамках компенсаторно-восстановительной функции гражданского права, выполняя и превентивную роль в системе правовых средств правопорядка.

Возможно, безоговорочное отнесение реституции к способам защиты гражданских прав является наиболее удобным и компромиссным решением, но необходимо оценить некоторые связанные с этим нюансы, которые, как нам видится, не освещают вопрос о природе реституции столь однозначно.

Правовая природа реституции при недействительности сделки и нормативные правила о двусторонней реституции, на наш взгляд, препятствуют бесспорности выводов господствующего учения о квалификации реституции как способа защиты гражданских прав по следующим основаниям.

Во-первых, следует указать, что применение реституции не всегда неразрывно связывается с инициативой сторон недействительной сделки, что никак не характерно для цивилистического процесса, в котором лицо, обращающееся за судебной защитой своего нарушенного права, невозможно принудить, ограничить в предъявлении иска, что обусловлено принципом диспозитивности в цивилистическом процессе. Сама возможность принудительного применения реституции (помимо воли и заявления спорящих сторон) свидетельствует об особой юридической природе реституции, которая не укладывается в формат универсальных и специальных способов защиты нарушенных прав. Такой исход противоречит и основной идее гражданско-правового регулирования имущественных отношений, основанных на господстве автономии воли субъектов гражданского права, действующих в собственных интересах, самостоятельно и на свой риск. Частное проявление сказанного состоит в том, что ни один из органов судебной власти в процессе осуществления правосудия не может и не должен самостоятельно принудить потерпевшую сторону к защите частноправовых ценностей – *Nemo invitus agere cogitur, nemo iudex sine*

actore. В противном случае искажается сама идея диспозитивности: нарушенное или оспоренное право – это еще не иск, поскольку для появления последнего необходима исключительная воля заинтересованного в судебной защите лица – *actio nata est*. Как видно, присутствие этих универсальных характеристик искового средства гражданско-правовой защиты не свойственно в полной мере реституции.

Действующим российским гражданским законодательством суд не ограничен в полномочиях признания сделки ничтожной и применения последствий недействительности независимо от заявления спорящих сторон и существования рассматриваемого спора. Есть и обратное по смыслу правило, практическое значение которого не зависит от состязательности и юридической обоснованности заявляемых спорящими сторонами правовых позиций в обоснование заявленных требований или возражений на них. Часть 4 ст. 167 ГК РФ устанавливает правило, что суд вправе не применять последствия недействительности сделки, если установит, что их применение будет противоречить основам правопорядка и нравственности. Часть 4 ст. 166 ГК РФ закрепляет за судом право применить последствия ничтожной сделки по собственной инициативе для защиты публичных интересов, а равно в иных, предусмотренных законом случаях.

Анализ приведенных положений ст. 166-167 ГК РФ показывает публичный интерес в регулировании отношений сторон по недействительной сделке, в котором применение реституции не зависит от воли и инициативы стороны недействительной сделки, заинтересованного лица, а во многом зависит от активности суда. Неприменение судом двусторонней реституции автоматически без специального указания на то в законе автоматически еще не управомочивает сторон к использованию иных способов гражданских прав, поскольку речь должна идти о специальных правовых последствиях недействительности, установленных либо общей, либо специальной нормой закона во взаимосвязи с конкретными, прописанными нормой права последствиями недействительности сделки. Соответственно, неприменение последствий недействительности сделки судом может сказаться на правовом

и имущественном положении ее участников, а возможно и сузить доступность иных способов защиты гражданских прав.

Во-вторых, защита права всегда предполагает конкретное нарушенное право и пострадавшее от действий правонарушителя лицо-ответчика: кто же из сторон недействительной сделки будет считаться потерпевшей стороной, заявляющей о применении последствий недействительной сделки как меры защиты, в совершении/исполнении которой участвовали обе стороны, а кто примерит на себя маску правонарушителя? В споре о защите права всегда может быть выделен пострадавший правообладатель и правонарушитель, который своими действиями нарушил это право. В случае реституции ничего подобного не наблюдается, поскольку реституция в одинаковой степени воздействует на участников сделки, не выделяя ни одну из ее сторон как правонарушителя и потерпевшего. Неслучайно в п. 80-81 Пленума ВС РФ № 25 от 23 июня 2015 г. «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» подчеркнута отсутствие необходимости доказывания права на индивидуально-определенную вещь при применении реституции, а равно презумпция равного предоставления, произведенного сторонами по недействительной сделке. Сказанное может свидетельствовать не только о том, что реституционное правоотношение является не только нормативно формализованным, но и о том, что в его рамках реализуется только возврат сторон в имущественное положение, которое существовало фактически и предшествовало исполнению недействительной сделки независимо от юридической действительности правопритязаний сторон друг к другу.

Интересна точка зрения К.И. Скловского, который отмечает, что «недействительность сделки – это частный конфликт, разрешаемый по общим правилам с исключениями, указанными в законе», в котором защищается не право (его не может породить недействительная сделка), а интерес, «сложившийся порядок», чем объяснима публичная значимость

споров о реституции в правопорядке⁵⁹⁴. Однако такая позиция порождает еще больше вопросов, поскольку непонятна сама концепция защиты неправа, а абстрактного интереса в исковом производстве.

Двусторонней реституцией при недействительности сделки устанавливаются единообразные последствия для ее сторон в целом, но не для каждой из них в отдельности – действует универсальная юридическая санкция, определенная непосредственно нормой права, которой единообразно и в принудительно-императивной форме предписывается сторонам обязанность возврата полученного по недействительной сделке. С признанием сделки недействительной ее участники утрачивают правовое основание сохранения полученного по ней: ни одна из сторон не может считаться титульным владельцем, субъектом права в отношении имущества, полученного во исполнение недействительной сделки. С момента признания сделки недействительной правопорядок не покровительствует сторонам сделки в части признания, защиты прав и юридических титулов, приобретенных вследствие исполнения недействительной сделки. Соответственно, сохранение полученного по недействительной сделке не опирается на положение закона и не может считаться правомерным поведением.

В.П. Грибанов отмечал, что для наступления гражданско-правовой ответственности не является обязательным условием нарушение чужих субъективных прав, вполне достаточно и того, чтобы действие выражало неисполнение возложенной обязанности⁵⁹⁵: полагаем, что нормы гражданского законодательства непризнанием эффекта от недействительной сделки предполагают ликвидацию ее последствий возвратом всего полученного по такой сделке.

В российской юридической литературе уже осуществлялись попытки отнесения исков о признании сделки недействительной и применении

⁵⁹⁴ Скловский К.И. Действие сделок и пределы реституции // Проблемы развития частного права: сб. ст. к юбилею В.С. Ема. М., 2011. С. 340.

⁵⁹⁵ См.: Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // В.П. Грибанов Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 319.

последствий недействительности к специальным способам защиты субъективных прав, в частности к их особой группе – способам защиты права собственности⁵⁹⁶, что казалось возможным авторам при расширительном толковании действовавшего гражданского законодательства, обосновании возможности осуществления реституции между не участвующими в конкретной недействительной сделки сторонами (сквозная реституция); эта идея не выдержала проверки временем на прочность. У реституции более широкий и специализированный спектр назначения, чем у способов исковой защиты нарушенных гражданских прав: охрана имущественного оборота, законности и правопорядка в целом, что особенно ярко выражается при квалификации сделки как ничтожной. Другое дело, что осуществление реституции в конкретных обстоятельствах разрешаемого дела может выполнять задачи и по защите нарушенных прав и ущемленных интересов, но данное обстоятельство, как видится, только подтверждает многофункциональное значение реституции в гражданском праве.

При отнесении двусторонней реституции к числу способов защиты гражданских прав возникают сложности не только с конкретизацией возможных субъективных прав, которые могли бы быть защищены с помощью реституции, но и с самой функцией защиты нарушенных гражданских прав в условиях применения механизма двусторонней реституции как последствия недействительности сделки. В частности, непонятно какую роль в данной связи играет реституция. Скорее, руководствуясь буквальным пониманием ст. 166 ГК РФ, можно прийти к выводу, что применение двусторонней реституции не выполняет функций по защите нарушенных конкретных и индивидуализированных гражданских прав, поскольку реституция: 1) прямо не подтверждает и не удостоверяет конкретное защищаемое право; 2) не восстанавливает конкретного нарушенного субъективного права, 3) не пресекает и не предупреждает

⁵⁹⁶ См.: Витрянский В.В. Проблемы арбитражно-судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота: дис.. д-ра юрид. наук. М., 1996. С. 22. Ср. Тузов Д.О. Реституция и виндикация: проблемы соотношения // Вестник ВАС РФ 2002 №3 С.119; Нихматулаев М. Иски о недействительности договоров как средство гражданско-правовой охраны социалистической собственности // Советская юстиция 1980, №21

нарушение конкретного субъективного права, 4) не позиционирует участников недействительной сделки как потерпевшего и правонарушителя, связанных гражданским правоотношением, из которого следуют конкретные субъективные права и обязанности.

Определяя двустороннюю реституцию общим последствием недействительности сделки, российское законодательство изначально устанавливает правило о возврате сторон недействительной сделки в первоначальное положение *de facto* независимо от того, имеют ли они право на имущество, которое возвращается к ним по реституции. При таких обстоятельствах сложно однозначно и с достоверностью ответить на вопрос о том, какое именно субъективное гражданское право подлежит защите при применении реституции. Обязанность по возврату полученного по недействительной сделке, субъективированная и конкретизированная лишь по кругу субъектов, но не по привязке к конкретным гражданским правам, которые по логике должны бы считаться нарушенными и подлежащими восстановлению при защите гражданских прав, недопустимость сквозной реституции по недействительной сделке между лицами, не участвовавшими в ее совершении препятствуют выводу о том, что реституция относится только к способам защиты субъективных гражданских прав, а имеет общую цель восстановления *status quo* в имущественных отношениях до заключения и исполнения недействительной сделки.

Весьма спорно и неоднозначно выглядит понимание реституции как обязательства. С претензией на очевидность Д.О. Тузов отстаивает обязательственную природу реституции, обращаясь к легальному понятию обязательства, считает реституционное правоотношение внедоговорным обязательством⁵⁹⁷. Но в таком случае, кто из сторон недействительной сделки является должником, а кто кредитором, а главное – в каком мере применимы общие положения об обязательствах к реституционному правоотношению? Кто из сторон недействительной сделки является носителем «субъективного права на реституцию», а на кого падает «корреспондирующая этому праву

⁵⁹⁷ Тузов Д.О. Реституция при недействительности сделок и защита добросовестного приобретателя в российской гражданском праве. М., 2007. С. 101-102.

обязанность другой стороны недействительной сделки»⁵⁹⁸? Цитируемый автор при обосновании обязательственной природы реституционного правоотношения ссылается на ст. 307 ГК РФ, хотя логичнее было бы сослаться на ст. 308 ГК РФ, считая, что каждая из сторон недействительной сделки несет в пользу своего контрагента обязанность возврата всего полученного по сделке и соответственно обладает зеркальным правом требования возврата предоставленного, являясь и должником, и кредитором. Резонно Д.О. Тузов отрицает встречность реституционных обязательств, обосновывая, что двусторонняя реституция содержит «два самостоятельных, взаимно не обусловленных обязательства, односторонних по своей структуре»⁵⁹⁹. Сама постановка вопроса о встречности реституционных обязанностей существенно затрудняет сам механизм реституции: каждая из сторон недействительной сделки будет ссылаться на ожидаемое исполнение от другой стороны, обосновывая этим свое бездействие в возврате полученного по недействительной сделке.

Действующая редакция ГК РФ не рассматривает реституционные правоотношения как разновидность обязательств, но в силу положений ст. 307.1 ГК РФ предусматривает субсидиарное применение общих положений об обязательствах к отношениям, связанным с применением последствий недействительности сделки. Значение данной законодательной новеллы сложно оценить однозначно положительно, прежде всего потому, что не ясно, какая правовая неопределенность была устранена введением данного новшества в гражданское законодательство и, наконец, в какой части применимы общие положения об обязательствах к отношениям участников недействительности сделки.

Вывод об отсутствии встречности никак не отменяет, с нашей точки зрения, взаимность и взаимосвязь возврата полученного по недействительной сделке ее сторонами. Квалификации реституционного правоотношения как обязательственного препятствует публично-правовая природа реституции, применение которой не связано только с инициативными действиями и

⁵⁹⁸ Там же. С. 100.

⁵⁹⁹ Там же. С. 105.

правопритязаниями сторон недействительной сделки. Применение двусторонней реституции при недействительности сделки формализовано законом и не предусматривает никакой инициативы сторон в определении объема, сроков, иной вариации предоставления полученного (место, замена лица, срок, способ исполнения и т.д.). Сказанное препятствует применению к реституции положений о замене исполнения, привлечении третьих лиц к исполнению обязательства, прекращении обязательства, перемене лиц в обязательстве. Двусторонняя реституция оформляет гражданским законодательством публичную и строго личную императивную обязанность сторон произвести взаимный возврат полученного по недействительной сделке, исполнение которой не определяется только волей управомоченного лица, права которого оказались нарушенными, что было бы характерно для способов защиты нарушенных прав.

Применение двусторонней реституции восстанавливает положение, предшествовавшее совершению и исполнению недействительной сделки (*status quo*) и не ограничено задачей защиты нарушенных прав сторон недействительной сделки, одна из которых при этом должна непременно считаться потерпевшим, а вторая - правонарушителем.

Часть 1 ст. 167 ГК РФ прямо определяет, что недействительная сделка не влечет правовых последствий за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью. Таким образом, законодатель специально определяет специфику правового регулирования правоотношений, которые возникают в связи с недействительностью сделки.

По изложенным выше обстоятельствам мы не находим оснований для отождествления реституции и обязательства в гражданском праве. Двусторонняя реституция является общим правовым последствием недействительности сделки, формализованной нормой права мерой принуждения в гражданском праве, применение которой не может связываться только с защитой частного, индивидуального интереса, а правопорядка в целом. Исполнение недействительной сделки, сохранение состояния, обусловленного условиями недействительной сделки, является

специфическим противоправным действием, которое пресекается двусторонней реституцией, регламентированной гражданским законодательством как общее последствие недействительной сделки. Таким образом, суть двусторонней реституции обеспечивает баланс частных и публичных интересов, является своего рода проявлением механизма «сдержек и противовесов» в частном праве.

По своей правовой природе реституция может быть квалифицирована как нормативно установленная особая мера безвиновной внедоговорной ответственности сторон недействительной сделки, правовой механизм и формы которой императивно и непосредственно установлены действующим законодательством. При применении двусторонней реституции речь идет об особой разновидности юридической ответственности, которая не предполагает выявления в участниках недействительной сделки правонарушителя и потерпевшего – в силу закона на сторон недействительной сделки в равной степени возлагается юридическая ответственность за совершение и исполнение недействительной сделки перед правопорядком. Исполнение и сохранение исполненного по недействительной сделке является противоправным поведением в гражданском праве. Речь идет об особом типе и форме юридической ответственности, которая не может однозначно характеризоваться только компенсаторно-восстановительной функцией, восстановлением нарушенных прав каждой из сторон недействительной сделки: требование о применении реституции часто не соответствует интересам и воле сторон недействительной сделки. В этих случаях невозможно считать, что субъекты частного права несут гражданско-правовую ответственность перед друг другом. Тем более что гражданско-правовая ответственность предполагает, что условием ее возникновения непременно является нарушение субъективных гражданских прав или субъективных гражданских обязанностей.

Вопросы о внедоговорной ответственности в гражданском праве не исследованы исчерпывающим образом. Внедоговорная ответственность

предполагает применение к правонарушителю гражданско-правовой санкции за совершение недозволенного и противоправного действия. Отличие мер договорной и внедоговорной гражданско-правовой ответственности следует видеть именно в законодательной типизации форм внедоговорной ответственности непосредственно законодателем (независимо от воли договаривающихся сторон), но никак не в различных целях, объеме договорной и внедоговорной ответственности за нарушение гражданских прав и свобод. Представляются малоубедительными предлагаемые в теории объяснения отличительной специфики договорной ответственности, которые предлагается видеть в том, что именно договорная ответственность призвана «укрепить договорные отношения и упорядочить их»⁶⁰⁰. Применение мер договорной ответственности к контрагенту, нарушившему договорные условия, не должно повсеместно связываться с задачами упорядочивания и укрепления договорных отношений, а только с применением мер договорной ответственности, поскольку пострадавший от недобросовестных действий контрагента участник договорных отношений может быть более вообще не заинтересован в продолжении договорных отношений со своим контрагентом.

Предложенная нами юридическая квалификация реституции как особой меры юридической ответственности может с известной степенью условности претендовать на оригинальность, но следует учесть, что одно время в юридической литературе были широко распространены взгляды на реституцию как на разновидность гражданско-правовой ответственности⁶⁰¹, а на недействительную сделку как на недозволенное действием или правонарушение⁶⁰². Нельзя при этом не учитывать и другой общей особенности, связанной с состоянием теории юридической ответственности, и гражданско-правовой ответственности как ее специального вида, в

⁶⁰⁰ Антимонов Б.С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. Б/г и Б/д. С. 20.

⁶⁰¹ Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории). М., 2001. С. 138.

⁶⁰² Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 306; Советское гражданское право / Отв. ред. В.А. Рясенцев. М., 1988. С. 72; Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960.

частности. Любые исследования в этой области отталкивались от обзора сложившихся мнений и, как правило, завершались авторским взглядом на предмет исследования. К примеру, долгое время считалось, что юридическая ответственность представляет собой реализацию санкции⁶⁰³, С.Н. Братусь предложил новый подход, согласно которому «необходимо освободиться от многозначности понятия ответственности и выделить то основное, чему служит ответственность, - обеспечение исполнения обязанности»⁶⁰⁴, из чего следует, что юридическая ответственность это «опосредованное государственным принуждением исполнение обязанности»⁶⁰⁵. Получается, что критерием действия юридической ответственности является «состояние принуждения к исполнению обязанности», что в свою очередь порождает конкретные практически значимые правовые последствия и выводы, например, добровольно исполненная обязанность (по возмещению убытков, уплате неустойки и др.) гражданско-правовой ответственностью не является⁶⁰⁶. Такое утверждение не является бесспорным, поскольку принуждение является юрисдикционным способом воздействия, от чего характер мер имущественной обязанности едва ли кардинально видоизменяется, иначе добровольная уплата неустойки будет считаться исполнением гражданско-правовой обязанности, а ее взыскание по суду - уже мерой гражданско-правовой ответственности, в то время как речь идет об одном и том же требовании, способ и формы реализации которого различны. По той же логике придется признать разновидностью гражданско-правовой ответственности взыскание долга по суду, что вряд ли имеет какой-либо смысл и основание. Сказанное показывает, что общее базовое учение о гражданско-правовой ответственности достаточно многообразно и разнопланово.

⁶⁰³ См.: Флейшиц Е.А. Общие начала ответственности по основам гражданского законодательства союза ССР и союзных республик // Советское государство и право. 1962. № 3. С. 35.

⁶⁰⁴ Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории). М., 1970. С. 42

⁶⁰⁵ Там же. С. 85.

⁶⁰⁶ Там же. С. 59, 85.

Реституция устанавливает принудительный внедоговорный механизм связи участников оборота, заключивших и исполнивших недействительную сделку. Содержание реституционных требований должно быть установлено и predetermined императивными нормами гражданского законодательства, которое не может видоизменяться или отменяться соглашением сторон. Цели законодательных предписаний в части установления обязанности вернуть все полученное по недействительной сделке могут быть связаны с принудительным нивелированием и искоренением любых правовых последствий, которые стороны желали создать недействительной сделкой. Обоснованность рассмотрения реституции как разновидности внедоговорной ответственности может объясняться тем, что применение реституции устанавливает дополнительные неблагоприятные последствия для правонарушителя в том, что он лишается возможности рассчитывать на правовой эффект сделки, которая была признана недействительной. Далее, на участников недействительной сделки в полном объеме ложится бремя несения всех трансакционных издержек по заключению и исполнению недействительной сделки, расходы и временные затраты, обусловленные возвратом полученного по недействительной сделке.

По общему правилу, реституция по правовой форме законодательного закрепления является императивной обязанностью для сторон недействительной сделки, а по правовому содержанию - санкцией, установленной правопорядком в общеобязательной норме права⁶⁰⁷. Мера государственного принуждения, выраженная в санкции при недействительной сделке, защищает основы правопорядка и государственного строя, состояние законности, способствует всемерной охране интересов граждан и юридических лиц, одновременно выполняя функцию превенции и профилактики правонарушений. Нет оснований усомниться в том, что реституция может быть отнесена к особой разновидности санкции, но также не обнаруживается достаточных оснований

⁶⁰⁷ Автор этих строк соглашается с мнением О.Э. Лейста о том, что санкцией определяется мера государственного принуждения (См. Лейст О.Э. Теоретические проблемы санкций и ответственности по советскому праву: автореф. дис. д-ра юрид. наук. М., 1978. С. 3).

для рассмотрения этой санкции вне института юридической ответственности. На этот счет высказаны и иные точки зрения: «по своей юридической природе двусторонняя реституция – особая санкция, в которой выражено отрицательное отношение государства к сделке, не соответствующей тем или иным требованиям закона. Однако эта санкция не относится к мерам гражданско-правовой ответственности, а значит, не требует для своего применения установления вины сторон и иных условий гражданско-правовой ответственности»⁶⁰⁸. Из приведенной цитаты о реституции как особой санкции неясны правовая природа, назначение и содержание такой санкции, возникают и иные вопросы. Позволительно спросить, чем вызвано рассмотрение гражданско-правовой ответственности в неделимой связи с условием о вине? В законодательстве могут устанавливаться случаи, когда гражданско-правовая ответственность за недозволенные и противоправные действия наступает вне зависимости от вины, чему не препятствуют и основополагающие работы по юридической ответственности, что объясняет отсутствие вины в числе обязательных признаков-оснований гражданско-правовой ответственности, а иногда и ее рассмотрение как «несамостоятельного элемента гражданского правонарушения»⁶⁰⁹. Этот подход выверен временем (констатировалось, что учение о гражданской вине не развито)⁶¹⁰ и показывает должные различия в регулировании договорных обязательств и обязательств из недозволенных и неправомерных действий, где вина в первую очередь может являться критерием оценки размера подлежащего возмещению причиненного вреда, в то время как в договорных

⁶⁰⁸ «Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: Учебно-практический комментарий» (под ред. А.П. Сергеева), Л., 2010.

⁶⁰⁹ См.: Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву // Иоффе О.С. Избранные труды. СПб., 2003. Т. 1. С. 206-207; Тархов В.А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973. С. 89; Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970. С. 174. Напротив, применительно к специфике гражданско-правовой невозможно согласиться с И.С. Самощенко и М.Х. Фарукшиным в том, что вина является обязательным элементом ответственности за совершенное правонарушение (См.: Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. М., 1971. С. 125, 205).

⁶¹⁰ Пирвиц Э.Э. Значение вины, случая и непреодолимой силы в гражданском праве. СПб, 1895. С. 2.

правоотношениях вина не должна иметь той же значимости, уступая место должной осмотрительности и разумности действий, ожидаемых в сравнимых обстоятельствах от заботливого и рачительного хозяина, которые наряду с условиями договорного обязательства подлежат судебной оценке. Кроме того, необходимо учитывать, что вина (понятие, критерии применения) заимствованы гражданским правом из науки публичного права (прежде всего уголовного) и впоследствии адаптировано к специфике и роли гражданских правоотношений. Соответственно, логичным кажется и субсидиарное применение условия о вине в аспекте усиления гражданско-правовой ответственности, только в этом случае возможно говорить об адекватном универсальном применении критерия вины как основания договорной и внедоговорной гражданско-правовой ответственности.

Юридическая значимость и состоятельность критерия виновной/безвиновной ответственности устанавливается исключительно законодательством, что по содержанию конкретной нормы может являться как условием наступления юридической ответственности, так и обстоятельством, усиливающим/смягчающим ответственность правонарушителя. Таким образом, вина не является необходимой предпосылкой возникновения юридической ответственности за противоправные действия.

Нет оснований согласиться и с О.В. Гутниковым, который дает следующую характеристику реституции: «двусторонняя реституция не может считаться санкцией, так как не связана с претерпеванием сторонами дополнительных неблагоприятных последствий...при осуществлении реституции исполняется лишь реституционное обязательство, возникшее из фактического состава, состоящего в совершении недействительной сделки и производстве исполнения по ней. Такое обязательство может быть исполнено как в добровольном, так и в принудительном порядке»⁶¹¹. Выше нами уже была представлена позиция относительно возможности

⁶¹¹ Гутников О.В. Недействительность сделки в гражданском праве (теория и практика оспаривания). М., 2007. С. 187.

рассмотрения реституции как обязательства, которое вдобавок ко всему подлежит исполнению по правилам, отличным от общих правил исполнения обязательств между частными лицами в гражданском праве. Здесь же укажем следующее. Непонятно, по какой причине санкции в гражданском праве при всем их многообразии увязываются с наступлением и претерпеванием правонарушителем дополнительных неблагоприятных последствий; нет никаких оснований уравнивать санкции в гражданском праве с мерами гражданско-правовой ответственности. Сомнительно также, что реституция по недействительной сделке может быть осуществлена по добровольному соглашению сторон во внесудебном порядке. Такому решению препятствует прежде всего юрисдикционная форма осуществления реституционных требований, которая предполагается законом. В противном случае возврат полученного по недействительной сделке (порядок, форма, условия) вполне мог бы определяться не императивной нормой закона, а свободой усмотрения и договоренностями сторон договора. Передача имущества по соглашению сторон с целью реституции во внесудебном порядке не достигает правового эффекта реституции как последствия недействительности сделки и потому не может считаться реституцией как таковой.

Реституция при недействительной сделке является законодательно установленной по содержанию и форме разновидностью правоотношений сторон, поскольку участники недействительной сделки связываются императивной обязанностью возвратить все полученное по сделке. Действующая редакция ГК РФ позволяет сделать вывод о том, что законодатель определяет реституционные правоотношения как особую разновидность гражданских правоотношений. Часть 1 ст. 166 ГК РФ устанавливает правило, что недействительная сделка не влечет юридических последствий за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, в то время как ч. 2 ст. 167 ГК РФ устанавливает правовые последствия на этот счет в части установления обязанности сторон возвратить все полученное по сделке, а в случае невозможности возврата произведенного исполнения по недействительной сделке в натуре - по

возврату стоимости исполнения. Последствия недействительности юридической сделки являются в чистом виде юридическими и не могут существовать за гранью правоотношений. Причем, налицо именно особенные правоотношения, которые невозможно отождествить с отношениями участников сделки, которая впоследствии была признана недействительной.

Однако требуется понять, о каких правоотношениях идет речь. Реституционные правоотношения не являются классической разновидностью гражданско-правовых, поскольку их возникновение и содержание в полной мере не зависят от воли субъектов гражданского права, они реализуются в рамках принуждения, формы и пределы которого четко определены нормой права, выражают не только частный, но и публичный интерес: стороны не могут изменить, дополнить или заменить следующую из закона обязанность произвести возврат полученного по недействительной сделке. Возникает и реализуется реституционное правоотношение никак не между договаривающимися сторонами в рамках диспозитивного регулирования и автономии воли – в силу исчерпывающей регламентации законом реституционное правоотношение не находится под действием договорных условий и ограничений, а реализуется в рамках юрисдикционных процедур и под контролем суда.

Реституционное правоотношение существует в силу нормы закона, и ее применением исчерпывается содержание и смысл существования реституционного правоотношения. Специфика реституционного правоотношения может быть прослежена не только по его предполагаемому содержательному императивно-детализированному регулированию нормой права, но и по субъектному составу и специальным юридическим фактам, лежащим в основе возникновения и прекращения реституционного правоотношения. Реституционное правоотношение реализуется в рамках исполнения судебного акта о признании сделки недействительной, обязанность сторон произвести двустороннюю реституцию по недействительной сделке всецело полагается на судебный акт. Как уже говорилось, реституционные правоотношения возникают не всегда по воле

участников недействительной сделки – в этих случаях реализация реституционных правоотношений протекает под текущим и последующем контролем суда на стадии применения последствий недействительности сделки и исполнения судебного акта.

Сказанное отнюдь не свидетельствует в пользу отнесения реституционного правоотношения к особой разновидности публичных правоотношений и его выведения за пределы гражданско-правового регулирования, что одновременно никак не препятствует и рассуждениям о существенной специфике реституционных правоотношений и их особом месте в гражданском праве. Отношения, связанные с аннулированием юридических последствий недействительной сделки и возвратом сторон в первоначальное правовое положение, регламентированы нормами гражданского законодательства как обязанность вернуть все полученное по недействительной сделке, но это правоотношения между субъектами гражданского права. Содержание реституционного правоотношения исчерпывается двусторонней и взаимной юридической обязанностью вернуть все полученное по недействительной сделке. Характерно, что обязанность взаимного возврата исполненного по недействительной сделке реализуется в силу действия нормы права и ей не корреспондирует право другой стороны недействительной сделки на реституцию. В основе реституции заложена особая санкция, охраняющая общее состояние законности в правопорядке, а не конкретные субъективные права участников недействительной сделки. Применение реституции как особой санкции принудительно парализует весь экономико-правовой эффект недействительной сделки в части исполненного или ожидаемого исполнения, что означает общую юридическую ничтожность воли и волеизъявления участников недействительной сделки.

Буквальное толкование содержания нормы ст. 167 ГК РФ говорит о том, что законом могут быть установлены иные последствия недействительности сделки, отличные или дополнительные от применения двусторонней реституции. Однако в этом случае следует вести речь именно о специальных последствиях недействительности сделки, но не о

разновидности или типе реституционных правоотношений. Специальные нормы о недействительности сделок могут устанавливать как дополнительные неблагоприятные последствия для сторон сделки, так и специальные правовые последствия недействительности для отдельных составов недействительных сделок.

К специальным последствиям недействительности сделки следует отнести право суда прекратить действие признанной недействительной судом оспоримой сделки на будущее время (ч. 3 ст. 167 ГК РФ), нормативно установленную обязанность возместить недееспособному участнику сделки дееспособным понесенный реальный ущерб от заключения и исполнения недействительной сделки (ч. 1 ст. 171 ГК РФ), законодательно закрепленную возможность требовать заблуждающейся стороной в сделке возмещения причиненных ей убытков (ч. 6 ст. 178 ГК РФ), требование потерпевшего о возмещении убытков от заключения и исполнения сделки, совершенной под влиянием насилия, угрозы или неблагоприятных обстоятельств (ч. 4 ст. 179 ГК РФ).

В целях общей превенции и пресечения противоправного поведения участников оборота, ориентированных на получение собственной экономической выгоды в товарообороте в ущерб другим лицам и правопорядку, законодатель устанавливает локальные правила по определению правовых последствий недействительности отдельных видов недействительных сделок, которые содержательно отличны от применения двусторонней реституции. Так, в ст. 169 ГК РФ говорится о праве суда взыскать в доход Российской Федерации все полученное сторонами по недействительной сделке, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности. По существу и по содержанию речь идет об особых правовых последствиях, применяемых судом как альтернативы двусторонней реституции в случаях, прямо предусмотренных законом.

В общих нормах о недействительности сделок и их гражданско-правовых последствиях ГК РФ устанавливает специальные правила в части наделения суда специальными полномочиями при применении последствий

недействительности сделки, которые свидетельствуют одновременно об активной роли суда и о публичной природе и значимости механизма реституции в гражданском праве. Часть 4 ст. 166 ГК РФ устанавливает правило о том, что последствия недействительности ничтожной сделки суд может применить по своей инициативе, если это необходимо для защиты публичных интересов, и в иных предусмотренных законом случаях. Зеркальное нормативное правило установлено ч. 4 ст. 167 ГК РФ, в которой говорится о праве суда не применять последствия недействительности сделки в том случае, когда применение последствий недействительности сделки будет противоречить основам правопорядка или нравственности. В совокупности эти законодательные положения позволяют охарактеризовать реституцию как частноправовое выражение системы сдержек и противовесов интересов участников сделки и правопорядка в целом.

Изложенное позволяет сформулировать следующие выводы:

Доказано, что реституция как общее последствие недействительности сделки не относится ни к общим, ни к специальным способам защиты нарушенных субъективных гражданских прав. Ее применение аналогично последствиям гражданско-правовой ответственности (применение реституции императивно заменяет собой ожидаемые для сторон и третьих лиц правовые последствия недействительной сделки; издержки, понесенные на исполнение недействительной сделки и возврат сторон в первоначальное положение, возмещению не подлежат и составляют дополнительные неблагоприятные последствия от заключения и исполнения недействительной сделки).

Применение реституции не обусловлено нарушением конкретных субъективных прав, а является юридическим последствием факта недействительности сделки *ex lege*, наступление которого по российскому праву не всегда прямо обусловлено волеизъявлением лица, обращающегося за судебной защитой права. При применении реституции действует общая санкция в виде юридической ничтожности волеизъявления участников

недействительной сделки, влекущая одновременно и утрату правовых оснований произведенного исполнения по такой сделке.

Реституционное правоотношение сторон при недействительности сделки не является типичным гражданским правоотношением для лиц, действующих своей волей и в своем интересе, добровольно принимающих на себя юридические последствия совершения юридически значимых действий в товарообороте. Его содержание формализовано и унифицировано нормой объективного права, действие которой определяет содержание действий участников недействительной сделки как императивную юридическую обязанность активного типа. Структура и содержание реституционного правоотношения не включает в свой состав субъективное гражданское право и не идентифицирует участника недействительной сделки как правообладателя. Форма реституции как общего последствия недействительности сделки, определенная непосредственно в норме закона, предопределена задачей единообразного соблюдения законности, в чем состоит баланс частных и публичных интересов в правовом регулировании.

§ 3. Корпоративные права как особый вид относительных прав

Изначально юридической наукой признавалось, что обязательственные права являются главной разновидностью относительных прав⁶¹², указывалось и на то, что обязательственные и относительные права как понятия возможно рассматривать в качестве синонимов⁶¹³. В современных условиях развития оборота и регулирования гражданских правоотношений ни с одной из этих позиций не представляется возможным согласиться, поскольку не усматривается оснований для отождествления корпоративных и обязательственных прав, а относительность корпоративных прав приобретает самостоятельный смысл и значение в сравнении с относительностью обязательственных прав, что обусловлено в первую очередь принципиальными содержательными различиями в возникновении и осуществлении этих видов субъективных гражданских прав. Специфика

⁶¹² Crome C. System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen, 1905. Bd. 3. S. 1.

⁶¹³ См.: Meijers E.M. Algemene leer van het burgerlijk Recht. Lieden, 1948. P. 266.

содержания корпоративных прав не может обосновываться размытыми и неопределенными ссылками на проявление свойств и функций иных правовых институтов: «изнанка отношений собственности», особая разновидность обязательств – в противном случае утрачивается и сам смысл регулирования и защиты корпоративных прав и правоотношений правопорядком и судебной системой.

Развитие корпоративных правоотношений и усложнение их правовой регламентации в законодательстве явились объективными факторами общественного развития, обусловившими дискуссии об их природе в юридической науке. В этой части подходы российских и европейских школ частного права не были изначально однородными, различаясь между собой кардинально: в России до формального включения корпоративных правоотношений в предмет гражданского законодательства (Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации») в центре внимания оказывались вопросы об отраслевой принадлежности и предмете регулирования корпоративного права, в то время как европейской наукой решались вопросы о месте и специфике корпоративных прав в системе субъективных гражданских прав, пригодности использования в их отношении уже сложившихся принципов и классификаций для иных по юридической природе правоотношений. Вопросы квалификации субъективных корпоративных прав, определения их юридической природы решаются далеко неоднозначно в теории гражданского права. Обращается внимание на неоднородность прав самого объединения в отношении его членов и прав членов к объединению и друг другу⁶¹⁴. В. Портман указывает на то, что обязательству не могут соответствовать никакие иные обязанности, кроме прав на поведение контрагента. Поэтому изначально не следует ставить членские права в один ряд с правами на поведение другого лица. Однако это показывает лишь то, что членские права не являются правами обязательственными. Возникает вопрос о возможности их классификации по

⁶¹⁴ См.: Portmann W. *Wesen and System der subjektiven Privatrechte*. Zuerich, 1996. S. 113.

иным критериям. Существует и другое мнение (Шененберг/ Йегги) о том, что корпоративные права представляют собой латентные права, формируя особую группу субъективных гражданских прав. С обязательствами их роднит лишь относительная природа. Как правило, конкретные корпоративные права имеют строго определенное содержание (например, право на участие в собрании акционеров, созыв которого определен датой и повесткой дня следует отличать от права на участие в собрании вообще)⁶¹⁵. На этой основе ученые делают вывод о том, что так называемые права на объединение и права на участие в нем являются не чем иным, как требованиями в еще неактуализированной форме и неопределенном состоянии в сравнении с иными правами, развитыми в договорном праве.

Вопреки складывающимся судебно-правовым позициям (п. 11 Обзора практики ВС РФ по разрешению судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости) отсутствуют основания для отождествления корпоративных прав с отношениями по членству⁶¹⁶, поскольку отношения по членству между участниками юридического лица являются одним из показателей типа взаимосвязи прав и обязанностей участников при осуществлении ими корпоративных прав уже как результат деятельности созданного ими субъекта права – юридического лица: членство или «отношения по членству» в основном определяются уставом юридического лица, члены несут в себе последствия результатов деятельности субъекта права, в котором они состоят в качестве членов⁶¹⁷ - само по себе членство не является достаточным условием возникновения корпоративных правоотношений в любых социальных и правовых общностях. Верно суждение Р. Зома, что при приобретении акций/долей предметом распоряжения выступает участие в юридическом лице как комплекс

⁶¹⁵ Цит. по: Portmann W. Op cit. S.114.

⁶¹⁶ В советской юридической литературе была удачно отмечена многозначность понятия членства в доктрине и правоприменительной практике: элемент правосубъектности, субъективное право, правоотношение (Подробнее См.: Гендзехадзе Е.Н. Жилищно-строительные кооперативы в городе и селе. М., 1976. С. 51, 78).

⁶¹⁷ См.: Генкин Д.М. Правовое регулирование труда в промышленной кооперации: дис... д-ра юрид. наук. М., 1939. С. 113-114.

неразрывных прав и обязанностей, в связи с чем изолировано членство не может рассматриваться как объект гражданских прав или предмет сделки⁶¹⁸. В корпоративных правоотношениях членство не может рассматриваться как самостоятельный длящийся юридический факт в отрыве от основания своего возникновения, будучи юридическим последствием возникновения самого корпоративного правоотношения. Нахождение лица в составе акционеров акционерного общества или замещающего должность единоличного исполнительного органа юридического лица отражает его текущий гражданско-правовой статус, которым обусловлен комплекс его прав и обязанностей. Приверженность теории юридических фактов-состояний влечет за собой отождествление юридического факта и порожденных им правовых последствий, что едва ли может считаться обоснованным. В таком случае существование любого субъективного гражданского права можно было бы рассматривать в ранге особого длящегося юридического факта-состояния. Членство может рассматриваться как показатель особого статуса участников юридического лица, которым подчеркивается строго фиксированный состав участников и наличие у участников корпоративных прав. Интересна позиция И.А. Грингольца, который обосновывал, что право участия не входит в общий объем правоспособности, но является «специальным правомочием», а участие в управлении является одновременно и правом, и обязанностью⁶¹⁹. С предложенной квалификацией возможно согласиться в том значении и смысле, что эффективность хозяйственно-экономической деятельности корпорации находится в прямой зависимости от индивидуального состава ее участников-членов и их активности. Соответственно понятия участия, членства, сотрудничества не являются в строгом смысле синонимами и базовыми гражданско-правовыми понятиями, указывающими на самостоятельный признак обособленной группы отношений, специально и самостоятельно урегулированной гражданским правом, а являются характеристикой принадлежности субъекта

⁶¹⁸ Sohm R. Der Gegenstand : Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig, 1905. S. 21-22.

⁶¹⁹ Гринголец И.А. Международные хозяйственные организации в странах-членах СЭВ (теория и практика правового регулирования): дис... д-ра юрид. наук. М., 1975. С. 172.

к определенной общности, что совершенно не свидетельствует о наличии в последней неизменных признаков корпорации как субъекта права и корпоративных правоотношений как таковых. Отношения по членству и участию многообразны, имеют различную природу (не всегда юридическую, а главное – гражданско-правовую) в силу чего изначально не предполагают возможности их правового регулирования единым методом, что препятствует их универсализации, структурированию по единообразному системному принципу. Разнообразные примеры членства объединяет одна – общность интересов, единство целей, необходимость нахождения в определенной общности-коллективе, имеющей организационные признаки, но существенно и принципиально разъединяет другое и главное обстоятельство – отсутствие общего смыслового и нормативного единства во взаимодействии членов-участников, основаниях возникновения и характере связи участников-членов, не очевидности возникновения гражданско-правовых последствий от совместной деятельности членов (как для третьих лиц, так и для каждого члена в отдельности). Факт членства не всегда порождает юридические, а главным образом гражданско-правовые последствия, которые напрямую возникают из отношений по членству для вовлеченного в него лица. Отсюда следует, что понятие членства не обладает искомым гражданско-правовым смыслом и содержанием, не является единственным признаком корпорации в гражданском праве, не может считаться предтечей возникновения корпоративных правоотношений. Даже в сфере гражданско-правового регулирования членские права (*Mitgliedschaftsrechte*) не следует отождествлять с корпоративными еще и потому, что этот термин используется и для характеристики абсолютной охраны семейных прав, которые наполнены специальным смыслом правового регулирования в системе законодательства⁶²⁰.

Самостоятельность корпоративных прав как вида субъективных прав проявляется в целях и методе регулирования корпоративных правоотношений, а затем и в специфике осуществления и защиты

⁶²⁰ Fikentscher W., Heinemann A. Schuldrecht. Berlin, 2006. S. 765.

корпоративных прав, что отличает их от обязательственных прав, регулирование которых в договорном праве направлено на соблюдение интересов и свободы самоопределения контрагентов в достижении ожидаемого ими юридического результата от совершаемого акта товарообмена: predetermined императивными нормами ограничения автономии воли контрагентов связываются преимущественно с охраной интересов несвязанных договором лиц и правопорядка в целом⁶²¹. Определение правовой природы субъективных корпоративных прав predetermined особенностью их содержания на всех стадиях их развития (возникновение, осуществление и защита). Возникновение корпоративных субъективных прав, predetermined необходимым условием и связывается прежде всего с особым юридическим фактом – созданием юридического лица как нового субъекта права; как правило, с этим моментом совпадают действия учредителей, связанные с утверждением учредительных документов, распределением пропорций участия, возникновением корпоративных прав и обязанностей учредителей в отношении друг друга и созданного юридического лица. При учреждении юридического лица его участники создают для себя заранее обеспеченную возможность определения воли созданного юридического лица как субъекта права через его высший волеобразующий орган, которая связывает не только его органы управления и миноритарных участников, но и транслируется от лица уже не самих учредителей/участников, а от имени уже самостоятельного вновь образованного субъекта права.

В корпоративном праве действуют **специальные дозволения** (право участников на получение прибыли при ее распределении в коммерческих организациях, право на участие в управлении юридическим лицом, право участников на получение информации о текущих делах юридического лица и др.), **обязанности** (обязанность директоров действовать разумно и

⁶²¹ Отождествление корпоративных и обязательственных прав ведет к выводу об условности всех правовых институтов и понятий, что создает возможность произвольной и в целом безболезненной замены одного регулирования на другое, что в свою очередь позволит прийти к выводу о невозможности рассмотрения права как науки.

добросовестно при ведении дел корпорации и др.), *запреты* (запрет на создание хозяйственного общества «одного лица» другим хозяйственным обществом одного лица и др.), *ограничения* свободы действий участника корпорации, установленные в интересах корпорации (не совершать действий, заведомо причиняющих вред корпорации, не совершать действий, приводящих к невозможности или затрудняющих достижение уставных целей и др.), *предусмотрены специальные средства защиты нарушенных корпоративных прав* (требование об исключении другого участника, восстановление корпоративного контроля, утраченного в результате противоправных действий третьих лиц). Ни в отдельности, ни в совокупности такая специфика не свойственна обязательственным правоотношениям в договорном праве. О нормативной обособленности корпоративных правоотношений свидетельствуют и нормы закона. При характеристике корпоративных правоотношений законодатель прямо указал, что корпоративные правоотношения должны быть связаны с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (ч. 1 ст. 2 ГК РФ). Едва ли верно считать, что сам законодатель допускает возможность рассмотрения корпоративных правоотношений как подвида обязательственных, ч. 3 ст. 307.1 ГК РФ является только вспомогательным средством в регулировании корпоративных правоотношений. Нельзя не видеть и особенностей корпоративного права в том, что субъекты корпоративных правоотношений, возлагают на себя особый риск наступления негативных последствий вследствие хозяйственно-экономической деятельности не собственной деятельности, а хозяйственно-экономической деятельности юридического лица.

Таким образом, в силу специального субъектного состава, предмета и принципов регулирования, особых юридических фактов, существенных особенностей осуществления и защиты корпоративные права являются самостоятельным видом субъективных гражданских прав, но никак не смежным межотраслевым предметом регулирования и исследования или придатком обязательственного права, их возникновение и осуществление

возможно только в период деятельности юридического лица, но никак не в процессе его создания или же вовсе после его ликвидации. С этих позиций значимым, но уже внешним критерием отличия корпоративных от иных видов субъективных гражданских прав, и в частности от обязательственных прав, является субъектный состав корпоративных прав: субъективные корпоративные права возникают между особыми субъектами гражданских прав - участниками юридического лица и самим юридическим лицом, между материнскими, дочерними и зависимыми обществами по поводу участия и управления юридическим лицом, между участниками юридического лица и самим юридическим лицом и его выборными органами управления. Важно обратить внимание и на специфику проявления управленческих отношений в гражданском праве по модели частной субординации: участники корпорации изначально равны и свободны в решении вопроса о вступлении в корпоративные правоотношения или в выборе организационно-правовой формы при создании юридического лица, но уже находясь в корпоративных правоотношениях, а точнее с момента возникновения последних не могут руководствоваться только собственным усмотрением и личными выгодами, которые не согласуются или прямо противоречат интересам самой корпорации, большинству ее участников за исключением реализации правомочия на выход из состава участников. Необходимо сказать о специфике метода регулирования корпоративных правоотношений. Императивные нормы права сами по себе не являются идентификаторами отраслевой принадлежности регулируемых отношений. В противном случае пришлось бы согласиться с заведомо несоответствующим действительности предположением, что запреты и обязанности принципиально не используются в регуляции гражданских правоотношений. В действительности императивные нормы являются специфичными регуляторами любых правоотношений и присутствуют практически во всех подотраслях гражданского права, еще никак содержательно не предопределяя характера и специфики регулируемых правоотношений. Суждение о преобладании императивных норм в конкретной подотрасли гражданского права при определении ее

сущностных основ неточно и по существу свидетельствует только о стремлении законодателя привести к единым правовым последствиям развитие регулируемых гражданских правоотношений на этапах возникновения, изменения и прекращения субъективных прав, но никак не о публичной природе регулируемых отношений, в связи с чем одного метода регулирования правоотношений для определения их правовой природы недостаточно. Объективная необходимость регулирования корпоративных правоотношений именно императивными, а не диспозитивными нормами договорного права связывается с обеспечением баланса интересов корпорации, ее миноритарных и мажоритарных участников и внешних кредиторов, которые могут рассматриваться и как потенциальные участники этой корпорации в будущем.

Создание юридического лица приводит в действие принципы корпоративного права, которые в силу императивных норм закона регулируют основы деятельности учредителей/участников и его менеджмента, ограничивая их свободу в произвольном выборе моделей и условий правового взаимодействия во избежание причинения вреда самой корпорации, ее кредиторам, ущемления прав миноритарных участников (например, в обход принципу пропорциональности возложение львиной доли прибыли на мажоритарного участника с отнесением всех убытков и издержек на миноритарных участников, что формально обеспечено максимальным большинством при голосовании на собрании). В отличие от договорных обязательств обеспечение баланса интересов в корпорации достигается за счет регуляции корпоративных правоотношений преимущественно императивными нормами права, диспозитивное регулирование сохраняется ограниченно: на этапе возникновения корпоративных правоотношений любой субъект гражданских правоотношений свободен в решении вопроса о личной целесообразности вступления в корпоративные правоотношения в условиях деятельности конкретного юридического лица, с момента же вступления и по момент прекращения возникших корпоративных правоотношений свобода участника корпоративных правоотношений в

сравнении с свободой усмотрения участников договорных обязательственных правоотношений существенно ограничена императивными нормами закона, корпоративными актами, принципами корпоративного права (прежде всего принципом подчинения меньшинства большинству⁶²², приоритета интересов корпорации), показывающих специфику корпоративных прав, обязанностей и их специфические ограничения, продиктованные участием в имущественно-организационной деятельности корпорации и управлению ею. В этом смысле удачны подходы правоприменительной практики, отметившей, что целью защиты корпоративных прав должно являться их восстановление (Определение ВАС РФ от 30.07.2013 г. № ВАС-9805/13; Определение ВАС РФ от 28.03.2012 № ВАС - 3121/12; Определение ВАС от 25.08.2011 г. № ВАС -10942/11), а само восстановление корпоративных прав ставится в зависимость от соблюдения балансов интересов самого Общества и его участника, находящихся в споре по конкретному делу (Постановление ФАС МО от 04.03.2014 г. по делу № А40-79332/2013).

Действующее российское корпоративное законодательство и доктрина регулируют и характеризуют принципы корпоративного права не всегда ясно. В современном российской корпоративном праве принцип пропорциональности проводится не в строгой последовательности, что приводит к тому, что последствия соглашений нескольких участников связывают не только договаривающихся лиц, но своим действием могут ущемлять интересы иных участников корпорации, а главное ее кредиторов: с одной стороны действует разрешительная норма п. 1 ст. 66 ГК РФ, закрепляющая в качестве общего правила, что объем правомочий участников хозяйственных обществ определяется пропорционально их долям участия в

⁶²² В российской науке его теоретическое обоснование было предложено С.Н. Братусем, которым в числе прочего было отмечено, что создание юридического лица предполагает вынужденное отступление от собственных интересов его участниками/учредителями во имя обеспечения господства интереса самого юридического лица. Причем, чем шире число участников, тем четче объективируется сфера субъективных прав юридического лица в сравнении с его участниками «по своим специальным целям и задачам целого», и наоборот, чем уже круг участников тем оказываются сильнее связи только между участниками корпорации, а не ею самой и ее участниками (Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица): дис... д-ра юрид. наук. Чкалов, 1942. С. 77, 89).

уставном капитале, с другой стороны, в отношении непубличных обществ предусмотрено, что иной объем правомочий может быть установлен уставом или корпоративным договором при условии, что сведения о последнем внесены в публичный реестр юридических лиц, а для хозяйственных партнерств специальным законом (Федеральный закон от 3 декабря 201 г. № 380 – ФЗ «О хозяйственных партнерствах») законодателем предусмотрена еще большая свобода соглашений по поводу распределения имущественных прав. На деле дальнейшая либерализация этой предусмотренной законом свободы усмотрений позволит независимо от доли (размера) их участия одним участникам или вообще третьим лицам присваивать (прямо или опосредованно) основной доход от деятельности корпорации при выплате дивидендов и управлении ее делами. Неслучайно в современной литературе указывается, что «любые попытки законодательного закрепления безответственности перед кредиторами и необоснованных привилегий отдельных участников корпорации в ущерб другим ее участникам следует считать несправедливыми и безнравственными»⁶²³. В развитых правовых системах свобода усмотрений участников корпоративного договора ограничена императивными нормами закона: ст. 1844-1 СС устанавливает запрет возложения всех доходов и убытков общества на разных лиц. Правовая регламентация действия корпоративных договоров в российском праве не является совершенной, сказываясь пусть и в ограниченном объеме на правовом положении всех участников корпорации за счет вмешательства в дела корпорации третьих лиц (например, п. 9 ст. 67.2 ГК РФ предоставляет возможность кредиторам общества и третьим лицам заключить договор с участниками хозяйственного общества, по условиям которого последние берут на себя обязательства осуществлять корпоративные права определенным образом, что во взаимосвязи с п. 6 ст. 67.2 ГК дает право участнику такого договора – кредитору общества или третьему лицу оспаривать решения органов управления корпорации в случае их противоречия условиям корпоративного договора). Требование закона о

⁶²³ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014. С. 25.

необходимости участия в этом случае всех участников корпорации в таком договоре может быть преодолено при обосновании судебного акта ссылкой на незначимость волеизъявления миноритарных участников для принятого решения при активной позиции мажоритариев. По своей природе корпоративный договор является разновидностью обязательства⁶²⁴, действие которого связывает только его участников, но не тотально всех участников корпорации, иная точка зрения о значении корпоративного договора уже только как корпоративного акта позволит рассматривать его содержание и действие как особый юридический факт и правоотношение, значимое уже для всех членов корпорации независимо от факта их участия в таком договоре на правах договаривающейся стороны⁶²⁵. Корпоративный договор должен рассматриваться исключительно как договорное обязательство⁶²⁶, которое не налагает обязанности на неучаствующих в нем в качестве договаривающихся сторон лиц. В условиях понимания корпоративного договора как договорного обязательства постановка вопроса о коллизии между условиями корпоративного договора и положениями устава общества едва ли может считаться обоснованной, если только в таком договоре в качестве участников соглашения не участвовали все участники корпорации и сама корпорация именно в статусе договаривающихся сторон, но и в этом случае такие соглашения, заключенные в противоречии с уставом, едва ли имеют смысл, поскольку положения этих корпоративных договоров могут быть инкорпорированы в устав. Складывающиеся условия и необходимость

⁶²⁴ Складывающаяся правоприменительная практика не признает распространение принципа свободы договора на корпоративные договоры, отмечая, что его условия направлены на реализацию корпоративных прав преимущественно организационно-управленческого характера (постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 12 мая 2016 г. № 08Ап-3836/16).

⁶²⁵ Андреев В.К., Лаптев В.А. Корпоративное право современной России. М., 2017. С. 164-165; Степанов Д.И. Договор об осуществлении прав участников ООО // Вестник ВАС РФ 2010ю № 12. С. 70; Шиткина И.С. Соглашения акционеров (договоры об осуществлении прав участников) как источник регламентации корпоративных правоотношений // Хозяйство и право. 2011. № 2. С. 36-47.

⁶²⁶ Хотя здесь же уместно подчеркнуть и его явную специфику как особого договорного обязательства. Его отличительной особенностью выступает сам характер волеизъявления, который связывает поведение только договаривающейся стороны, сужая опции и объем правовых возможностей только в отношениях с его контрагентом, но не в отношениях с самим юридическим лицом (нарушение условий корпоративного договора еще не является основанием для порочности волеизъявления при осуществлении права на голос). При регламентации корпоративного договора российский законодатель не разрешает вопрос о его возмездности, хотя утверждение такой возможности будет иметь скорее пагубные последствия.

гражданско-правовой охраны интересов участников корпорации требуют конкретизации действующих положений о корпоративных договорах положениями о том, что условия корпоративных договоров под страхом их недействительности не могут противоречить не только законодательству, но и уставу корпорации, соответствовать балансу интересов мажоритарных, миноритарных участников и самой корпорации: соответственно при разрешении корпоративных споров условия корпоративных договоров целесообразно оцениваться судами не только на предмет соответствия императивным нормам законодательства, но и устава корпорации (иной подход предусмотрен п. 37 постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. №25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ», которым закреплено, что стороны не вправе ссылаться на недействительность корпоративного договора при его противоречии уставу). В условиях действующего регулирования исполнение обязанности о факте заключения корпоративного договора никак не минимизирует рисков для участников корпорации и ее кредиторов; тем более, что на сегодняшний день отсутствует возможность получения копии корпоративных договоров по запросам заинтересованных частных лиц у налоговых органов в силу конфиденциальности их условий, что более характерно именно для сделок, но не корпоративных актов, которые определяют принципиальные основы организации и деятельности конкретной корпорации.

Российский законодатель устанавливает особые правила в отношении действия решений собраний по кругу лиц, которые не всегда свидетельствуют в пользу только почленной обязательности корпоративных актов для участников корпорации во имя обеспечения их связанности волеизъявлением большинства независимо от результатов голосования и участия/неучастия в собрании. В соответствии со ст. 181.1 ГК РФ решения собраний, с которыми закон связывает гражданско-правовые последствия, порождает правовые последствия, на которые решение собрание было направлено, для всех лиц, имевших право участвовать в данном собрании (участников юридического лица, собственников, кредиторов при

банкротстве и других – участников гражданско-правового сообщества), а также для иных лиц, если это установлено законом и вытекает из существа отношений. В данном случае устанавливается правовой режим, не совпадающий с обязательствами, которые, как известно, могут породить гражданско-правовые обязанности только для участников обязательства, а следовательно, с опорой на приведенную статью возможно ставить вопрос об абсолютной и относительной юридической природе отдельных решений собраний, что более характерно для особого факта, а не сделки⁶²⁷.

Вопрос об отождествлении корпоративных и обязательственных прав имеет долгую историю в юридической науке, представители которой преимущественно возражали против отождествления корпоративных и обязательственных прав⁶²⁸. Ни в ретроспективе, ни в современных условиях невозможно утверждать, что корпоративные права имеют сходное происхождение и содержание с правами обязательственными. Еще П. Эртман заметил, что акционерное право не может характеризоваться правом требования, поскольку основано на корпоративном соучастии субъектов. Впрочем, здесь же ученый задает вектор развития корпоративного права как «простого относительного права по отношению к обществу, которое подчинено ему как пассивный субъект»⁶²⁹. Думается, этим специфика корпоративных прав в условиях их разнообразия не ограничивается. Следует обратить внимание как на саму корпорацию, так и на ее членов, сложность квалификации складывающихся в корпорации отношений. В. Портман отмечает, что корпоративные права не составляют свою собственную структурную группу прав; они основаны только на особой причине (нахождение в составе членов корпорации), но это не мешает их

⁶²⁷ Комментаторы уклоняются от подробного анализа целей и последствий норм ГК РФ о действии решений собраний по кругу лиц (Ср.: Громов А.А., Егоров А.В. Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ. М., 2014. С. С. 127.).

⁶²⁸ Следует отметить, что если в дореволюционной российской цивилистике корпоративные права не отождествлялись с обязательными (См.: Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаниях. М., 2000. С. 410-413; Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 148-149; Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002. С. 395.), то в постсоветском праве прослеживается обратная тенденция: корпоративные права рассматривались как обязательственные права особого рода (См.: Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2000. С. 192.).

⁶²⁹ См.: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszustandigkeit. S. 235.

регулированию особыми требованиями закона⁶³⁰. Позиция ученого не видится нам убедительной, поскольку приведенное высказывание не оспаривает особого места корпоративных субъективных прав в системе субъективных гражданских прав. Рассуждая от противного, можно прийти к пагубным и далеко идущими выводам. К примеру, можно отрицать состоятельность субъективных обязательственных прав, если утверждать, что обязательственные права обусловлены отдельной причиной – связью должника и кредитора, условием конкретного обязательства. Сама история юриспруденции противится такому подходу. Специфика внутренних корпоративных правоотношений уже давно отмечается в зарубежных исследованиях. Специфика и содержательная состоятельность корпоративных правоотношений объясняется «внутренней жизнью корпорации». Ф. Регельсбергер отмечал, что в силу разнообразия отношений по членству корпоративные правоотношения «являются настолько разными для отдельных корпораций, что они не поддаются удовлетворительным комплексным характеристикам»⁶³¹, но здесь же отмечается, что из принадлежности к корпорации «вытекают своеобразные права и обязанности корпоративных членов, это особые права и особые обязанности, поскольку они принадлежат отдельному члену, они являются корпоративными правами и обязанностями, так как коренятся в объединении». Сам Ф. Регельсбергер классифицирует корпоративные права на «общепользные», которые предоставляются членам корпорации исключительно в интересах общего дела и потому от них невозможно отказаться и они могут изменяться самой корпорацией, и на «индивидуально полезные права», которые устанавливаются корпорацией для отдельных членов в целях удовлетворения их личных выгод. «Индивидуально полезные права» отличает их «исключительно имущественно-правовой характер». Ф. Регельсбергер подчеркивает, что «право на участие в управлении корпоративными делами

⁶³⁰ См.: Portmann W. Op cit. S.116.

⁶³¹ Regelsberger F. Pandekten. Leipzig, 1893. Bd. 1. S. 331.

соответствует и обязанности сотрудничества»⁶³². В курсах современного голландского корпоративного права подчеркивается индивидуальная природа корпоративных прав, в связи с чем обращается внимание на то, что корпоративные отношения основаны на особых принципах справедливости и разумности, установление и баланс которых предполагают ограничение индивидуализма в выборе варианта поведения (голосующие участники связываются обязанностью проводить консультации по рассмотрению вынесенных на голосование вопросов, не могут при этом в ходе голосования руководствоваться только своими интересами или интересами третьих лиц – нечленов корпорации и др.)⁶³³.

В современной российской юридической литературе проводится последовательная попытка обоснования обязательственной природы корпоративных прав. В частности, О.В. Гутников считает, что содержание субъективного корпоративного права связано прежде всего с управлением юридическим лицом, в связи с чем «нет никакого права участия как самостоятельного субъективного права», а по существу субъективное корпоративное право ничем не отличается от любого другого обязательственного права со множественностью лиц на стороне кредитора... корпоративным законодательством устанавливаются лишь особенности согласования воли кредиторов (субъектов корпоративного права) при осуществлении корпоративного права и предъявлении соответствующих требований. Здесь же отмечено, что «право управления юридическим лицом является основным субъективным корпоративным правом» при том, что «субъективные корпоративные права принадлежат только учредителям (участникам) юридического лица», а «по своей структуре субъективное корпоративное право ничем не отличается от любого другого гражданского права со множественностью лиц...корпоративным законодательством и учредительными документами устанавливаются лишь особенности согласования воли субъектов корпоративного права при его существовании и

⁶³² Ibid. S.333.

⁶³³ См.: Kroeze M.J., Timmerman, J.B. Wezeman De kern van het ondernemingsrecht. Deventer, 2017. P. 116-124.

предъявлении соответствующих требований»⁶³⁴. Такое правопонимание вызывает целый ряд вопросов: как выглядит система корпоративных прав и какие из них могут считаться неосновными и основными, по какой причине в отношениях с третьими лицами независимые директора не рассматриваются как субъекты корпоративных правоотношений? Из логики рассуждений цитируемого автора можно понять, что в корпоративных правоотношениях должником должно считаться само юридическое лицо, но в этом случае речь идет только об одной из разновидностей корпоративных правоотношений между участниками и юридическим лицом, вне поля зрения считаются отношения между участниками юридического лица по поводу управления им. В целом же при таком обобщенном понимании придется признать, что гражданское право во всех сферах своего регулирования легитимирует только обязательственные правоотношения, которыми якобы только и могут регулироваться отношения управомоченных и обязанных лиц (в таком случае вещные и интеллектуальные права грозят превратиться в обязательства со множественностью лиц)⁶³⁵. Как видно, О.В. Гутников конструирует модель корпоративных прав по образцу обязательств безотносительно к материальному субстрату корпоративных прав (особенности осуществления и регулирования), которым, как представляется, в первую очередь определяется их сущность. При игнорировании содержательной специфики корпоративных прав оказывается расплывчатой и неопределенной их специфика: и без того императивные нормы во многих гражданских правоотношениях определяют волеизъявление нескольких лиц без связи со спецификой конкретных видов субъективных прав (сонаследники, сокредиторы и др.). Особо следует сказать о том, что правомочия на управление нередко характеризуются как неимущественные⁶³⁶, что вызывает

⁶³⁴ Гутников О.В. Правовая природа субъективного корпоративного права // Журнал российского права. 2017. №3. С.60-62, 58, 62.

⁶³⁵ Однако и при таком понимании следует уточнить, что во многом в крупных корпорациях участники озадачены не непосредственным участием в управлении текущей деятельностью, а только подбором эффективного менеджмента, эффективность работа которого может оцениваться в том числе размером причитающихся к выплате дивидендов, что характерно более для правомочий контроля, а не непосредственного управления.

⁶³⁶ Гутников О.В. Содержание корпоративных отношений // Журнал российского права. 2013. № 1. С. 32.

возражения ввиду их прямой связи с имущественными интересами и экономическими целями их обладателей, правомочных в зависимости от собственного гражданско-правового статуса принимать участие в определении юридической судьбы активов юридического лица и (или) принимать значимые для хозяйственно-экономической деятельности юридического лица управленческие распорядительные и (или) контрольно-надзорные решения, имеющие определяющее значение для деятельности самого юридического лица.

По критериям классификации субъективных прав по родовым признакам корпоративные права относятся к группе относительных прав, но их относительность требует самостоятельного обоснования и не должна связываться только с формальными характеристиками связей субъектов, как это предлагается в современной литературе – корпоративные права «возникают между некоторыми лицами по поводу совершения определенных действий, в том числе неимущественного характера»⁶³⁷. Любое правоотношение возникает лишь между определенными лицами, из чего никак не следует вывод об относительной природе любых субъективных прав. Нетрудно заметить, что приведенная цитата выглядит столь универсальной, что подходит для характеристики едва ли не любых правоотношений независимо от их частной и публичной природы, а это очень затрудняет использование и однозначное понимание приведенной точки зрения в части понимания сути корпоративных правоотношений.

Возможно согласиться с тем, что одной из важных целей деятельности любой гражданско-правовой общности (*association civile*) при создании юридического лица является создание и концентрация вновь созданным лицом абсолютных прав в отношениях с третьими лицами и государством⁶³⁸, что само по себе не предполагает возможность понимания корпоративных прав как прав абсолютных в отношениях между участниками корпорации. В

⁶³⁷ Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств. М., 2017. С. 23.

⁶³⁸ Toullier C-B. Le droit civil français, suivant l'ordre. Bruxelles. 1845. T. 1. P. 50.

германской литературе отмечаются два различных подхода к пониманию корпоративных прав: 1. особая разновидность абсолютных прав в силу возможности абсолютной защиты по аналогии с правом собственности⁶³⁹; 2. невозможность причисления к абсолютным правам в силу специфики содержания корпоративных прав⁶⁴⁰. Высказана точка зрения и о неоднородности корпоративных прав: к абсолютным правам следует причислять право на участие в собрании и выход из числа членов корпорации, к относительным – право голоса, право на распределение и получение прибыли и ликвидационной квоты. Здесь же отмечается, что объем абсолютных корпоративных прав не может быть изменен соглашением участников корпорации⁶⁴¹. В развитие этой позиции указывается, что именно в силу неотчуждаемости к абсолютным корпоративным правам следует также относить: право участников на доступ к информации о деятельности общества и на осуществление контроля за деятельностью менеджмента, право на участие в собраниях, право на ознакомление с финансовой отчетностью и отчетов директоров обществ, право на обращение в суд по поводу оспаривания/изменения принятых собраниями решений, которые прежде всего нарушают интересы миноритариев при соблюдении заявителями необходимой процентной квоты при подаче коллективных исков⁶⁴². Не обнаруживается оснований для такой дифференциации корпоративных прав по критериям абсолютности/относительности, поскольку осуществление и защита всех названных корпоративных прав потенциально возможна только при условии юридической взаимосвязанности и активного юридических значимого взаимодействия не

⁶³⁹ Dirk A. Verse Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften. Tübingen, 2006. S. 424; Hellgardt A. Kapitalmarktdeliktsrecht. Tübingen, 2006. S. 45. Mayer V., Oesterwinter P. Die BGB-Klausur - eine Schreibwerkstatt. Baden-Baden, 2016. S. 131.

⁶⁴⁰ Jung P. Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft. Tübingen, 2002. S. 391.

⁶⁴¹ Ebert T. Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH. Frankfurt am Main, 2009. S. 214.

⁶⁴² Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar J.Meyer-Landrut, F.-G. Miller, Niehus R.J. Berlin, 1987. S. 188.

только конкретного управомоченного лица, но и других участников корпорации, правовая координация интересов которых с интересами самой корпорации обеспечивается деятельностью органов юридического лица, в то время как предусмотренные законом возможности защиты права против потенциально неопределенного до момента правонарушения лиц никак не могут свидетельствовать об абсолютности защищаемого права. По этой же причине не находится оснований согласиться с мнением, что членские права являются правами абсолютными⁶⁴³: ведь их осуществление невозможно вне корпорации, без ее активных и непосредственных действий, которые в большинстве случаев должны пониматься через исполнение обязанности активного типа (уведомить о дате и месте проведения собрания, предоставить примерный перечень вопросов повестки дня), но совсем не как пассивное поведение обязанного лица.

Обоснованию абсолютности корпоративных прав предлагается и иное объяснение при квалификации членства как субъективного права. Данный вывод предполагает следующие заключения о специфике, юридической природе, структурных особенностях и основании классификации моделируемого субъективного права. М. Хаберзак решает вопрос об абсолютности права членства во взаимосвязи с оценкой возможности защиты члена объединения против органов управления, иных членов объединения и всех третьих лиц⁶⁴⁴. В основе учения М. Хаберзака положено абстрактное «овеществление членства», обоснование специфики членства с позиций «прочего права», заключение о том, что членство является правом владения, аналогичным праву собственности, где предметом владения является само объединение⁶⁴⁵. В качестве аргумента указывается, что субъективное право

⁶⁴³ Ср.: Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. М., 1972. С.96; Лапач В. Доля в уставном капитале как имущество // ЭЖ-Юрист. 2005. №28. С.4.

⁶⁴⁴ См.: Habersack M. Die Mitgliedschaft - subjektives und ‚sonstiges‘ Recht. Tuebingen, 1996. S. 21-112.

⁶⁴⁵ Ibid. S. 142. Это не единственный пример столь специфичной манеры определения понятия владения в германском праве. Так, Г. Магер прямо говорит о том, что «владение это не только фактическое отношение господства, но и...важный правовой статус...имеет значение временного исключительного права; в частности оно относится к прочим правам, которые приравнены к важнейшим жизненным ценностям (§ 823 I BGB)» - Mager H. Besonderheiten des dinglichen Anspruchs // AcP. 1993. Bd. 193. H.1. S. 73-74. Специфика интерпретации владения в

членства может претендовать на защиту негативным иском (§ 1004 BGB) и иском, основанным на § 823 BGB. Высказанные аргументы отличаются новаторским подходом исследователя, но им возможно предпослать следующие контраргументы. Представляется дискуссионной авторская трактовка понятия владения. Нельзя забывать, что объединение, если оно наделено признаками правосубъектности, мыслимо в первую очередь как субъект права, но не его объект, поэтому объединение не следовало бы растворять в сфере владения его членов, органов управления или любых иных лиц. К тому же, не совсем ясна последовательность излагаемого подхода. Казалось бы, выводу об отождествлении членства и права владения должен соответствовать вывод о действии механизма владельческой защиты в отношении нарушенных прав членства, но не заключение о допустимости применения к разрешению возникшего конфликта положений §§ 823, 1004 BGB. Как может быть понято, конструкция владения используется в данном случае как абстрактное понятие гражданского права, которое означает характеристику господства субъекта над объектом права. Опуская вопрос о несоответствии этой позиции нормативным правилам законодательства – BGB, важно отметить и теоретическую бессмысленность использования данного подхода, поскольку гражданско-правовое положение владельца скрывает в себе лишь фигуру управомоченного лица. Во-вторых, сомнительна правильность вывода о принципиальной возможности применения негативного иска в данной области. Не говоря уже о специальном случае применения негативного иска о защите нарушенного вещного права от нарушения, не связанного с лишением владения, нельзя забывать о том, что требования об устранении согласно § 1004 BGB касаются не последствий нарушения, а его источника, который и является предтечей длительности чинимого правонарушения. В-третьих, сфера применения и механизм действия § 823 BGB не локализованы исключительно сферой

корпоративном праве очевидна в сочинениях английских юристов, где указывается, что владение компанией «включает два основных элемента: право контролировать компанию, и право получать чистый доход компании» (См.: Kraakman R., Armour J., Davies P., Enriques L., Hansmann H., Hertig G., Nopt K., Kanda H., Rock E. *The Anatomy of Corporate law*. Oxford, 2009. P. 14.).

абсолютных прав. В отношении защиты конструируемого субъективного права членства применение § 823 BGB должно пониматься как действие общей, но не специальной нормы. В самом общем виде право членства должно включать в себя правомочия на участие в делах объединения, право на принятие решений в соответствии с учредительными и корпоративными актами объединения. В первую очередь гражданско-правовая охрана этих правомочий должна быть обеспечена регламентацией порядка обжалования соответствующих решений и действий, а не общей нормой § 823 BGB. В противном случае не представляется возможным выделить эффективные условия применения данной нормы к защите прав членства. Очевидно, что лицо, препятствующее участию акционера в собрании провокацией дорожно-транспортного происшествия независимо от того, является ли оно членом этого же акционерного общества, входит ли в состав органов управления или же вовсе является посторонним лицом, не нарушает права членства. Однако такое отрицательное суждение необоснованно, если та же цель преследуется посредством введения акционера в заблуждение о дате, месте и повестке дня собрания акционеров. Едва ли последователен вывод М. Хаберзака, что невыполнение установленного требования о выплате дивидендов не представляет собой деликтного нарушения права акционера на членство, но, пожалуй, является бездействием или допущением принятия неправомерного решения об использовании прибыли⁶⁴⁶. Не менее дискуссионен вывод, что злонамеренное негативное влияние на биржевой курс акций не может нарушить защищаемое § 823 BGB право акционера на членство только потому, что акция не представляет собой выраженного в стоимостном отношении долевого участия в имуществе общества⁶⁴⁷, ибо отсутствие долевого участия акционера в имуществе общества не влечет умаления имущественной ценности самой акции. Почему же действие § 823 BGB заранее исключается, если на страницах биржевой газеты некто в ущерб всем акционерам и акционерному обществу не советует приобретать определенные акции, отпугивая потенциальных приобретателей, когда в

⁶⁴⁶ См.: Habersack M. Op. cit. S. 274.

⁶⁴⁷ Ibid. S. 278.

отсутствие соответствующей публикации эти ценные бумаги пользовались бы спросом. Изложенное на конкретном примере подтверждает, что возможность, объем и конкретный способ защиты сами по себе не могут свидетельствовать в пользу абсолютной или относительной природы субъективного права.

Во французском гражданском праве доктриной при активном участии судебной практики обосновывается абсолютность права участника корпорации на голосование по вопросам повестки дня собраний независимо от размера его участия – право участия в деятельности общества предполагает предоставление права голоса всем его участникам за исключением случаев, прямо предусмотренных законом (Cass. 9.02.1999 № 96-17661)⁶⁴⁸. По сфере своего действия это право распространяется на любые вопросы повестки дня: от сделок (даже, если речь идет о принудительной продаже акций конкретным акционером) до исключения голосующего участника – голос акционера в любом случае должен быть учтен в решении собрания (Cass. 18.10.2011 № 10-19.647), в связи с чем указывается, что право голоса защищается публичным порядком – *un droit absolu et d'ordre* (Cass. 16.03.2006 № 05-5742). Несмотря на формальное значение и принципиальную невозможность предрешения итогов голосования конкретным пакетом участия игнорирование этих положений влечет ничтожность соответствующего решения собрания⁶⁴⁹. В доктрине справедливо отмечается, что при утверждении устава или при приобретении доли участия участник согласился на установленный корпоративными актами порядок ведения дел в корпорации, в связи с чем не может впоследствии оспаривать принятые корпорацией в отношении себя лично решения, если таковые соответствуют положениям устава⁶⁵⁰, что

⁶⁴⁸ Интересно отметить, что во французском корпоративном праве принято различать лишение права голоса как санкцию (участник проголосовал, не переуступив свои акции в нарушение обязательных требований Устава, утрата контроля над обществом) и как случаи, при которых акции не голосуют в силу закона (привилегированные акции без права голоса, неоплаченные акции после получения официального предупреждения, акции материнского общества, принадлежащие дочерним обществам – *actions d'autocontrôle* и др.).

⁶⁴⁹ Le mémento de la SAS et de la SASU: juridique, fiscal et social. Paris, 2013. P. 244-245.

⁶⁵⁰ Godon L. La condition juridique de l'associé de SAS (Questions pratiques après l'arrêt du 23 oct 2007. Bull. Joly 2008. P. 239).

свидетельствует об излишней характеристике права на голос как абсолютного корпоративного права. Едва ли право на голос может быть причислено к абсолютным и на том основании, что корпоративным договором может быть определен результат голосования участника, а в случае отступления им от согласованного договором результата арсенал защиты не исчерпывается только взысканием договорных штрафных санкций, поскольку заинтересованное лицо может потребовать признания результата голосования состоявшимся по согласованным условиям корпоративного договора, а не по формально выраженному волеизъявлению голосующего уже в ходе непосредственно самого голосования. В данном случае важно отметить, что и в рассматриваемых случаях абсолютность как спасительное средство призывается правоприменительной практикой и национальным законодательством на помощь субъективным корпоративным правам только для усиления их защиты вне всякой связи с их структурой и принципами осуществления: голосующий волен только определить по своему усмотрению свое личное волеизъявление, которое вне связи с голосованием других участников правового значения иметь не будет.

Вопрос о возможности причисления корпоративных прав к числу абсолютных также нашел отражение и в российских исследованиях, но уже по другим основаниям. В.А. Белов указывает, что «автономия коллективной деятельности абсолютна по отношению ко всяким лицам, не входящим в действующий коллектив, но относительна применительно к членам такого коллектива»⁶⁵¹. Использование критериев абсолютности и относительности в данном случае применимы лишь к характеристике деятельности, но не к отношениям участников корпорации. По вопросу о возможности отнесения этих критериев непосредственно к субъективным корпоративным правам возникают некоторые сомнения, хотя бы потому, что одно и то же право не может иметь различные, диаметрально противоположные характеристики, а отличительные признаки того или иного вида субъективных прав являются результатом устоявшихся научных обобщений. И.М. Хужокова рассуждает

⁶⁵¹ Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики под ред. В.А. Белова. С. 49.

об абсолютной и относительной природе корпоративных правоотношений⁶⁵², но видится сомнительной сама принципиальная возможность признания множественности корпоративных правоотношений и тем более их различной правовой природы. Р.Р. Ушницкий доказывает абсолютность корпоративных правоотношений бессрочностью и возможностью «нарушения субъективного права на участие любым лицом» (рейдерство), из чего делается вывод «о наличии принципиального родства права собственности и права участия в корпорации»⁶⁵³. В данном случае безосновательно смешиваются, подменяя друг друга, совершенно различные понятия и категории юриспруденции: способы защиты и сроки действия права, структура права и его правомочия. Такой подход не позволяет не только оценить целесообразность квалификации корпоративных прав по критериям абсолютности/относительности, но и убедительно обосновать самостоятельное значение корпоративных прав в законодательстве, правоприменительной практике, юридической науке. Современными российскими авторами высказаны и другие точки зрения на абсолютность корпоративных прав, в соответствии с которыми право на отчуждение доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, если в чистом виде и не обладает признаками вещного права в силу специфики доли как объекта гражданских прав, то ничто не мешает его причислению к разряду абсолютных прав⁶⁵⁴. В развитие этих положений обращается внимание на то, что право на управление делами общества, объектом которого является деятельность последнего, может рассматриваться как абсолютное на том основании, что ему корреспондирует всеобщая пассивная негативная обязанность, обращенная ко всем третьим лицам, не являющимся участниками общества без исключения⁶⁵⁵. Нельзя не заметить, что

⁶⁵² См.: Хужокова И.М. Корпоративное право РФ. Курс лекций. М., 2007. С. 72.

⁶⁵³ Ушницкий Р.Р. Гражданско-правовая форма корпоративного правоотношения: автореф. дис... канд-та юрид. наук. СПб., 2013.

⁶⁵⁴ См.: Новоселова Л.А. Оборотоспособность доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // Объекты гражданского оборота. Сборник статей под ред. М.А. Рожковой. М., 2007. С. 208.

⁶⁵⁵ См.: Фатхутдинов Р.С. Уступка доли в уставном капитале ООО: теория и практика. М., 2009. С. 13-27.

использование признаков абсолютности построено в данном случае только на формальном действии права по кругу лиц, а не на его существенных признаках. В первом случае едва ли принципиально оправдано считать возможность отчуждения доли именно полноценным субъективным правом, а не правомочием в его составе, тем более, что осуществление продажи доли предполагает соблюдение предусмотренных учредительными документами и законом процедур и порядка, требуя взаимодействия отчуждателя с органами юридического лица и самой корпорацией, что само по себе лишает конструируемое право черт абсолютности и автономной осуществимости только собственными действиями и волей правообладателя. Причисление корпоративных прав к числу абсолютных затемняет их существенные признаки за счет нарочитого воспевания индивидуализма правообладателя, препятствием чему является характеристика корпорации как правовой общности – права и обязанности субъектов корпоративного правоотношения всегда прямо или косвенно связаны с интересами самой корпорации и чаще всего реализуются в соответствии с корпоративными актами и при активном участии органов корпорации. В этом аспекте важно отметить, что праву участия субъекта в управлении корпорации не всегда корреспондирует обязанность корпорации, исполнение которой удовлетворяет интерес участника, а связанность общества волеизъявлением участников, совокупность которых формирует волю самого юридического лица.

По своей природе корпоративные права являются относительными, их осуществление предполагает реализацию интереса субъекта права только через его взаимодействие с органами управления корпорации и ее другими участниками, что само по себе не дает основания для отнесения корпоративных прав к числу абсолютных прав. Относительность в корпоративных правах проявляется различно: между участниками корпоративные права равнонаправлены т.е. направлены на возникновение, изменение, прекращение их корпоративных прав преимущественно в интересах самих участников корпорации (участие в корпоративных договорах, сделки с долями/акциями в уставных капиталах корпорации), а в

отношениях участников корпорации с самой корпорацией интересы участников корпорации и самой корпорации разнонаправлены и, в частности, интересы участников корпорации оказываются нередко преломленными приматом интересов корпорации (например, «исключительное» право корпорации на принятие решения о выплате дивидендов независимо от установленного непосредственно уставом размера и периодичности его выплаты и желания отдельных владельцев получить распределяемую прибыль, ссылающихся при этом на особый статус владельцев привилегированных акций - инвесторов, незаинтересованных в преобразовании своего права на получение фиксированного дивиденда в право голоса наравне с владельцами обыкновенных акций), что обуславливает разнонаправленность интересов участников корпорации и самой корпорации (распределение прибыли между участниками корпорации может противоречить интересам корпорации, заинтересованной в капитализации и размещении прибыли, а не в ее распределении между участниками; предоставление корпорацией информации ее участникам предполагает исполнение установленной законом обязанности, в исполнении которой сама корпорация может быть отнюдь незаинтересованной).

В действующем российском корпоративном праве пока отсутствует разветвленная регламентация права концернов (или холдингов), имеются лишь отдельные попытки такого регулирования⁶⁵⁶, что изначально не может обеспечить ясность и непротиворечивость регулирования, но вместе с тем не снимает вопросов о содержании и особенностях осуществления корпоративных прав в группе лиц, объединенных в холдинг. В этой ситуации относительность корпоративных прав сочетает одновременно элементы равно и разнонаправленности: при осуществлении корпоративных прав участники дочернего общества должны соизмерять последствия от совершаемых юридически значимых действий не только с интересами дочернего, но и материнского общества, в то время как координация решений дочернего общества обращена к интересам материнского, а не

⁶⁵⁶ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. С. 254.

дочернего общества, но вместе с тем обязательно требует учета и интересов дочернего общества. Схема перекрестного участия корпораций в капиталах друг друга влечет размывание капитала участников концерна и осложнение принципов осуществления их корпоративных прав, поскольку в этом случае капитал участников по меткому выражению Е.А. Суханова превращается в бессодержательную категорию вследствие превращения в «неимеющее ценности участие в самом себе». Российское законодательство жестко не ограничивает взаимного участия хозяйственных обществ в капиталах друг друга, как и реализации права голоса при его осуществлении дочерним в материнском обществе, что дополнительно усложняет понимание и последствия реализации корпоративных прав в материнских и дочерних обществах. При таких обстоятельствах интересы дочернего и материнского общества при их участии в капиталах других корпораций оказываются равнонаправленными как и права участников корпорации, а при их участии в капитале друг друга их интересы одновременно сочетают элементы равнонаправленности и разнонаправленности. Нельзя сказать, что эти вопросы детально проработаны доктриной частного права. М.И. Кулагин отмечал, что дочерние общества, 95% участия в которых принадлежат материнской компании, по сути, являются компанией одного лица для материнского общества (в силу решающего и абсолютного преобладающего участия), которое формирует волю дочернего общества. В современных условиях именно 25-ти % пакет участия приобретает значение «блокирующего меньшинства», которое невозможно преодолеть при изменении устава и принятии других важных решений без согласия владельца этого пакета. Следует признать, что распространенная на практике модель взаимодействия материнского общества с третьими лицами через дочернее общество поставила проблему несамостоятельности дочернего общества как юридического лица, поскольку вопросы управления ее активами решаются не его органами и не в его интересах. Иными словами, для органов дочернего общества исчезает свобода в принятии решений, что может, в том числе, нарушить права миноритарных участников. В такой

ситуации самостоятельность дочернего общества в высокой степени формализована и потому нередко объясняется законом стоимости и соизмеримостью затрат и доходов производства⁶⁵⁷, целями структурирования и диверсификации бизнеса, намерением обеспечения единой хозяйственной политики группы компаний в целях повышения эффективности технологических и кооперационных связей в цепи производства. В действительности же в такой ситуации именно менеджмент материнской компании (нередко в собственных и совсем не в интересах самой материнской и дочерней компании) приобретает едва ли не исключительные возможности манипулирования голосованием в дочернем обществе по поводу сделок, исполнение которых может повлечь за собой фактический вывод активов концерна, сосредоточенных в дочерних обществах, что может привести к ущемлению прав и интересов миноритарных участников как самого материнского, так и дочернего общества.

Особую сложность в структуру корпоративного правоотношения и принципы осуществления корпоративных прав, в совокупности влияющих на содержание относительности корпоративных прав, приносят передача полномочий единоличного исполнительного органа управляющей компании, интересы которой могут не соответствовать интересам управляемой ею корпорации (в этом случае при реализации полномочий единоличного исполнительного органа через управляемую компанию управляющая организация может реализовывать собственные интересы). В этом контексте отдельно следует сказать о сложившейся в российских условиях модели управления корпорациями с преобладающим государственным участием, предполагающей в отдельных случаях опосредованное или «многослойное» владение публично-правовыми образованиями долями/акциями в уставных капиталах контролируемых ими хозяйственных обществ (например, 75%-м акционером ПАО «НК» Роснефть» является АО «Роснефтегаз», 100%-м участником которого является Российская Федерация) при том, что директивы на голосование выдаются органом исполнительной власти

⁶⁵⁷ Кулагин М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо // М.И. Кулагин Избранные труды. М., 1997. С. 20., 39.

(Росимуществво). Такие сложноструктурные модели корпоративного управления в хозяйственных обществах с государственным участием изначально осложняют принципы осуществления корпоративных прав, допуская самим своим существованием потенциальный конфликт интересов между несколькими лицами (директорами, акционером, лицом, выдающим директивы, самой корпорацией), разрешение которого предполагает выбор из коллидирующих интересов одного, подлежащего правовой охране и защите⁶⁵⁸ и одновременно создают дополнительные риски неэффективного использования государственного имущества и неоперативного управления юридическими лицами с государственным участием.

Изложенное позволяет считать обоснованным следующее положение:

В корпоративных правоотношениях проявляется сложная структура взаимосвязи субъективных корпоративных прав, выраженная в наличии двух уровней относительности: между участниками корпорации субъективные корпоративные права равнонаправлены (осуществляются в собственных интересах участников корпорации, которые являются тождественными), а в отношениях между участниками корпорации и самой корпорацией осуществление и защита корпоративных прав разнонаправлена, поскольку в этом случае интересам участников корреспондируют интересы корпорации, которые при осуществлении корпоративных прав должны быть согласованы и не порождать корпоративных конфликтов. В отношениях между материнскими и дочерними обществами относительность корпоративных прав может быть осложнена сочетанием элементов и признаков равнонаправленности и разнонаправленности, что обусловлено особыми юридическими фактами (корпоративный контроль, взаимное участие в уставных капиталах), а также дополнительными гарантиями, предоставленными в силу закона дочернему обществу.

⁶⁵⁸ В этом смысле в задачу права входит определение интересов, требующих защиты и в защите которых должно быть отказано (См.: Дедов Д.И. Конфликт интересов. М., 2004. С.1)

§ 4. Относительная природа притязания, охранительного субъективного права, «виндикационного правоотношения»

Притязание как самостоятельное относительное субъективное право.

Притязание, то есть особое правовое состояние, в котором одно лицо считается вправе требовать чего-либо от другого⁶⁵⁹, в отличие от права на вещный иск существует до правонарушения. К примеру, по сложившимся в юридической науке представлениям, требования собственника как управомоченной стороны абсолютного вещного права сводятся к

⁶⁵⁹ См.: Виндшейд Б. Учебник пандектного права, М., 1874. Т. 1. С. 86. Нельзя не отметить абстрактность данного определения, которая видится нам очевидной. В таком случае притязание применимо практически ко всем субъективным гражданским правам, в том числе и к вещным, и к обязательственным, а значит, притязание уже не может претендовать на особое место и значение в структуре субъективных прав определенного вида. Заметим, что Б. Виндшейд конструировал притязание как особое понятие материального, но не процессуального права, что являлось фундаментом новой системы права вообще, ядром которой видятся вещные права и притязание. Можно сказать, что эта позиция нашла свое отражение в редакции § 194 BGB, где закреплено, что под термином «притязание» понимается субъективное право одного лица требовать от другого лица определенного внешнего поведения.

Как подчеркивается в специальных исследованиях, при формулировке понятия притязания BGB не акцентирует внимание на вопросе о том, имеет ли управомоченное лицо интерес в исковой защите своего правового положения или нет. Отсюда может быть понято, что притязание и право на иск не являются не только тождественными, но и взаимосвязанными понятиями (См.: Reichel H. Unklagbare Anspruche // JJDDBR. 1911. Bd. 59. S. 420-425).

Рассмотрение притязания, «право-притязания» как субъективного права не чуждо российской юридической литературе (Теория государства и права. Учебник / под ред. А.С. Пиголкина. М., 2007. С. 503).

В советской юридической литературе Ц.А. Ямпольской была осуществлена попытка трактовки субъективного права как правового статуса лица, стадией реализации которого выступает притязание. При этом реализуемые в правоотношении субъективные права «приобретают характер правомочий»; правомочия же понимаются как стадия реализации субъективного права в конкретном правоотношении; стадия реализации субъективного права одновременно характеризуется и как стадия притязания (Ямпольская Ц.А. Субъекты советского административного права: дис. д-ра юрид. наук. М., 1957. Т. 2. С. 588-590.). Полагаем, что в этом изложении теряется особая роль притязания, которая, по нашему мнению, никак не может быть сведена к осуществлению субъективного права. Совершенно запутано соотношение субъективного права, правомочия и притязания. Тем более, что сама Ц.А. Ямпольская настаивает на том, что в отличие от субъективного права отказ от притязания возможен, в то время как правовой статус или субъективное право неотделимо от субъекта. Эти вопросы возникают и потому, что Ц.А. Ямпольская понимает субъективное право как притязание, а правомочие как реализуемое в правоотношении субъективное право гражданина.

Н.И. Матузов отводит притязанию роль особого требования управомоченного лица к компетентным органам власти о приведении в действие «механизма принуждения» в случае нарушения права (См.: Матузов Н.И. Теоретические проблемы субъективного права: дис... д-ра юрид. наук. Саратов, 1973. С. 118.).

притязанию, обращенному к широкому, потенциально обязанному кругу лиц – *contra omnes*.

При таком понимании абсолютно не важно определение меры количественного состава обязанных лиц в вещном правоотношении. Важно, что из этого контингента не выделяется никакое особенное лицо, которое бы находилось в отличном от других положении, ибо на всех них без исключения распространяется пассивная обязанность воздержания от любого вмешательства в осуществление вещного права. В данной связи выдающиеся представители германской цивилистики отмечали, что выраженное в норме права абстрактное притязание – *Anspruch* - еще не составляет конкретного правоотношения собственника с третьими лицами, а только подразумевает охранительное требование⁶⁶⁰ как следствие вещного права. Как может быть понято, притязание должно действовать постоянно по мере существования самого субъективного гражданского права.

Осмысление этого положения, с одной стороны, позволяет нам утверждать, что свести внутреннюю сущность вещного права исключительно к господству лица над вещью не представляется возможным. В противном случае получается, что рассматриваемое явление выходит из сферы общественных отношений, переставая при этом быть правом. С другой стороны, речь может идти о превентивном действии нормы закона относительно вмешательства третьих лиц в осуществление вещных прав. Учитывая эти особенности структуры вещного права, представители современной германской цивилистической школы делают вывод о невозможности существования унифицированного понятия притязания в отношении вещных и обязательственных прав⁶⁶¹. Глубинной причиной появления теории притязания в вещном праве, по всей видимости, явилась осознанная попытка недопущения смешения вещного права с абсолютным

⁶⁶⁰ См. Savigny F.C. *System des heutigen roemischen Recht*. Berlin, 1841. S. 5; Hellwig K. *Anspruch und Klagerecht*. Jenna, 1900. S. 6; Windscheid B *Die action roemischen Zivilrecht von Standpunkte des heutigen Recht*. Berlin, 1856. S. 19; Zitelmann E. *Das Buergerlichen Gesetzbuchs: Allgemeiner Teil*. Leipzig, 1900. S. 23; Westermann H. *Sachenrecht*. Heidelberg, 1998. S. 2.

⁶⁶¹ См. Henckel W. *Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht // AcP*. 1974. Bd. 174. S. 141; Westerman H. *Sachenrecht*. Heidelberg, 1998. S. 2;

при непременном сохранении абсолютности как одной из формальных, но не содержательных характеристик вещного права.

Вместе с тем сказанное заставляет действовать притязание в перманентном режиме: собственник должен постоянно излучать притязания во все стороны правовой среды, что в большинстве неудобно и весьма обременительно для него самого, в то время как такое правопонимание может способствовать и излишнему усложнению конструкции субъективного гражданского права.

Иное объяснение теории притязания создает особые дополнительные сложности. Получается, что помимо вещных и обязательственных прав и исков существуют некие промежуточные формы. Для Г. Вилинга теория притязания создает гермафродитов в вещном праве - *Eigenartige Zwitter des sogenannten dingliche Anspruch*⁶⁶². Думается это связано с тем, что Г. Вилинг вслед за К. Козаком допускает существование вещного притязания лишь после нарушения права, понимая под ним само вещное право в состоянии войны – *Dingliche Recht im Kriegszustande*⁶⁶³. Такой вывод приводит к логическому тупику в суждении, поскольку получается, что притязание всегда действует в отношении определенного лица, напоминая связь участников обязательственного правоотношения, но одновременно в таком теоретическом понятии делается акцент на «нерастворимый вещно-правовой остаток». Последовательный ход рассуждений в этом направлении уже заставил ученых предполагать в структуре вещного притязания *contradictio in adjecto*⁶⁶⁴.

Тем не менее высказанные нами предположения относительно функционального назначения не снимают остроты вопросов, связанных с распространением теории притязания не только на абсолютные, но и на относительные права. Действительно, с чем связаны исключительная принадлежность притязания одному из видов абсолютных прав, в частности, вещному праву, и почему иные субъективные права не могут рассчитывать

⁶⁶² См. Wieling H.J. Sachenrecht. Berlin, 2006. S. 16

⁶⁶³ Cosack K., Mitteis H. Lehrbuch des Buergerlichen Rechts. Jena, 1922. Bd. II. S. 2.

⁶⁶⁴ Dulckeit G. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. Tuebingen, 1951. S. 8.

на использование особой конструкции притязания, и в чем видится отличительное значение последней для относительных прав в сравнении с правами абсолютными? Каково, в конце концов, соотношение права на иск, вещного права и притязания? Нам не удалось встретить обстоятельных ответов на эти вопросы в теории континентального гражданского права. Скорее наоборот, сами ученые задаются риторическими вопросами: нужно ли нам понятие притязание и его теоретическое осмысление в современной догматике гражданского права?⁶⁶⁵

Необходимо отметить и попытки современных цивилистов квалифицировать притязание как особое субъективное право, в котором предлагается усматривать относительную природу. Еще ранее П. Эртман обозначил проблему юридической разности вещного права и притязания из него следующего, называя притязание на выдачу вещи не иначе как обязательственное право, осуществление которого в отличие от вещного права подвержено срокам давности⁶⁶⁶.

Возникает вопрос, чем объясняется постулат о том, что притязание является субъективным гражданским правом, которое в дополнение к этому относится к числу относительных? Нельзя не отметить, что в этом случае притязание позиционируется как самостоятельное субъективное право, пусть и особого рода. Этот вопрос остается открытым. Отсутствуют основания для признания притязания субъективным гражданским правом даже *sui generis*, в связи с чем вопрос о его правовой природе и классификации как абсолютного или относительного автоматически отходит на второй план.

Впрочем, в современной юридической литературе предприняты серьезные теоретические попытки идентификации притязания как особого субъективного гражданского права. Л. Райзер высказал идею, что субъективные гражданские права делятся по функциональному признаку на две большие группы. К первой относятся субъективные гражданские права,

⁶⁶⁵ См.: Okuda M. Ueber den Anspruchsbegriff im deutschen BGB // AcP. 1964. Bd. 164. H. 5./6. S. 547.

⁶⁶⁶ См.: Oertmann P. Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche // JhJ. Bd. 25. 1912. S. 53.

которые структурируют систему гражданского права (вещные, обязательственные, наследственные, исключительные и др.), ко второй – вторичные права, которые служат защите и осуществлению прав первой группы.

По мысли ученого первичные права предоставляют управомоченному лицу определенное материально-правовое положение (статус), а вторичные являются правами лишь с точки зрения строго инструментально-технической, представляя собой юридические технологии⁶⁶⁷. Сделанная ученым оговорка о специфических свойствах вторичных субъективных прав представляется важной в свете осуществляемых попыток российской науки гражданского права определить притязание в качестве самостоятельного субъективного права относительной природы.

Позиция Л. Райзера нашла ряд приверженцев и последователей, в том числе Е. Бухера, который заключил, что право на истребование вещи по суду является вторичным правом и при его понимании как права отстранить владельца от не принадлежащей ему вещи оно абсолютно, но в понимании его как требования собственника к конкретному фактическому владельцу оно относительно, поскольку связывает строго определенных лиц между собой⁶⁶⁸. Однако немедленно следует следующее положение: «ненадежность классификации виндикационного притязания как абсолютного и относительного права возникает, потому что содержание этого права изначально не является однозначно установленным»⁶⁶⁹. Этому следует и В. Портманн, когда говорит о том, что все права требования в обязательстве (*Forderungen*) являются притязаниями (*Ansprüche*), но отнюдь не все притязания являются правами требования: например, истребование вещей из чьего-либо владения (виндикационный иск) и иск об устранении препятствий в пользовании вещью (негаторный иск) «никогда не воспринимались как

⁶⁶⁷ См.: Raiser L. Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht // JZ. 1961. S. 466.

⁶⁶⁸ См.: Bucher E. Op. cit. S. 146-147.

⁶⁶⁹ Ibid. S. 147.

обязательственные права требования» (das geschuldete Verhalten Leistung)⁶⁷⁰. В свою очередь притязание, с нашей точки зрения удачно, воспринято правосознанием как основа регулируемых частным правом отношений между лицам и одновременно как инструмент взаимодействия осуществления прав и предусмотренных законодательством форм их процессуальной защиты⁶⁷¹. С учетом изложенного полагаем возможным наделить притязание значением общей онтологической основы формирования институтов права, на которую опирается законодатель при регулировании конкретных гражданских правоотношений с учетом специфики их развития в подотраслях гражданского права. С этой точки зрения притязание может пониматься как выражение воли управомоченного лица на стадии осуществления субъективного права и как требование о защите права в случае его нарушения. В последнем случае притязание принимает форму материально-правового требования, формирующего предмет и основание иска в случае обращения субъекта права с иском о его защите в компетентный суд.

В довершение к посеянным Е. Бухером сомнениям осталось не ясным, чем объясняется потребность субъективных прав первой группы в субъективных правах второй группы, и почему для защиты субъективных прав первой группы так необходимы субъективные права второй. Наконец, непонятно, обоснованно ли применительно к первой и второй группе прав говорить о действии единой конструкции субъективного гражданского права, его однородном понятии и структуре. Непонятны и стремления самого Е. Бухера представить притязание в виде перманентного процесса, который формально не зависим от воли управомоченного лица: «притязание на бездействие всегда относятся к постоянному состоянию»⁶⁷².

С учетом сказанного представляется более предпочтительной точка зрения Б. Рейфельда о том, что притязание предоставляет лишь полномочие управомоченному лицу в случае правонарушения обратиться в судебные

⁶⁷⁰ Portmann W. Op. cit. S. 106.

⁶⁷¹ Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. München, 2004. S. 264.

⁶⁷² Ibid. S. 142.

органы с требованием о защите своих прав и не является при этом особым субъективным гражданским правом⁶⁷³. Резонно отметил В.П. Грибанов, что нарушение материального субъективного права влечет за собой возникновение материально-правового требования управомоченного лица к правонарушителю, которое становится содержанием права на иск в случаях, когда его реализация в соответствии с законом может быть осуществлена в исковой форме⁶⁷⁴. Право на заявление иска, понимаемое и как обращение к суду, и как способ выражения заявляемых и сформулированных истцом требований, законность и состоятельность которых подлежит проверке и оценке судом при разрешении спора, является именно субъективным публичным правом в отношении государства в лице органов судебной власти (суда) как субъекта правосудия.

Невозможно не отметить и иные точки зрения на природу притязания, осмысление которых не приводит к выводам о единственно правильной возможности квалификации притязания как особого субъективного гражданского права. Й. Эссер понимает притязание в сугубо процессуальном смысле как нечто самостоятельное лишь в судебном процессе⁶⁷⁵.

Полагаем, что отражение теории притязания в учении о субъективном гражданском праве порождает дополнительные сложности, но уже практического значения. Так, отдельными авторами было признано, что притязание есть право, существующее наряду с вещным правом⁶⁷⁶. Логика авторов такого понимания притязания состоит в том, что при отказе удовлетворить требование собственника о нечинении ему препятствий в осуществлении права притязание превращается в иск о защите собственности (Eigentumsklage). Содержание вещного права и права на притязание понимается здесь различно: вещное право сводится к понятию господства лица над вещью, а притязание состоит в требовании не становится в

⁶⁷³ См.: Rehfeldt В. Einführung in die Rechtswissenschaft. Berlin, 1962. S. 61.

⁶⁷⁴ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 117.

⁶⁷⁵ См.: Esser J. Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates: eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie. Wien, 1949. S. 159.

⁶⁷⁶ Windscheid В., Kipp Т. Lehrbuch der Pandektenrechts. Frankfurt, 1906. Bd.1. S. 188.

противоречие с волей управомоченного субъекта, что порождает всеобщую пассивную обязанность третьих лиц.

Понимание автономного существования вещного права и права на притязания чревато тем, что вещное право и право на притязание оказываются независимыми. Притязание отрывается от права, во имя которого оно существует, а само право как будто бы может обойтись и без него. Но в чем тогда смысл притязания? Возведение притязания в ранг права может трактоваться как неспособность самого права реагировать на правонарушение. Получается, что вместо права реагирует притязание. Однако помимо теоретических нагромождений данная точка зрения имеет еще одно крайне негативное последствие в виде признания возможности субъективного гражданского права без защиты. Неясна также связь вещного права и притязания. Почему в такой ситуации считается нарушенным именно субъективное вещное право, а не притязание? Положительный ответ на этот вопрос был бы весьма логичен, но он неминуемо приведет к тому, что субъективное вещное право не чувствительно к правонарушению, что, по меньшей мере, спорно. Чем объясняется действие притязания при нарушении вещного права, а не самого вещного права, которое оказалось нарушенным? Как соотносятся содержание и субъектный состав и объекты вещного права и права притязания? Ответы на эти вопросы не получены, в связи с чем автор считает возможным остановиться на изложенной и аргументированной им точке зрения об особом значении понятия притязания для германского правопорядка, связанного с историко-социальными особенностями его развития, ограничившись утилитарным пониманием притязания.

Закрепление в источниках права возможности существования субъективного гражданского права, в частности, вещного права, не исчерпывает весь процесс его развития. Как известно, субъективное право только тогда получает действительную ценность, когда оно реализуется в конкретных социальных отношениях. Речь идет о том, что контуры юридически значимых возможностей управомоченного субъекта должны быть определены на законодательном уровне относительно тех или иных

жизненных ситуаций. Иными словами, правопорядок закрепляет в норме закона должный, желаемый порядок существования и развития общественных отношений. Предполагается, что общие предписания («программы»), заложенные в правовых нормах, получают адекватное выражение в реально существующих социальных отношениях. Когда подобного тождества фактического и юридического положения в распределении материальных благ не наблюдается, имеет смысл ставить вопрос о нарушении права.

В российском праве можно встретить утверждения, что виндикационное притязание не находится в непосредственном единстве с правом собственности и не существует как его элемент, а выступает по отношению к нему в качестве самостоятельного субъективного права⁶⁷⁷; притязание является самостоятельным субъективным правом, вытекающим из особого юридического факта - правонарушения⁶⁷⁸. Как правило, данное право классифицируется как относительное.

Нельзя не отметить превращение спора о понятии, значении, структуре притязания как особого субъективного права в дискуссию о существовании особых охранительных правоотношений, противопоставляемых регулятивным: субъективные права и правоотношения подчас используются как взаимозаменяемые юридические понятия, что в отсутствие весомой аргументации представляется недоказанным. Уместно вспомнить, что в советской юридической литературе охранительная функция понималась как способ воздействия права на общественные отношения путем «охраны господствующих отношений и вытеснения отношений, чуждых социалистическому обществу»⁶⁷⁹; процесс перерождения охранительного воздействия права в самостоятельный вид правоотношения остается неясным. Нередко с трудом удается проследить за мыслью авторов, рассматривающих в едином контексте охранительные субъективные права,

⁶⁷⁷ См.: Крашениников Е.А. К теории права на иск. Ярославль, 1995. С.28

⁶⁷⁸ См.: Мотовиловкер Я.М. Теория регулятивного и охранительного права. Воронеж, 1990. С. 57.

⁶⁷⁹ См.: Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975. С.51; Он же. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. С. 149.

охранительные правоотношения и притязания. Трудно признать теорию охранительных правоотношений в качестве общепризнанного достижения отечественной правовой доктрины. К примеру, О.Э. Лейст не без осторожности и оснований отмечал, что в концепции охранительных правоотношений сокрыта «некая неясность»⁶⁸⁰. Весьма определенно об охранительных правоотношениях применительно к вещно-правовой защите высказался С.Н. Братусь, отметив, что виндикационный и негаторный иск порождают именно виндикационное или негаторное притязание. Примечательно, что ученый не говорит о виндикационных и негаторных правоотношениях, обращая внимание на то, что сама теория правоохранительных норм и правоотношений игнорирует регулятивную, нормативную и принудительные функции, присущие большинству юридических норм⁶⁸¹. В.А. Рахмилович отмечал, что деление норм и правоотношений на регулятивные и охранительные «является весьма относительным, не всегда достаточно ясным, возможным и приемлемым»⁶⁸². Полностью разделяя правоту высказанных выше позиций, полагаем возможным не согласиться с В.А. Рахмиловичем в том, что деление правоотношений на регулятивные и охранительные имеет сугубо «определенное познавательное, академическое значение». Значение регулятивных и охранительных правоотношений, на наш взгляд, и в этой части существенно преувеличено. Об этом говорит и использованный ученым словесный оборот «определенное значение», поскольку он является крайне абстрактным и неочевидным в своем значении и содержании. Заметим, что в научных исследованиях, посвященных гражданскому правонарушению, мерам экономического воздействия на правонарушителя подробно анализируются вопросы субъекта, объекта правонарушения, но не специфика правоохранительных правоотношений⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М., 1981. С. 180.

⁶⁸¹ См.: Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М., 2001. С. 71.

⁶⁸² Рахмилович В.А. О достижениях и просчетах нового гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 1996. № 4. С. 118.

⁶⁸³ Слесарев В.Л. Экономические санкции в гражданском праве: дис... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1990. С. 7, 58, 83.

Не кажутся корректными поиски современных авторов истоков и вершин теории регулятивных и охранительных правоотношений в трудах дореволюционных отечественных цивилистов, в частности С.А. Муромцева⁶⁸⁴.

Не меньшие сложности с обоснованием «научно-теоретического» противопоставления регулятивных и охранительных субъективных гражданских прав, пониманием притязания как особого и самостоятельного субъективного гражданского права встречается и современная российская юридическая наука. Без предварительного уяснения ключевых понятий притязания, субъективного права, правоотношения, выстроенной системы доказательств разделения субъективных прав на регулятивные и охранительные логической стройности и четкости лишается и позиция Е.А. Крашенинникова, заявляющего, что «в соответствии с аналогичным делением правовых норм субъективные права подразделяются на регулятивные, или охраняемые, и охранительные, или охраняющие».⁶⁸⁵ Полагаем, что сама по себе строгая увязка оснований деления норм объективного права и критериев классификации субъективных прав не может быть принята бездоказательно как всем известная очевидная истина. Общеобязательность правил, установленных нормой права, принудительная сила, нормативность, которыми обеспечены в государстве законодательные предписания, делают излишними выделение и разграничение охраняемых и охраняющих норм, поскольку в противном случае пришлось бы согласиться с тем, что охраняемые нормы есть правовое ничто в отсутствие охраняющих, что привело бы к хаосу. Весьма спорной выглядит и попытка установления «водораздела» между охраняемыми и охранительными субъективными правами как нечто само собой разумеющегося и не нуждающегося в доказывании. Наконец, охранительная функция (нормы или субъективного права) неразрывна от и в отсутствие регулятивной: установление запретов и

⁶⁸⁴ Ср.: Новоселова А.А., Подшивалов Т.П. Вещные иски: проблемы теории и практики. М., 2012. С. 25.

⁶⁸⁵ Крашенинников Е.А., Лисова Т.Н. Вопросы теории субъективных прав // Философские проблемы субъективного права: тезисы докладов. Ярославль, 1990. С. 4.

ограничений, определение правовых последствий правонарушения – суть и специфика типа правового регулирования.

Положительное решение обозначенных вопросов, которое не приветствуется и не разделяется нами, само по себе требует детального изучения функциональной нагрузки используемых в данной связи конструкций притязания, субъективного гражданского права и правоотношения, обоснования взаимосвязи охранительного субъективного права и охранительного правоотношения, аргументации обособленного значения вводимых конструкций в свете возможности автономного рассмотрения механизма действия гражданско-правовых охранительных мер, эти аспекты часто остаются без внимания исследователей⁶⁸⁶.

Несогласие вызывает тезис современных авторов о том, что «русское понятие «притязание» соотносится с английским словом «claim»⁶⁸⁷. В первую очередь возникают сомнения в происхождении данного термина как творения отечественного правопорядка, во-вторых, в корректности проводимых аналогий с англо-американским правом, традиции развития которого существенно отличаются от континентального, в-третьих, в обоснованности отождествления конструкций иска и притязания⁶⁸⁸.

Следует помнить, что конструкция притязания как особого юридического понятия, его научная теоретизация составляют особенность развития только германской теории гражданского права, а потому не могут быть восприняты как аксиома и панацея другими национальными системами права. Нельзя не отметить, что даже в пандектном праве эта теория не пользовалась всеобщим признанием. Так, Г. Дернбург не без иронии отмечал, что едва ли современное правосознание что-либо выиграло, благодаря сформулированному им же понятию притязания.

«Виндикационное и негативное правоотношения» как относительное гражданское правоотношение. Возможность включения

⁶⁸⁶ Ср.: Илларионова Т.И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер. Свердловск, 1980.

⁶⁸⁷ См.: Новоселова А.А., Подшивалов Т.П. Указ. соч. С. 21.

⁶⁸⁸ Ср.: Там же. С.22.

широкого круга лиц в число субъектов активной легитимации по виндикационному иску способствовало постановке перед российским гражданским правом дополнительных проблем. Так, на страницах литературы сегодня можно встретить следующие понятия: «Виндикационное правоотношение», «исполнение виндикационного обязательства», «основание возникновения виндикационного обязательства»⁶⁸⁹.

С такими теоретическими конструкциями не знакомы, насколько нам известно, правопорядки германской ветви континентального права (Германия, Австрия, Швейцария), что говорит о «новизне» предлагаемых авторами теоретических решений. В советской юридической литературе «виндикационное правоотношение» употреблялось в качестве термина, который не был нагружен особым смыслом и значением. Так, Н.Г. Амфитеатров использовал эту терминологию для «определения специфических черт самой виндикации» и указывал, что «виндикация есть правоотношение, которое характеризуется прежде всего наличием требования или притязания, форму которого принимает право собственности при столкновении с нарушением сферы его действия. Иначе говоря, право собственности реагирует на это нарушение в форме обращения к нарушителю»⁶⁹⁰. Как видим, ученый не осуществляет попыток создать особое виндикационное правоотношение, определить контуры его структуры, но все-таки использует это словосочетание, правда во вспомогательном значении. Иначе невозможно объяснить сосуществование правоотношения собственности и виндикационного правоотношения и тем более назначение самой палиативной конструкции правоотношения, его связи с притязанием.

Современными отечественными авторами построение соответствующих конструкций осуществляется крайне непоследовательно, хотя в настоящее время они активно используются в литературе в качестве понятий, значение

⁶⁸⁹ См. Кархалев Д.Н. Виндикационное охранительное правоотношение // Юрист. 2008, №6, С.8-11

⁶⁹⁰ Амфитеатров Г.Н. Виндикационный иск как способ защиты права собственности в СССР: С. 107.

которых является общепризнанным, не нуждающимся в уточнениях⁶⁹¹. При этом один автор пишет, что в отличие от виндикационного правоотношения управомоченное лицо в негаторном обязательстве не лишено возможности владеть вещью⁶⁹²; другой раскрывает соответствующее понятие следующей дефиницией: «виндикационное правоотношение (обязательство) – это вызванная нарушением владения юридическая связь между виндикантом и фактическим владельцем, облеченная в абстрактную нормативную модель виндикации и выражающаяся в виндикационном правопритязании и соответствующей ему юридической обязанности, реализуемых посредством оказания правового воздействия на поведение обязанного лица (нарушителя владения) и совершения последним действий по возврату индивидуально-определенной вещи в натуре в пользу виндиканта»⁶⁹³. Налицо не только полное и недопустимое смешение вещных и обязательственных правоотношений в аморфную сущность, но и неопределенность с основаниями возникновения и содержанием таковых. Также не ясны в данном случае правовые последствия признания виндикации обязательством, не допускают ли цитируемые авторы возможность применения к данным отношениям общих положений об обязательствах?

Тем не менее в литературе без труда можно встретить утверждения, что «к числу восстановительных правоотношений относится правовая связь, в рамках которой реализуется такая мера защиты как виндикация. Это виндикационное охранительное правоотношение. В юридической литературе по гражданскому праву не обращалось внимания на наличие самостоятельного виндикационного правоотношения»⁶⁹⁴. Весьма любопытна обосновываемая цитируемым автором связь виндикационного и вещного правоотношений: «субъективное гражданское право собственности

⁶⁹¹ См.: Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России, М.2010 // СПС «Консультант+»

⁶⁹² См.: Кархалев Д.Н. Негаторное охранительное правоотношение // Законы России: опыт, анализ, практика", N 7, июль 2008 г.

⁶⁹³ См.: Лоренц Д.В. Виндикация: юридическая природа и проблемы реализации // автореф. дисс. канд. юрид. наук. Краснодар 2008, С. 9.

⁶⁹⁴ Кархалев Д.Н. Охранительное гражданское правоотношение. М., 1999. С. 189.

существует в рамках вещного гражданского правоотношения, которое является регулятивным. Как и любое право, право собственности может нарушаться, что влечет применение мер правового воздействия. В этом заключается взаимосвязь виндикационного правоотношения с вещным правоотношением»⁶⁹⁵. Однако в чем данном случае видится смысл теоретического конструирования особого виндикационного правоотношения и выяснения его структуры, взаимосвязи с вещным правоотношением? Полагаем, что одной из причин такого подхода является постулат о том, что гражданские права и обязанности не могут существовать вне правоотношения, но это не мешает считать вещное право существующим в рамках гражданского правоотношения, которому свойственны особые методы регулирования. Нарушенное вещное право в зависимости от типа правонарушения порождает гражданско-правовую обязанность вернуть вещь или прекратить на нее воздействие, но никак не какое-либо особенное обязательство.

Неверно говорить об особых, взаимных обязательствах субъектов виндикационного правоотношения и их относительной связи, поскольку у правонарушителя, совершившего неправомерное действие, существует обязанность вернуть чужую вещь в силу закона и выраженной в иске воли управомоченного лица. Управомоченное лицо вправе требовать выполнения указанной обязанности от лица, лишившего его владения вещью, либо осуществляющего иные помехи в осуществлении вещного права.

Управомоченное лицо и правонарушитель не связаны каким-либо особенным правоотношением, которое могло бы повлечь возникновение взаимных прав и обязательств его участников и требует особого наименования и классификации в теории гражданского права. В центре внимания оказывается нарушенное субъективное гражданское право и обязанность правонарушителя вернуть вещь либо прекратить свое влияние на нее. Появление субъекта обязанности – свидетельствует лишь об этапах

⁶⁹⁵ Там же. С. 191.

развития субъективного права, его динамической природе, стадиях субъективации.

Правонарушение видится критическим этапом развития субъективного права, требующим предельной конкретизации субъекта обязанности, но не возникновения виндикационного и негаторного правоотношения как самостоятельных явлений в науке гражданского права. Германские цивилисты обращали внимание на эту особенность, отмечая, что «obligatio» не тождествен обязательству в современном понимании данной терминологии, поскольку в таком случае совершенно непонятно, почему по-немецки нельзя говорить об обязательстве владельца на выдачу вещи против требования собственника⁶⁹⁶.

Надо полагать, что корни появления «теории» виндикационного правоотношения следует искать в широко распространенной ныне идеологии охранительных правоотношений как более общего понятия гражданского права.

Обнаруживается и иной подход, согласно которому вследствие нарушения вещного права охранительного правоотношения не возникает, юридическая же природа правоотношения, существовавшего до правонарушения, подвергается изменениям. Ю.Г. Басин утверждал, что при нарушении вещного права возникают обязательственные отношения, направленные на устранение нарушений⁶⁹⁷. Правонарушение не изменяет состояния права в пределах данного юридического отношения, а изменяет само правоотношение: из абсолютного оно превращается в относительное, происходит изменение в его субъектном составе, содержании, объекте⁶⁹⁸. По утверждению А.Г. Певзнера, из нарушения абсолютного правомочия возникает притязание об устранении последствий допущенного нарушения⁶⁹⁹, а возникающее из нарушения абсолютного правомочия

⁶⁹⁶См.: Pflueger H.H. Ueber das Wesen der Dinglichkeit // AcP. 1892. Bd. 79. S. S. 410

⁶⁹⁷ См.: Басин Ю.Г. Проблемы советского жилищного права // дис. док-ра юрид. наук. Л., 1963. С. 345.

⁶⁹⁸ Там же С. 370.

⁶⁹⁹См.: Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав С. 218.

правоотношение является уже относительным⁷⁰⁰. Налицо удивительное взаимное превращение абсолютных и относительных правоотношений друг в друга, сопровождаемое конфигурацией структуры самого субъективного права, которое классифицируется как охранительное.

Однако гражданское право не химия, где происходят цепочки превращения элементов посредством химических реакций, которые не всегда напрямую зависят от действий субъекта. Вещное право не может превратиться в обязательственное, а абсолютное в относительное в результате противоправных действий третьего лица.

Высказанные точки зрения не дают никакой содержательной информации об основаниях возникновения «виндикационного правоотношения». Что следует считать таковым: факт утраты собственником вещи? Но тогда, если личность правонарушителя неизвестна, кто будет должником в этом обязательстве до того момента, когда личность нарушителя станет известной? И неужели в этом случае само обязательство возникает просто из факта правонарушения вне зависимости от действий и воли управомоченного лица? Именно к последнему выводу приводит ознакомление с современными исследованиями по гражданскому праву. В частности, Е.Я. Мотовиловкер определяет возникновение охранительного правоотношения непосредственно самой конфликтной ситуацией⁷⁰¹, а В.К. Бабаев реакцией государства и общества на неправомерное поведение⁷⁰². Однако, если речь идет о правоотношениях в сфере частного права, почему игнорируется воля и направленные ею действия самого потерпевшего? Очевидно, что без обращения в суд с иском о защите нарушенных прав искомыми исследователями виндикационных и негаторных правоотношений просто не возникнет.

В Новое и Новейшее время виндикация исторически понималась в контексте иска невладельца собственника к владеющему несобственнику. Следовательно, отношения, связанные с виндикацией вещи, мыслимы как

⁷⁰⁰ Там же.

⁷⁰¹ См.: Мотовиловкер Я.М. Указ. соч. С. 55.

⁷⁰² Цит. по: Новоселова А.А., Подшивалов Т.П. Указ. соч. С. 29.

отношения истца и ответчика по поводу принятого к производству виндикационного иска в рамках гражданского или арбитражного процесса. Но, едва ли при этом отношения собственника, утратившего владение, и правонарушителя могут пониматься в контексте понятия самостоятельного гражданского правоотношения, тем более в рамках обязательственного права. Утрата фактического владения вещью собственником не влечет за собой прекращения правомочия владения в составе субъективного гражданского права. Собственник вещи остался собственником, а нарушитель его владения, учинив хищение, никаких прав на вещь не приобрел. В результате противоправного отнятия вещи у собственника не возникает нового самостоятельного права требования к ее возврату от незаконного владельца. Это следует из уже существовавшего на момент совершения противоправных действий права собственности. Назначение виндикации видится в восстановлении собственника в реальном владении вещью. Виндикация (виндикационный иск) - это способ исковой защиты нарушенного права собственности, а не самостоятельное гражданское правоотношение.

Конструкция и противопоставление регулятивных и охранительных правоотношений также не оправдывает существования виндикационного правоотношения как охранительного. В литературе отмечается, что охранительные правоотношения «выступают необходимым условием проведения в действие правовых средств защиты субъективных прав», что «без них не могут быть реализованы многие охранительные нормы», что «субъектами охранительного правоотношения должен быть правоохранительный орган и лицо, совершившее противоправное действие» или же, что «охранительные правоотношения призваны опосредовать деятельность государства по обеспечению функционирования правового механизма и социальной структуры»⁷⁰³. Указывается, что в основе охранительного правоотношения «всегда лежит идея восстановления

⁷⁰³ См.: Протасов В.Н., Основы общеправовой процессуальной теории, М.1991, С. 71

субъективного права»⁷⁰⁴. Если цель охранительного правоотношения состоит в обеспечении защиты гражданского права, то возникает вопрос о значении охранительного правоотношения как автономной юридической конструкции. Возникают сомнения относительно допустимости характеристики охранительного правоотношения т.е. юридической связи управомоченного лица и правонарушителя признаками равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности его участников, поскольку в таком случае правонарушитель и потерпевшее управомоченное лицо рассматриваются как формально равноправные субъекты гражданского права, в отношении которых презюмируется добросовестное осуществление субъективных гражданских прав.

В части определения субъектов охранительного правоотношения изложенный подход устраняет личность собственника как виндиканта из круга субъектов правоотношения, которое предлагается цитируемыми авторами называть виндикационным. Складывается не типичная для гражданского права ситуация, когда участниками правоотношения являются правонарушитель и юрисдикционный орган власти, что более характерно для публично-правовых, но не гражданских правоотношений.

Своеобразен подход Д.О. Тузова, высказавшего мнение, что виндикационное правоотношение, «возникая лишь в момент нарушения права, противостоит обязанности строго определенного субъекта - незаконного владельца. Это правоотношение обладает всеми признаками обязательства: оно относительно, поскольку в каждый конкретный момент истребуемая вещь может находиться только у одного обязанного лица, а не у "всех и каждого"; в его содержании на первый план выступает обязанность незаконного владельца совершить положительное действие - выдать вещь, а интерес лица управомоченного не может быть удовлетворен его собственными действиями; ему предоставлено лишь право требовать выдачи вещи. В рамках виндикационного правоотношения реализуется

⁷⁰⁴ Кархалев Д.Н. Охранительное гражданское правоотношение. С.9.

охранительное право требования - притязание, а любое притязание, как известно, может быть только относительным»⁷⁰⁵.

Позиция Д.О. Тузова вызывает недоумение и ряд возражений. Представляется, что учиненное правонарушение, повлекшее лишение фактического владения собственника, порождает лишь гипотетическую и всецело зависящую от собственника возможность предъявления иска заинтересованным лицом, но не возникновение самостоятельного правоотношения на основе голого факта совершения противоправного действия. Цитируемый автор не раскрывает соотношения виндикационного правоотношения и правоотношения собственности (как и любого другого вещного правоотношения), особенностей их одновременного существования. Указывая, что виндикационному правоотношению противостоит обязанность строго определенного субъекта, он сливает воедино совершенно различные категории: права и правоотношения. Получается, что в виндикационном правоотношении участвует лишь виндикант и это правоотношение противостоит юридической обязанности строго определенного субъекта, которая существует автономно от самого правоотношения!?! В чем смысл подобных теоретических нагромождений и где их теоретическое обоснование? Да и откуда следует, что притязание непременно должно являться относительным, разве не существует вещных притязаний, которые до правонарушения претендуют, благодаря едва ли не господствующему мнению, на абсолютный характер? Остается неясным, что вкладывает Д.О. Тузов в понятие притязания.

Очевидно, что цитированные выводы должны опираться на серьезный анализ догматических источников, посвященных проблемам возможности существования субъективного права вне правоотношения, о соотношении понятий обязательственных и относительных прав с приложением необходимой аргументации подробнейшего и обстоятельного обоснования такого явления, как «виндикационное правоотношение». К сожалению, в

⁷⁰⁵ См.: Тузов Д.О. Теория недействительных сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007, С. 464.

цитируемой работе Д.О. Тузова этого обнаружить не удалось. При этом цитируемый автор четко не определяет, какими нормами права должно регулироваться виндикационное правоотношение (материальными или процессуальными; допустимо ли применение общих норм об обязательствах, коль скоро виндикационное правоотношение представляется цитируемому автору обязательством).

Как представляется, поставленные вопросы имеют большое не только теоретическое, но и практическое значение. Отождествление «виндикационного правоотношения» с обязательством влечет за собой целый ряд гражданско-правовых последствий, неразрывно связанных с «жизнью» обязательства в гражданском праве. Получается, что нет никаких препятствий для применения без ограничения положений о перемене лиц в обязательстве, обеспечении исполнения обязательств, норм о прекращении обязательств к отношениям по виндикации вещи! Как следует, к примеру, понимать надлежащее исполнение обязательств по виндикации? Что происходит с «виндикационным правоотношением» в случае гибели или повреждения индивидуально-определенной вещи – объекта права собственности? Можно ли прекратить обязательство по виндикации новацией или отступным и как это отразится на нарушенном праве собственности? Ответы на эти вопросы должны предшествовать отнесению виндикации к числу обязательств. Впрочем, по нашему мнению, рассмотрение отношений по виндикации в контексте понятия обязательства недопустимо.

Однако и в германской литературе можно встретить мнения, что «в принципе обязательственно-правовые нормы применимы ко всем вещным притязаниям, пока им не противостоит вещная природа притязаний»⁷⁰⁶, что «ничего не мешает тому, чтобы следовать основным мыслям, касающимся обязательственного права, во всей правовой сфере, если только идея сопоставления является той же самой»⁷⁰⁷. Не малые осложнения вносят

⁷⁰⁶ См.: Mager H. Besonderheiten des dinglichen Anspruchs // AcP. 1993. H.1. S. 81.

⁷⁰⁷ См.: Schmelzeisen G. K. Die Relativitaet des Besitzbegriffs // AcP. 1932. Bd. 136. S. 157.

Мотивы к BGB, которые во многом способствовали слиянию воедино понятий «обязательство» и «гражданско-правовая обязанность». Отношения по возврату чужой вещи при виндикации получили следующую характеристику: «эта обязанность исполнения обязательства, которая подлежит обладателю или владельцу по отношению к собственнику как таковому»⁷⁰⁸. Данная формулировка встретила серьезные опасения в литературе, связанные с отсутствием граней между вещными и обязательственными правами. В отчаянии Г. Рюмелин заключил, что «не находится определения обязательству», - в контексте господствующего учения, - «под которое не могло бы быть подведено вещное притязание»⁷⁰⁹. Догматический опыт комментария BGB показал, что такой подход действительно имеет свои основания, но все-таки для полного отождествления вещных притязаний и обязательства не обнаруживается достаточных оснований. Разработчиками BGB было признано, что общие нормы обязательственного права подлежат применению к правоотношениям, урегулированным вещным, семейным, наследственным правом. Наиболее характерный пример разработчикам виделся в вещных притязаниях и в особенности в виндикационном иске, поскольку здесь притязание направлено в отношении строго определенного лица и выражает требование управомоченного лица в совершении конкретного действия, напоминая конструкцию обязательства, хотя здесь же признавалось, что «вещные притязания не рассматриваются напрямую как обязательственные отношения». Сегодня комментаторы признают, что такое предположение о сходствах было проверкой пригодности применения норм об обязательственном праве по аналогии, «здесь речь идет больше о дальнейшей проверке и ограничении посредством науки переложенной юридической истины, но совсем не о норме объективного права. Здесь же отмечается, что такие аналогии не имеют прямой опоры на закон и до сих пор не предложен

⁷⁰⁸ Motive zu dem Entwurfe eines buergerlichen Gesetzbuches fuer das Deutsche Reich, 1888. Bd. III. S. 398

⁷⁰⁹ См.: Ruemelin G. Obligation und Haftung // AcP. 1885. Bd. 68. S. 194.

обоснованный критерий сходства вещных притязаний и обязательственных отношений⁷¹⁰.

Как представляется, понятия притязания, обязательства, гражданско-правовой обязанности представляют собой разнородный инструментарий гражданского права. Полагаем, что в русском и немецком юридическом диалекте понятия обязанность (*Verpflichtung*) и обязательство (*Verbindlichkeit*) существенно различаются с точки зрения смысла и значения. В римском праве понятие *obligatio* также не является универсальным, объединяющим в себе специфику не только обязательств, но и обязанностей, а претендует на вполне конкретную область своего применения.

Теоретическое обоснование виндикационных и негаторных правоотношений и обязательств оставляет за собой неполноту понимания функциональной нагрузки, падающей в данном случае на понятия правоотношения и обязательства. Зачем они тут? Не объясняется и сущностных причин, которые бы не позволяли охарактеризовать сложившееся правовое положение как состояние субъективного права в период правонарушения.

В цитируемой работе Д.О. Тузов не дает определения охранительного правоотношения, но отмечает его некоторые признаки. Так, по мнению цитируемого автора, их возникновение является реакцией правопорядка на бесосновательные изменения в имущественной сфере⁷¹¹; в рамках охранительных правоотношений реализуются меры защиты или меры ответственности⁷¹². Попробуем разобраться, есть ли что-нибудь общее у «виндикационного правоотношения» с выявленными признаками. Положительный ответ на этот вопрос не следует с должной очевидностью. Так, виндикационный иск предъявляется только собственником и только по его воле, правопорядок не имеет возможности принудить собственника к

⁷¹⁰ Historisch-kritischer kommentar zum BGB herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2007. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. S. 20.

⁷¹¹ См.: Тузов Д.О. Указ. соч. С. 429.

⁷¹² Там же, С.387

заявлению виндикационного иска и к ведению судебного процесса по нему. По этим причинам виндикационный иск – это следствие действий собственника по реализации права на судебную защиту, но никак не произвольная реакция правопорядка. Вывод о необходимости охранительного правоотношения как оболочки, вне которой собственник не способен реализовать свое право на защиту, бездоказателен и не очевиден. Возврат вещи при удовлетворении виндикационного иска не является мерой гражданско-правовой ответственности в чистом виде, поскольку не влечет за собой во всех случаях дополнительных неблагоприятных последствий имущественного характера для правонарушителя.

В данной связи своеобразен и показателен опыт современного гражданского права Германии. В комментариях к BGB иногда указывается, что применение общих положений обязательственного права к притязаниям собственника об истребовании имущества не исключается. Это обосновывается тем, что часть 2 § 990 BGB содержит ссылку на §§ 280, 286 BGB⁷¹³. С нашей точки зрения, этот подход нуждается в уточнении и не может пониматься в универсальном смысле. В первую очередь, необходимо учесть, что ч. 2 § 990 BGB говорит о том, что более строгая ответственность недобросовестного владельца, наступающая вследствие просрочки, не затрагивается. По сути, речь идет об усилении ответственности недобросовестного владельца при помощи субсидиарного применения норм обязательственного права в строго определенном объеме и в конкретных случаях. Во-вторых, положения ч. 2 § 990 BGB не содержат прямой отсылки к §§ 280, 286 BGB. В любом случае, как нам кажется, никому из германских цивилистов не приходило в голову всерьез говорить о самостоятельности, научной целостности виндикационного правоотношения, которое вдобавок ко всему оказывается еще и относительным, и обязательственным!

Модели виндикационных и негаторных правоотношений не имеют непосредственной опоры на источники и доктрину гражданского права.

⁷¹³ Dauner B., Heidel T., Ring G. Nomos Kommentar zum BGB. Bd. 3. Sachenrecht. Köln-Bonn-Freiberg, 2008. S. 685.

Действительно, Ф.К.ф. Савиньи заключил, что «нарушение наших прав представляется только мыслимым как деятельность определенного нарушителя права, с которым мы вступаем в результате этого в собственные, новые правоотношения»⁷¹⁴, и отметил, что все иски имеют общую с обязательствами природу⁷¹⁵. Возможно, что последнее суждение позволило рассуждать об особой конструкции в гражданском праве - *obligationibus et actionibus*. К.Ф. Синтесис указывал, что в результате учиненного правонарушения наряду с правовыми отношениями, которые кажутся нарушенными, возникают особые, то есть личные отношения в результате нарушения, обязательственные нарушения с оппонентом⁷¹⁶. Однако, как можно понять, никто из авторов-пандектистов прямо ничего не говорил о концепции особых виндикационных и негаторных правоотношений в качестве абсолютных или относительных. В современной германской литературе указывается, что требования вещного характера не являются самостоятельными правами, а неразрывно связаны с вещным правом, представляя своего рода вещно-правовой щит, без которого вещное право было бы подвержено любым вмешательствам третьих лиц при отсутствии всякой защиты⁷¹⁷. Г. Вильгельм отмечает, что вещные притязания являются стадией развития субъективного права, приобретая форму осуществления последнего⁷¹⁸.

Развернутое обоснование относительных правоотношений, возникающих в случае нарушения абсолютного права, представлено венгерской доктриной гражданского права. Указывается, что при нарушении абсолютных правоотношений они превращаются в относительные, но вновь возникшие относительные приобретают абсолютные правомочия⁷¹⁹. Далее указывается, что в случае нарушения вещного права оно переходит в вещные притязания, которые уже являются относительными, если и они нарушаются,

⁷¹⁴ Savigny F. C. System des heutigen römischen Rechts. Berlin, 1841. Bd. 5. S.5.

⁷¹⁵ Ibid. S. 4, 17.

⁷¹⁶ См.: Sintenis C. F. F. Das practische gemeine Civilrecht. Leipzig, 1844. Bd. 1. § 29.

⁷¹⁷ Schellhammer K. Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen. Heidelberg, 2009. S. 8.

⁷¹⁸ См.: Wilhelm J. Sachenrecht. Berlin, 2007. S. 51.

⁷¹⁹ Tóth L. Op. cit. P.10.

то они переходят в претензии по возмещению вреда⁷²⁰. Этим суждениям енгерские цивилисты особо отмечают, что в случае нарушения права собственности речь идет об особом правоотношении по поводу «возможности подачи иска»⁷²¹. Как видно, речь не идет о законченной юридической конструкции виндикационного или негаторного правоотношения.

В российском праве вопросы взаимосвязи охранительных и регулятивных правоотношений излагаются несколько по-другому. В частности, указывается, что «вещное право не прекращается в связи с нарушением, а продолжает существовать, но уже параллельно с охранительным относительным правоотношением, возникшим между обладателем вещного права и его нарушителем»⁷²². Из этого может быть понято, что происходит раздвоение или едва ли не беспорядочное размножение правоотношений, в чем не усматривается ни целесообразности, ни необходимости.

По нашему мнению, возможность существования конструкции «виндикационного правоотношения» в теории гражданского права представляется дискуссионной, во многом искусственной и лишеной самостоятельного значения. Этому способствует отсутствие четкого разграничения понятий «субъективное право», «притязание» и «правоотношение». Соответственно, вопрос о понятии, структуре охранительных субъективных прав и правоотношений, их абсолютной или относительной юридической природе видится надуманным.

Изложенное позволяет сформулировать следующие выводы. Разграничение охранительных и регулятивных правоотношений в гражданском праве видится искусственным нагромождением, поскольку охранительная функция права не отделима по своей сути от регулятивной.

Нарушение конкретного субъективного гражданского права влечет в силу закона возникновение адресного правомочия на его защиту. Притязание

⁷²⁰ Ibid. P.43.

⁷²¹ Ibid. P.37.

⁷²² См.: Новоселова А.А., Подшивалов Т.П. Указ. соч. С. 36.

не является разновидностью субъективного гражданского права, а выражает собой волеизъявление управомоченного лица, реализуемое в границах правовых возможностей и формах, определенных содержанием субъективного права и законодательно установленными гарантиями его защиты. Соответственно, нарушение вещного права не влечет за собой возникновение обязательственных правоотношений между субъектом вещного права и правонарушителем, не видоизменяя содержания вещного права, поскольку цели вещного иска состоят в устранении нарушения и восстановлении вещного права в натуре.

Глава III.

Абсолютные и относительные субъективные права: проблемы соотношения

§ 1. Общие законодательные и теоретические основы разграничения абсолютных и относительных прав в российском и зарубежном гражданском праве

В законодательстве правопорядков государств континентальной Европы систематизация субъективных гражданских прав достаточно редко осуществляется по критерию абсолютности и относительности. Однако и в этих редких случаях необходимо различать задачи универсальной и специальной законодательной классификации субъективных прав. В первом случае речь идет о генеральном делении всех существующих субъективных прав на абсолютные и относительные. Значение дихотомии абсолютности и относительности имеет здесь не только формально-классификационное, но и содержательное значение для системы субъективных частных прав. Во втором – о введении дополнительного критерия (признака) абсолютности или относительности к уже установленному законом делению субъективных прав. В последнем случае абсолютность и относительность не воспринимаются в качестве самостоятельной основы классификации, как и самодостаточной характеристики сущностного содержания субъективного гражданского права, а позиционируются в числе одного из признаков, характеризующих иные субъективные права (к примеру, вещные, исключительные, личные).

Римское право. В римском праве не существовало как доктринального деления гражданских прав на вещные и обязательственные, абсолютные и относительные, так и развитого учения о субъективном гражданском праве как о базовой научной категории цивилистики. Эти обстоятельства объясняются прежде всего практической направленностью римского права, которая не оставляла существенного места для ведения теоретических дебатов, проявившихся в Новое и Новейшее время.

Впрочем, в юридической науке были предприняты попытки определения истоков понятия вещности и абсолютности субъективного права через альтернативное толкование источников об *actio in rem* и *actio in personam*.

Ф.К.ф. Савиньи отмечал, что выражение *in rem* вообще обозначает «неперсональное» (*Unpersönliche*). На этой основе к *actiones in rem* относятся иски по защите вещного права, наследственного права, семейных прав, преюдициальные иски⁷²³. Этой же точки зрения придерживается и Б. Виндшейд, отметивший, что «выражения «*in rem*» и «*in personam*» в источниках обозначают противоположность личного и безличностного»⁷²⁴. Однако при этом не ясно, что следует понимать под личным и безличным и какое отношение эти категории имеют к вещным и обязательственным, абсолютным и относительным правам.

«*In rem*» как термин, взятый из источников, многозначен и не определяется исключительным предметом регулирования вещных прав. К примеру, юридическая конструкция, означающая возможность прощения всем также содержит *in rem*, но непосредственного отношения к предметной области вещного права не имеет – *Factum de nonon petendo in rem*. Наконец, *exceptiones in rem res* означает не заявляемое посредством иска требование, а порождающий обязательство юридический факт. По свидетельству Р. Дубишара выражение «*in rem*» употребляется в отношении всего того, что имеет некую универсальность: «*exemptio in rem*» «*factum in rem*» «*loqui in rem*»⁷²⁵. Из приведенных примеров не следует весомых оснований, по которым могло бы проводиться отождествление «*actio in rem*» и вещных исков, вещных и абсолютных прав с *actio in rem*.

П. Эртманн считает, что выражение «*in rem*» означает не более и не менее, чем «наделенный абсолютным действием»⁷²⁶, поскольку сама

⁷²³ См.: Savigny F. C. System des heutigen römischen Rechts. Berlin, 1841. Bd. 5. S. 16.

⁷²⁴ Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf, 1856. S. 9.

⁷²⁵ См.: Dubischar R. Ueber die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Tübingen, 1961. S. 84.

⁷²⁶ См.: Oertmann P. Der Dinglichkeitsbegriff // JdP. 1892. Bd. 19. S. 454.

абсолютная направленность притязания, если таковая все же и будет усмотрена, сама по себе не дает ровным счетом никаких представлений ни о сущности субъективного гражданского права, ни о специфике применяемого способа его защиты. Интерпретация «*in rem*», допущенная П. Эртманом, провоцирует предположение, что римское право выделяло не только вещные права и иски, но и абсолютные права и иски. Но в таком случае возникает вопрос, в чем видятся отличия вещных прав от абсолютных, каково их соотношение и способы защиты? Аргументированных ответов на эти вопросы, как и доказательств обоснованности суждений о зарождении в римском праве основ развитого учения о понятии и систематизации субъективных прав не обнаруживается.

Контуров понятий *iura in re*, *iura in re aliena* очень слабо сформулированы в источниках. Категория вещных прав полностью отходит в тень, на авансцену выступает «*actio in rem*», сфера действия которых не должна отождествляться с предметом регулирования вещного и абсолютного права. Иск следует из права, но не может существовать отдельно от него. Однако в литературе были отмечены следующие особенности. Позднее римское право развивалось особым образом: не праву следовало *actio*, а право возникало там, где претор давал *actio*⁷²⁷. В развитие данного положения Хессе отмечает, *Jura in re* не являются ничем изначальным и самобытным, поскольку только предоставление возможности для «*actio in rem*» порождает свойство *jus in re*. В отношении *Superficies* можно найти пример того, как являющееся само по себе персональным право (возникшее из обязательственных отношений) было возведено в ранг *jus in re* в результате предоставления возможности для *actio in rem*⁷²⁸. Последовательность таких суждений требует объяснить причины преобразования сущностного содержания субъективного права в связи с изменением способа его защиты, а главным образом - обосновать существование в римском праве развитой категории субъективных

⁷²⁷ См.: Oertmann P. Der Dinglichkeitsbegriff . S. 455.

⁷²⁸ Hesse... Ueber die actiones in rem // JdP. 1866. Bd. 8. Op. cit. S. 37.

гражданских прав, подразделяемой на виды и определяемой системой тех или иных отличительных признаков. В противном случае приведенная аргументация малоубедительна.

В юридической науке утвердился подход, согласно которому достаточным основанием для отнесения того или иного субъективного права к числу вещных является *actio in rem*, который в настоящее время большинством исследователей рассматривается как исторический прототип «вещного иска», а иногда и как аналог последнего. В том числе и под влиянием этих суждений атрибуты абсолютной защиты или напрямую установленная возможность использования вещных исков для защиты субъективного вещного права рассматриваются не иначе, как признак вещного права, в то время как способ защиты является лишь правовым последствием существования самого субъективного гражданского права. В этом смысле категории субъективного гражданского права и способа его защиты не являются равнозначными. Отсюда вывод о том, что возможность использования вещно-правовой защиты не может с абсолютной достоверностью свидетельствовать о вещной природе защищаемого права. Иначе полагает Й. Керульф: «*actio in rem* также точно обозначает то, что мы называем вещным правом»⁷²⁹.

Представляется, что такие выводы приводят к логической ошибке: *actio in rem* определяет существо вещного права, которое, в свою очередь, также требует определения через *actio in rem*. Получается замкнутый круг суждений. Также высказанная позиция ведет к отождествлению процессуального права на иск и самого материального права, что безосновательно.

Учение о структуре, видах и понятии субъективного гражданского права, в частности о месте и значении абсолютного, относительного, вещного и обязательственного права, не опирается на буквальный смысл источников римского права. Игнорирование данного обстоятельства создает риск, сопряженный с ошибочным толкованием и интерпретацией памятников

⁷²⁹ Kierulff J. F. M. *Theorie des Gemeinen Civilrechts*. Altona, 1839. Bd. 1.S.158-159.

права. В научной литературе предпринимались многочисленные попытки применить современное учение о субъективном гражданском праве к римскому праву. Одни ученые предлагают преодолеть противоположность между абсолютными и относительными правами, существующую в современном праве, посредством обращения к источникам римского права⁷³⁰. Другие рассуждают о том, что контраст между абсолютными и относительными правами имеет свои исторические корни уже в раннем римском праве, третьи - что представления о субъективном праве развивались в римском праве крайне медленно⁷³¹, четвертые утверждали, что субъективное право рассматривалось римскими юристами как нечто непосредственное, существующее в самой идее правового регулирования – «nur in der Idee bestehenden»⁷³².

Полагаем, что изложенные подходы направлены на поиск неосязаемых начал в римском праве, а проводимые параллели современного учения о субъективных правах с воззрениями римских юристов далеки от метода научного исследования. Применение современного понятия о субъективном праве к римским реалиям некорректно и образует серьезную методологическую ошибку.

Дихотомия прав на абсолютные и относительные, вещные и обязательственные представляет обобщенный результат абстрактного изучения сущности субъективных гражданских прав. Такие цели не преследовались римскими юристами, занятыми обобщением и систематизацией казусов. Скорее, вопросы разработки понятия, видов и классификации субъективных прав соответствуют задачам пандектного учения, но не римской юриспруденции. В этом смысле к римской юриспруденции не вполне применим тезис о первооснове субъективного права и необходимости его последующей защиты: *Ubi ius, ibi remidium*.

⁷³⁰ См.: Sohm – Mitteis – Wenger. Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. München-Leipzig, 1923. S. 687.

⁷³¹ См.: Coing ... Das subjective Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit. Berlin, 1959. Цит. по: Dubischar R. Op. cit. S. 6.

⁷³² Dernburg H. Pandekten. Berlin, 1896. Bd. 1. S. 160.

Римские юристы не ставили перед собой задачу создать для права прочный научно-теоретический фундамент. Римское право имело изначальную эмпирическую основу и практическую направленность действия, что обеспечивалось прежде всего институтом *actio*. Практический смысл и востребованность *actio* состояли в руководстве к действию в конкретной конфликтной ситуации. Конечно, источники свободно апеллируют понятиями: *dominium*, *servitus*, *pignus*, *hereditas*, *obligatio*, *actio*, *exertio*, *res*, но в прикладном значении защищаемой правом ценности, а не доктринальной конструкции субъективного права со сложными структурными и содержательными особенностями. Употребление обозначенной терминологии в источниках не доказывает того, что в римском праве возникло учение о вещных, обязательственных, абсолютных и относительных правах.

Вместе с тем собственность, эмфитевзис, суперфиций, сервитуты в римском праве по предмету правового регулирования могут считаться историческими прототипами современных вещных прав, но важно акцентировать внимание на том, что в источниках выражение *actio in rem* или вообще *actio* нигде не используется для обозначения специфики, содержания правового режима ни одного из видов этих прав. Не обнаруживается и упоминания о делении прав на абсолютные и относительные.

В Дигестах довольно отчетливо разделяются собственность, узуфрукт, владение и иски⁷³³ как самостоятельные гражданско-правовые конструкции, а современные исследователи обоснованно подчеркивают, что в римском праве *actio in rem* и вещное право не отождествлялись⁷³⁴. Соотношение указанных понятий определяется как правоохраняемая ценность и способ ее защиты. С институциональным юридическим мышлением возникает порядок правовых явлений не в значении «субъективных прав», а в аспекте понятия «статус»⁷³⁵.

⁷³³ См.: Книга 50, титул XVI, фрагмент 49 // Дигесты Юстиниана. М., 2005. Т. VII. ПТ. 2. С. 463.

⁷³⁴ См.: Dubischar R. Op. cit. S. 37-41.

⁷³⁵ Ibid. S. 15.

Римской юриспруденцией не выделялось общего понятия субъективных прав в современном понимании их структуры, содержания и классификации. В противном случае невозможно объяснить очевидную путаницу в основополагающих правовых понятиях. Так, в Институциях Гая следующим образом проводится делением между материальными и нематериальными вещами: «Corporales – это те, которых можно коснуться, например земля, человек, одежда, золото, серебро, одним словом, бесчисленное множество других предметов. Incorporales – это те, которые физически осязать нельзя; к таковым принадлежат те, которые содержатся в праве, например, право наследования, пользования доходами, обязательства, каким бы то ни было образом заключенные...само право преемства и само право получения и пользования доходами и само право обязательства будут *res incorporales*»⁷³⁶. Разумеется, вещи не могут смешиваться с правами и наоборот.

Цитируемые выше утверждения о знании римским правом категории субъективного права подрывают авторитет источников и искусство римских юристов. В действительности, речь идет о том, что Гай различал правовые ценности, а не вещи и не субъективные права в современном понимании. В германской доктрине приводятся убедительные доказательства того, что сам термин *ius* не может во всех случаях переводиться как субъективное право даже с точки зрения терминологии. В ряде случаев *ius* обеспечивает (к примеру, *ius pro lege sumtum*) лишь указание на правовую ценность⁷³⁷, в других – истолковывается как интерес⁷³⁸.

Современные классификации исков и систематика субъективных гражданских прав не могут опираться на критерии римского права, которые в соответствующие периоды развития права действительно имели важную эмпирическую мотивацию. *Actio in rem* не тождественен вещному иску, так

⁷³⁶ Институции Гая с объяснительным словарем / сост. Д. Расснер. СПб., 1887. С. 56-57.

⁷³⁷ См.: Pflüger H. Über körperliche und unkörperliche Sachen // ZSt. 1947. Bd. 65. S. 340.

⁷³⁸ Ср.: Kreller H. Res als Zentralbegriff des Institutionensystems // ZSt. 1948. Bd. 66. S. 581.

же как *dominium* и *proprietas* не могут считаться синонимом права собственности в современном его понимании⁷³⁹.

Франция. Французский гражданский кодекс (СС) – старейший из ныне действующих гражданских кодификаций в романо-германской правовой семье – не предусматривает абсолютности в качестве универсального критерия классификации субъективных гражданских прав, но использует данную характеристику в целях индивидуализации права собственности (ст. 544 СС). В современной литературе ученые указывают на «относительную значимость» этой законодательной формулировки. Признак абсолютности, по мнению разработчиков Кодекса, должен был выразить уничтожение феодальных привилегий и закрепить фундаментальное значение права собственности наравне с правом личности на свободу⁷⁴⁰. Данные обстоятельства подчеркивают специфические особенности развития французского законодательства, но вряд ли могут свидетельствовать о намеренном использовании законодателем особого приема разграничения права собственности и иных вещных прав по признаку абсолютности и относительности.

Таким образом, СС определяет абсолютность идентифицирующим признаком права собственности, но не любого вещного права. Как видно, те же традиции планируется сохранить и после реформы вещного права. В § 1 моделируемой нормы ст. 534 СС указано, право собственности является «исключительным и вечным». И только в § 2 проекта этой же статьи упомянуто об абсолютном характере права собственности. Следовательно, право собственности имеет три отличительные черты: оно является абсолютным (§ 1), вечным (§ 2) и исключительным (§ 3). Эти положения не планируется пересматривать по ходу реформы французского вещного права в ближайшем будущем⁷⁴¹.

⁷³⁹ Понятию римского *actio in rem* и его соотношению с вещным иском нами посвящена отдельная работа, подробное изложение содержания которой не входит в цели и задачи настоящего исследования.

⁷⁴⁰ См. Simler P. *Les biens*. Grenoble, 2006. S. 34-35;

⁷⁴¹ См.: Reboul-Maupin N. *Droits des biens*. Dalloz, 2012. P. 176.

Нельзя сказать, что это единственная точка зрения. Отмечены попытки отождествления вещного и абсолютного права и противопоставление этих понятий правам относительным, к которым, в частности, должны быть отнесены права обязательственные, хотя в настоящее время эта позиция нуждается в пересмотре⁷⁴². Согласно позиции В. Дросса, «относительная сила» обязательственных прав опирается непосредственно на закон, в соответствии с буквальным смыслом которого соглашение признается «законом» лишь для договаривающихся сторон (ст. 1165 СС). Однако концептуальные основы позиции о противопоставлении абсолютных и относительных субъективных гражданских прав В. Дросс находит в том, что необходимость уважения прав и интересов другого члена общества существует в гражданском обществе и правовом государстве как общее понятие для любых субъективных прав, как в отдельности, так и в совокупности.

Каждый обязан соблюдать не только существующее право собственности, но и любое иное субъективное право независимо от его вида, юридической природы и личности правообладателя. Нам не удастся обнаружить оснований, по которым абсолютным правам в отличие от относительных должны быть свойственны преимущества и привилегии в охране и защите. Также, по нашему мнению, абсолютность и относительность не могут служить критериями отличия вещных и обязательственных прав.

Теоретическая конструкция абсолютности права собственности раскрывается в проявлении абсолютизма. По образному выражению В. Дросса, собственник был задуман по образу «короля-солнца». Он - абсолютный монарх: его право не разделяется ни с кем (исключительное право), дает ему априори неограниченную власть над его имуществом (всеобщий характер) и не ограничено никаким сроком действия (вечный характер). Отсутствие конкуренции (§ 1), материальных (§ 2), временных (§

⁷⁴² Ср.: Dross W. Droit des biens. Montchrestien, 2012. P. 138.

3) границ прав владельца составляет сущность абсолютности права собственности⁷⁴³.

Отсутствуют основания отождествлять, в том числе и по праву Франции, принципиально различные понятия «абсолютный» и «неограниченный». Собственник может осуществлять с вещью только такие физические или юридические действия, которые ему не запрещены, так как у него нет неограниченной власти над вещью. Во второй части ст. 544 СС оговаривается, что собственник не может использовать свое право каким-либо образом, «запрещенным законами или нормативными актами». Аналогичным образом дело обстоит с проектом изменений, подготовленных на базе текущей реформы вещного права, – собственнику предоставляется неограниченная власть над вещью, оговаривается применимость «законов, регламентирующих эту власть»⁷⁴⁴. Однако при этом право собственности не теряет своей абсолютности, поскольку последняя не должна ассоциироваться с неограниченностью.

Верховный суд подтверждает абсолютный характер права собственности, считая, что занятие без законных оснований и прав земельного участка или помещения, принадлежащего постороннему лицу, представляет собой очевидно неправомерное нарушение в смысле § 1 ст. 809 НСРС, которое судья по итогам рассмотрения поданного иска должен прекратить (Civ. 3, 20 января 2010 г., № 08-16.088). Это положение дает право в любое время незамедлительно принять меры для выселения без учета личного или семейного положения лиц, не имеющих прав на такой земельный участок или помещение и не располагающих достойным жильем.

В этих условиях Верховный суд подал в Конституционный совет запрос относительно самого определения права собственности, фигурирующего в ст. 544 СС. Цель заключалась в том, чтобы установить, как следует впредь относиться к определению абсолютного характера права собственности. Конституционный совет в своем решении от 30 сентября 2011

⁷⁴³ Dross W. Op. cit. P. 73-74.

⁷⁴⁴ См.: Reboul-Maupin N. Op. cit. P. 178.

г. (№ 2011-69 QPC, М. Консорц и др.) отклонил запрос и подтвердил существующее определение права собственности. Право собственности на самом деле абсолютно по определению, но отнюдь не в своем правовом режиме. Об этом свидетельствует решение от 23 сентября 2011 г., принятое по поводу обеспечения доступа к объектам частной собственности для проведения изысканий в целях общественных работ: «Хотя они и не являются противоречивыми, эти два решения Конституционного совета - от 23 и 30 сентября (№ 2011-69 QPC, М. Консорц и др.; № 2011-172 QPC, Ёрх L. и др.) - выявляют всю двусмысленность права, определенного как абсолютное, но правовой режим которого допускает многочисленные ограничения, в частности, в общественных интересах»⁷⁴⁵.

Во французском гражданском праве делается акцент на том, что Европейский суд по правам человека не использует абсолютность как признак права собственности: «Компетенция конституционных и европейских судей, которые занимаются отношениями между государством и его гражданами, а не отношениями гражданина с окружающими его вещами (вертикальное, а не горизонтальное применение основных законов), достаточно объясняет, что понятие собственности, которое они определили для своих нужд, отличается от понятия собственности, сформированного за две тысячи лет истории гражданского права». Европейские судьи подчеркивают, что в политико-правовом смысле абсолютность как черта права собственности играет конституциональную роль, подчеркивающую значение права собственности как основы жизни общества⁷⁴⁶.

Австрия. Деление гражданских прав на вещные и обязательственные по признаку абсолютности было заложено в Австрийское гражданское уложение 1811 года (ABGB), в § 307 которого даются понятия вещного и личного вещного права. В буквальном смысле Уложение оперирует понятиями *dingliche Sachenrecht* (дословно - вещно вещное право) и *personliche Sachenrecht* (личное вещное право). Данные права различаются по

⁷⁴⁵ Ibid. P. 177.

⁷⁴⁶ См.: Dross W. Op. cit. P. 73.

характеру связи субъектов. В силу закона к первым относятся права на вещи, существующие без учета определенных лиц; ко вторым - права на вещи, которые возникают и существуют между определенными лицами. Из приведенных лексико-этимологических особенностей построения правовой нормы не стоит делать вывод о том, что австрийским законодателем различаются вещно-вещные или лично-вещные права в самой подотрасли вещного права. Речь идет лишь о специфике разграничения вещного и обязательственного права. Об этом, в частности, могут свидетельствовать цивилистические исследования прошлого. К примеру, Й.М. Винивартер указывал, что предметная область *personliche Sachenrecht* раскрывается в контексте § 859 ABGB и означает личное право на вещь, в силу которого одно лицо обязано в пользу другого к совершению какого-либо предоставления на основании закона, сделки или причинения вреда⁷⁴⁷.

В настоящее время норма § 307 ABGB не утратила юридической силы, и из ее прочтения следует, что австрийский законодатель разграничивает вещные и обязательственные права по признакам абсолютности и относительности. Современные классики австрийской цивилистики считают такую терминологию устаревшей⁷⁴⁸ или же подчеркивают ее историческое значение, утверждая, что изначально данная норма Уложения была направлена на разграничение вещных и обязательственных прав⁷⁴⁹. Тем не менее по букве закона вещные и обязательственные права разграничиваются ABGB именно по признакам абсолютности и относительности.

Содержание указанной нормы может быть истолковано в ином значении, которое бы связало признаки вещности и абсолютности субъективного права со свойствами его объекта. Реалистичность такого толкования требует наступления двух формальных условий: 1) объектом права должна быть вещь; 2) существование права не должно зависеть и распространять свое действие на неопределенный круг лиц. Однако и такой подход вызывает вопросы, связанные со значением объекта права для целей

⁷⁴⁷ См.: Winiwarter J.M. *Das Personliche Sachenrecht*. Wien, 1844. S. 2.

⁷⁴⁸ См.: Koziol H. Welser R. *Buergerliches Recht*. Wien, 2006. Bd. 1. S. 240.

⁷⁴⁹ См.: Schwimann M. *ABGB Praxiskommentar*. Wien, 2005. S.39.

классификации субъективных гражданских прав. Вещная и в силу закона - § 307 ABGB - абсолютная характеристика дается праву в зависимости от того, отвечает ли его объект признакам вещи или нет: вещь обречена неотступно следовать тенью за любым правом, объектом которого является вещь.

В таком случае разграничение вещных и обязательственных прав проводится по объекту, в то время как последний не может быть возведен в ранг специфического признака не только абсолютного, но и любого субъективного права. Объект права не способен с логической последовательностью, точностью и неизбежностью предрешить содержание субъективного права, как и его физические свойства не могут сформировать основание соответствующей классификации гражданских прав.

Абсолютность и относительность, вещьность и обязательственность с различных сторон подчеркивают именно содержательную составляющую субъективного права, образуя фундамент той или иной классификации субъективных гражданских прав. На этой основе определяется основание соответствующей классификации субъективных гражданских прав, их признаки и система, критерии разделения непосредственно в системе законодательства правопорядка.

Выделение *dingliche Sachenrecht* и *personliche Sachenrecht* следовало бы считать особенностью австрийского гражданского права. Германские цивилисты прямо отрицают возможность существования понятия *personliche Sachenrecht*⁷⁵⁰.

Абсолютность и относительность являются характеристиками содержания права, но не его объекта, именно поэтому невозможно согласиться с мнением М.М. Агаркова: «вопрос об абсолютных и относительных правах исторически и по существу связан с вопросом об

⁷⁵⁰ См.: Foerster F. *Theorie und Praxis des heutigen preussischen Privatrechts*. Berlin, 1868. Bd. 3. S. 2.

объектах права»⁷⁵¹. М.М. Агарков не приводит никаких аргументов, подтверждающих историческую связь абсолютности и объекта права.

Германия. Несмотря на сверхразвитые доктринальные положения, деление прав на абсолютные и относительные в основу гражданской кодификации Германии заложено не было. Попыток включения в текст закона этого критерия различия также не обнаруживается. Так, в Мотивах к проекту германского гражданского уложения подчеркивалось, что понятие вещи, на котором основывается проект, не совпадает с абсолютностью, а ряд обязательственных прав имеет абсолютное действие; жизнь, здоровье, свобода, честь понимаются как «абсолютные личные права»⁷⁵². Более того, в нормах различных подотраслей гражданского права абсолютность тесно соседствует с относительностью (в наследственном праве - универсальное правопреемство, обладающее абсолютным действием ((§ 1922 Германского гражданского уложения - BGB)), и завещание, обладающее относительным действием ((§ 1939 BGB)); в семейном праве - абсолютное распределение прав в браке ((§ 1363-1563 BGB)) и относительные требования супруга о выплате содержания после развода ((§ 1569-1588 BGB)). В Мотивах не удается обнаружить концептуальной основы системы, признаков абсолютных прав, но в то же время встречаются хвалебные отзывы об абсолютных правах как об особом классе прав⁷⁵³.

Законодательное разделение вещных и обязательственных прав также не связано с признаваемыми законом различиями абсолютных и относительных прав. С одной стороны, это проявляется на примере многих положений обязательственного права, которые есть в разделе Кодекса о вещных правах (§ 987, 989 BGB). С другой, может показаться, что именно обязательственным правом регулируется ряд важнейших аспектов прав абсолютных. Прежде всего стоит обратить внимание на деликтную природу защиты правовых ценностей, обозначенных в § 823 BGB. Это также касается

⁷⁵¹ См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву: дис...д-р юрид. наук. М., 1939. С. 42.

⁷⁵² Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches fuer das Deutsche Reich, 1888; auch abgedruckt bei Mugdan, Bd. III. S. 2; Bd. II. S. 752.

⁷⁵³ Motive ... Bd.II. S. 727.

«прочего права» – sonstige Recht, поскольку в качестве одного из главных квалифицирующих признаков, необходимых для причисления к этой категории, называется исключительный характер права, который видится комментаторам в свойстве абсолютности права⁷⁵⁴. Регламентация этих абсолютных прав положениями закона ограничивается указанием на обязательно-правовые способы защиты: обозначенные в § 823 BGB абсолютные права далее не упомянуты ни в одной статье Кодекса и иногда рассматриваются в литературе в качестве субъективных прав особого рода⁷⁵⁵.

Изложенными подходами не снимается, а, скорее, обостряется необходимость определения специфики и типизации «прочих прав». Каково понятие, содержание и место «прочих прав» в системе и классификации субъективных гражданских прав? Полагаем, что указанием на «прочие права» законодатель стремится расширить возможную сферу действия правовой нормы с перспективой на будущее. Нельзя согласиться с мнением о том, что «прочими правами» непременно должны являться субъективные права с абсолютным действием, поскольку нормативно такой подход видится безосновательным. Под «прочими правами» следует понимать субъективные права, которые не опосредуют и непосредственно не служат защите отношений собственности, личных неимущественных прав. Тем самым норма § 823 BGB приобретает универсальное, а не узкоспециальное значение.

Особую актуальность приобретает вопрос о том, может ли считаться механизм § 823 BGB эксклюзивным способом защиты, соответствующим только правам абсолютным. Полагаем возможным усомниться в обоснованности положительного ответа на поставленный вопрос. В

⁷⁵⁴ См.: Palandt Kommentar zum Buergerliches Gesetzbuch. Muenchen, 2004. § 823 BGB; Staudingers Kommentar zum Buergerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen. Berlin, 2002. § 823 BGB; Muenchen Kommentar zum Buergerliches Gesetzbuch. Bd. 6. Sachenrecht. Muenchen, 1997. § 823 BGB. Спорным остается вопрос о том, является ли характеристика абсолютности достаточной для признания права прочим в соответствии с положениями § 823 BGB. Ср.: Fabricius F. Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemaess § 823 Abs. I BGB // AcP. 1961. Bd. 160. S. 299-307; Loewisch M. Der Deliktsschutz relativer Rechte. Berlin, 1970. S. 17.

⁷⁵⁵ Ср.: Stoll H. Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte // AcP. 1963. Bd. 162. S. 209.

отсутствие исчерпывающей нормативной регламентации места, видов и содержания «прочих прав» в правовой системе М. Лёвиш отрицает, что всем «прочим правам» присущ признак «социально-типичной очевидности»⁷⁵⁶. Впрочем, может ли признак «социально-типичной очевидности» быть возведен в ранг квалифицирующего основания, выявление которого достаточно для отнесения того или иного правового явления к числу абсолютных субъективных прав. Что в данном случае помимо возможности применения нормы § 823 BGB может свидетельствовать в пользу абсолютности такого права? Контрастным моментом работы М. Лёвиша является то, что, с одной стороны, ее автор придерживается классического утверждения об исключительной защите § 823 BGB абсолютных прав, с другой, представляет казуистическую корректировку этого воззрения широким спектром случаев, когда действие данной нормы возможно в защиту прав относительных (нарушение притязаний, членских и лицензионных прав, агитация к локаутам и забастовкам, принуждение к сожительству с неверным супругом и т.д.)⁷⁵⁷.

М. Лёвиш считает возможность защиты относительных прав по § 823 BGB ограниченной в сравнении с абсолютными правами: у первых нарушениями могут считаться лишь определенные вмешательства, у вторых – все⁷⁵⁸. Изложенное свидетельствует, что § 823 BGB не образует исключительной сферы охраны и защиты абсолютных прав. Правовое действие данной нормы следует связать с общим механизмом гражданско-правовой защиты, но никак не сущностным содержанием тех или иных видов субъективных гражданских прав. И это не единственный пример. Нормы о неосновательном обогащении (§ 812 BGB) также ориентированы на защиту гражданских прав независимо от их абсолютной, относительной, вещной или обязательственной природы. Таким образом, способ гражданско-правовой защиты не является достаточным и достоверным доказательством природы защищаемого права. Примечательно, что в периодической печати уже

⁷⁵⁶ Loewisch M. Op. cit. S. 95.

⁷⁵⁷ Ibid. S. 91-97.

⁷⁵⁸ Ibid. S. 94.

подчеркивалась специфика и индивидуальность механизма защиты, установленного § 823 BGB. Г. Магер утверждает, что требования, основанные на этой норме, действительно могут иметь в качестве предпосылки абсолютные права, но в то же время этот правовой механизм не предназначен для восстановления абсолютного права как такового⁷⁵⁹.

В современной юридической литературе подчеркивается важность теоретического аспекта разграничения абсолютных и вещных прав, говорится о том, что, хотя речь и идет о теоретическом вопросе, его выяснение необходимо для понимания систематики положений BGB⁷⁶⁰. Правда, трудно не заметить, что Г. Вестерманн, отмечая значение абсолютности вещных прав, делает на этот счет весьма осторожное и нечеткое суждение: при помощи характеристики абсолютности вещных прав «кое-что можно сказать о сути вещности». Г. Вестерманн признает абсолютным не само вещное право, а его действие, ориентированное не в отношении кого-либо конкретно, а сразу в отношении всех существующих лиц, считает «абсолютность вещного права его защитной функцией»⁷⁶¹. Непонятно в данном случае, почему такая защитная функция, характеризующая именно субъективное право, а не способы его защиты непосредственно, избирательно приписывается лишь абсолютным правам, а не вообще всем субъективным правам: ведь любое правонарушение принципиально порицается и должно пресекаться правопорядком. Я. Вильгельм склоняется к традиционной точке зрения, причисляя вещные права к группе абсолютных прав, а обязательственные – к группе относительных, замечая, что характеристика абсолютности проявляется в принадлежности конкретного права субъекту, что может свидетельствовать и об особом «абсолютном измерении» в осуществлении и защите относительных прав⁷⁶².

⁷⁵⁹ См.: Mager H. Besonderheiten des dinglichen Anspruchs // AcP. 1993. H.1. S. 73.

⁷⁶⁰ См.: Westermann H., Westermann H.P. Gursky K.H., Eickmann D. Sachenrecht. Heidelberg, 2011. S. 3.

⁷⁶¹ Ibid. S. 22.

⁷⁶² См. Wilhelm J. Sachenrecht. Berlin, 2007. S. 2.

Принципиально понимание вещных прав как абсолютных не является новым для гражданского права Германии⁷⁶³. Вместе с тем комментаторами подчеркивается, что речь может идти только о том, чтобы найти «относительно удовлетворительное» решение вопроса о разграничении названных правовых категорий⁷⁶⁴.

В современной литературе абсолютность вещного права не всегда рассматривается как неотъемлемое, отличительное и универсальное свойство всех вещных прав. Такой подход, на наш взгляд, заставляет усомниться в характеристике абсолютности как общепризнанного, безусловного и едва ли не главного признака вещной природы субъективного гражданского права.

Одни авторы в связи с этим рассматривают абсолютные права не в качестве определенной группы субъективных гражданских прав, а в значении общей характеристики правовой относимости - *Zuordnungsrecht*⁷⁶⁵. В данном случае не выделяется каких-либо отличительных признаков абсолютных прав и не предлагается критерий построения их системы.

Во главу угла ставится постулат о действии абсолютного права против всех, защите по принципу *contra omnes*, противопоставлении абсолютных и относительных прав. Однако возникает вопрос, имеющий принципиальное значение, о причинах, необходимости и значении противопоставления управомоченного лица всем прочим лицам.

Полагаем, что при таком подходе характеристика заведомо дается не отличительным признакам и свойствам субъективного гражданского права, а особенностям взаимоотношения субъектов, подчиненных конкретному правопорядку. Примечательно, что «тип связи» субъектов определяет особенности структурных связей лиц, но, по нашему мнению, не может определять особенности содержания тех или иных субъективных гражданских прав. В некоторых исследованиях специально подчеркивается, что принцип абсолютности гласит: вещное право действует не в отношении

⁷⁶³ См.: Chesne D. Absolutes und relatives Rechts // ArchBürgR. 1911. Bd. 36. S. 4; Idem. Schadenersatz bei Verletzung absoluter Rechte // SächArchBürgRP. 1902. Bd. 12. S. 603.

⁷⁶⁴ См.: Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen. Sachenrecht. Berlin, 2002. Rn. 17.

⁷⁶⁵ Wolf M., Wellenhofer M. Sachenrecht. Muenchen, 2010. S. 2.

кого-либо конкретно, а в отношении всех лиц без исключения, но в то же время именно с абсолютными правами связана более сильная правовая позиция, чем с относительными⁷⁶⁶. Здесь акцент делается на совершенно различных аспектах, взаимосвязь которых никак не объясняется. В действительности речь идет о категориях внутреннего содержания и действия права, настоятельно требующих изучения.

Другие ученые, определяя основные признаки, принципы вещных прав, говорят об абсолютности как о характеристике права собственности⁷⁶⁷ или владения⁷⁶⁸. В этом случае речь идет лишь о конкретных видах вещных прав и особых гражданско-правовых состояний, природа которых остается невыясненной. В качестве одного из аргументов этой позиции принято ссылаться на § 903 BGB, закрепляющий, что собственник в той мере, в которой это позволяют закон и права третьих лиц, свободен в распоряжении вещью по своему усмотрению и вправе устранить любое воздействие со стороны третьих лиц. Однако в данном случае законодатель говорит о нормативной характеристике права собственности как более полного вещного права, а не любого абсолютного права и тем более не гражданско-правового состояния, к которому может быть отнесено беститульное владение. В связи с этим считаем, что речь идет об индивидуальной характеристике права собственности, что исключает расширительное толкование данной нормы.

Само решение о допустимости причисления владения к видам вещных прав видится весьма спорным ввиду научных дебатов по этой проблематике, а главное – вследствие отсутствия обстоятельных ответов на высказанные в юридической литературе аргументы ученых, занимающих противоположную точку зрения. Важно и то, что эта позиция заведомо искусственно ограничивает круг абсолютных прав, обостряет вопрос об их индивидуальных признаках, а также проблему соотношения прав вещных и абсолютных.

⁷⁶⁶ См.: Vieweg K., Werner W. Sachenrecht. Jena, 2010. S. 4.

⁷⁶⁷ Ср.: Schreiber K. Sachenrecht. Stuttgart, 2008. S. 28.

⁷⁶⁸ См.; Meder S., Gzelk A. Grundwissen Sachenrecht. Tuebingen, 2008. S. 4.

Наконец, третья группа ученых предлагает считать, что отождествление вещных и абсолютных прав в целом может быть допустимым. Однако это не означает, что абсолютными являются только вещные права – «Das darf nicht zu dem Fehlschluss verleiten, nur Sachenrechte seien absolute Rechte»⁷⁶⁹.

Особенностью данной точки зрения является то, что группа абсолютных прав отождествляется с вещными правами в целом, в то время как абсолютность позиционируется как особое свойство вещиности (*Absolute Wirkung*), то есть речь идет об особых последствиях вещной природы субъективного гражданского права, в связи с чем абсолютность рассматривается не как первопричина, а только как следствие, порожденное вещной природой субъективного права.

Одновременно авторы отмечают, что помимо вещных прав признаются абсолютными патентные, авторские, личные права. Из этого следует, что положение, согласно которому группа абсолютных прав шире вещных, здесь не оспаривается. В то же время именно эта авторская оговорка (признание) ослабляет значимость заключений о взаимозависимости вещного и абсолютного права.

Отличительную особенность абсолютных и относительных прав авторы видят в том, что абсолютность вещных прав проявляется в том, что статус правообладателя не устанавливается другим лицом. Полагаем, что это положение может быть признано спорным в отношении ряда ограниченных вещных прав, которые требуют согласованного волеизъявления непосредственно будущего правообладателя и собственника вещи. Причем это взаимодействие может касаться не только возникновения ограниченных вещных прав, но и их осуществления. В случае отрицания абсолютной природы ограниченных вещных прав придется признать абсолютность лишь права собственности, что, полагаем, было бы необоснованным решением.

В целом вещные права признаются абсолютными, так как их действие распространяется на всякого и каждого. Подчеркивается, что именно

⁷⁶⁹ Brehm W., Berger C. Sachenrecht. Tuebingen, 2006. S. 9.

абсолютные вещные права пользуются всеобъемлющей защитой посредством особых вещных требований⁷⁷⁰. При этом сложно понять, почему практическая сфера применения виндикационного (§ 985 BGB) и негаторного (§ 1004 BGB) исков распространяется на защиту субъективных гражданских прав, природа которых изначально далека от вещной.

Сведение содержания абсолютного права к возможности запрета всем без исключения совершения тех или иных действий приводит к выводу, что основное содержание абсолютного права заключается в особом запретительном полномочии (запретить всем и каждому влиять на вещь), что, в свою очередь, не позволяет приблизиться к решению вопроса о непосредственном материальном содержании и специфике абсолютного права.

Кроме того, применение виндикационного и негаторного иска возможно только в случае правонарушения, установления личности правонарушителя. Очевидно, что речь идет об отношении конкретного правообладателя и правонарушителя, в соответствии с которым правообладатель обладает притязанием вернуть вещь, которой неправомерно обладает правонарушитель, или прекратить на нее чинимое воздействие. Правонарушитель несет соответствующую обязанность активного типа перед правообладателем. В случае исковой защиты нарушенного права суд проверяет законность и обоснованность действий правообладателя и правонарушителя.

В отношениях правообладателя и других лиц до правонарушения речь идет об охране существующего правового положения, действии норм объективного права, но не о защите субъективного гражданского права непосредственно. Кроме того, в стадии, предшествующей правонарушению, значимость абсолютности вещного права четко не усматривается ввиду отсутствия самого правонарушения, если, конечно, следовать подходу, что

⁷⁷⁰ Ibid. 8. Исключительное проявление абсолютности вещного права отдельные авторы видят в защите вещного права. (Ср.: Lüke W. Sachenrecht. München, 2010. S. 13). Полагаем, что абсолютность вещного права является устойчивой содержательной характеристикой субъективного права. Свойства абсолютности отнюдь не исчерпываются случаями правонарушения и защиты права.

свойство абсолютности проявляется преимущественно в условиях правонарушения.

Нидерланды. Дихотомия имущественных прав на абсолютные и относительные была воспринята при разработке первого Гражданского кодекса Нидерландов 1838 года. Классификация имущественных прав предполагалась по абсолютному или относительному признаку. С начала XX века Кодекс проводил различия между вещными правами с абсолютным эффектом и обязательственными, связывающими строго определенных лиц. С изменением редакции ст. 6:252 BW этот критерий утратил прежнее значение. Разработчики действующего Гражданского кодекса Нидерландов 1992 года намерено отказались от общего законодательного разделения абсолютных и относительных прав⁷⁷¹. Однако до настоящего времени в правосознании вещные права рассматриваются как абсолютные, а обязательственные как относительные, в чем видится их коренное различие⁷⁷².

Вместе с тем цивилисты отмечают сложность данной проблемы и говорят о разграничении абсолютных и относительных прав как о вечной дилемме⁷⁷³. Е. М. Майерс признал именно научное значение дихотомии прав на абсолютные, относительные и наследственные на том основании, что такое деление вскрывает структурные особенности различных прав⁷⁷⁴, но тут же оговорился, указав, что в остальном в правовой системе современности оно заслуживает внимания только в той мере, в какой совпадает с другой классификацией, которая становится все более значимой в кодификациях новейшего времени. В этом качестве Е.М. Майерс называет права личности, имущественные, семейные и членские права.

Получается, что самостоятельность деления прав на абсолютные и относительные ставится под сомнение. Однако, как следует объяснять

⁷⁷¹ См.: Meijers E.M. *Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838*. P. 109 - 136; Idem. *La réforme du code civil néerlandais*. Paris, 1948. P. 159-173.

⁷⁷² См.: Rank-Berenschot E. *Over de scheidslijn tussen goederen – en verbintenissenrecht*. Deventer, 1992.

⁷⁷³ См.: Th.F. Jong. *De structuur van het goederenrecht*. Deventer, 2006. P.134.

⁷⁷⁴ См.: Meijers E.M. *Algemene leer van het burgerlijk Recht*. Lieden, 1948. P. 266.

трехчленную классификацию прав, предложенную Е.М. Майерсом? Обратимся к первоисточнику. Ученый отмечает, что относительные права – это права, которые вытекают из обязательств, накладываемых объективным правом на одно или несколько лиц. Абсолютные права, напротив, основаны на обязанности, возложенной на каждое лицо в интересах правообладателя. Основой наследственных прав является юридическая возможность изменить существующие правоотношения заявлением собственных притязаний на открывшееся наследство⁷⁷⁵. Обращает внимание неоднородность предлагаемой классификации, колеблющая единую основу (признак), положенный в ее основу. Так, автономия абсолютных и относительных прав обосновывается различием численного состава и действиями обязанных лиц, в то время как наследственные права, напротив, характеризуются исключительно действиями управомоченного лица, которым приписывается правопорождающие свойства. Кроме того, остается неясным, почему согласно излагаемой логике наследственные права не могут считаться абсолютными: едва ли все прочие (третьи) лица не связаны обязанностью не нарушать и не вмешиваться в осуществление прав наследника.

Чехия. Особого внимания в свете рассмотрения вопросов о законодательной дифференциации абсолютных и относительных прав требует текущая реформа чешского гражданского законодательства. Часть третья нового гражданского кодекса Чехии (*Občanský zákoník - OZ*) специально посвящена правовой регламентации абсолютных имущественных прав и состоит из трех глав: общих положений; вещных прав (владение, собственность, ограниченные вещные права, управление чужим имуществом); наследственного права⁷⁷⁶. Анализ структуры гражданского кодекса Чехии позволяет заключить, что законодатель прямо называет только два вида абсолютных имущественных прав: вещные и наследственные права.

⁷⁷⁵ Ibid.

⁷⁷⁶ Sbíрка zákonů. 2012. č. 89. S.113.

Речь идет не о введении в закон отдельного критерия различия между вещными и обязательственными правами по признаку абсолютности, а о крупном, универсальном делении всей системы имущественных прав. В данном случае уместно говорить о введении законодателем общего критерия классификации имущественных прав по признакам абсолютности и относительности. Детального исследования требуют признаки абсолютных имущественных прав, сформулированные непосредственно законодателем. Параграф 976 Кодекса Чехии закрепляет диспозитивную норму, что абсолютные имущественные права действуют в отношении каждого, если закон не устанавливает обратного, а § 977, напротив, императив - что только закон устанавливает, какие права на имущество являются абсолютными. Возникает вопрос о содержании абсолютного права. Получается, что направленность или действие права против всех третьих лиц не во всех случаях может считаться признаком абсолютного права, что исключает использование данного критерия в качестве универсального признака юридической природы субъективного гражданского права. Устанавливаемый законом закрытый перечень субъективных прав (*Numerus clausus*) традиционно рассматривается как особый признак вещных прав и не может быть использован без должного обоснования в качестве единственного устойчивого признака для абсолютных прав. Тем более, если учесть, что в § 978 чешский ГК закрепляет возможность уклониться (отступить) от законодательных предписаний об абсолютных имущественных правах соглашением с третьими лицами.

Принятый чешским законодателем подход к определению видов абсолютных прав не дает ответа на вопрос, почему в их числе не могут быть названы исключительные права. Причины столь неординарного законодательного решения следует искать в пояснительной записке к проекту Кодекса, где сказано, что «общая либерализация правового регулирования частной жизни, к которой стремится реформа, требует четкого различения абсолютного и относительного имущественного

права»⁷⁷⁷. Стоит отметить, что общие задачи развития системы частного права и тем более либерализации гражданского общества никак не оправдывают законодательной классификации имущественных прав на абсолютные и относительные. Думается, причины избранного законодателем решения следует искать в теории чешского права, традиции которой рассматривают абсолютные права главным образом как вещные⁷⁷⁸, делая акцент на том, что именно «проблемы права собственности как абсолютного права... приводят к построению или отрицанию теории абсолютных прав»⁷⁷⁹. Нам не удалось встретить иной достаточной аргументации, которая позволила бы ставить вопрос о необходимости законодательного деления имущественных прав на абсолютные и относительные в гражданском законодательстве Чехии, равно как усмотреть в формулировках законодателя четких и устойчивых признаков, идентифицирующих абсолютные права. Буквальное толкование общей части, посвященной абсолютным имущественным правам, не позволяет выделить из ГК Чехии общую нормативную основу регулирования абсолютных прав, которая могла быть реципирована правовыми системами иных правопорядков в ходе реформы собственного гражданского законодательства.

Венгрия. Гражданский кодекс Венгерской Народной Республики 1959 г. не содержал общих положений о понятии, видах, системе, основаниях классификации субъективных гражданских прав, как и специальных положений об отдельных их видах. Это обстоятельство следует связать с особенностями развития венгерской правовой системы, отсутствием продолжительное время собственной системы источников гражданского права, осложненных применением на территории Венгрии законодательства иных правопорядков, прежде всего австрийского - ABGB.

Приведенные положения не составили исключений для абсолютных и относительных, вещных прав, представления о которых развивались в

⁷⁷⁷ Důvodová zpráva. S. 251.

⁷⁷⁸ Slunéčova J. Existuje absolutní právní vztah? // Právník. Praha, 1989. Roc. 128. C.1. S. 31. Ср.: Čapek K. Předmět a systém hospodářského práva. Praha, 1984. S.74.

⁷⁷⁹ Slunéčova J. Op. cit. S. 34.

основном доктриной гражданского права. При этом ученые нередко замыкали систему абсолютных прав правом собственности. Можно встретить утверждения, что право собственности абсолютно по своему принципу. В доказательство приводится довод о том, что собственностью всегда владеют конкретные лица – человек, группа людей, коллектив. Таким образом, лица, не являющиеся собственниками, не имеют доступа к данному объекту собственности; они не имеют права препятствовать собственнику осуществлять право собственника⁷⁸⁰. Отмечается и иная сторона абсолютности права собственности, которая, как утверждается, «гарантирует только свободу собственника: то есть не дает другим лицам нежелательным образом вмешиваться в процесс реализации права собственности», оставляя за пределами установленных законом ограничений свободу выбора варианта поведения самому собственнику. Можно понять, что «абсолютный принцип» изначально не включает в себя активное поведение третьих лиц, которое в итоге может быть полезно для выполнения экономического предназначения вещи⁷⁸¹. Это довольно распространенный в юридической литературе подход⁷⁸².

Выше приведены суждения об абсолютности центрального вещного права – права собственности.

Однако нельзя обойти вниманием существенное уточнение, сделанное в теории, что абсолютность права собственности распространяется прежде всего не на право владения и пользования, а на право распоряжения. Последнее является не фактической ситуацией, требующей правовой защиты, а правовой возможностью, которую законодательство изначально закрепляет лишь за собственником и на которую третье лицо в принципе не может посягнуть. Если я продам дом, не являющийся моей собственностью, это не будет иметь юридической силы⁷⁸³. Вероятно, в этом ключе рассуждений осуществляется попытка положительного рассмотрения возможности существования иных субъективных прав, кроме права

⁷⁸⁰ Csanádi G. Polgári jog. Budapest, 1973. S. 125-126.

⁷⁸¹ Ibid.

⁷⁸² Ср.: Miklos V., Gyula E. Magyar polgári jog. T.1. P. 220- 243

⁷⁸³ См.: Csanádi G. Op. cit.

собственности, включающие в свое содержания правомочия владения и пользования, в качестве абсолютных. В таком случае абсолютность перестает считаться идентифицирующим признаком права собственности, а способна выступать характеристикой иных субъективных гражданских прав.

В венгерской цивилистической доктрине вопросы абсолютности и относительности субъективных гражданских прав исследованы обстоятельно и довольно подробно⁷⁸⁴. Л. Тот в своем специальном исследовании рассматривает не только общие вопросы разграничения абсолютных и относительных прав, но и вопросы абсолютной природы ряда ограниченных вещных прав.

В частности, ученым делаются выводы о том, что сервитут представляет собой абсолютное право, поскольку собственники служащих земельных участков должны претерпевать действия сервитуария, который является единственным правообладателем в этом случае. Правовые отношения возникают не по воле собственника и сервитуария, а в силу необходимости целевого использования господствующей и служащей недвижимости. Однако очевидно, что и сервитуарий несет обязанность по ограниченному пользованию чужим земельным участком в границах установленного сервитута и обязан придерживаться его бережной эксплуатации. Собственник обремененного земельного участка обязан содержать его в надлежащем состоянии, пригодном для осуществления сервитута, одновременно соблюдая падающую на неопределенный круг лиц пассивную юридическую обязанность по невмешательству в дела сервитуария. Из этих положений делается дискуссионный вывод о том, что сервитуты сопряжены с обязательствами, то есть абсолютные правоотношения сопряжены с относительными. Вместе с тем Л. Тот делает акцент на том, что сервитут следует рассматривать именно как абсолютное правоотношение, а не как относительное, которому лишь для усиления предаются гарантии абсолютной защиты⁷⁸⁵. Однако при таком подходе должна быть дана исчерпывающая и четкая характеристика и установлено

⁷⁸⁴ См.: Tóth L. Abszolút es Relatív magánjogi jogviszonyok. Budapest, 1933.

⁷⁸⁵ Ibid. S. 5-6.

значение относительных свойств сервитута, что не удается обнаружить в цитируемой работе.

Аналогичным по сути суждениям Л. Тот следует при рассмотрении абсолютной или относительной природы права залога и отмечает, что управомоченное лицо здесь одно и все обязаны соблюдать его права. Собственник же заложенной вещи помимо пассивного поведения обязан терпеть осуществление прав залогодержателя в случае нарушения обеспеченного залогом обязательства. Одновременно ученый указывает, что в праве залога видятся несколько различных правовых отношений: основное обязательство, само правоотношение залога, отношение залогодателя к предмету залога. Ученый особо подчеркивает, что в залоге существуют строго относительные правоотношения, возникающие между залогодержателем и правообладателем предмета залога, который не во всех случаях может являться собственником вещи, заключающие в себе обязательство по сохранению залога, предотвращению угрозы нанесения ему ущерба и возмещению расходов⁷⁸⁶.

Получается, что в венгерской доктрине гражданского права, как и в других правовых системах, обнаруживаются попытки моделирования не только абсолютных и относительных прав в чистом виде, но и их смешанных типов. При этом используется оригинальная система аргументации и доказательств.

До настоящего времени вопрос о законодательно определенных признаках абсолютных прав, системе абсолютных и относительных прав в Венгрии остается открытым. Проект гражданского кодекса Венгрии 1928 г., который, по утверждениям исследователей, наиболее полно вобрал в себя традиции и особенности развития венгерской правовой системы, при характеристике права собственности руководствовался положениями не об абсолютности, а об исключительности этого права. В частности, в § 431 Проекта говорится о том, что собственнику принадлежит полная и исключительная правовая сила над вещью, именно собственник имеет право свободно ею распоряжаться, имеет право на владение, извлечение плодов и

⁷⁸⁶ Ibid. P. 7.

получение иных доходов, следующих из вещи, а также на исключение любого неправомерного воздействия, оказываемого на вещь⁷⁸⁷. Как видно, это составляет одну из особенностей развития венгерского законодательства в сравнении с доктриной.

Гражданский кодекс Венгрии 2013 г. не предусматривает общих нормативных критериев разграничения абсолютных и относительных субъективных гражданских прав и частных характеристик абсолютности или относительности для закрепленных и урегулированных Кодексом субъективных гражданских прав.

Россия. *Expressis verbis* российское гражданское законодательство никогда не разграничивало вещные и обязательственные права по принципу их абсолютности или относительности. Анализ наметившихся тенденций развития законодательства также не позволяет признать абсолютность квалифицирующим признаком разграничения вещных и обязательственных прав. Об этом свидетельствуют положения Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации и Концепции развития законодательства о вещном праве⁷⁸⁸, а также проектируемые нормы поправок в действующий ГК РФ (ст. 222)⁷⁸⁹, где абсолютность не указывается как признак вещного права.

Пункт 3. ст. 222 Проекта изменений устанавливает именно абсолютную защиту вещного права, но не абсолютность как признак самого вещного права и его содержание. Вещные права защищаются от их нарушения, совершаемого любым лицом, независимо от того, известен этот нарушитель или нет.

В отличие от законодательства в юридической литературе классификационный признак деления прав на абсолютные и относительные

⁷⁸⁷ Цит. по: Tóth L. Op. cit. P.

⁷⁸⁸ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М., 2009. С. 76. Концепция развития законодательства о вещном праве // Вестник ВАС РФ. 2009. №4. С. 114.

⁷⁸⁹ См. проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «Консультант плюс».

за небольшим исключением⁷⁹⁰ традиционно сохраняется. Определенная специфика приобретает им при решении вопроса о соотношении вещных и обязательственных прав. Так, В.К. Райхер высказал мнение, что от понятия вещного права следует отказаться, в то время как существующее деление прав на абсолютные и относительные является верным⁷⁹¹. Радикальные выводы ученого, как представляется, были основаны не только на констатации «устаревших» догм вещного права (присутствии признаков вещных прав в обязательственных, и наоборот), но и продиктованы политико-правовыми соображениями. Еще дальше идет М.И. Брагинский, который считает, что деление субъективных прав на вещные и обязательственные, абсолютные и относительные «несомненно, условно»⁷⁹².

Известная ленинская установка на создание новой модели регулирования имущественных отношений, исключая влияние буржуазной доктрины гражданского права, подразумевала создание нового инструментария, научного аппарата и методов правового регулирования, обуславливала появление «новых категорий социалистического права», неотвратимость уничтожения буржуазного права пролетарской революцией⁷⁹³. Весьма сомнительно, что в этой ипостаси могли быть восприняты абсолютные и относительные права, учение о которых традиционно составляло едва ли не сердцевину полемики зарубежных цивилистов.

⁷⁹⁰ Так, Д.М. Генкин отмечал, что «деление прав на абсолютные и относительные ничем не оправдывается», что это деление основано «на апологетике капиталистической собственности... на идеалистической концепции субъективного права...и не имеет никакого практического значения». И. С. Перетерский отмечал, что «нельзя согласиться с существующей классификацией прав, когда к одной и той же категории относятся, например, и право собственности и родительские права». Доклад Д.М. Генкина по вопросу о классификации гражданских прав в советском гражданском праве // Советское государство и право. 1949. №11. С. 75-77.

⁷⁹¹ См.: Райхер В.К. Абсолютные и относительные права // Вестник экономического факультета Ленинградского политехнического института. Ленинград, 1928. №1 (XXV). С. 303-304.

⁷⁹² Брагинский М.И. Участие советского государства в гражданских правоотношениях // М.И. Брагинский. Избранное. М., 2008. С. 343

⁷⁹³ Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм // Пашуканис Е.Б. Избранные труды по общей теории права и государства. М., 1980. С. 23 и далее.

Допустим, что существовавшая концепция вещного права была заимствована из науки буржуазного права и предлагала в качестве основного своего признака наличие господства лица над вещью, а это не соответствовало задачам науки гражданского права советского периода и понималось как «фетишизация вещи», «игнорирование социального характера права». Возможно, в поисках «нового» решения ученым была предложена альтернативная классификация прав на абсолютные и относительные. Искусственное «умертвление» категории вещного права логически должно было бы повлечь автоматическое исчезновение парной категории - обязательственного права, история происхождения и содержание которого никак не в меньшей степени неразрывно связаны с традициями буржуазного частного права. Однако в необходимости искоренения обязательственного права ученый категоричных суждений не высказал. Умолчание о сохранении возможности отнесения прав к обязательственным в условиях исчезновения категории вещных прав наряду с утверждаемой классификацией прав на абсолютные и относительные означало половинчатое решение вопроса и дополнительные сложности, которые, как минимум, видятся в возможности трехчленной классификации прав: абсолютных, относительных и обязательственных. Изъятие из научного инструментария категории вещного права могло бы также повлечь дальнейшие споры о соотношении и единстве классификационных признаков абсолютности, относительности и обязательственности гражданских прав.

Изучение аргументов В.К. Райхера приводит и к другому немаловажному выводу. Научное обоснование несостоятельности категории вещного права с одновременным утверждением абсолютного права требует немедленной формулировки самих признаков абсолютного права. Представляется необоснованным определение индивидуальности абсолютного права признаками вещного права⁷⁹⁴. В таком случае весьма не бесспорно считать доказанными принципиальные и сущностные различия вещных и абсолютных прав, которые были предложены ученым. Весьма

⁷⁹⁴ Ср.: Райхер В.К. Указ. соч.

показательна в этой части обстоятельная критика работы В.К. Райхера в зарубежном праве. В частности, Днистрянски приводит следующие аргументы, с которыми представляется возможным согласиться: «на каждом шагу автор смешивает понятия абсолютных и относительных прав, использует реквизит абсолютности и относительности, чтобы стереть различия между вещными и обязательственными правами. Однако его логической тайной остается то, как он, несмотря на уравнивание обеих пар понятий, может выступать за отмену различия между вещными и обязательственными правами и в то же время придерживаться различия между абсолютными и относительными правами»⁷⁹⁵.

Позиция В.К. Райхера не встретила широкой поддержки и в отечественной юридической литературе⁷⁹⁶. Так, И.Б. Новицкий и Л.А. Лунц отмечали, что деление имущественных прав на вещные и обязательственные положено в основу при размещении материала в гражданских кодексах Союзных республик, соответствует судебной практике⁷⁹⁷, и считали, что в советской системе права не делает неточности противопоставление не вещных прав обязательственным, а права собственности - последним, поскольку на тот период развития право собственности практически исчерпывало всю предметную область вещных прав. В этом аспекте критика учения В.К. Райхера затронула только лишь вопрос о целесообразности замены вещного права абсолютным, что никак не способствовало исследованию содержательной основы и индивидуальности самих абсолютных прав. Кроме того, акцент абсолютности был смещен с общей характеристики вещных прав на отдельный институт – право собственности.

⁷⁹⁵ Dnistrjanskyj. Absolute und relative Rechte (Zum Problem der Einteilung der Vermögensrechte). Mitbesonderer Berücksichtigung des Sowjetrechts by W. K. Reicher Review // AcP 1931. Bd. 133. S. 223.

⁷⁹⁶ Это утверждение не может восприниматься как догма, поскольку в германской теории гражданского права указывается, что «понятия вещного права нужно избегать в общеправовой науке и заменять его абсолютным правом... в доктрине понятие вещных прав традиционно и вследствие своей образности пока что не вытесняется» (Ср.: Bucher E. Op. cit. S. 136.)

⁷⁹⁷ См.: Лунц Л.А., Новицкий И.Б. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 45.

Приведенные обстоятельства отражают существенную историческую особенность развития отечественной цивилистики, не являющуюся характерной чертой развития большинства правопорядков континентальной Европы, во всяком случае, в Новое и Новейшее время.

Далее могут быть отмечены особенности отечественной цивилистики, сопутствующие решению проблемы разграничения абсолютных и относительных прав на различных этапах ее развития. С.И. Аскназий считал, что «проблема вещных и обязательственных прав не может рассматриваться как проблема систематики и классификации гражданских правоотношений, должны быть выявлены реальные общественные отношения, которые лежат в основе каждого из этих двух отношений», что «анализ одних только юридических отношений собственности не может привести к выявлению их обязанных субъектов»⁷⁹⁸. Такой подход соответствует высказанной ранее позиции П.И. Стучки, утверждавшего, что «хозяйственное право есть формальное опосредование экономики»⁷⁹⁹. В данном случае анализ экономической материи призван подменить изучение специфики правового регулирования опосредуемых правом отношений без всякого учета существенных различий в предмете и методах регулирования экономических и правовых отношений. Изучение закономерностей развития экономических отношений не может подменять анализа правовой формы их регулирования и наоборот. Изложенным подходом полностью игнорируется значимость и необходимость исследования специфики формы существования экономических отношений в правопорядке, что методологически неверно. При этом экономическая основа отношений собственности действительно предполагает присвоение и одновременное отчуждение той или иной вещи, но эта закономерность важна лишь для характеристики экономических отношений собственности и не имеет точек соприкосновения с правовой материей, в частности, с разнообразием правовых отношений, складывающихся в подотрасли вещного права.

⁷⁹⁸ Аскназий С.И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2008. С. 505 и др.

⁷⁹⁹ Стучка П.И. Курс советского гражданского права. М., 1929. т.1. С. 18.

В советской юридической литературе была высказана точка зрения, согласно которой именно на примере абсолютного права очевидна необходимость различия правового статуса и конкретного права. В развитие этого положения Р.О. Халфина указывала, что возможность иметь имущество в личной собственности, быть носителем авторских, изобретательских прав является элементом правового статуса гражданина. Но это абстрактная возможность, которая у многих граждан не реализуется в течение всей жизни⁸⁰⁰. Однако, с нашей точки зрения, из этого никак не усматривается специфика абсолютных прав. Например, заемное обязательство. По логике ученого права и обязанности заемщика будут относительны, а не абсолютны: ведь в цитируемой работе Р.О. Халфина считает абсолютными те права, в которых правомочию лица соответствует обязанность неопределенного круга лиц. Теперь представим себе некоего гражданина N, который всю жизнь хотел бы жить на заемные средства, но в связи с тем, что никто не согласился вступить с ним обязательственные отношения, такая возможность ему так и не представилась. Возникает вопрос, чем в данном случае определяется специфика абсолютных и относительных прав в условиях различия правового статуса и конкретного права, ведь несостоявшийся собственник и несостоявшийся должник будут страдать в данном случае одинаково. А то, что первый и второй гипотетически могли бы стать субъектами вещных и обязательственных прав, не вызывает никаких сомнений.

Приведенные положения об отличительном характере взаимосвязи правоспособности и субъективного гражданского права в правах абсолютных не могут быть поняты как попытка отождествления абсолютных прав и правоспособности. Трудно согласиться с Ц.А. Ямпольской в том, что правоспособность может пониматься как субъективное право в потенции⁸⁰¹, как и в том, что в развитии субъективного права обосновано выделять три

⁸⁰⁰ См.: Халфина Р.О. *Общее учение о правоотношении*. М., 1974. С. 119. Ср.: Явич Л.С. *Проблемы правового регулирования советских общественных отношений* М., 1961. С. 116.

⁸⁰¹ См.: Ямпольская Ц.А. *О субъективных правах советских граждан и их гарантиях* // *Вопросы советского государственного права*. М., 1959. С. 159.

важнейших состояния: стадия правоспособности – 1) потенциальное состояние субъективного права; 2) возникновение субъективного права как такового благодаря наличию определенных юридических фактов 3) реализация субъективного права, то есть стадия притязания⁸⁰². Напротив, нельзя не признать правоту С.Н. Братуся, заключившего, что правоспособность – это только возможность быть субъектом всех тех прав и обязанностей, которые признаны и допущены объективным правом⁸⁰³. Из этого очевидно, что при характеристике соотношения субъективного права и правоспособности речь идет о различных по сути и содержанию правовых явлениях, которые вдобавок ко всему существуют в различных правовых пространствах: конкретное субъективное право в сфере объективной юридической действительности как реализовавшаяся правоспособность субъекта в соответствующей части, правоспособность – в сфере возможности субъекта права. Правоспособность вполне может пониматься как необходимая предпосылка субъективного права, но никак не как его стадия развития. Субъективное гражданское право и правоспособность не перетекающие друг в друга явления: правоспособность никогда не превратится в субъективное право, а субъективное право – в правоспособность. Представляется уместным замечание Е.А. Флейшиц о том, что правоспособность может быть охарактеризована как «бланкетная возможность». Субъективное право опосредует правовое отношение субъектов права и его объекта, правоспособность же может быть определена как длящаяся связь между управомоченным лицом и правопорядком. Однако из этих положений с должной очевидностью не следует, что в правоспособность входят все субъективные права⁸⁰⁴. Этот вывод представляется неточным, поскольку предполагает, что правоспособность включает в себя одновременно все возможные субъективные права, которых

⁸⁰² Там же С. 161.

⁸⁰³ Братусь С.Н. Субъекты гражданского права М., 1950. С. 5.

⁸⁰⁴ См.: Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Ленинград, 1968. С.13. Иоффе О.С. Советское гражданское право. 1958.

может не быть в наличии в конкретный момент у правоспособного лица. В этом случае возникают обоснованные вопросы о содержании правоспособности.

Обнаруживаются серьезные основания, препятствующие причислению правоспособности к числу субъективных прав и распространению в отношении нее имеющихся классификаций. Весьма сложно представить правоспособность в качестве субъективного права *sui generis* ввиду крайней расплывчатости данной терминологии. К примеру, как в противном случае должна выглядеть система субъективных гражданских прав и каково соотношение ее элементов? Почему правоспособность, конструируемая как субъективное гражданское право, включает в себя возможность обладания как правами, так и обязанностями? Наконец, чьей пассивной обязанности должно корреспондировать такое субъективное право, кто и каким образом в состоянии его нарушить?

Правоспособность должна быть воспринята не в контексте понятия субъективного гражданского права или конкретного вида последнего, а только как необходимое и базовое условие для возникновения любого субъективного права - как устойчивая правовая связь между лицом и правопорядком, взаимность которой обеспечивает приобретение первым статуса субъекта права и причитающимся ему в этом статусе правовых гарантий, а вторым адресата властных велений, обязанностей и правонаделений, выраженных в нормах объективного права. Устойчивость и длительность этой связи предопределяется условиями существования самого субъекта права. Именно правоспособность идентифицирует субъекта права, а нормы объективного права определяют условия правоспособности и юридические факты, достаточные для реализации правовых возможностей в правоспособность, в которой подобно оболочке вызревает субъект права. Данная связь правопорядка и субъекта права имеет публично-правовую природу, но именно на ней строится большинство частных прав и институтов. В данном случае весьма сложно разделять общую и отраслевую правоспособность.

Нельзя сказать, что в данном случае правоспособность предопределяет равный объем правовых возможностей, но лишь равные возможности по реализации юридически значимого поведения в каждом конкретном случае. Очень удачно замечание С.И. Архипова, что субъекты права связаны общей родовой связью, объединяющей их с правопорядком и между собой. Данная связь является родовой в том смысле, что ею определяется сама принадлежность лица к правовому сообществу, к кругу субъектов права⁸⁰⁵.

В современной теории российского гражданского права характеристика абсолютности вещных прав также не лишена своеобразия. Е.А. Суханов предлагает видеть абсолютность вещного права в его действии в отношении всех прочих лиц, поскольку вещные права действуют против всех лиц, именно все прочие должны быть ясно осведомлены о содержании и видах указанных прав, количество которых должно быть обзримым, а новые правообладатели должны знать заранее, что именно ими приобретается⁸⁰⁶.

Однако вопросы радиуса действия субъективного права сами по себе мало изучены, и их научно-теоретическая и практическая ценность для решения вопросов о сущности, содержании, классификации субъективных гражданских прав неочевидна. Можно ли представить себе существование прав, гипотетическая возможность нарушения которых заведомо бы исключалась неограниченным числом существующих в обороте лиц (любим и каждым), о которых правообладателю до момента правонарушения даже известно не было, а личность потенциального правонарушителя напротив заведомо замыкалась бы лицом, состоящим с правообладателем в конкретных правовых отношениях? Положительный ответ на этот вопрос спровоцировал бы вывод о том, что правонарушителем в такой ситуации мог бы считаться исключительно контрагент того же собственника. Но как быть в той ситуации, когда любое не связанное с собственником лицо все-таки окажется способным к правонарушению?

⁸⁰⁵ См.: Архипов С.И. Субъект права (теоретическое исследование): дис... док-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 113.

⁸⁰⁶ См.: Суханов Е.А. Понятия и виды вещных прав // Е.А. Суханов Проблемы реформирования гражданского кодекса России. Избранные труды. 2008-2012. М. 2013. С. 314.

Нельзя сказать, что похожая интерпретация существа вещного права не знакома германским цивилистам. К примеру, Х.Й. Вилинг отмечает, что абсолютность характерна для вещных прав, т.к. вещные права действуют в отношении не конкретного должника, а всех лиц без исключения.

Интересно, что далее следует, на наш взгляд, существенная оговорка: действие некоторых вещных прав эффективно лишь в отношении определенных лиц. Ученый ссылается на случаи, когда в отношении вещи собственника установлен запрет на ее отчуждение в пользу конкретных лиц (§ 135, 136 BGB). Х.Й. Вилинг называет право собственности в таком случае относительным – *Relative Eigentum*⁸⁰⁷.

Следует учесть, что эти ограничения являются, как правило, временными и их действие распространяется лишь на определенных лиц – заинтересованных, круг которых определен законом. Полагаем, в данном случае уместнее говорить об особой разновидности права собственности, в структуре которого учтены не только права и интересы правообладателя, но и права и интересы особой группы лиц. Однако существование этой «особой разновидности» не может повлечь противостояния отношений абсолютной и относительной собственности как самостоятельных гражданско-правовых категорий в системе вещного права. Тем более ничем не обоснован вывод о принципиально различных задачах правового регулирования в этом случае. Открытым остается вопрос о значении классификации субъективных гражданских прав на абсолютные и относительные, в особенности о возможности использования признака абсолютности для нормативной систематизации прав вещных.

Вопросы нормативной определенности содержания и конкретных видов вещных прав характеризуются свойством их публичности и ограниченного перечня – *Numerus clausus*, что далеко не одно и то же с их абсолютностью. Совсем другую характеристику существа вещных прав предлагает В.П. Мозолин, считая, что вещные права предоставляют их субъекту независимо от кого бы то ни было другого воздействовать на

⁸⁰⁷ См.: Wieling H.J. Sachenrecht. Heidelberg, 2005. S. 22.

вещь⁸⁰⁸. Однако обосновано ли возможность собственного выбора в совершении тех или иных действий с вещью считать определяющим признаком абсолютности вещной природы субъективного права? Неужели не существует иных субъективных прав с теми же признаками, юридическая природа которых далека от вещных прав? В ином ключе рассуждает А.Г. Диденко, который, с одной стороны, не видит возможности аргументации единого универсального определения вещного права и их однородной системы⁸⁰⁹, с другой - не считает абсолютность квалифицирующим признаком вещных прав и прямо допускает существование субъективных прав «с вещным элементом», не образующих самостоятельного класса прав⁸¹⁰. Полагаем, что при таком понимании страдает однородность и внутреннее единство как самой подотрасли вещного права, так и системы субъективных гражданских прав в целом.

На основании вышеизложенного возможно прийти к следующим выводам:

В источниках римского права и их толковании цивилистической наукой более позднего времени не может быть обнаружено обобщения принципов частного права, общего понятия родовых и видовых групп субъективных прав, их систематизации по четкому критерию классификации вследствие казуистического менталитета римских юристов, формировании «науки римского права» в более поздние исторические этапы в сравнении с жизнью римской цивилизации.

§ 2. Теоретическая концепция абсолютного и относительного субъективного гражданского права

Исследование проблем соотношения абсолютных и относительных прав, выявления свойств абсолютного и относительного права невозможно без выяснения первоначальной этимологической основы абсолютности и

⁸⁰⁸ См.: Мозолин В.П. Гражданское право / учебник. М., 2005. Т. 1. С. 317.

⁸⁰⁹ См.: Диденко А.Г. Проблемы вещного права // Проблемы современной цивилистики / сб. статей памяти проф. С.М. Корнеева. М., 2013. С. 132, 138.

⁸¹⁰ Там же. С. 134.

относительности как общего признака предмета исследования. Абсолютность связывается с самодовлеющими категориями неисчерпаемости, временной и пространственной независимости явления от внешних проявлений, первоосновы и внутренней гармонии. Указание на абсолютность характеризует явление и его свойства само по себе. Относительность противопоставлена абсолютности, позиционируя явление не само по себе, а только во взаимосвязи с другими явлениями. Изначально это учитывалось в юридической литературе, где было отмечено, что абсолютная и относительная дедукция лежали в основе правопонимания: относительность понималась как зависимость, а абсолютность как целостность⁸¹¹. Неслучайно, что в современной юридической литературе говорится о том, что относительные правовые отношения считаются таковыми постольку, поскольку они возникают и существуют относительно чего-либо: относительно лица, пообещавшего выполнить какое-либо действие или воздержаться от его совершения⁸¹².

Понятия абсолютности и относительности являются автономными и равнообъемными, их пересечение или подчинение невозможно ввиду принципиальных сущностных различий. Правовая наука не может игнорировать эти положения, рассуждая, в частности, о новизне и жизнеспособности смешанных конструкций абсолютно-относительных прав. Предикат абсолютности и относительности, уже обладая определенным значением, наполняет классифицируемые субъективные гражданские права соответствующим смыслом.

Абсолютность права не должна отождествляться с его абстрактностью, в том числе с абстрактным притязанием получения какого-либо имущества в будущем. Невозможно согласиться с Я. Вильгельмом, считающим, что абсолютность права может иметь место, когда требования кредитора направлены не на определенный предмет, а на абстрактное требование к

⁸¹¹ Feuerbach P.J.A. Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen rechte. Altona, 1796. S. 36, 93, 217.

⁸¹² См.: Tóth L. Op. cit. P. 1-2.

должнику, срок исполнения которого наступит в будущем⁸¹³. На базе отстаиваемой позиции Я. Вильгельм подвергает сомнению обоснованность позиции Верховного земельного суда Франкфурта –на – Майне, отказавшему истце в удовлетворении требований к ответчику, связавшему себя обязательством удовлетворить потребности истца в жидком газе в любом объеме. При разрешении спора суд указал, что право истицы не является абсолютным, защищенным против всех и каждого, а также, что фактическим основанием иска явилось неполучение истцом газа у не участвующего в деле третьего лица, с которым ответчик не состоял в гражданских правоотношениях. В обоснование своей позиции Я. Вильгельм считает достаточным указать на то, что истец предъявил требование не к третьему лицу, а к собственному контрагенту, и это никак не влияет на абсолютную характеристику права истца. Впрочем, из доступных материалов комментируемого Я. Вильгельмом спора не усматривается, что ответчик не исполнил своих обязательств по поставке затребованного истцом газа, а характер договоренностей истца и ответчика не позволяет однозначно утверждать, что ответчик принял на себя обязанность отвечать за надлежащее исполнение обязательств по поставке газа истцу любым участником оборота. Неопределенность будущих притязаний не свидетельствует в пользу признания субъективного гражданского права абсолютным или относительным.

Интересы частных лиц и соответствующие им варианты поведения в имущественном обороте, как и конкретные субъективные права, должны различаться в зависимости от того, могут ли быть удовлетворены соответствующие потребности или осуществлены права самостоятельно или же для этого требуется участие иных субъектов. В этом усматриваются принципиальные основы разграничения абсолютных и относительных прав.

Необходимо выделить два больших класса субъективных гражданских прав, различных по своей юридической природе. Это различие является критерием группировки субъективных прав по родовому признаку, внутри

⁸¹³ См.: Wilhelm J. Op. cit. S. 44.

которого возможно дополнительное обособление институтов права по видовым признакам.

1. Субъективные права, осуществление, а иногда и возникновение⁸¹⁴ которых не требует взаимодействия управомоченного лица с любыми третьими лицами, – права абсолютные⁸¹⁵. Логично предположить, что если соответствующие правовые возможности, заложенные в содержание субъективного гражданского права, могут быть удовлетворены самостоятельно и без участия третьих лиц, то законодательная регламентация требует лишь сохранения такого положения. В этом смысле абсолютное право устанавливает непосредственную правовую связь между объектом и субъектом права, реализующим свой интерес непосредственно, а не регуляцию взаимоотношений управомоченного и обязанных лиц. Зеркальным отражением этого свойства является то, что осуществление управомоченным лицом правомочий не связано и непосредственно не зависит от воли и поведения никаких других / третьих лиц. В данной связи не следует делать вывод, что абсолютные права оторваны от социального контекста права, поскольку нормами права в данном случае устанавливается мера возможного поведения управомоченного лица, а специальная регламентация поведения третьих лиц посредством установления гражданско-правовых обязанностей оказывается излишней, поскольку с этой задачей успешно справляется механизм юридических запретов.

В абсолютном праве интересы защиты собственного имущества, своей жизни, своей свободы исходят непосредственно от основных инстинктов отдельного человека и защищаются против любого, кто планирует покуситься на них. Интерес управомоченного лица состоит в сохранении и защите существующего положения и в этом смысле может характеризоваться пассивной направленностью. Гарантией реализации интереса управомоченного лица в абсолютном праве является неукоснительное соблюдение третьими лицами установленного законом запрета на его

⁸¹⁴ Например, создание вещи, произведения.

⁸¹⁵ В данном аспекте абсолютные права рассматриваются не на стадии становления, а в состоянии существования.

нарушение. Императивные нормы, выражающие запрет на нарушение абсолютных прав, имеют всеобщее действие и потенциально ориентированы на любого субъекта гражданского права (абсолютный запрет). Однако из этого не следует, что категория абсолютного права может быть редуцирована к абсолютному запрету.

Правильно было бы сказать, что абсолютные права, прежде всего права вещные, могут характеризоваться как установительные, которые формируют материально-правовой статус субъекта, позволяющий ему впоследствии участвовать в динамике гражданско-правовых отношений.

Поведение обладателя абсолютного права варьируется в зависимости от вида принадлежащего ему права. В личных неимущественных правах связи субъектов обладают значительным своеобразием: я – субъект правообладания, поскольку могу требовать, чтобы никто не наносил мне вреда; я – объект правовых отношений, поскольку для всех существует запрет на доступ ко мне и я же (мое существование) – основа возникновения правовых отношений⁸¹⁶. Ребенок, ни в коем случае не является объектом права, а может восприниматься правом не иначе, как правовой субъект.

Различны и основания возникновения абсолютных прав. Так, если для возникновения и осуществления личных неимущественных прав (право на имя, на телесную неприкосновенность, честь и др.) требуется жизнь конкретного человека, то для вещных прав в зависимости от конкретной ситуации требуются совсем иные юридические факты: создание вещи, сделка по приобретению вещи, традиция вещи.

Осуществление абсолютных прав, как правило, не связывается и не определяется конкретным сроком, что не характерно по большей части для прав относительных.

Абсолютные права направлены на конкретный объект права, который не является заменимым, альтернативным, определяется строго индивидуальными признаками, а не родовой совокупностью (к примеру, конкретная вещь, жизнь, здоровье).

⁸¹⁶ См. Tóth L. Op. cit. P. 3.

В статике абсолютных прав интерес управомоченного лица в сохранении существующего положения вступает в активную фазу развития, когда третье лицо вторгается в сферу правового господства субъекта права, нарушая этот интерес, или же само управомоченное лицо в целях реализации своих интересов считает возможным допустить к сфере своего правового господства третьих лиц, вступив с ними в правовые отношения. Юридический факт нарушения права является основанием преобразования пассивного интереса в активный. Устранение нарушения права влечет возврат интереса управомоченного лица к пассивному состоянию.

Высказанные соображения о содержательном различии абсолютных и относительных прав позволяют не согласиться с точкой зрения Н.Д. Егорова, который заметил, что личные неимущественные отношения рассматриваются как отношения «абсолютного типа», но тут же оговорился, что нормами права регулируются и относительные неимущественные отношения (отношения между родителями и детьми по воспитанию последних)⁸¹⁷.

Однако, по нашему мнению, относительными данные отношения могут считаться только в том случае, если под абсолютностью понимать правовую связь управомоченного лица со всеми прочими лицами, а под относительностью - правовую связь строго определенных лиц. Если же принять во внимание особенности правового статуса участников отношений (в данном случае родителей и детей), то вполне очевидна уникальность правового статуса тех и других, невозможность смены субъектов правовых отношений, переуступки принадлежащих им прав, отсутствие прямой зависимости прав родителей в отношении детей и детей в отношении родителей (к примеру, родитель, не участвующий в воспитании ребенка в определенный период, автоматически не утрачивает права на последующее общение с ним, как и ребенок не утрачивает прав на общение с таким родителем), вследствие чего возникают сомнения в относительности правовой связи субъектов.

⁸¹⁷ См.: Егоров Н.Д. Понятие гражданского права // Вестник гражданского права. 2012. №4. Т.12. С. 46.

Соотношение абсолютных и вещных прав можно определить соотношением общего (родового) и частного (видового) понятия, где общим является абсолютное, а частным – вещное. По законам логики родовое понятие не может характеризоваться индивидуальными свойствами видового. Соответственно, вещное право может характеризоваться общей спецификой абсолютного, но не наоборот. Тем не менее отсутствуют веские основания считать абсолютность главным или преимущественным признаком вещного права, настаивая на том, что «вещные права характеризуются прежде всего своим абсолютным характером, ибо корреспондирующие им обязанности пассивного типа возлагаются не на каких-либо конкретных «должников», а на всех третьих лиц»⁸¹⁸. Гипертрофированное толкование этого положения способно привести к весьма нежелательным последствиям. Если согласиться с тем, что основной и определяющей чертой вещных прав является их абсолютность, то это повлечет отождествление понятий вещного и абсолютного права, поскольку специфика вещных прав будет определяться их причислением к правам абсолютным. Наконец, определение существа вещного права отношением управомоченного лица и противостоящего ему неопределенного круга лиц создает риск лишения вещного права присущей ему индивидуальности, состоящей в возможности господства лица над вещью, а не над поведением третьих лиц, что было бы более характерно для прав обязательственных.

2. Противоположность правам абсолютным составляют права относительные – субъективные права, возможность возникновения и осуществления которых связана с интересом, достижение которого возможно лишь при условии взаимодействия с третьими лицами. Такие права следует считать относительными. П. Эртманн не без оснований считает «относительную функцию» права в том, что состояние одного из субъектов относительного права характеризуется возможностью существенного воздействия (влияния) на возможность совершения действия и поведение

⁸¹⁸ См.: Право собственности. Актуальные проблемы / под ред. В.Н. Литовкина, Е.А. Суханова, В.В. Чубарова. М., 2008. С. 50.

связанного с ним лица⁸¹⁹. Содержание и понятие субъективного права в данном случае неразрывно связаны с другим субъектом права. В обязательственном праве совместно они именуется контрагентами, имеющими в отношении друг друга взаимные права и обязанности.

Относительные права в договорном праве получили свое основное развитие с ростом товарообмена, становлением хозяйственных связей его участников, усложнением правового регулирования в этих сферах и в отличие от прав абсолютных имеют более короткую историю, связанную с эволюцией социально-экономических связей между людьми. Верной и емкой может считаться характеристика относительных прав, предложенная Р.Х. Вебером, что относительные права «возникают в отношениях между двумя лицами, которые вступают друг с другом в контакт посредством «соприкосновения» (договор, деликт) любого рода»⁸²⁰.

Заинтересованное лицо побуждает других лиц к оказанию содействия в удовлетворении собственных правовых и экономических интересов на взаимовыгодных началах. Данные лица в большинстве случаев находятся в состоянии юридического равенства, позволяющем самостоятельно решить вопрос о приобретении тех или иных прав и обязанностей. Классическим, но не единственным случаем проявления относительных субъективных прав могут считаться обязательственные права.

Отношения должника и кредитора предполагают совершение положительных действий по исполнению активной обязанности, требование ее совершения, принятию предложенного исполнения другой стороной. Гражданско-правовая обязанность должника и право требования кредитора в обязательстве предопределены друг другом, являются зеркальными. С уверенностью можно сказать, что правомочие кредитора является обязанностью должника и в этом смысле правомочие и обязанность, имея единую юридическую природу, взаимообусловлены и корреспондируют друг

⁸¹⁹ См.: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. S. 135.

⁸²⁰ Weber R.H. Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten? // Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey. zum 60. Zuerich, 2003. S. 585.

другу. Нельзя полноценно и с исчерпывающей точностью охарактеризовать существо обязательства в статике и обособленно только как право требования кредитора или только обязанность должника: одно предопределяет и органически связано с другим.

Динамическая природа обязательственных прав предполагает смену субъекта обязанности и права требования в период жизни едва ли не каждого обязательства, к примеру, кредитор по заключенному договору обязуется предоставить кредит, а должник вправе требовать зачисления суммы кредита на свой счет, но должник правомочен требовать от кредитора надлежащих условий сохранения переданного предмета залога в обеспечение кредитного обязательства, неразглашения конфиденциальной информации о деятельности должника. После зачисления суммы кредита на счет должника, исполнения предусмотренных договором условий кредитор считается вправе требовать от заемщика возврата кредита и уплаты предусмотренных договором процентов за пользование им, использования полученного кредита строго по целевому назначению согласно условиям договора. Как видим, в период «жизни» обязательства должник и кредитор нередко меняются местами в части несения установленной юридической обязанности и осуществления конкретных правомочий. Природа относительного субъективного обязательственного права предполагает режим активного взаимодействия участвующих в нем лиц, статус которых не является статичным: как правило, должник обладает правами требования и в этой части считается кредитором, а кредитор связан обязанностями в пользу должника, в связи с чем в этой части может быть признан должником. В данной связи существенное отличие между абсолютными и относительными правами усматривается в особенностях статуса управомоченного лица.

Вызывает сомнения универсальность утверждения Д.М. Генкина о том, что «при субъективном праве установление будущего конкретного правоотношения не зависит целиком от усмотрения другой стороны. Обязательство еще не установлено, но другая сторона этого будущего

обязательства находится в состоянии правовой связанности, соответствующей субъективному праву первой стороны»⁸²¹.

Следует согласиться с мнением М.М. Агаркова, что взаимные отличия между абсолютными и относительными правами могут быть усмотрены в свойствах объекта права⁸²². В абсолютных правах речь, как правило, идет об индивидуально-определенном объекте (конкретная жизнь, телесная неприкосновенность или честь конкретного лица, строго определенная вещь и т.д.). К примеру, абсолютное право не может иметь в качестве своего объекта жизнь вообще, произведение в жанре романа или повести без указания названия, абстрактную симфонию без названия и нотного обозначения, 50 литров бензина и т.д. Это утверждение сомнительно в отношении прав относительных. Одно лицо вполне может на договорной основе обязаться к определенному сроку и условиях передать другому те же 50 литров бензина, написать определенное произведение в оговоренном жанре творчества. Это позволяет сделать вывод, что объект абсолютных прав в большинстве случаев строго индивидуализирован, а относительных может определяться родовыми признаками. Однако это не единственный и не самодостаточный признак отличия сопоставляемых категорий.

Обращает на себя внимание и активная форма существования интереса в относительных субъективных правах. Интерес субъекта заключается в побуждении совершения действий другим лицом, а не в сохранении существующего положения. Таким образом, речь идет не о пассивном, а об инициативно-активном интересе, направленном на изменение уже существующего положения в правовой среде, приобретение новых гражданских прав. Реализация интереса управомоченного лица в относительном праве находится в прямой зависимости от добросовестного и надлежащего исполнения обязанности, возложенной на обязанное лицо силой установленного волей сторон отношения. Как правило, данные

⁸²¹ См.: Генкин Д.М. Правовое регулирование труда в промысловой кооперации: дис...д-ра юрид. наук. М., 1939. С. 151.

⁸²² Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 62. В данной связи сомнения возникли лишь относительно возможности увязки существа абсолютного права только с учением об объектах права вообще.

отношения лежат в области обязательственного права. Сама суть обязательства не оставляет возможности для отнесения прав его участников к числу абсолютных.

В литературе уже отмечался содержательный, а не количественный критерий отличия относительных прав. Х.Э. Хенке понимает под относительностью особое свойство, присущее отношениям должника и кредитора, не допускающее к нему других лиц: если же третье лицо вторгается в эти отношения, то стороны вправе противостоять этому⁸²³. Далее следуют доказательства того, что невозможность создания обязанности для третьего лица, не участвующего в договоре, объясняется именно принципом относительности. Однако в этом случае возможна и иная интерпретация относительности, которая излишне упрощает структуру обязательства. Возьмем для примера конструкцию договора в пользу третьего лица, которое не участвовало в изначальных отношениях должника и кредитора, но, выразив намерение воспользоваться своим правом по заключенному договору, лишило возможности сторон изменить или расторгнуть договор без своего согласия. В нормах о договоре в пользу третьего лица Х.Э. Хенке видит опасность для «основных структур обязательственного права»⁸²⁴. Скорее, эта угроза распространяется на им же выработанное понятие относительности. Возможность исполнения чужого обязательства неличного характера в большинстве случаев предполагается, а в отдельных случаях оговаривается непосредственно нормой закона (ч. 2 ст. 313 ГК РФ) и, как правило, не является заранее оговоренной должником и кредитором.

Устанавливая диспозитивным методом регулирования возможные права и обязанности участников определенного договорного отношения в сфере обязательственного права, законодатель определяет возможную рамочную модель их взаимных прав и обязанностей с определением

⁸²³ См.: Henke H. E. Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses. Wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner? // Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 121. Berlin, 1989. S. 4. 11.

⁸²⁴ Ibid. S. 34.

соответствующих им притязаний. Причем специфика регламентируемых притязаний состоит в том, что они стоят на страже потенциальных интересов их будущих участников, защищая не наличные, а гипотетические интересы и выгоды в будущем. Сами нормы законодательства в данном случае имеют не строго запретительный, а регулятивно-обязывающий характер.

Отличия абсолютных и относительных прав могут усматриваться не только в этом, но и в том, что пассивный интерес, соответствующий правам абсолютным, сам по себе не самостоятелен и не является самоцелью в праве. Его существование заранее продиктовано необходимостью сохранения уже существующего правового положения – абсолютного субъективного права; здесь нет созидającego начала. Активная фаза существования интереса в абсолютном праве - это реакция на внешний раздражитель – правонарушение. Активный интерес в сохранении пассивного состояния не самостоятелен, а обусловлен существованием самого пассивного состояния. Благодаря этому, в случае нарушения права пассивное правовое состояние получает признание, поддержку и защиту правопорядка.

Инициативно-активный интерес в относительных правах представляет собой самодовлеющую категорию, он существует сам по себе и полностью исчерпывает себя. Абсолютный интерес направлен на восстановление уже существовавшего до момента правонарушения состояния, а относительный - на первичное возникновение самого правового положения. Интерес управомоченного лица в относительном праве состоит не в сохранении существующего положения, а в возникновении новых субъективных гражданских прав и обязанностей, что подчеркивает его самостоятельность и отличия от прав абсолютных.

Содержание и специфика абсолютного права не исчерпываются конгломератом требований о невмешательстве в дела другого лица, а подчеркивают наивысшую форму свободы и независимости управомоченного лица в отношениях, регулируемых гражданским правом. Излагаемая позиция не позволяет согласиться с М.М. Агарковым, предлагающим считать, что «содержанием вещного (и вообще абсолютного)

права является требование от пассивных субъектов воздерживаться от того или иного действия»⁸²⁵, а также с Я.М. Магазинером заключившим, что «как и всякое право собственности есть право на чужие обязательные действия в виде воздержания от помехи собственнику, в виде положительных обязанностей перед собственником, содействие ему и т.д.»⁸²⁶. Как раз наоборот, сущностное содержание абсолютного права следует видеть в возможности управомоченного лица по своему усмотрению и независимо от кого бы то ни было осуществлять заложенные в содержание субъективного права правовые возможности.

Абсолютные права ориентированы на пассивное поведение третьих/других лиц и на активные действия управомоченного лица, в то время как относительные права могут быть охарактеризованы как взаимовыгодное и добровольное взаимодействие субъектов на эквивалентной основе, направленное на достижение качественно нового правового результата в статике гражданских правоотношений. При этом речь, как правило, идет о том, что должник и кредитор могут выступать во взаимнообратном динамическом статусе в сконструированной ими модели правового поведения.

Трудно согласиться с концепцией абсолютных прав, излагаемой Л.А. Кассо: «Абсолютное право, как и относительное, является отношением одного субъекта к другому; отличительным моментом признается внешний объем осуществимости права или, точнее, круг лиц, подверженных его воздействию. Относительное правомочие осуществимо только против одного определенного лица; абсолютные права, наоборот, направляются против любого лица, как только последнее становится в противоречие интересам управомоченного субъекта. Если арендный договор вносится в крепостную книгу, то он из относительного правоотношения превращается в абсолютное; осуществимость его только расширяется, но внутренне содержание правомочий арендатора остается неизменным и не может быть приравнено к

⁸²⁵См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 57.

⁸²⁶См.: Магазинер Я.М. Объект права // Очерки по гражданскому праву. Л., 1957. С. 73.

объему правомочий, которые заключает в себе вещное право, как, например, собственность. Если же мы возьмем более ограниченное вещное право, например сервитут водопоя, и сравним с ним содержание личного договора, заключенного собственниками двух участков и преследующего ту же цель, то мы убедимся, что между этими двумя правами разница состоит в объеме осуществимости; другими словами, если этот договор получит силу против всякого обладателя недвижимости, где находится водопой, полученное правомочие нисколько не будет отличаться от вещного права»⁸²⁷. В понимании ученого абсолютность или относительность иллюстрирует лишь внешнюю характеристику объема осуществимости права, но не внутренние свойства, которые связываются с вещностью или обязательственностью. Получается, что одно и то же по сути и содержанию право арендатора может быть абсолютным, если договор зарегистрирован, и относительным, если соответствующая регистрация не предусмотрена. Однако разница в данном случае состоит никак не в характере права, а в необходимости его внешнего распознавания субъектами имущественного оборота – потенциальными участниками гражданских правоотношений, что не связано с абсолютностью или относительностью.

В свете излагаемой точки зрения о качественном различии содержания абсолютных и относительных прав мы не согласны с заключением Г.Ф. Шершеневича о том, что абсолютные и относительные права различаются между собой «по числу субъектов»⁸²⁸.

Как абсолютность, так и вещность подчеркивает сущностные особенности внутренней организации субъективного права, но с различных углов зрения. Абсолютность определяет родовую, а вещность видовую принадлежность субъективных гражданских прав.

В.А. Белов полагает, что «абсолютные гражданско-правовые формы обеспечивают управомоченному лицу возможность удовлетворить свой интерес собственными действиями, а относительные позволяют

⁸²⁷ См.: Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. М., 1999. С. 173-174.

⁸²⁸ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 73.

рассчитывать на удовлетворение такого интереса чужим действием – действием обязанного лица»⁸²⁹. Серьезные затруднения вызывает употребляемое ученым понятие «абсолютные гражданско-правовые формы», которое не имеет четких границ, поскольку на этой основе может обосновываться абсолютность прав арендатора или любого иного титульного владельца: действия по владению, пользованию чужой вещью и защите ее от противоправных посягательств в рамках заключенных договоров с собственником осуществляются ими самостоятельно и в собственных интересах. Более того, при таком понимании саму возможность акцепта сделанной оферты, участие лица в открытом аукционе, право на участие в общем собрании акционеров следовало бы расценивать как типичные абсолютные права. Как видно, из той же общей посылки исходит Д.В. Ломакин, когда утверждает, что «членские права акционер реализует в основном своими собственными действиями по аналогии с абсолютными правами»⁸³⁰. Однако в последнем случае допустимость аналогии абсолютных и членских прав неочевидна.

Совершение собственных действий, направленных на реализацию личного интереса, следовало бы рассматривать как осуществление носителем права конкретных возможностей, заложенных в содержание субъективного права, но не как родовую характеристику права. Тем более что предоставленная возможность осуществления права собственными действиями, скорее, подчеркивает специфику способа осуществления права, но не его сущностное содержание. Излагаемая позиция В.А. Белова никак не препятствует отнесению права кредитора на одностороннее волеизъявление в любом обязательстве к числу абсолютных прав (в одностороннем порядке расторгнуть договор, когда это допускается законом, произвести выбор в альтернативном обязательстве, осуществить зачет требований). Нельзя забывать, что возможность совершения этих действий предопределена

⁸²⁹ См.: Белов В.А. Гражданское право. Т. III. Особенная часть. Абсолютные гражданско-правовые формы. М., 2012. С. 10. Ср.: Попондопуло В.Ф. Абсолютные (монопольные) права предпринимателя // Правоведение. 1994. №1. С.21.

⁸³⁰ См.: Ломакин Д.В. Акционерное правоотношение. М., 1997. С. 27.

содержанием конкретного обязательства и составляет право кредитора, которое обусловлено обязанностью должника, но не свойствами абсолютности права.

Трудно согласиться с высказанным в литературе положением о том, что абсолютные и относительные права имеют точки взаимного пересечения и в отдельных случаях могут предопределять содержание и признаки друг друга. Полагаем, что содержание абсолютных и относительных прав самодостаточно, сами же эти права обладают индивидуальностью и имеют определяющие признаки. Исходя из этих соображений трудно согласиться с тем, что «абсолютные правоотношения на самом деле сочетание множества относительных правоотношений»⁸³¹.

Изложенные доводы в пользу необходимости выделения содержательных и сущностных различий абсолютных и относительных прав не позволяют согласиться с выводами В.К. Райхера о том, что основанием критерия деления прав на абсолютные и относительные является субъективный состав тех и других правоотношений⁸³². Также весьма сомнителен довод ученого, что «в основу научной систематики и классификации хозяйственных прав должен быть положен сугубо экономический признак»⁸³³. Разграничение и систематизация гражданских прав должна осуществляться в соответствии с особенностями и спецификой их юридической природы. Экономическая составляющая не может не учитываться при регламентации конкретных отношений, формулировании соответствующих правовых норм, но она не является непосредственным и системообразующим фактором, определяющим классификационный признак деления субъективных гражданских прав.

Градация субъективных прав по критерию абсолютности и относительности автоматически подразумевает существование прав с тождественными наименованием и спецификой содержания. До этого

⁸³¹ Tóth L. Op. cit. P. 32.

⁸³² См.: Райхер В.К. Абсолютные и относительные права (К проблеме деления хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву // Вестник гражданского права. 2007. № 2. Т. 7. С. 199.

⁸³³ Там же. С. 201.

момента, не согласившись с господствующей точкой зрения на проблему абсолютных и относительных прав, мы выделили лишь основные отличия тех и других, но не касались вопросов о «форме», которую приобретает абсолютность и относительность в правовой действительности.

Можно ли считать обоснованным, что речь должна идти о противостоянии двух самостоятельных, всеобъемлющих и изолированных друг от друга систем абсолютных и относительных прав, различаемых по содержанию, объектам и способам защиты, включающих в себя отдельные группы прав (вещные, обязательственные, исключительные права)⁸³⁴, или же только об отдельном признаке, установление которого позволяет ставить вопрос о принадлежности того или иного субъективного права к числу более общей правовой категории (к примеру, вещных, исключительных прав).

Видовое, отраслевое и содержательное разнообразие юридических отношений, относимых учеными на разных этапах к абсолютным правам и правоотношениям, достаточно наглядно демонстрирует отсутствие однородной первоосновы социальных отношений, которая могла бы быть опосредована единым методом и средствами правового регулирования, способствующими формированию обособленной системы абсолютных прав, где каждое из субъективных прав могло рассматриваться как органический элемент такой системы и в своем содержании исчерпываться характеристикой абсолютности.

Абсолютность субъективного гражданского права не может рассматриваться в значении классификационного признака иных правовых институтов и иметь решающее значение для отнесения того или иного субъективного права к числу вещных, исключительных или лично неимущественных, поскольку таким подходом нивелируется ее всякое самостоятельное значение.

⁸³⁴ Положительный ответ на этот вопрос заставил бы признать обоснованной точку зрения, что «гражданское право подразделяется на абсолютные и относительные права» См.: Schellhammer K. Op.cit. S. 8. Ср.: Попондопуло В.Ф. Указ. соч.: «конкретные частные права (права в рамках правоотношения), в том числе предпринимательские права, делятся на абсолютные и относительные».

В советской юридической литературе могут быть отмечены попытки отнесения свойств абсолютности и относительности к правомочиям, входящим в состав отдельных субъективных гражданских прав⁸³⁵.

Полагаем возможным не согласиться с такой точкой зрения, поскольку абсолютность является неотъемлемой характеристикой конкретного субъективного права, сопровождающей весь период его существования, являясь постоянным внутренним качественным стержнем права в целом, а не отдельного правомочия, входящего в его состав. Кроме того, возможность рассмотрения абсолютности и относительности в значении правомочия гипотетически делает возможным существование субъективного гражданского права, часть правомочий которого является абсолютными, а часть относительными, что создает опасность возникновения новой волны «аргументации» в пользу возможности существования смешанных типов прав: абсолютно-относительных прав и их вариаций.

Абсолютность и относительность являются самостоятельными качественными родовыми характеристиками внутреннего содержания субъективного права и могут рассматриваться как внутренние свойства-принципы его структуры. Далеко не случайно в курсах германского вещного права абсолютность рассматривается не как признак, а как принцип вещного права – *Absolutheitprinzip*.

В современной отечественной юридической литературе вслед за германскими курсами вещного права исследователи заговорили о принципе абсолютности (*Absolutheitsgrundsatz*) вещного права. Разительно преобразование, вследствие которого абсолютность вещных определяется не как признак, а уже как принцип вещного права. Такая метаморфоза представляется качественным различием в понимании ключевых, исходных понятий вещного права в сравнении с имеющимися отечественными цивилистическими традициями, согласно которым абсолютность

⁸³⁵ См.: Певзнер А.Г. Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав // Ученые записки ВЮЗИ. 1958. Вып. V. С. 24.

исторически воспринята как признак или черта, присущие вещному праву⁸³⁶. Понятие и значение признаков и принципов права не являются тождественными и взаимозаменяемыми. Теоретические разработки проблематики принципов вещного права в российской науке гражданского права весьма немногочисленны, на сегодняшний день отсутствует и сложившееся видение разграничения принципов и признаков вещного права. А.Г. Резе констатирует, что принцип абсолютности указывает на действие вещных прав (как права собственности, так и ограниченных вещных прав) в отношении потенциально любого лица, декларирует возможность нарушения вещного права всяким и каждым, предоставляет абсолютную защиту вещных прав посредством виндикационного и негаторного исков⁸³⁷. И.А. Емелькина выделяет «принцип абсолютного характера вещных прав» и считает, что его специфика характеризуется тем, что вещный иск может быть предъявлен к любому правонарушителю; принцип абсолютности охватывает и свойство следования, и возможности использования средств вещно-правовой защиты⁸³⁸; вещное право действует абсолютно против каждого; против любого правонарушителя возникают вещные требования, принцип абсолютности определяет особый характер защиты вещных прав путем виндикационного и негаторного исков⁸³⁹. В цепочке превращений признаков в принципы вещного права в суждениях отечественных юристов обнаруживается как методологическая проблема функционального разграничения признаков и принципов вещного права, которая не решена в отечественной науке гражданского права и весьма редко ставится в значении самостоятельной проблематики в германских цивилистических исследованиях, так и содержательная сложность интерпретации абсолютности вещного права через механизм и специфику его защиты. При отсутствии аргументированного разграничения признаков и принципов

⁸³⁶ См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003. С. 261-262; Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 187-188.

⁸³⁷ Резе А.Г. К вопросу об определении принципов вещного права // Актуальные проблемы гражданского права. М., 2005. Вып. 9. С. 254-260.

⁸³⁸ См.: Емелькина И.А. Система ограниченных вещных прав на земельный участок. М., 2013. С. 51-52.

⁸³⁹ Там же. С. 44.

вещного права сохраняется риск интерпретации ведущихся дискуссий о признаках и принципах вещного права аналогом арифметической перестановки слагаемых при суммировании чисел.

Начнем с методологических трудностей отождествления и взаимозаменяемости признаков и принципов вещного права на примере абсолютности вещных прав. Выделение принципов вещного права действительно имеет в своем основании существенную необходимость, состоящую в структурировании и упорядочении нормативных предписаний законодателя, обобщении и выделении общих черт, присущих всем вещным правам. Принципы вещного права отражают внутреннее единство, иерархию и балансировку норм, институтов вещного права, в то время как признаки, аккумулирующие в себе общие отличительные черты вещного права, являются внешними и обобщенными характеристиками вещных прав, формулируя специфические черты вещных прав в сравнении с правами обязательственными. Выделение и систематизация принципов вещного права должны опережать формулировку общих признаков вещного права. Принципы и признаки вещного права несут различную функциональную и смысловую нагрузку, являясь несопоставимыми точками в системе координат вещного права, но значимым в аспекте нашего исследования видится иной вопрос: что дает характеристика абсолютности как признака вещного права, и что в ней меняется, если мы отныне будем вести речь об абсолютности как о принципе вещного права? Изменения очевидны, если считать, что абсолютность является одновременно принципом регулирования и осуществления вещных прав, подчеркивая их родовую принадлежность к классификационной группе абсолютных прав. Именно абсолютность вещного права демонстрирует практическую реализацию часто выделяемого признака вещных прав – непосредственного господства лица над вещью-, максимальную широту в осуществлении предоставленных правомочий полномочным лицом. Между тем абсолютность действия обязательственных прав отнюдь не свидетельствует в пользу определения абсолютности в ранге определяющей и индивидуализирующей черты вещных прав.

Обнаруживаются и отрицательные последствия, выражающиеся в том, что абсолютность ни как признак, ни как принцип вещного права не способна подчеркнуть неповторимые специфические черты, присущие лишь вещному праву. Видится неслучайным, что в процессе реформы разработчики Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации; Концепции развития законодательства о вещном праве, подготовленных на их базе поправок и изменений в действующий ГК РФ, прямо не упоминают абсолютности в ранге признака вещного права.

По тексту настоящей работы нами показано, что возможность нарушения любым третьим лицом субъективного права, запрет нарушения чужого права бывают свойственны не только вещным, но иным видам субъективных прав иной юридической природы. Абсолютность вещного права является следствием принадлежности вещных прав к родовой группе прав абсолютных, а потому абсолютная природа вещных прав не может восприниматься непосредственно, а лишь как результат проявления родовых признаков абсолютных прав в их видовой группе – правах вещных. Немедленно следует отметить, что выделение принципа абсолютности вещных прав не является общепринятой догмой в науке гражданского права правопорядков германской ветви континентального европейского права. К примеру, многие из авторитетных современных цивилистов в числе признаков вещного права абсолютности не называют⁸⁴⁰, что никак не говорит в пользу необходимости заимствования российской юридической наукой и законодателем противоположной точки на абсолютность как неотъемлемую черту всех вещных прав, которая также обосновывается отдельными научными школами германских цивилистов.

⁸⁴⁰ См.: Wilhelm J. Sachenrecht. Berlin, 2007. S. 6-19; Gert I. Bürgerliche Recht. Bd. IV. Sachenrecht. Wien, 2008. S. 2-3; См.: Basler kommentar. Zivilgesetzbuch // hrsg. H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser. Basel-Zürich-Bern, 2011. S. 807-809; Dauner B., Heidel T., Ring G. Nomos Kommentar zum BGB, Bd.3 Sachenrecht. Koeln, Bonn, Freiberg, 2008; Herberger/Martinek/Ruessman/Weth. Juris Praxiskommentar BGB. Bd.3. Sachenrecht. 5 Aufl. 2010; Wolf M., Wellenhofer M. Sachenrecht. München, 2010. S. 16-19; Schmid J., Hürlimann – Kaup B. Sachenrecht. Zürich-Basel, 2009. S. 17-20.

По существу, понимание абсолютности вещного права через презумпцию его неминуемого нарушения, рассмотрение специфики защиты представляются нам дискуссионными. Вопросы защиты субъективного права и его сущностного содержания неравнозначны и, думается, не могут решаться в зависимости друг от друга по цепочке логических умозаключений, суждений и аналогий. Тем более, что правонарушения как юридического факта может и не последовать вовсе, что, как представляется, не дает достаточных оснований для характеристики сущностного содержания субъективного права в зависимости от совершения противоправных деяний конкретным лицом, к котором могут быть впоследствии адресованы исковые требования. Сами по себе суждения о возможности нарушения вещных прав «всяким и каждым» не могут быть положены в основу характеристики универсальных свойств вещного права вследствие того, что рассуждения о возможности правонарушения, личности правонарушителя, возможных применяемых к последнему санкций крайне не точны и изначально носят вероятностный характер.

Вопрос об обоснованности и эффективности применения вещных исков (напрямую или по аналогии) для защиты не вещных прав образует совершенно иную проблематику, которая, как мы понимаем, не имеет прямого соприкосновения с понятием абсолютности вещных прав: значение и сфера применения вещно-правовой защиты (вещных исков). Способы защиты гражданских прав безусловно связаны со спецификой субъективных прав, защите и охране которых они служат, но в тоже время вопросы определения понятия и структуры субъективного гражданского права и определение особенностей его защиты не следует смешивать. Возможность использования виндикационных и негаторных исков несубъектами вещных прав для защиты своих прав признаны в отдельных случаях как *de lege lata*, так и правоприменительной практикой не только в российском, но и гражданском законодательстве некоторых зарубежных государств; остается лишь полемизировать о корректности такого решения, но это не имеет прямого отношения к выяснению вопросов определения сущностного

содержания абсолютности субъективного права. Проблематика защиты вещных прав и вопросы определения их сущности образуют две самостоятельные научные задачи, требующие изучения и решений.

Возможно привести и конкретные примеры, свидетельствующие о некорректности характеристики абсолютности субъективного права спецификой его защиты. Ответчик, к примеру, по деликтному или кондикционному иску также не определим до правонарушения, а обязанность воздержания от противоправных действий, влекущих причинение вреда чужой вещи или неосновательного обогащения за чужой счет адресована потенциально всем субъектам права. Всеобщая негативная юридическая обязанность и субъектная неопределенность потенциально возможных правонарушителей до правонарушения не является индикатором вещной и (или) абсолютной природы субъективного гражданского права. Нет ответа на ряд вопросов, которые видятся нам существенными. Непонятно, почему средства гражданско-правовой защиты вещного права исчерпаны только известными со времен римского права виндикационным и негаторным исками? Где и кем доказана потенциальная возможность нарушения только лишь абсолютного права «всяким и каждым»; из чего логически следует такой ограниченный подход к возможности правонарушения, в частности, относительных прав, возведенный в непререкаемый императив и постулируемый с логической неизбежностью предсказания? Полагаем возможным считать, что любое субъективное право и его носитель – правообладатель отличаются принадлежащими им правовыми возможностями от всех прочих лиц и в этом смысле противопоставлены последним. Если сказанное верно, то любое третье лицо потенциально способно к противоправным действиям в отношении правообладателя. Перечень противоправных деяний отнюдь не является закрытым: нарушить право, содействовать правонарушению, создать невозможность ожидаемого разумного и добросовестного исполнения возложенных на лицо обязательств и, как следствие, воспрепятствовать получению причитающегося обязанному лицу встречного эквивалента – вот

лишь некоторые примеры. В этом смысле принцип абсолютности подходит для характеристики не только вещных, но и других субъективных гражданских прав, переставая отражать только специфику вещных прав, в связи с чем возникает закономерный вопрос: почему принцип абсолютности выделяется как содержательная основа только лишь вещных прав, в то время как в научной литературе едва ли не повсеместно признано, что система абсолютных прав не исчерпывается системой вещных прав? Обстоятельные ответы на эти вопросы обнаружить весьма затруднительно.

Нельзя не обратить внимания на взаимное наложение классификаций субъективных гражданских прав, при котором конкретное право может считаться одновременно и абсолютным, и вещным или и обязательственным, и относительным. Это положение часто не акцентируется наукой, которая нередко представляет систематику гражданских прав в виде жесткого установленного правила деления существующих прав по определенным типам согласно заданным признакам и критериям. Нельзя не отметить, что обнаруживается и иной подход, согласно которому система субъективных гражданских прав может быть представлена как двухчленная: абсолютные и относительные права, и как пятичленная: личные права, обязательственные права, вещные права, семейные права, наследственные права. При этом правовые поля, выделяемые в ходе пятеричного деления, подчиняются двучленному делению следующим образом: вещное право само по себе абсолютно, обязательственное право само по себе относительно, а остальные – наследственные права, семейные права и личные права отчасти абсолютны, отчасти относительны⁸⁴¹.

В данном случае задачи систематизации основаны на научном выделении и обобщении совпадающих признаков субъективных гражданских прав в родовой классификации, которые не дублируют конкретный тип субъективного права в видовой классификации субъективных гражданских прав, а лишь определяют его родовые признаки.

⁸⁴¹См.: Tóth L. Op. cit. P. 1.

Иногда в юридической литературе отмечается, что в основание классификации субъективных прав на абсолютные и относительные положен признак определения «круга адресатов правовых норм», который либо неограничен, либо охватывает только определенных отдельных лиц⁸⁴². Этому признаку Е. Бухер дает характеристику передачи индивидууму «нормотворческой правомочности». Критерий различия видится ученому в пределах ограничения круга потенциальных нормативных адресатов. Отсюда выводится логически неизбежная альтернатива: все права либо относительны, либо абсолютны. Между абсолютными и относительными правами отсутствуют промежуточные ступени. Однако не исключены смешанные формы в тех случаях, когда абсолютные и относительные права могут быть объединены в одном и том же правовом статусе. Особенно, подчеркивает Е. Бухер, это очевидно в тех случаях, когда субъективное право не может быть понято однозначно как абсолютное или относительное⁸⁴³. Однако такие рассуждения влияют на самостоятельность и прочность понятия структуры субъективных гражданских прав. Е. Бухер объясняет, что «само субъективное право, взятое как единица, может делиться на несколько элементов, которые, в свою очередь, представляют собой самостоятельные права. Эти элементы необязательно должны принадлежать к одной и той же категории, или быть абсолютными или относительными. Поэтому допускается, что в субъективном праве объединены элементы абсолютного и относительного права, т.е. правомочное лицо может выдвигать одни требования каждому, другие строго определенным лицам»⁸⁴⁴. В качестве примера приводятся ограниченные вещные права, которые внутри себя представляют связь собственника и субъекта ограниченного вещного права, а с внешней стороны - отношение собственника и субъекта этого ограниченного вещного права и иными лицами. Позиция ученого напоминает рассмотренные взгляды отечественных исследователей касательно возможности распространения характеристик абсолютности и

⁸⁴² См.: Bucher E. Op. cit. S. 132.

⁸⁴³ Ibid. S. 134-135.

⁸⁴⁴ Ibid. S. 137.

относительности не на конкретные субъективные права, а на отдельные правомочия.

Осмысление сделанной Е. Бухером оговорки лишает последовательности рассуждения ученого, что противоположность абсолютных и относительных прав представляет собой альтернативу в логическом смысле по принципу *tertium non daturum* или о том, что компромиссы между абсолютностью и относительностью в праве исключены в принципе.

Как может быть понято, учение Е. Бухера опирается на формальный, но не содержательный критерий классификации субъективных прав на абсолютные и относительные, что и приводит ученого к необходимости вычленения абсолютных и относительных элементов в единой материи субъективного гражданского права.

Изложенное позволяет сформулировать следующие итоговые выводы:

1. Обосновано, что абсолютность субъективных гражданских прав характеризуется следующими признаками, которые вытекают из того обстоятельства, что регулирование абсолютных прав осуществляется преимущественно императивным методом, обеспечивающим единообразие правовых последствий осуществления права и может определяться, в частности, тем, что:

а) непосредственная правовая связь субъекта права с объектом права устанавливается посредством определения объема и содержания правомочий субъекта, меры его юридического господства (власти) над объектом, при этом правовое положение третьих лиц в регулирование абсолютных прав не входит;

б) абсолютные права формируют статус субъекта в статике гражданских правоотношений (вещные права, личные неимущественные права), поскольку абсолютность права предполагает статичное состояние, а не объем (пределы или широту) юридических возможностей управомоченного лица;

в) осуществление абсолютных прав предопределено волей и действиями управомоченного лица и не зависит от поведения других лиц;

г) цели защиты абсолютных прав состоят в сохранении, а при необходимости и в восстановлении указанной правовой связи субъекта права и его объекта;

д) интерес управомоченного лица в абсолютных правах направлен на сохранение уже существующего или восстановление существовавшего до правонарушения правового положения и в этом смысле может характеризоваться пассивной направленностью.

2. В противоположность абсолютным правам относительные гражданские права возникают в динамике оборота, их возникновение обусловлено юридическими фактами, обосновывающими взаимодействие нескольких субъектов гражданского права (обязательственные, корпоративные, наследственные права), в силу чего могут характеризоваться следующими общими признаками:

а) относительные права характеризует юридическая связанность субъектов права, а не статическое состояние принадлежности объекта права субъекту как в абсолютных правах;

б) возникновение и осуществление относительных прав объективно связаны с интересами субъектов в правовом взаимодействии, правовые формы которого определены нормами права или условиями конкретного договора;

в) для возникновения, осуществления и защиты относительных прав требуется деятельное взаимодействие и совместное волеизъявление нескольких субъектов права, состоящих в статусе обязанных и управомоченных лиц в едином гражданском правоотношении, содержание которого и предопределяет их взаимные права и обязанности;

г) в отличие от прав абсолютных интерес управомоченного субъекта в относительных правах направлен не на сохранение, а на изменение существующего положения в гражданском обороте (возникновение новых, изменение или прекращение существующих гражданских прав);

3. Абсолютные и относительные субъективные права различаются не «по числу субъектов», а по специфике содержания, целям и методу правового регулирования. Абсолютные и относительные права находятся в состоянии логической альтернативы, в которой промежуточных стадий или переходных форм не дано.

§ 3. Проблема «смешанных» и промежуточных форм абсолютных и относительных прав.

Специального внимания заслуживают особые промежуточные формы между относительными и абсолютными правами (*Zwischenformen zwischen relativem und absolutem Recht*), которые освещаются в современных германских академических курсах вещного права в качестве особых правовых категорий⁸⁴⁵. Швейцарская цивилистика исходит из того, что смешанные формы субъективных прав (вещные, обязательственные, абсолютные и относительные – в их различном сочетании) должны быть приняты как неизбежность, влекущая либо овеществление обязательственных прав, либо вращение обязательственных признаков, но уже в вещные права⁸⁴⁶. По сути, речь идет о своеобразном юридическом паллиативе, которому приписываются признаки самостоятельного правового явления – субъективного права, которое занимает особое место в системе частных прав, и может быть идентифицировано по совокупности тех или иных признаков. Смешанные формы субъективных прав являются искусственным творением ученых. Причинность их появления определяется совпадением идентифицирующих признаков нескольких различных субъективных прав. Однако в данной связи очевидны и методологически важные проблемные вопросы о необходимой «мере совпадения» индивидуальных признаков, свойственных разным группам субъективных

⁸⁴⁵ Ibid. S. 36-38.

⁸⁴⁶ Basler kommentar. Zivilgesetzbuch // hrsg. H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser. Basel-Zürich-Bern, 2011. S. 803.

прав, в конкретном субъективном праве, что позволило бы отнести последнее к смешанному типу, считая его самостоятельной разновидностью субъективных прав. Кроме того, следует учесть и негативные последствия от внедрения (смешанное законодательное регулирование, теоретическая разработка) гибридных форм права, которые оборачиваются в правовой действительности реальной угрозой размывания критериев классификации субъективных прав, что как следствие чревато утратой целостности, принципов построения и регулирования системы частного права. Оценок этих обстоятельств в юридической литературе не дается, что не может свидетельствовать в пользу аргументов сторонников смешанных форм права и правоотношений. Взгляды на природу смешанных типов субъективных прав в юридической литературе существенно разнятся, страдают очевидной неопределенностью и недосказанностью.

Д. Медикус приходит к выводу о том, что смешанные формы видов субъективных прав «являются исключениями, которые не меняют ничего в важности разницы между абсолютными и относительными правами»⁸⁴⁷. Существенную особенность смешанных правовых явлений Я. Вильгельм видит в том, что они не являются в чистом виде ни относительными, ни абсолютными. В качестве примеров приводятся: предварительная отметка в поземельной книге, запрет на продажу имущества, запись в реестр покрытия и рефинансирования. Данные правовые средства действительно создают особый механизм, благодаря которому кредитор приобретает правовые гарантии надлежащего исполнения должником лежащей на нем обязанности либо право требования к третьему лицу о компенсации причиненных неисполнением убытков. Вероятно, в данном случае следует говорить о действии обеспечительных мер, стимулирующих должника к надлежащему исполнению обязательств, предоставляющих кредитору дополнительные гарантии. Однако само их существование предопределено возникновением вполне определенного обязательства. Совершение предварительной отметки, как и запрещение продажи имущества, направлено на поражение

⁸⁴⁷ См.: Medicus D. Op. cit. S. 32.

юридической силы недобросовестных распорядительных действий должника в пользу третьих лиц (§ 135, 883 BGB). По своей сути, они действительно ограничивают абсолютность прав продавца до передачи прав на имущество покупателю, но едва ли могут рассматриваться как самостоятельные юридические феномены, занимающие особое, промежуточное положение между абсолютными и относительными правами.

Е. Бухер полагает, что особой формой слияния абсолютных и относительных прав или промежуточной ступенью между ними может считаться конструкция ценной бумаги на предъявителя. Право на бумагу является абсолютным, где определяющим является собственник таковой, а из бумаги относительным, поскольку отношения возникают между конкретными лицами: предъявителем ценной бумаги и лицом, обязанным по ней⁸⁴⁸.

Р.Х. Вебер посвятил специальное исследование проблематике и содержанию промежуточных форм или пространств (*dritte Spur*) между абсолютными и относительными субъективными правами⁸⁴⁹. В частности, ученый обратил внимание на то, что возникающие и развивающиеся в обороте права на нематериальные объекты, в частности на информацию и ее защиту⁸⁵⁰ заложили основу для размышлений относительно особых «промежуточных пространств» между абсолютными и относительными правами⁸⁵¹. Р.Х. Вебер выделяет в качестве особой предпосылки возникновения «промежуточных пространств» между абсолютными и относительными правами усиление защиты относительных прав⁸⁵², появление особого права защиты владельцев баз данных в швейцарском праве и Евросоюза. При формулировке общего вывода ученый

⁸⁴⁸ См.: Bucher E. Op. cit. S. 138.

⁸⁴⁹ См.: Weber R.H. *Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten?* // *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey. zum 60. Zuerich, 2003.*

⁸⁵⁰ Р.Х. Вебер в цитируемом сочинении отметил, что потребность в защите в данном случае возникает в момент, когда информация как товар еще не существует на рынке (*Ibid.* S. 591).

⁸⁵¹ *Ibid.* S. 591.

⁸⁵² *Ibid.* S. 593.

придерживается паллиативного суждения, признавая, что границы «промежуточных пространств» зачастую «имеют нечеткие очертания, а реальность позволяет увидеть различные (слабые) промежуточные пространства». Нетрудно заметить, что такое заключение лишено логической стройности и определенности, четкой аргументационной основы, трудно ассоциируется с сущностным содержанием самих субъективных прав, будучи основанным на аналогиях с пределами и способами защиты последних.

Показательно предостережение Г. Дернаера, указавшего, что абсолютная защита относительных прав не может считаться промежуточной ступенью между абсолютными и относительными правами⁸⁵³. Суждения ученого в этой части не вызывают отторжения и возражений.

Российскими цивилистами также предлагаются особые юридические конструкции, занимающие особое положение в системе субъективных гражданских прав – квазиабсолютные права.

В.А. Дозорцев высказал идею о существовании квазиабсолютных прав. В частности, ученым было отмечено, что «право на коллективный знак исключительно, но не абсолютно, так как правом на использование, притом равным, обладают разные лица. Каждый из них может защищаться от нарушений со стороны третьих лиц, не входящих в объединение»; право на коллективный товарный знак «не является классическим абсолютным, его можно квалифицировать только как квазиабсолютное»⁸⁵⁴. Здесь же делается вывод о том, что не являются абсолютными право на использование наименования мест нахождения товаров и ноу-хау. Из рассуждений В.А. Дозорцева следует, что субъекты указанных прав независимо друг от друга имеют самостоятельные субъективные права на один и тот же объект.

Конструкция квазиабсолютных прав возникла не на пустом месте, а вследствие развития учения В.А. Дозорцева, который исходил как из само собой разумеющихся постулатов, что «схема, когда одно лицо противостоит

⁸⁵³ См.: Doerner H. Op. cit. S. 8.

⁸⁵⁴ Дозорцев В.А. Понятие исключительного права // Проблемы современного гражданского права М., 2000. С. 295.

всем остальным, получила название абсолютных прав»⁸⁵⁵, использование любого достижения и научно - технических идей возможно «на всех участках народного хозяйства, где это целесообразно, а это значит, что было бы неправильно использовать в отношении рассматриваемого объекта механизм абсолютных прав, являющийся юридическим выражением противопоставления отдельного производителя всему обществу, которое ведет к ограничению масштабов использования научно-технических идей»⁸⁵⁶, «отсутствие абсолютного права на научно-техническое достижение влечет за собой появление совершенно нового механизма возникновения, развития и осуществления связанных с ним субъективных прав»⁸⁵⁷, «меняется механизм функционирования субъективного права...из этого механизма выпадает один элемент –первоначальный этап – абсолютное право»⁸⁵⁸, «в условиях социализма вообще неправомерно ставить вопрос о правах какого-либо субъекта на идеи... можно говорить лишь о правовом режиме этого объекта»⁸⁵⁹. Осталось неясным, на каком основании ученый допускает подмену понятий субъективного гражданского права и правового режима его объекта, чем обоснован вывод о том, что содержание абсолютного права состоит лишь в противопоставлении управомоченного лица всем прочим лицам, и как объясняется твердое отрицание конструкции абсолютного права во взаимосвязи с ее последующей научной реинкарнацией в образе квазиабсолютного права. Не говоря о том, что термин «квазиабсолютное право» как общетеоретическое понятие не раскрыт, а доказательство его научной состоятельности исчерпывается отдельными примерами, которые не вписываются в господствующее понимание классических конструкций абсолютных, относительных и исключительных прав.

⁸⁵⁵ Дозорцев В.А. Правовой режим научно-технических знаний // Советское государство и право. 1973. №6. С. 53.

⁸⁵⁶ Там же. С. 56.

⁸⁵⁷ Там же. С. 57.

⁸⁵⁸ Там же.

⁸⁵⁹ Там же. С.58

В литературе было указано, что излагаемый подход о природе права на коллективный знак способствует не только обоснованию особого вида субъективного права (квазиабсолютного), но и возникновению некой «ассоциации правообладателей», каждый из которых может осуществлять принадлежащее ему право и защищать его от нарушений со стороны лиц, не являющихся правообладателями. Действительно, в свете действующего законодательства особое значение имеет вопрос о субъекте права на коллективный знак, но это еще никак не свидетельствует в пользу признания самого субъективного права на коллективный знак квазиабсолютным. Дискуссионность обозначенного вопроса связывается с положениями ст. 1229 и ст. 1510-1511 ГК РФ. В ст. 1510-1511 ГК РФ устанавливаются: право объединения на регистрацию товарного знака на свое имя, возможность принятия устава объединения, не исключается возможность защиты права на коллективный знак самим объединением, возможность привлечения к гражданско-правовой ответственности членов объединения за нарушение положений устава, если таковая возможность предусмотрена последним. Такие положения свидетельствуют в пользу вывода о правосубъектности самого объединения; входящие в него участники осуществляют правомочия использования коллективного знака и его защиты от имени самого объединения постольку, поскольку они являются участниками последнего. Положения ст. 1229 ГК РФ не могут быть истолкованы в качестве обоснования возможности одновременного существования самостоятельных и равнообъемных субъективных прав каждого из членов объединения и самого объединения на коллективный знак.

Усиленное внимание к субъектному составу лиц, правомочных осуществлять право на коллективный знак и его защиту, оставляет без внимания ту возможность, что сами правообладатели во взаимных отношениях, также как и третьи лица оказываются потенциально способными нарушить право любого из входящих в эту «ассоциацию» правообладателей. Нарушение права мыслимо в данном случае в форме

создания препятствий в осуществлении права, злоупотребления собственным правом в целях ограничения конкуренции.

Абсолютность прав на коллективный знак, ноу-хау исключается В.А. Дозорцевым на том основании, что каждое из существующих прав ограничено аналогичным правом другого правообладателя. Соответственно, абсолютная характеристика права и здесь бесосновательно определяется объемом правовых возможностей управомоченного лица, а абсолютному праву вновь приписываются свойства неограниченности⁸⁶⁰. Как видно, указанные права считаются квазиабсолютными только потому, что любой из правообладателей наделен возможностью защиты против третьих лиц. Однако в цитируемых работах не содержится обстоятельного ответа на вопрос о том, как связана абсолютность материального гражданского права с пределами его осуществления и возможностями защиты.

Понятие квазиабсолютных прав прочно вошло в юридический обиход современной России. К нему апеллируют как к устоявшейся терминологии не только при исследовании исключительных прав, но и особых объектов гражданского права⁸⁶¹.

Разработка концепции квазиабсолютных прав имеет общетеоретическое значение в вопросах систематизации и классификации субъективных гражданских прав. Ее появление приносит существенные и необратимые изменения в систему права, целесообразность и последствия которых не подвергались тщательному анализу разработчиками. Очевидно, что научное обоснование состоятельности конструкции квазиабсолютных прав предполагает не только последующие четкие заключения о ее месте в научно-понятийном аппарате цивилистики, но и о структуре и универсальных признаках разрабатываемого понятия, выводу которых

⁸⁶⁰ Аналогичный подход был изложен И.А. Зениным, который считает, что «хотя на научно-технические достижения у исполнителей (разработчиков) и нет абсолютного права, но есть что-то вроде квазиабсолютного права». См.: Зенин И.А. Взаимосвязь абсолютных и относительных прав в сфере научно-технического прогресса // Проблемы развития гражданского права в условиях перестройки. Труды по правоведению. Тарту, 1990. С. 66.

⁸⁶¹ См. Щербак Н.В. Информация как объект гражданско-правового регулирования // Законодательство. 2004. № 7.

должно предшествовать детальное и всестороннее знание исходной научной категории – абсолютных прав.

Проектируемая конструкция квазиабсолютных прав (буквально – как бы абсолютных прав), претендуя на общее значение, выходящее за пределы исключительных прав, допускает неточное определение предметной области своего действия, внутренней структуры, совсем не содержит ясных критериев отграничения от смежных категорий: абсолютных, исключительных, относительных прав и т.д. Ее признание в юридическом мире не исключает, а создает реальные риски появления парных, пока неразработанных и не описанных в литературе категорий квазиотносительных, квазивещных, квазиобязательственных, квазиисключительных и, наконец, квазигражданских прав.

Нельзя не отметить крайнюю неопределенность точки зрения В.А. Дозорцева о месте квазиабсолютного права в системе существующих гражданских прав: «квазиабсолютное право сочетается с традиционным абсолютным правом, наслаивается на него, а не приходит на его место»⁸⁶². Как следует понимать значение приведенной цитаты: что квазиабсолютные права являются элементом некой системы абсолютных прав или же те и другие существуют автономно как равнообъемные юридические понятия? Исследователю проблематики абсолютных прав невозможно не обратить внимание на противоречивость понятия, содержания и системы абсолютных прав, сложившуюся в юридической науке, по крайней мере за минувшее столетие, что позволяет усомниться в самой принципиальной возможности бесспорной апелляции к «традиционным абсолютным правам». Также не могут не вызывать вопросы общие признаки квазиабсолютных прав, которые предлагается видеть, когда «право на один и тот же объект принадлежит самостоятельным и независимым нескольким лицам»⁸⁶³. Нетрудно заметить, что такое заключение может иметь также весьма далеко идущие последствия. Так, например, право повторного залога или сервитута,

⁸⁶² См.: Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации // Сборник статей. М., 2005. С. 66.

⁸⁶³ Дозорцев В.А. Понятие исключительного права. С. 298.

содержание которого позволяет нескольким лицам пользоваться проездом через чужой земельный участок, придется именовать не как ограниченные вещные, а как квазиабсолютные права, правовой режим и место в системе права которых никак не определены.

Отдельные затруднения в исследовании проблематики абсолютных прав создает отождествление в научной литературе и судебной практике изначально несопоставимых понятий: абсолютности и неограниченности. С точки зрения М.И. Кулагина, абсолютность отражает неограниченность субъективного права: в буржуазной юриспруденции абсолютный характер права собственности определяется именно его неограниченным характером⁸⁶⁴. Нетрудно заметить, что излагаемый подход приписывает абсолютную природу лишь праву собственности, а не любым вещным правам. Получается, что абсолютность должна быть признана прерогативой права собственности. Анализ законодательства зарубежных правовых порядков, предпринятый М.И. Кулагиным, показал, что право собственности никогда и нигде не существовало в неограниченном виде. Однако ученый не дал ответа на вопрос о том, сохраняется ли абсолютный характер права собственности в условиях исключения возможности его существования в неограниченном виде и какие основания заложены в отождествление понятий абсолютности и неограниченности субъективного права.

Весьма сомнительным, если не лишенным должных правовых оснований представляется существующий вот уже более столетия взгляд в юридической литературе о том, что в случае двойной продажи одной и той же вещи разным покупателям собственником вещи считается тот покупатель, которому вещь не только обещана по обязательственному договору, но и передана в порядке исполнения заключенного договора, и в той ситуации, когда продавцом наряду с этим совершены требуемые законодательством распорядительные действия, направленные на передачу права

⁸⁶⁴ См.: Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт запада // Избранные труды. М., 1997. С. 243.

собственности⁸⁶⁵. Особое значение в данном случае имеет состоявшийся факт регистрации перехода права в публичном реестре. Второй и последующие покупатели этой вещи с этой точки зрения будут иметь лишь обязательственно-правовые требования к лицу, заключившему с ними договор о продаже этой вещи. Соответственно первый покупатель называется субъектом относительного права собственности, в то время как второй, получивший вещь не только по обязательственному договору, но и распорядительной сделке, именуется абсолютным или полноправным юридическим собственником вещи⁸⁶⁶.

Интерпретация такого подхода привела к появлению в гражданском обороте особых субъектов: «надлежащего» и «ненадлежащего», «книжного» и «внекнижного» собственника вещи. Нередко правовому положению «надлежащего», «книжного» собственника дается абсолютная характеристика, а «ненадлежащего» или «внекнижного» - относительная, о чем уже шла речь выше.

Моделирование промежуточных пространств, смешанных переходных типов субъективных гражданских прав, поиск и обоснование самостоятельности их переходных стадий таят в себе существенную опасность для науки гражданского права по следующим причинам.

Во-первых, признание таковых способствует разрушению целостности уже принятых классификаций, системы признаков того или иного вида субъективных гражданских прав, и, наконец, принципиальной необходимости и важности разграничения правовых понятий по общепринятым критериям, которые, как правило, не оспариваются новаторами.

Во-вторых, утверждение в науке смешанных типов субъективных прав влечет за собой необходимость выделения присущих именно им квалифицирующих признаков, которые должны отвечать критериям

⁸⁶⁵ В первую очередь это положение актуально для правопорядков, где признана, востребована и активно используется конструкция вещного договора.

⁸⁶⁶ См.: Weber R.H. Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten? // Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey. zum 60. Zuerich, 2003. S. 584.

индивидуальности конструируемого нового типа субъективных прав, но не определяться отчасти признаками одного из уже известных типов, отчасти другого, даже в том случае, если совпадение признаков того и другого породило мысль о существовании самостоятельного переходного типа субъективных гражданских прав. Требуется и определение устойчивых качественных свойств, присущих переходному или смешанному типу.

При положительном решении вопроса о возможности существования пограничных форм и видов субъективных гражданских прав остается крайне подвижным критерий меры, позволяющий однозначно решить вопрос о преобладании тех или других признаков, совокупность которых уже определяет известный вид субъективного гражданского права. Кроме того, всегда остается риск неверной, а может быть и неполной классификации исследуемого субъективного гражданского права.

В-третьих, логическая конструкция смешанной формы или типа, как и переходной правовой модели в большинстве случаев носит временный характер, влекущий отпадение или стирание несвойственных признаков, что предполагает итоговое формирование правового явления в границах определенного типа (вида).

В-четвертых, использование конструкций смешанных или переходных типов предполагает выяснение необходимости и целесообразности моделирования правового понятия именно как промежуточного с одновременным положительным разрешением вопроса о невозможности его классификации в иной системе координат с использованием иных критериев систематизации.

Как представляется, эти вопросы даже не поднимаются исследователями при обосновании возможности и необходимости использования паллиативов в теории субъективных гражданских прав.

§ 4. Абсолютная защита относительных прав: реальность, механизм, влияние на классификацию субъективных прав

Разработка теоретической модели абсолютных прав предполагает решение дополнительных вопросов, связанных с пределами действия и защитой относительных прав. Небезучастным к решению этих вопросов оказывается не только наука гражданского права, но и законодательство. Так, в законопроекте № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» в числе характерных черт вещного права было предусмотрено, что вещное право может быть нарушено любым лицом (ч. 1. ст. 221), а в общей части обязательственного права защита кредитора понимается в контексте неправомерных действий не любого лица, а только должника (ст. 308.4). Как можно предполагать, разработчики законопроекта стремятся закрепить сложившуюся в научной литературе точку зрения о том, что обязательство в отличие от вещного права не может быть нарушено третьим/другим лицом, не являющимся его стороной - интервентом⁸⁶⁷. Пункт 3.4. Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России предполагает усиление ответственности за нарушение принятых должником на себя обязательств, но не типизацию возможных правонарушений и не расширение круга лиц, несущих гражданско-правовую ответственность за совершенные действия по содействию нарушению чужих обязательств, что видится актуальным.

Уже сейчас возможно сделать предварительное суждение о том, что вмешательство интервента в чужое обязательство является особым и самостоятельным противоправным действием, от совершения которого нормами законодательства целесообразно максимально оградить кредитора, сохраняющего возможность привлечения к ответственности интервента в случае совершения последним действий, повлекших нарушение договорных обязательств должником. Реальность и неотвратимость гражданско-правовой ответственности интервента по нормам национального гражданского законодательства, хотя и встречает практическую сложность на пути доказывания ответственности интервента, обоснования причинно-

⁸⁶⁷ Термин является весьма условным, но довольно наглядно характеризует противоправность действия третьего лица, вторгшегося в чужое обязательство.

следственных связей между совершенными им действиями и нарушением существующего договорного обязательства, но все-таки создает правовой механизм предупреждения противоправного поведения в обороте, дополнительное правовое средство восстановления нарушенных прав.

Следует отметить, что общим учением о правонарушении, разработанным советской юридической наукой, противоправность деяния не связывалась непременно с нарушением конкретно определенной законодательством нормой права, а также с нарушением строго определенного субъективного права конкретного лица⁸⁶⁸.

Главным является вопрос о правильной квалификации и гражданско-правовых последствиях совершенных интервентом действий. Нарушение договора является разновидностью гражданского правонарушения, которое проявляется в неисполнении или ненадлежащем исполнении договорных обязанностей – условий обязательства. Нарушить договор может лишь его сторона, связанная конкретной гражданско-правовой обязанностью, что лишней раз подтверждает строго относительный характер обязательственных прав. Любые действия интервента находятся вне структуры обязательства и установленного им комплекса взаимозависимых прав и обязанностей кредитора и должника. Правда, невозможно представить себе и такого изолированного договорного обязательства, которое могло бы существовать вне гражданского оборота и его участников, следовательно, негативное и противоправное влияние третьих лиц исключить и здесь невозможно, но такое воздействие будет всегда характеризоваться внешним, опосредованным влиянием на участника обязательства, формирующим модель его поведения по отношению к контрагенту. Этим обусловлены специфические формы противоправного поведения интервента, знающего о существовании чужого обязательства, но, несмотря на это, создающего собственными действиями стимулы и условия для нарушения существующих обязательств. Характер действий интервента и их последствия не позволяют считать действия интервента разновидностью нарушения обязательства,

⁸⁶⁸ Ср.: Самощенко И.С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. С. 63; Малеин Н.С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М., 1985. С. 28.

существующего между другими лицами. Противоправные действия интервента нуждаются в самостоятельной и автономной квалификации как правонарушения и не могут рассматриваться как пример гражданско-правового «соучастия» в нарушении чужих обязательственных прав: интервент не является техническим сопричинителем вреда кредитору. Невозможно вести речь о смешанной вине интервента и нарушившего обязательство должника, поскольку действия каждого из них подлежат самостоятельной юридической квалификации и должны рассматриваться и оцениваться отдельно: действия должника и интервента совершены разными субъектами права, несущими самостоятельную ответственность за совершенные действия, которые, как предполагается, совершены по их воле и в их личном интересе. Очевидны различия и в субъектном составе, по которым не представляется возможным считать действия должника и интервента, приведшие к нарушению обязательственных прав, разновидностью проявления смешанной вины: смешанную вину характеризует связанное поведение должника и кредитора, приведшее к нарушению обязательства, хотя сам институт смешанной вины распространен за пределы внедоговорных обязательств⁸⁶⁹, но в любом случае при смешанной вине речь идет о поведении участников одного обязательства.

Намеренно создать условия для нарушения обязательства, склонить одного из контрагентов к нарушению условий договора совсем не значит нарушить чужое обязательство. Нарушение условий договора характеризуется поведением его обязанной стороны, которая от своего имени и в своем интересе осуществляет гражданские права и исполняет гражданские обязанности, принимая на себя риск применения гражданско-правовых санкций на случай собственного противоправного поведения. Навянный извне мотив совершенного нарушения договора не меняет личности правонарушителя – его стороны. Это ясно так же, как и понятна невозможность считать убийцей студента, заботливо помогшего встать

⁸⁶⁹ Подробнее См.: Яичков К.К. Смешанная ответственность в деликтных обязательствах по советскому гражданскому праву: дис... канд-та юрид. наук. М., 1945. С. 2-4.

поскользнувшемуся пьяному прохожему, угодившему вследствие собственной неосторожности через мгновение под вывернувшийся из-за поворота трамвай. Логично считать, что намеренные действия по стимулированию или подстрекательству к нарушению заключенного договора должно пресекаться возможностью применения гражданско-правовых санкций к лицу, совершающему такие действия. В конечном счете, речь идет не только о защите прав и законных интересов конкретного кредитора, но и о стабильности имущественного оборота в целом, который не может мириться с существованием деструктивного и дестабилизирующего фактора в поведении его участников. Мотивы и намеренное поведение интервента должны быть квалифицированы как особая разновидность гражданско-правового деликта, совершение которого может явиться основанием к заявлению соответствующего требования о возмещении вреда к интервенту. Противоправные действия интервента нуждаются в самостоятельной классификации и не могут интерпретироваться как разновидность нарушения договорного обязательства, в том числе в рамках института договорной ответственности. Отсутствуют какие бы то ни было сомнения и в том, что противоправные действия интервента причиняют вред именно кредитору в случае нарушения обязательства должником.

Складывающаяся ситуация с совершенствованием российского законодательства об обязательственном праве содержательно и по сути мало чем отличается от действующего законодательства, где в общих основаниях ответственности за нарушение обязательства поименовано не лицо, нарушившее обязательство, а «лицо, не исполнившее обязательство либо исполнившее его ненадлежащим образом» (п. 1 ст. 401 ГК РФ), что предполагает более узкую возможность толкования нормы. Однако ст. 401 ГК РФ не является генеральной нормой о видах нарушений обязательственных прав, договорной и внедоговорной гражданско-правовой ответственности, не относит к числу правонарушений осознанные действия лиц, в различных формах поведения содействующих правонарушению и своими недозволенными действиями извлекающих в ущерб другим

собственную выгоду из совершаемого противоправного действия. Принципиальное решение этих вопросов составляет тактическую задачу по реформированию норм о гражданско-правовой ответственности в российском праве. Статья 401 ГК РФ определяет основания договорной ответственности лиц, участвующих в обязательстве в гражданско-правовом статусе должника и кредитора. Объем регулирования нормы ст. 401 ГК РФ изначально не распространен на случаи внедоговорной ответственности лиц, не участвующих в обязательстве в качестве его сторон, что одновременно не исключает их гражданско-правовой ответственности за причиненные их неправомерными действиями убытки по правилам о деликтной ответственности.

Нельзя не отметить, что законодательные ограничения круга лиц, потенциально ответственных и могущих противоправно вторгнуться или нарушить чужое обязательство, формируют заранее установленный шаблон возможных противоправных действий правонарушителей, с достаточной определенностью устанавливают круг лиц, которые могут нарушить вещное и обязательственное право. Такое решение изначально не может претендовать на точность в своей формулировке и обосновании. Закрепление одноименных положений в законе влечет возникновение риска отсутствия законодательных основ для пресечения совершаемых противоправных действий в случае отклонения поведения правонарушителя от заблаговременно предписанных законом типов и способов совершения правонарушений. Для доказывания отсутствия факта правонарушения, освобождения от гражданско-правовой ответственности, отказа в заявленном иске достаточно будет возражения о том, что лицо не могло в силу закона совершить то или иное противоправное действие, в связи с чем не может быть ответчиком по искам о возмещении причиненного вреда. Примечательно, что личность возможного правонарушителя вещных и обязательственных прав отнесена законопроектом не к правовой презумпции, а необходимому условию, без которого невозможна защита вещных и обязательственных прав.

Нет никаких оснований считать возводимые в закон ограничения в защите вещных и обязательственных прав нормативно установленными признаками вещных и обязательственных прав, поскольку, по всей видимости, данная законопроектная формулировка является результатом обобщений и личных статистических наблюдений разработчиков законопроекта. В любом статистическом наблюдении возможны погрешности, тем более, что причины закрепления нормативных положений о посубъектной идентификации правонарушителей вещных и обязательственных прав до конца не ясны и вызывают принципиальные содержательные возражения. В противном случае возможны и другие безосновательные выводы о заведомой невозможности совершения отдельных правонарушений той или иной группой субъектов права (к примеру, заведомая невозможность нарушения договорных обязательств женщинами или пенсионерами, их заключившими; невозможность нарушения трудового распорядка ограниченно трудоспособными лицами; невозможность совершения экономических преступлений, преступлений, посягающих на половую свободу и неприкосновенность государственными или муниципальными служащими и др.). Такие новеллы трудно считать неоспоримым достоинством и прогрессивным шагом законодателя навстречу развитию экономических отношений в стране, построению гражданского общества и правового государства, поскольку по своему содержанию они стереотипичны и не универсальны. Точное определение круга возможных правонарушителей гражданских прав по критерию субъективной принадлежности, думается, не должно входить в задачи законодателя.

Доктринальное решение вопроса о возможности нарушения относительных прав действиями третьего лица не выглядит столь однозначным. На протяжении достаточно длительного времени ученые задавались вопросами: может ли быть нарушено обязательство третьим лицом; может ли участник обязательственного отношения защищаться против любого третьего лица; способно ли обязательство создать обязанность для неучаствующих в нем лиц, и какой характер имеет эта

пассивная обязанность; распространяет ли свое действие обязательство в отношении третьих лиц? Оценка возможности нарушения обязательства третьим/другим, не участвующим в нем лицом, получила отражение в литературе по гражданскому праву в различных аспектах, хотя, с нашей точки зрения, этот вопрос не является краеугольным камнем теории абсолютных и относительных прав, поскольку изначально связан с отдельными аспектами не материально-правового содержания субъективного права, а пределов защиты нарушенных прав, их охраны гражданским законодательством.

Тем не менее положительные ответы на поставленные вопросы традиционно являются основой для выводов об абсолютном действии относительных прав⁸⁷⁰, о возникновении смешанных форм абсолютно-относительных и вещно-обязательственных прав. Попытаемся разобраться, действительно ли это так.

В юридической литературе иногда указывается, что возможность нарушения права любым лицом может рассматриваться как следствие (признак) абсолютного или вещного права. В дореволюционной российской литературе такой точки зрения придерживался Е.В. Васьковский, который отмечал, что «вещное право, будучи обязательным для всех, может быть и каждым нарушено. Напротив, обязательственное право допускает нарушение только со стороны обязанного лица»⁸⁷¹. Считаем необходимым, прежде всего, разобраться с корректностью определения сущности и содержания обязательства в зависимости от его способности быть нарушенным определенным, заранее известным лицом. Полагаем, что пресечение

⁸⁷⁰ Есть и исключения из этого правила. Е. Бухер использует специальный термин – «нарушение договора из-за третьих лиц» (*Vertragsverletzung durch Dritte*). При этом указывается, что воздержание третьих лиц от нарушения договора желаемо, но такая возможность никак не колеблет понятия относительности обязательства (См.: Bucher E. *Op. cit.* S. 144.). Д. Медикус признает, что в относительных правах правонарушителем может быть только контрагент, защита от третьих лиц возможна лишь в исключительных и установленных законом случаях, например, если третье лицо присваивает статус и полномочия кредитора (§ 816 BGB) в силу закона оно считается обязанным возратить кредитору все полученное вследствие совершенных неправомочных распорядительных действий, но в то же время кредитор «в принципе не защищен от третьей стороны, которая воздействует на объект обязательства» (См.: Medicus D. *Op. cit.* S. 31).

⁸⁷¹ См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003. С. 262.

правонарушений, как и предупреждение противоправного поведения независимо от юридического статуса правонарушителя, типе его юридической связанности с потерпевшим являются обязанностью правопорядка как гаранта беспрепятственного осуществления и защиты субъективных прав и никак не соотносятся со спецификой, видами и принятыми в частном праве классификациями субъективных прав. Пресечение нарушений права и следующая за допущенным правонарушением реакция правопорядка, применение мер воздействия к правонарушителю по заявлению потерпевшего являются адекватной реакцией публичной власти на противоправное поведение правонарушителя.

Признанная избирательная возможность нарушения одного вида права и заведомая невозможность нарушения другого вида субъективного права, декларируемая правопорядком и правовым сообществом, говорит, с нашей точки зрения, лишь о слабости публичной власти и низком уровне правовой культуры. Заведомое отрицание возможности нарушения права парализует и механизм защиты: поскольку невозможно нарушение, невозможна и защита. Сами же действия, посягающие на права другого лица, должны квалифицироваться никак не по гипотетическим критериям возможности/невозможности их совершения, а по противоправности их совершения и специфике применения гражданско-правовых санкций к правонарушителю.

Обнаруживается и другой подход, согласно которому потенциальная возможность нарушения договора не участвующим в нем лицом никак не ставит под сомнение понятие относительности, поскольку относительные права «перекрываются» в данном случае абсолютными правами⁸⁷².

Однако в данной связи значим, как видится, другой вопрос: по каким факторам происходит сближение обязательственного права, возможность нарушения которого признается за третьими лицами с вещными или абсолютными правами? Речь может идти лишь о схожести с формальными критериями абсолютности субъективных прав: требование о недопущении

⁸⁷² См.: Bucher E. Op. cit. S. 144.

вмешательства в обязательственные права теперь будет распространяться не только на должника. Однако значимость данного вывода дает возможность утверждать, что тождества не наблюдается между материальным содержанием групп абсолютных и относительных; вещных и обязательственных прав. Сближения не происходит с сущностным содержанием абсолютных прав. Это видится верным с той точки зрения, что адресная направленность притязания (требования) о недопустимости нарушения права является генеральной и обращена ко всем без исключения, никак не свидетельствует о индивидуально-сущностном содержании того или иного субъективного гражданского права, не являясь классификационным критерием группировки системы субъективных прав. В современной российской юридической литературе указывается, что «принцип относительности обязательственных правоотношений – не священная корова обязательственного права», а возможные возражения об абсолютном характере требований к интервенту имеют сугубо догматические корни⁸⁷³. Сама по себе такая постановка вопроса серьезна, поскольку ей затрагиваются принятые вот уже несколько столетий господствующей точкой зрения основы классификации субъективных прав. Для безошибочного понимания предлагаемой метафоричной интерпретации относительности как «не священной коровы обязательственного права» явно не хватает столь же ярко и образно мотивированной собственной содержательной правовой позиции автора на вопросы об основаниях деления субъективных прав на виды; взаимосвязи форм и пределов защиты нарушенного субъективного права с материальным содержанием субъективных прав. Для этих целей ссылок на «непререкаемых авторитетов» как приема аргументации и доказательств явно недостаточно.

Возможность защиты против любого третьего лица, предоставляемая субъекту обязательственного права нормами объективного права того или иного правопорядка, не может рассматриваться как доказательство вещной или абсолютной природы самого субъективного права, поскольку усиление

⁸⁷³ Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд.

правового положения субъекта наблюдается лишь в полномочиях по защите права, находящегося в состоянии нарушения, и расширении круга возможных правонарушителей – потенциальных ответчиков по искам в гражданском процессе.

О справедливости этого замечания может свидетельствовать сама история цивилистики. И *Pignus*, и *Hypoteca* в первую очередь были сделками, заключаемыми в повседневной жизни. Изначально их правовое действие было ограничено личностью контрагента и только постепенно преторы расширили их защиту до третьих лиц (*Interdictum Salvanium*, *action Serviana-quasi Serviana*). Аналогично обстояло дело с эфитевзисом и суперфицием. И лишь потом в юридической литературе возможность защиты против любого стала почитаться одним из главных признаков абсолютного и вещного права.

Обоснованность, как и универсальность такого подхода вызывает сомнения. Нам не удалось обнаружить весомых аргументов, позволяющих ответить на главный вопрос о том, каким образом и в какой момент способ защиты нарушенного права и пределы его действия преобразуют внутреннее содержание субъективного гражданского права, вызывая качественные видоизменения и перестройку его существа, достаточные для изменения изначальных классификационных признаков и принципов. Почему, наконец, следуя обратной логике, ряд обязательств, защищенных иском не только против контрагента, но и третьих лиц, так и не стал рассматриваться в орбите вещных прав. К примеру, Р.ф. Иеринг констатирует, что «ограниченно вещную защиту фидеюкомисса Юстиниан подменил полностью вещным характером»⁸⁷⁴, а сам фидеюкомисс сохранился в статусе «защищенного в вещной форме обязательства»⁸⁷⁵. Как видно, сам Р. Иеринг не считает возможность защиты против любого третьего лица прерогативой вещного права: «если кредиторам предоставлялась возможность заявить иск по отношению к третьему лицу в связи с *alienatio in fraudem creditorum*, почему же не предоставить *Fideicommissar* возможность заявить иск в связи с

⁸⁷⁴ Jhering R. *Passive Wirkungen der Rechte*. S. 512.

⁸⁷⁵ *Ibid.* S. 513; 546.

alienatio in fraudem fideicommissarii?» При этом остаются невыясненными основания отождествления возможности защиты против третьих лиц и вещно-правовой защиты.

Полагаем, что различия абсолютной и вещной защиты принципиальны и существенны, поскольку абсолютная защита свидетельствует только о круге потенциально возможных нарушителей, а вещная защита является неотъемлемой принадлежностью только вещных прав. Не обнаруживается ни достаточных, ни разумных оснований считать вещные иски общими способами защиты нарушенных субъективных гражданских прав, поскольку они составляют принадлежность, вспомогательную основу и главный способ защиты именно вещных прав.

П. Эртман справедливо допускает потенциальную защиту кредитора в обязательстве против любого третьего лица постольку, поскольку всегда существует риск, что другое лицо оспаривает статус кредитора или пытается его присвоить⁸⁷⁶. Эта правовая возможность защиты от третьего лица полагается на особое право, причитающееся кредитору в обязательстве – право его признания в определенном гражданско-правовом статусе, которое обращено не только к контрагенту, но и ко всем другим лицам без исключения. Обратим внимание, что П. Эртман не обосновывает этой возможностью вещно-правовое действие самого обязательства, но и не исключает абсолютные характеристики содержания обязательства. Действительно, было бы опрометчиво ограничивать кредитора в потенциальной возможности такой защиты, поскольку в противном случае складывается ограниченно-иллюзорное представление о меньшей степени защищенности относительных прав в сравнении с абсолютными, что может потворствовать противоправному поведению отдельных лиц. Да, и какую ценность и значение в гражданском праве представляли бы обязательственные права, если бы возможность их нарушения третьими

⁸⁷⁶ См.: Oertmann P. Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. S. 156. Е. Фукс также говорит об оспаривании любым лицом права кредитора как об особом вмешательстве в чужое обязательство (См.: Fuchs E. Op. cit. S. 102.).

лицами оставалась бы открытой и не пресекалась бы на корню правом порядком?

Современные германские цивилисты не исключают, а, скорее, допускают возможность нарушения обязательства лицом, в нем не участвующим. В комментариях к BGB говорится о разделении полномочий промиссара и кредитора в случае нарушения обязательства, взятого на себя должником, третьим / другим лицом, не являющимся стороной такого обязательства⁸⁷⁷. Г. Дернер прямо говорит о возможности лица, не вовлеченного в обязательство в качестве его участника, причинить вред кредитору, когда вследствие поведения такого лица должник не окажется способен исполнить обязательство надлежащим образом. Право, говорит Г. Дернер, способно прореагировать на поведение третьего/другого лица двояко: или заставить должника принять на себя всю полноту ответственности за действия постороннего лица, или принудить само третье / другое лицо отвечать за неисполнение обязательства должника. По мнению Г. Деннера, в первом случае можно говорить об относительной или внутренней защите, во втором – об абсолютной или внешней защите. Противопоставление абсолютности и относительности в данном случае касается не предписаний правовых норм, о котором ученый повествует ранее, а о различии именно субъективных прав в аспекте «техники правовой защиты»⁸⁷⁸. Однако вопросы защиты субъективного права, определения численного состава адресатов требований управомоченной стороны, правовое взаимоотношение управомоченного лица и правонарушителя не могут оказывать решающего влияния на определение содержания и вида материального субъективного гражданского права.

В голландском гражданском праве цивилисты отдельно говорят о праве кредитора требовать от каждого, чтобы его право требования не нарушалось, чтобы никто не чинил препятствия добросовестному исполнению должником

⁸⁷⁷ Palandt Buergerliches Gesetzbuch / bearbeitet von Bassenge P., Diederichsen U., Heinrichs H., Putzo H., Thomas H., Richter V., Brudermueller G., Edenhofer W., Heldrich A., Sprau H., Weidenkaff W. Muenchen, 2008. S. 529-530.

⁸⁷⁸ Doerner H. Op. cit. S. 376.

лежащей на нем обязанности, в том числе, чтобы никто из третьих/других лиц не ставил должника в состояние невыполнения обязательства. Считается, что обоснованность этих требований подчеркивает абсолютность отдельных аспектов прав требования кредитора в обязательстве или «абсолютную величину обязательства»⁸⁷⁹. Однако неясно, какая связь видится здесь с абсолютной характеристикой субъективного гражданского права. Почему, к примеру, не говорится просто о превентивном, профилактическом действии правовой нормы, правовом воздействии правопорядка на поведение субъектов права? На этот вопрос не находится вразумительного ответа.

При подготовке проекта Гражданского кодекса Венгрии разработчики указывали на то, что «обязательственное право в современной торговой жизни является более важным для хозяйственных факторов и жизни, чем правопорядок мог бы допустить, поэтому без опасений возместить причиненные убытки третьи лица могли бы причинить существенный ущерб и обесценить (обязательственное право – СС) уже с точки зрения самих кредиторов»⁸⁸⁰. Вероятно, речь и идет о недопустимости, а значит и возможности нарушения обязательства третьим лицом. И далее: «обязательственные права слишком важные блага, чтобы правопорядок мог допустить нанесение им ущерба третьими лицами»⁸⁸¹.

Венгерские цивилисты следуют традиции континентального права и видят в возможности абсолютной защиты права его новые свойства, утверждая, что «относительные правовые отношения могут приобрести абсолютный эффект, а абсолютные правоотношения могут стать относительными. Стена, разделяющая эти две крупные правовые сферы все же нерушима, так как относительные правовые отношения в изначальной своей форме относительны и становятся абсолютными с точки зрения последующей защищенности, в то время как абсолютные правовые

⁸⁷⁹ См.: Struyken T.H.D. Op. cit. P. 94.

⁸⁸⁰ Tóth L. Op. cit. P. 41.

⁸⁸¹ Ibid.

отношения уже в изначальной своей форме абсолютны и становятся относительными лишь с точки зрения своей последующей защищенности»⁸⁸².

При этом никто не ставил вопрос о том, как влияет расширение объема защиты на содержание самого материального субъективного гражданского права. А, главное, в чем при таком понимании защиты видится критерий качественной модернизации субъективного гражданского права, открывающий в нем новые свойства и изменяющий его изначальную природу. Отсутствие аргументированных ответов на поставленные вопросы делает бездоказательными утверждения, согласно которым «абсолютное право отличается от относительного только тем, что это право может нарушить потенциально любое лицо»⁸⁸³.

Особо показательным на фоне дебатов о разграничении вещных и обязательственных прав, появлении в обязательственных правах признаков прав вещных выступает проблема квалификации прав арендатора. В действительности ни сохранение в силе договора аренды, ни возможность защиты прав арендатора от третьих лиц не свидетельствует о присутствии в правах обязательственных признаков вещного права и тем более не может свидетельствовать о существовании в имущественном обороте смешанных форм вещных и обязательственных правоотношений или вещно-обязательственных прав. В данной связи требует ответа вопрос не столько о содержании признаков вещных прав, сколько о том, что изменилось в содержании прав арендатора на вещь, сказалось ли расширение возможности защиты на изменении экономико-хозяйственной функции договора аренды. Потенциальная возможность защиты от любого третьего лица и законодательно установленное положение о сохранении силы договора аренды рационализируют, усиливают степень защиты прав арендатора, упрочняют его положение, создают дополнительные гарантии, но никак не влияют на изначальное содержание принадлежащего арендатору субъективного права на арендуемую вещь. Если же исходить из обратного, то

⁸⁸² Ibid. P. 38.

⁸⁸³ Fueller J.T. Op. cit. S. 52.

следует озадачиться ответом на вопрос о том, какие признаки вещиности сохраняются в праве арендатора, если возможность защиты против третьих лиц будет устранена той же нормой закона, что и была установлена. В таком случае «вещные основы» прав арендатора развевются в правовой среде подобно табачному дыму в атмосфере. Таким образом, требуют разграничения следующие основополагающие явления: само содержание права – «ядро» и форма его защиты – «панцирь». Прав П. Эртман, заключивший, что сущность того, что защищает, отлична от той, чем она защищается: дворовая собака, являясь верным стражем дома, не может считаться составной частью самого дома⁸⁸⁴.

Возможность нарушения обязательства третьим лицом отрицается М.М. Агарковым на том основании, что обязательство может быть нарушено только должником⁸⁸⁵. Третье лицо может лишь своими противоправными действиями вызвать прекращение обязательства. Думается, это не в полной мере верно. Тем более что и В.К. Райхер, и Е.А. Флейшиц вслед за германскими цивилистами признавали возможность деликтной ответственности любого лица за нарушение чужого обязательственного права.

Германская цивилистика модернизировала эти подходы, еще раз подтвердив возможность, когда обязанность по возмещению вреда ложится принципиально не на должника, а на третье лицо, нарушившее право. Догматическая основа этой концепции сосредоточена на современном учении о несправедливости, выражающейся в противоправном поведении, которая типизирует деликтные вмешательства в зависимости от их вида и поведения деликвента. Акцент в данном случае смещается со структуры нарушенного права к учиненным противоправным действиям⁸⁸⁶. Французские цивилисты отмечают, что третье лицо может нанести ущерб обладателю исключительного права, возникшего вследствие договора,

⁸⁸⁴ См.: Oertmann P. Der Dinglichkeitsbegriff. S. 440.

⁸⁸⁵ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 54.

⁸⁸⁶ Подробнее: Oehler D. Das objective Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung. Berlin, 1959; Koziol H. Die Beeinträchtigung fremder Forderungsgerecht. Wien, 1967.

обязательства по которому не исполнены и не прекращены. В качестве примера приводится ответственность издателя газеты, в которой была опубликована информация, взятая из произведения, готовящегося к изданию, что повлекло утрату оригинальности самого произведения и способствовало причинению ущерба издателю, обладающему преимущественными полномочиями на первое издание произведения⁸⁸⁷.

В гражданском праве Франции (теории и судебной практике) возможность нарушения обязательства третьим лицом позиционируется как реальная возможность, в связи с чем третьему лицу предоставлены особые права ссылаться на нарушение конкретным договором своих собственных субъективных гражданских прав⁸⁸⁸. Это объяснимо действием всеобщего обязательства непричинения вреда другому лицу в гражданском праве⁸⁸⁹. Законодательно такая возможность обеспечена ст. 1382-1383 СС, где нормы о внедоговорной ответственности за причинение вреда сформулированы предельно широко, закрепляя общее положение о том, что любое действие независимо от лица, которое наносит вред другим, обязывает к возмещению вреда средствами причинителя, где каждый отвечает за вред, нанесенный не только своими умышленными действиями, но и по небрежности или неосторожности.

Французская доктрина гражданского права в числе наиболее обсуждаемых случаев приводит в пример право заказчика заявить против субподрядчика иск о возмещении причиненного вреда или требовать его привлечения в качестве соответчика по иску к подрядчику при отсутствии между заказчиком и субподрядчиком договорных отношений. При этом речь преимущественно идет о внедоговорной, деликтной ответственности за нарушение гражданских прав, причиняющее вред имуществу, здоровью, жизни правомочного лица. Здесь же уместно говорить об ответственности изготовителей за дефектную продукцию, которая была приобретена

⁸⁸⁷ Henry X., Venandet G., Wiederkehr G., Jacob F., Tisserand-Vartin A., Guiomard P. Code Civil. Dalloz, 2010. P. 1400.

⁸⁸⁸ Ibid.

⁸⁸⁹ Ibid. P.1402.

покупателем через цепочку посредников и продавцов. Сам выпуск дефектной продукции, причиненные вследствие этого вредоносные последствия образуют состав гражданского правонарушения и сферу ответственности изготовителей, посредников, которые в большинстве случаев не состоят с конечным приобретателем в договорных правоотношениях, но, тем не менее, нарушают его права на получение качественной и безопасной продукции, которые предусмотрены договором между покупателем и последним отчуждателем продукции. Здесь же говорится о возможности нарушения обязательств собственника квартиры, взятых перед товариществом собственников квартир, арендатором конкретной квартиры (к примеру, нарушение общепринятых правил о часах тишины, захламление подъезда и прилегающей к дому территории и др.), что обуславливает прямой иск о возмещении ущерба товарищества непосредственно к арендатору.

Вероятность нарушения обязательства не участвующим в нем лицом следовало бы рассматривать в связке с вопросом о возможности нарушения прав не участвующего в обязательстве лица действиями контрагентов при исполнении обязательств и содержанием их договора. Очевидно, что ненадлежащее исполнение договорной обязанности по составлению реестра акционеров потенциально способно нарушить права не только общества и акционеров, но и третьих лиц, инвесторов, которые вследствие этого подверглись заблуждению при совершении юридически значимых действий, в том числе и сделок. Полагаем, что эти два вопроса являются взаимосвязанными.

Любое соглашение субъектов, положенное в основание гражданско-правового договора, затрагивает интересы кредиторов, интересантов, зависимых и связанных с каждой из сторон лиц. Заключение договора в ряде случаев способно повлиять на интересы прежних контрагентов любой из сторон такого договора (к примеру, заключение издательского договора с другим контрагентом, влекущее лишение прежнего издателя преимущественного права на издание произведения). Французские цивилисты рассматривают любой договор как потенциально возможный

«источник ущерба», указывают на то, что третье лицо, преднамеренно помогающее нарушить другому ранее принятое на себя обязательство, совершает «виновное причинение вреда в отношении жертвы невыполнения договорных обязательств»⁸⁹⁰. Пособник и правонарушитель в данном случае рассматриваются как лица, совместно причинившие вред⁸⁹¹.

Полностью не исключает возможность нарушения чужого обязательства М.И. Брагинский, указавший на то, что «не существует правоотношений, которые можно было бы изолировать от действий других/третьих лиц»⁸⁹², а «противоправные действия других лиц приводят в ряде случаев к тому же результату, как и противоправные (виновные) действия самого участника правоотношения»⁸⁹³. Кроме того, искомый случай может быть обнаружен и в общей части действующего российского обязательственного права. К примеру, ст. 403 ГК РФ допускает случаи, когда третье лицо, привлеченное к исполнению обязательства, несет самостоятельную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства. Логично предположить, что в данном случае нарушителем обязательства будет признан исполнитель, а не сторона по договору. Другое дело, что между кредитором и третьим лицом, привлеченным к исполнению обязательства, не возникает никаких обязательственных отношений, поскольку за действия исполнителя отвечает сам должник, который принял на себя риск участия третьего лица в исполнении обязательства⁸⁹⁴.

Возможная ответственность третьего лица за действия сторон в обязательстве может быть предопределена его ролью и участием в возникновении, изменении и прекращении гражданских прав по конкретному договорному обязательству. К примеру, третье лицо, участвуя в переговорах

⁸⁹⁰ Henry X., Venandet G., Wiederkehr G., Jacob F., Tisserand-Vartin A., Guiomard P. Code Civil. Dalloz, 2010. P. 1399.

⁸⁹¹ Ibid.

⁸⁹² Брагинский М.И. Влияние действий других/третьих лиц на социалистические гражданские правоотношения: дис...д-ра юрид. наук. Уфа, 1961. С. 61.

⁸⁹³ Брагинский М.И. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву // Труды ВЮЗИ. М., 1961. Т. 1. С. 6.

⁸⁹⁴ Ср.: Данилова Е.Н. Ответственность должника за действия третьих лиц, участвующих в исполнении договора. М., 1913. С. 1-4. 32.

и заключении договора в качестве посредника, ввело одного или сразу всех участников договора в заблуждение, способствуя тем самым последующему отказу от договора и причинению убытков его сторонам при том, что условиями заключенного договора не было регламентировано положений об ответственности за действия такого посредника. Исходя из конкретных обстоятельств дела вполне разумно считать действия третьего лица недобросовестными и противоправными, причинившими вред сторонам договора, которые могут обратиться к такому посреднику с требованием о возмещении убытков, вызванных нарушением одной из сторон своих договорных обязательств.

Отвечая на вопрос о действии обязательств против третьих лиц, М.М. Агарков отмечает, что следует выделять два вида различных отношений, первый уровень которых состоит в отношении кредитора и должника, второй - в отношении кредитора и всех прочих лиц. «Если даже признать, что наличие обязательств создает для всякого и каждого в отношении кредитора обязанность воздерживаться от посягательств, могущих лишить кредитора возможности осуществить его право требования», то «отношение между кредитором и всяким и каждым» следует считать «абсолютным правом, которое советское гражданское право не знает»⁸⁹⁵. Суждения М.М. Агаркова возможно понимать двояко. С одной стороны, получается, что одно и то же право может быть одновременно относительным, действуя в отношении только должника, и абсолютным - в отношении всех прочих лиц, что само по себе весьма сомнительно. И какие могут быть основания и смысл считать абсолютным правом отношение кредитора со всеми прочими лицами, наделяя его статусом абсолютного? Маловероятно, что в этом случае содержание такого права выходит за рамки притязания, имеет какое-либо самостоятельное значение, позволяющее говорить о качественно новом материально-правовом статусе управомоченного лица в гражданском обороте, качественно отличаясь при этом от всеобщей правоохранительной пассивной обязанности уважения и невмешательства в чужие права и

⁸⁹⁵ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 54.

правоотношения. При таком подходе ничто не мешает наделить и должника однородным абсолютным правом, обращенным ко всем третьим лицам, которые обязаны не чинить ему препятствий в исполнении обязательства. Приверженность такому подходу ввергает исследователя в разрешение новых и более общих вопросов, например о функциональном значении субъективного права в регулятивном механизме гражданского права. С другой стороны, одновременное наделение обязательства абсолютной (ко всякому и каждому) и относительной (только к контрагенту) природой ведет к двукости понятия обязательства, сложности исследования его индивидуальной гражданско-правовой природы как «вещи в себе», во многом искусственному раздвоению структуры обязательственных прав, рассматриваемой с различных и непримиримых меж собой воззрений.

Весьма любопытно к разрешению вопроса о действии обязательств против третьих лиц, в них не участвующих, подходит Г. Штауб, который говорит о том, что вмешательство третьих лиц в чужое обязательство происходит гораздо реже, чем в вещные права, и у римских юристов, занимавшихся юриспруденцией повседневной жизни, судя по всему, не было повода рассматривать эту проблему, что, впрочем, никак не означает ее отсутствия⁸⁹⁶. Комментируя конкретное судебное решение, Г. Штауб подчеркнул, что Имперскому суду для признания возможности защиты обязательства от нарушений со стороны третьего лица оказалось достаточно только факта его существования. Важно подчеркнуть и то, что нарушение прав и законных интересов кредитора, исходящее от третьего лица, может осуществляться не только посредством противоправных действий, во всех случаях отвечающих признакам гражданско-правового нарушения, но и особых действий, таковыми не являющихся (к примеру, введение в заблуждение должника, спровоцировавшее нарушение сроков исполнения и т.д.). Неслучайно практика Верховного суда Нидерландов исходит из всеобщего обязательства воздержания от действий, целью которых является побуждение стороны к нарушению собственных договорных обязательств, а

⁸⁹⁶ Staub H. Op. cit. S.17.

равно из недопустимости создания препятствий для надлежащего исполнения обязательств должником⁸⁹⁷.

При рассмотрении позиции Г. Штауба следует иметь в виду, что признание возможности действия обязательственных прав против любого и каждого (абсолютное действие обязательственных прав) не рассматривается как исключение, поскольку и вещные, и обязательственные права позиционируются им как абсолютные.

В конечном счете, нельзя не согласиться с тем, что любое обязательство влияет на интересы третьих лиц как потенциальных или действительных кредиторов его сторон: ведь в случае недостаточности имущества должника для удовлетворения всех его кредиторов наличие каждого обязательства оказывает действие в отношении других имеющихся обязательств, уменьшая вероятность их погашения в причитающемся объеме. Есть и более конкретные примеры действия обязательств в отношении лиц, не участвующих в них, в особенности, по свидетельству А. Гойхбарга, когда «управомоченная сторона уже приступила к осуществлению своего права»⁸⁹⁸. Применительно к сегодняшним реалиям имеет смысл обратить внимание на отражение в действующем законодательстве об аренде принципа «Kauf bricht nicht Miete», который, как мы полагаем, изначально не следует смешивать с правом следования, несмотря на то, что именно этот подход утвердился в правосознании как признак вещного права в гражданско-правовом статусе арендатора.

Потенциальный покупатель, независимо от его знания об обременении приобретаемой вещи арендой, вынужден мириться с ее существованием. Я. Вильгельм говорит о том, что правовые нормы отступают от принципа разделения абсолютных и относительных прав, предоставляя защиту кредитору в обязательстве от всех прочих лиц даже тогда, когда субъект, пользующийся подобной привилегией, имеет только относительное право, независимо от возможности его будущего превращения в абсолютное, как и

⁸⁹⁷ Meijers E.M. *Algemene leer van het burgerlijk Recht*. P. 273.

⁸⁹⁸ См.: Гойхбарг А. *Хозяйственное право РСФСР*. М., 1924. Т. 1. С. 96.

от степени обеспечения соответствующего права запретом на отчуждение или предварительной отметкой⁸⁹⁹.

Согласно буквальному смыслу § 566 BGB речь идет не о покупке, а о приобретении права собственности на объекты недвижимости, главным образом, на земельные участки, предоставленные в найм другими лицами. Вероятно, можно согласиться с распространением этой конструкции на случаи приобретения имущества с торгов, в том числе в ходе конкурсного производства, присвоения земельного участка, добровольно уступленного по правилам § 928 BGB. Однако нет никаких оснований давать указанной норме и принципу «Kauf bricht nicht Miete» расширенное толкование, полагая возможным вслед за К.В. Канарисом и его последователями распространить действие данного принципа на любые возмездные отношения или же разработать на основании этих норм систему регулирования, в соответствии с которой все отношения пользования земельными участками могут быть защищены от действий приобретателя⁹⁰⁰. В данном случае влияние обязательственного права на третьих лиц и вытекающая отсюда возможность защиты кредитора являются экстраординарными, основываются на идее нерушимости действия заключенного договора аренды, его сохранении в силе в течение срока договора независимо от воли правопреемника арендодателя, которому в большинстве случаев невыгодно существование и исполнение договора аренды на тех же условиях. При отсутствии таких и аналогичных им предпосылок сфера действия соответствующего правового механизма не может быть расширена.

Локальное действие принципа «Kauf bricht nicht Miete» в указанной ситуации действительно создает обязанность лица, приобретшего вещь в собственность, мириться с существующими правами арендатора, в возникновении которых сам он никакого участия не принимал, но это не означает, что право арендатора может быть причислено на этом основании к числу абсолютных и что перед нами пример существования

⁸⁹⁹ См. Wilhelm J. Op. cit. S. 39.

⁹⁰⁰ См.: Canaris C.W. Op.cit. S. 371.

обязательственного права, сочетающего в себе признаки прав вещных – права следования. Находится и более простое объяснение этого правового механизма. В данном случае происходит замена стороны обязательства – арендодателя - в силу закона, что не обеспечивается конструкцией права следования в вещном праве. Такой подход соответствует интересам как арендодателя, так и арендатора, поскольку арендатор сохраняет свои правомочия по использованию вещи на ранее установленных договорных условиях, а новый собственник, хотя и вынужден мириться с присутствием арендатора, не должен быть при этом ограничен в возможности осуществления прав арендодателя, как если бы соответствующее имущество было предоставлено арендатору им непосредственно. Стало быть, и сохранение в силе заключенного договора аренды не выглядит неэквивалентным и сугубо обременительным для нового собственника – арендодателя. Законодатель, устанавливая положения о сохранении аренды в случае смены собственника вещи, стремится предоставить гарантии и правовую защиту имущественному положению арендатора, который мог и не знать о распорядительных действиях прежнего собственника вещи. С этой точки зрения теоретическое обоснование наличия в аренде признаков вещных прав, выводы о смешанной юридической, обязательно-правовой природе самого права аренды не выглядят корректно. Едва ли сам законодатель, характеризуя статус арендатора, намеренно стремится в законе установить признак вещных прав, что само по себе не исключает стремление законодателя обозначить существенные для имущественного оборота и его участников ценности, объекты гражданско-правовой охраны. Объектом гражданско-правовой охраны в данном случае выступает не только правовое положение арендатора, но и справедливая эквивалентность правопреемства, закрепляющего причитающееся праву собственности бремя, которое возлагается на арендодателя.

Тем не менее российские цивилисты по-прежнему видят в праве аренды признаки вещного права (вещно-правовые способы защиты, право следования, преимущественное право на заключение договора на новый

срок) и сожалеют о реальной перспективе их исчезновения из законодательной регламентации аренды⁹⁰¹.

Воплощение принципа «Kauf bricht nicht Miete» в нормах германского права направлено не на создание новых правовых явлений, появление качественно новых и несвойственных признаков у обязательственных прав, а на урегулирование интересов нанимателя и нового приобретателя одной и той же вещи, предоставление им взаимных дополнительных гарантий.

В доктрине гражданского права Франции также можно встретить мнения, что, поскольку арендатор сохраняет право аренды независимо от заключения арендодателем договора продажи с третьим лицом, права арендатора являются вещными⁹⁰². Данному доводу дана развернутая контраргументация, исключая отождествление прав арендатора с вещными правами как по правовым последствиям, так и по особенностям возникновения и прекращения⁹⁰³. Следует обратить внимание на то, что Французский гражданский кодекс (СС) не предоставляет арендатору правовой возможности обращения с вещным иском к арендодателю в случае чинения последним препятствий в пользовании вещью, а также не предусматривает в силу прямого указания закона (ст. 2282 СС) права на посессорную защиту владения. Если же пользованию препятствуют третьи лица, не претендующие на право обладания ею, то арендатор вправе подать иск от своего имени (ст. 1725 СС), если же третьи лица заявляют о правах на арендованную вещь, то в силах арендатора потребовать от арендодателя снижения арендной платы. Таким образом, сохранение прав арендатора при смене собственника не является примером действия права следования, часто относимого к признакам вещных прав.

Г. Дернер видит целесообразность в утверждении абсолютной защиты обязательственных прав и мотивирует ее тем, что правопорядок

⁹⁰¹ Белов В.А. Проблемы отмены вещно-обязательственной аренды в рамках реформы гражданского законодательства // Право и экономика. 2014. № 7.

⁹⁰² Обоснованию этого положения посвящено отдельное исследование – Derruppé J. La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits reels et des droits de créance. Dalloz, 1952.

⁹⁰³ См.: Ctrickler Y. Op. cit. S. 25.

профилактически препятствует совершению правонарушений, гарантируя возможность совершения активных юридически значимых действий лишь правообладателю, подчеркивая его гражданско-правовой статус в правоотношении. Превенция в данном случае обеспечивается не только прямым запретом на вмешательство в чужое обязательство, но и действием общих норм и запретов на совершение сделок и прочих юридически значимых действий, которые доступны лишь правообладателю⁹⁰⁴, а присвоение их другими лицами могло бы способствовать ослаблению/уничтожению позиции кредитора в конкретном обязательстве. В последнем случае ограничивается принцип свободы договора для третьих/других лиц⁹⁰⁵. Тем не менее суждения ученого не видятся как последовательные, поскольку он квалифицирует установление запрета на поведение третьих лиц, «вменение обязательного поведения других лиц» правовой возможностью, целиком находящейся в распоряжении законодателя⁹⁰⁶.

Я. Вильгельм отмечает, что в германском праве существует еще одна конструкция, позволяющая кредитору противостоять третьим лицам, в том числе и собственнику вещи, который не является стороной соответствующего обязательства. Об этом говорится в ч. 2 § 986 BGB, согласно которой владелец движимой вещи может заявить свои возражения относительно заявленного требования новому собственнику ссылкой на наличие обязательственного права владения вещью. Собственнику придется мириться с существованием последнего. Впрочем, отсюда не следует вывод об абсолютном характере прав владельца вещи, в первую очередь потому, что речь в данном параграфе идет не о регламентации правового положения и наделении субъекта конкретными правомочиями, а о возможности возражения по заявленному иску собственником.

Приведенные примеры не подтверждают абсолютного действия относительных, в частности обязательственных прав, как и не доказывают их

⁹⁰⁴ См.: Doerner H. Op. cit. S. 11.

⁹⁰⁵ Ibid. S. 12.

⁹⁰⁶ Ibid. S. 13.

смешанной абсолютно - относительной природы, а свидетельствуют, скорее, о дополнительных механизмах, действующих в силу закона и обеспечивающих прочность соответствующих правовых состояний.

Отдельного внимания заслуживает возможность рассмотрения распорядительных сделок как примера действия договора в отношении не участвующих в нем лиц. Я. Вильгельм отмечает, что распорядительная сделка направлена непосредственно на причисление субъекта к правовой категории, она влечет передачу права: распорядительная сделка через принцип разделения и абстракции обладает существенной материально-правовой релевантностью только в отношениях с третьими лицами, но не *inter partes*⁹⁰⁷. Однако это суждение не подтверждает возможность рассмотрения статуса субъектов в рамках конструкции абсолютных субъективных прав.

Изложенные обстоятельства позволяют заключить, что любое лицо потенциально способно создать условия, которые могут повлечь неисполнение обязательства конкретного должника перед его кредитором. Речь идет об особой разновидности противоправного действия, повлекшего нарушение обязательства. Примеры могут быть многочисленны и разнообразны: убить кредитора, участвующего в обязательстве личного характера (например, алиментном); сломать или уничтожить проданную вещь, повредить подвижность руки пианиста в драке в преддверье анонсированного концерта и др. – это противоправные действия, влекущие невозможность надлежащего исполнения должником лежащей на нем обязанности, но не исключающие гражданско-правовую ответственность причинителя вреда за совершение противоправных действий. Констатация возможности совершения третьим лицом противоправных действий, повлекших и способствовавших нарушению договорных обязательств, возможность считать лицо, совершившее такие действия, правонарушителем, несущим гражданско-правовую ответственность за совершенные им действия, позволяют выделить особую группу гражданских правонарушений,

⁹⁰⁷ См.: Wilhelm J. Op. cit. S. 45-46.

модернизацию общего понятия гражданского правонарушения. Как известно, классическое научно-теоретическое понятие гражданского правонарушения определяется противоправным действием, которое в договорном праве может осуществить только контрагент, а само правонарушение сводится к неисполнению или ненадлежащему исполнению обязательства. Именно так рассуждает Ф. Эндеман, отмечая, что в обязательственных правоотношениях не может быть никакого обоснованного притязания кредитора при отсутствии конкретного должника, не исполнившего лежащую на нем обязанность⁹⁰⁸.

Вместе с тем еще Е.А. Флейшиц отмечала абстрактное содержание понятия противоправного действия в зарубежном праве, которое ограничено «каучуковыми нормами» (о добрых нравах, нравственности, общественного порядка), широтой судейского усмотрения⁹⁰⁹. В более поздней юридической литературе обосновывается и широкое понимание деликта. В.Т. Смирнов, А.А. Собчак определяют деликт как противоправное причинение вреда, а деликтное обязательство как обязательство, в силу которого причинитель вреда обязан возместить причиненный вред⁹¹⁰.

Само деликтное обязательство сконструировано законодателем как механизм пресечения противоправных действий и возмещения причиненного вреда потерпевшему за счет причинителя. В данном случае цели законодателя не акцентированы на поименном субъектном составе лиц, которым правонарушением может причиняться вред, а ориентированы на создание эффективного механизма восстановления причиненного ущерба и пресечение правонарушения, в чем проявляется компенсаторно-восстановительная функция гражданского права. Полагаем, что ничто не препятствует обоснованию включения в перечень деликтов намеренных действий третьих/других лиц, повлекших и создавших условия нарушения договорных обязательств.

⁹⁰⁸ Endemann F. Lehrbuch des Buergerlichen Recht. Berlin, 1905. Bd. II. Sachenrecht. S. 578.

⁹⁰⁹ Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951. С. 7; 18. §

⁹¹⁰ Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах по советскому праву. М., 1983. С. 9.

Нарушение должником принятого им обязательства может быть связано с заключением и исполнением альтернативной сделки с третьим лицом, которое, зная о заключенном договоре, предложило более выгодные условия (например, низкую цену товара; рассрочку исполнения, освобождение от принятых в сравнимых обстоятельствах в обороте договорных обязанностей и др.), в результате чего лицо, состоящее в договорных отношениях, пренебрегло условиями ранее заключенного договора, отказавшись от его исполнения, вступило в новые договорные отношения с недобросовестным offerentом, пренебрегшим в угоду собственной жадности чужим обязательством. Классическим примером такой ситуации является вторая продажа и передача вещи второму покупателю, игнорирование запрета на уступку прав по заключенному договору и другие случаи. Отказ от исполнения обязанностей по заключенному договору, если это, конечно, не предусмотрено договорным условием и заключение аналогичной сделки с тем же объектом с другим лицом является гражданским правонарушением, ответственность за которое должна быть дифференцирована между недобросовестным контрагентом и интервентом, склонившим и способствовавшим нарушению чужих договорных обязательств. Недобросовестного контрагента и интервента целесообразно позиционировать как самостоятельных правонарушителей и субъектов гражданско-правовой ответственности. Их кажущееся сходство обусловлено только причинением вреда кредитору по обязательству, но последствия их действий должны различаться как причина и следствие.

Действия интервента являются недобросовестными и противоправными, недостойными покровительства и защиты гражданским правом, поскольку они не только причиняют имущественный вред прежнему кредитору, но и колеблют, умаляют авторитет и руководящее значение основополагающего принципа договорного права об обязательности условий заключенного договора, надлежащего исполнения принятых договорных обязательств.

Учитывая, что в рассматриваемых случаях за нарушение ранее возникшего обязательства ответственен не только недобросовестный

контрагент, сконцентрированный на собственном эгоистическом интересе, но и интервент, ради своей выгоды вторгнувшийся в исполнение чужого обязательства и своими действиями склонивший и способствовавший нарушению чужого обязательства, логично предположить, что интервент должен нести гражданско-правовую ответственность за свои недобросовестные и противоправные действия наряду с недобросовестным контрагентом.

Размер, вид, условия привлечения к гражданско-правовой ответственности интервента должны быть предусмотрены национальным гражданским законодательством. Разумным и справедливым видится солидарная ответственность интервента по требованиям о возмещении убытков, причиненных неисполнением договорных обязательств, при условии, что интервент знал о существовании договорных обязательств перед другим лицом, но сознательно склонил чужого контрагента к неисполнению договорных обязательств, после чего вступив с ним в договорные отношения. В национальном законодательстве требуется конкретизация субъективного знания интервента: заведомое и осознанное желание разрушить существующие договорные отношения или пренебрежение возможными последствиями совершаемых действий. Думается, достаточно объективной осведомленности интервента о существовании чужого обязательства, прямой умысел интервента на причинение убытков стороне договора для признания действий интервента неправомерными квалифицирующего значения иметь не должен. Возможно, заведомо умышленные действия интервента могут рассматриваться национальным законодательством как условие, усиливающее гражданско-правовую ответственность интервента.

Гипотетические формы ответственности интервента различны. Чаще всего говорится о деликтной ответственности интервента. Интервент может считаться надлежащим ответчиком (чаще соответчиком) по иску о взыскании убытков, причиненных неисполнением принятых обязательств недобросовестным контрагентом, вступившим в новые договорные

отношения с интервентом. При наличии достаточной законодательной основы возможно говорить и об отказе в судебной защите прав интервента по обязательству, заключенному с недобросовестным контрагентом; оспаривании сделки между интервентом и недобросовестным контрагентом; самостоятельной гражданско-правовой ответственности интервента за причиненный вред.

Реальность и неотвратимость гражданско-правовой ответственности интервента выступает дополнительной гарантией интересов потерпевшего в случаях ликвидации, признанной судом неплатежеспособности недобросовестного контрагента, недостаточности или неликвидности его имущества, связанности и взаимозависимости недобросовестного контрагента и интервента, рассредоточении имущества недобросовестного контрагента в дочерние и зависимые общества. Одновременно угроза оспаривания заключенной сделки интервентом и недобросовестным контрагентом подобно дамоклову мечу выполняет превентивную функцию, стимулируя субъектов гражданского права к добросовестному поведению, добросовестному осуществлению субъективных гражданских прав и выполнению гражданских обязанностей, являясь сдерживающим фактором в действиях потенциального интервента.

Сложившиеся в юридической литературе воззрения на нарушение договорных обязательств как на противоправное действие только стороны обязательства⁹¹¹ в действительности отображают наиболее распространенную ситуацию, но большинство случаев из имеющейся практики не может претендовать на описание всех возможных вариантов нарушения договорного обязательства. Тем более что в цитируемом сочинении А.С. Комаров выводит из этой посылки вывод «об относительности содержания договорного обязательства, которая предопределяет условный характер ответственности за нарушение договора». Получается, что признанная исключительная возможность нарушения договорного обязательства третьим лицом автоматически разрушает

⁹¹¹ Ср.: Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 29.

характеристику относительности обязательственных отношений, что едва ли может считаться верным и обоснованным решением. При таком подходе получается, что обязательственные права относительны лишь до тех пор, пока в их осуществление не вмешивается третье лицо, собственными действиями способствующее совершению правонарушения. Такая характеристика и понимание являются условными (хотя бы потому, что противоправные действия интервента являются лишь потенциально возможными), лишаящими логической стройности базовые юридические конструкции-определения, критерии их классификации в системе частного права.

Еще одним негативным последствием дальнейшего вживления в правосознание заведомой невозможности нарушения относительных прав третьими лицами является формирование презумпции правомерности действий третьего лица, априори неспособного нарушить или способствовать нарушению чужого обязательства. Действия интервента, способствующего нарушению чужого договорного обязательства, должны считаться разновидностью деликта, совершение которого предполагает гражданско-правовую внедоговорную ответственность третьего лица-деликвента.

Правовое регулирование гражданских правоотношений на межгосударственном уровне принципиально допускает возможность защиты относительных прав деликтным иском к интервенту. Об этом может свидетельствовать редакция нормы ст. VI.-2.:211 Принципов, определений и модельных правил европейского частного права, где признается реальная возможность противоправного причинения вреда путем намеренного побуждения к неисполнению ранее принятых обязательств.

Данной нормой устанавливаются общие основания гражданско-правовой ответственности интервента за намеренные действия, способствующие нарушению чужого обязательства одним из его контрагентов. Примечательно, что изначально возможные случаи не ограничиваются нарушением договорных обязательств в динамике гражданского оборота. Пределы действия нормы расширяются до предметной области

относительных правоотношений. Сюда могут быть отнесены случаи подстрекательства к неисполнению алиментных обязательств; соблазнению неверного супруга, несущего имущественную ответственность за сохранение супружеской верности; переманивания работника на более выгодные условия труда с целью причинения заведомого вреда бывшему работодателю.

Комментаторами констатируется, что побуждение к неисполнению обязательств является современной интерпретацией римской *actio de dolo*, действия интервента влекут внедоговорную ответственность во всех государствах-членах Европейского союза с той лишь разницей, что в одних национальных правовых системах для гражданско-правовой ответственности интервента предусмотрен специальный состав гражданского правонарушения, в других – ответственность интервента наступает по общим нормам о внедоговорной ответственности за совершение гражданского правонарушения. В качестве обязательного условия гражданско-правовой ответственности интервента называется намерение причинения вреда; указывается, что использование в собственном интересе чужого недобросовестного поведения само по себе не является достаточным основанием гражданско-правовой ответственности интервента⁹¹².

Статья 7.4.1 принципов международных коммерческих договоров также предоставляет потерпевшей стороне на случай неисполнения любого договорного обязательства, если только ответственность за неисполнение в силу закона или договора не наступает, право на возмещение убытков, взыскание которых может сочетаться с другими средствами защиты нарушенного права.

Сделанные выводы о самостоятельной гражданско-правовой ответственности интервента находят свое подтверждение и в национальном зарубежном гражданском праве.

Англосаксонское и американское право не содержит и не устанавливает единого и исчерпывающего понятия незаконного и противоправного

⁹¹² Principles, definitions and model rules of European private law. Articles and comments. Munich, 2009. P. 1360-1363.

действия (law of torts), из которого бы произрастал закрытый перечень случаев возможного причинения вреда заранее известными лицами. Соответственно, в таких условиях любое действие, несанкционированное нормой права или согласием правообладателя, является частным случаем правонарушения и влечет возникновение обязанности возместить причиненный вред.

В судебной практике встречаются многочисленные случаи удовлетворения требований о прекращении противоправных действий и возмещении причиненных убытков к ответчику, непосредственно не связанному обязательствами с истцом. Надо сказать, что эти случаи не ограничиваются обязательствами договорного права. В частности, речь идет о требованиях родителей к третьему лицу, прививающему неуважительное отношение ребенка к его родителям; по иску жены к любовнице мужа, склонившей неверного супруга к разводу и разрушению семьи; по требованию бывшего импресарио оперной певицы к директору театра, который, заведомо зная о заключаемом договорном обязательстве оперной певицы, предложил ей лучшие условия и склонил к отказу от исполнения ранее заключенных договоров⁹¹³. По мнению лорда Мэкнэгтенса, третье лицо несет ответственность, если оно непосредственно склонило, уговорило, подстрекало или в какой-либо другой мере сподвигло участника договора к нарушению правил заключенного договора. Знание о существовании такого договора и есть само собой разумеющееся условие ответственности за нарушение чужого обязательства. Следовательно, третье лицо несет ответственность даже тогда, когда оно при условии осознанного положения дел допускает наемного работника, нарушающего условия договора, к его непосредственным обязанностям. Анализ прецедентов позволяет ученым классифицировать возможные противоправные действия третьих лиц, влекущие нарушение чужих договорных обязательств, на типы. Указывается,

⁹¹³ См.: Häussermann W. Relative rechte als gegenstand unerlaubter handlungen dritter. Tübingen, 1957. S. 29.

что действия третьего лица могут вызвать нарушение чужой договорной обязанности и должны считаться правонарушением, если такие действия:

«а) оказывают (физическое) влияние на участников договора, предмет договора, или обременяет или делает невозможным применение необходимых для выполнения работ или услуг приспособлений (например, выведение из строя машин);

б) если оно в какой-либо форме сотрудничает с одним из участников договора, который, в признательность ему, совершает действия, несовместимые с договором и его обязательствами. Чаще всего здесь будет иметь место гражданское правонарушение в створе.

в) если оно без ведома участников договора совершит действие, которое было бы ими совершено и было бы нарушением правил договора. В этих случаях — лишь «вмешательство». К ним можно причислить воздействие на предмет договора;

г) если оно при помощи неразрешенных средств уговорит, сподвигнет или заставит наемных рабочих нарушить трудовой договор.

Решающее значение всегда имеет, что третье лицо знает о договоре»⁹¹⁴.

В числе главных критериев возможности привлечения к ответственности третьего лица за вмешательство в чужие договоры и их нарушение является недобросовестное и несправедливое действие. Исчерпывающим образом точно определить в качестве шаблона возможные варианты противоправного вмешательства третьего лица в договор весьма затруднительно.

Швейцарское гражданское право подходит к случаям привлечения третьего лица за нарушение чужих договорных обязательств более сдержанно, считая обязательным не только факт противоправного поведения и причиненного им вреда, но и нарушение императивной нормы права. В данном случае противоправность поведения неразрывно связывается с нарушением конкретных норм правопорядка, но к таковым относится нарушение правовых обычаев и норм-принципов⁹¹⁵.

⁹¹⁴ Ibid. S. 30.

⁹¹⁵ Ibid. S. 56.

Противозаконным считается любое действие, которое нарушает субъективное право. Тем не менее под этим подразумеваются только абсолютные права. Согласно ст. 41 OR обладатель относительного права не может выдвигать требование в отношении причинения вреда третьими лицами. Однако такое положение будет правильным только с определенными ограничениями. В теории говорится, что только тот имеет право на возмещение ущерба, кому был причинен вред непосредственно путем виновных деяний, а не тому, кто пострадал косвенно в результате рефлекторного действия деликта. В частности, если кредитору причинен ущерб лицом, не имеющим отношения к обязательству, то такой ущерб считается рефлекторным действием деликта в отношении должника: кредитору причинен ущерб лишь косвенно. В противном случае он выступает непосредственно пострадавшим, если третье лицо могло вмешаться в состав требований и правопритязаний кредитора. В таких случаях кредитор имеет право выдвигать требование к третьему лицу в соответствии со ст. 41 OR, если ему такое право не предоставляется непосредственно договорным обязательством. Подобное воздействие на состав требования имеет третье лицо при уступке требования. При этом любая сделка, которую должник в период между уступкой и его извещением об уступке заключает с предшествующим кредитором, имеет юридическую силу в отношении правопреемника согласно ст. 167 OR, и здесь третье лицо может потребовать исполнения обязательств по форме документа, удостоверяющего право⁹¹⁶.

Исследователи признают: «тот факт, что кредитору может быть причинен ущерб третьим лицом, не подлежит сомнению. Открытым остается вопрос, является ли такое действие, причиняющее вред третьим лицом, противоправным. Противоправность – значение непостоянное. В то время как судье в конечном счете недостает правосознания гражданина, осуждать

⁹¹⁶ Ibid. S. 58.

или нет такое поведение, он принимает решение о противоправном характере конкретного действия»⁹¹⁷.

Австрийское гражданское право устанавливает общее понятие вреда как противоправного действия по неисполнению обязанности или случая, причинившего вред правам, личности или иному имуществу (§ 1293 ABGB) и предписывает обязанность возмещения причиненного вреда за счет его причинителя (§ 1295 ABGB). Действующий закон не конкретизирует, в какой мере нормы о недопустимости причинения вреда и его возмещении применимы к действиям третьего лица, способствующего нарушению чужих договорных обязательств. Исследователями отмечается, что «по господствующему учению третье лицо не несет ответственности перед кредитором, даже если оно сознательно нарушит долговое обязательство, если оно купит или сломает имущество, проданное кредитору, или если оно нанесет увечья или убьет должника»⁹¹⁸. Но с другой стороны, на основании статьи 1327 ABGB в случае совершения убийства лица, обязанного к уплате алиментов, представители алиментополучателя вправе потребовать компенсации за причиненный вред от деликвента.

Австрийской судебной практике известны случаи удовлетворения деликтных исков к интервенту, предъявленных лицом, чьи права были нарушены вследствие нарушения договорной обязанности недобросовестным контрагентом.

Одним из последних случаев явилось широко обсуждаемое в юридической литературе решение Верховного суда от 19 сентября 2013 г., в котором содержатся сформулированные судебными инстанциями правоположения о гражданско-правовой ответственности интервента. Суть спора состояла в том, что первый покупатель обратился с иском ко второму покупателю недвижимого имущества, которое было обещано ему по предварительному договору риэлтором. При рассмотрении дела выяснилось, что поверенный второго покупателя, заведомо зная о заключенном

⁹¹⁷ Ibid. S. 61.

⁹¹⁸ Ibid. S. 73.

предварительном договоре, сообщил продавцу, что стоимость предмета продажи существенно превышает сумму сделки, оговоренную с первым покупателем, склонил продавца к заключению сделки со вторым покупателем, заблаговременно подготовив проекты писем о расторжении договора с риэлтором и об одностороннем отказе первого покупателя от приобретения предмета продажи на неопределенный срок. Право собственности на объект недвижимости зарегистрировано за вторым покупателем в установленном порядке. В претензионной переписке первый покупатель требовал от второго покупателя переоформить на его имя право собственности на предмет продажи против уплаты первоначально оговоренной цены сделки с первым покупателем. Мотивируя исковые требования ко второму покупателю, истец сослался на то, что «в нарушение законодательства ответчик грубо вмешался в право истца» на заключение подлежащего регистрации в реестре недвижимости договора и получение правоподтверждающих документов о праве собственности на объект недвижимости. При оценке собранных по делу доказательств суд исходил из того, что поверенный ответчика знал о существовании принятого истцом предложения о покупке, но несмотря на это предложил продавцу более высокую цену, склонив к нарушению договора с истцом, форсируя нарушение договора составлением письменного отказа от исполнения принятых обязательств перед истцом. Суд также принял во внимание, что поверенный ответчика оказал на продавца «давление, принуждающее к быстрому принятию решения», создал ситуацию, которая «может заставить потребителя врасплох и от которой его нужно защитить», а сам отказ от договора не является действительным и потому, что истец постоянно заявлял свои притязания на объект недвижимости уже после подписания заявления об отказе. Судом отмечено, что ответчик инициировал не имеющую юридической силы попытку расторжения продавцом договора с истцом, сорвав тем самым надлежащее исполнение договора. Суд отметил, что первый покупатель недвижимости не приобрел право «требовать признания

за собой права собственности ввиду отсутствия договора купли-продажи, подлежащего регистрации и неоплаты цены договора».

В решении указано, что практика Верховного суда о переводе права собственности на первого покупателя в случае двойной продажи недвижимости не является единообразной. В судебном акте специально указано, что обязательственные права, в том числе и право кредитора на получение причитающегося ему исполнения «имеет абсолютное действие в соответствии с судебной практикой. Поэтому в отношении любого лица возможно допустить предположение о том, что оно соблюдает заключенные другими лицами договоры, если знает или должно знать об их существовании без проведения не кажущихся разумными дополнительных выяснений... если лицо, осуществляющее вмешательство в права другого, знает о правах кредитора, от него можно ожидать, что он также будет уважать право кредитора».

По австрийскому праву взаимные общественные и личные права и обязанности супругов имеют относительный характер. Особенно конкретизировано право на хранение верности супругов в § 90 ABGB, в соответствии с которым нарушенное право подлежит защите с помощью взыскания штрафа. В юридической литературе отмечается, что на основании Уголовного кодекса Австрии один из оскорбленных супругов может потребовать наказания для обоих соучастников в супружеской неверности или только одного его участника, не принимая во внимание того, что он до этого примет меры согласно гражданскому законодательству (например, расторжение брака). С помощью уголовно правовых санкций соучастие третьего лица в супружеской неверности признается противозаконным. В статьях 1294, 1295 ABGB не было сделано конкретного заключения, по которому третье лицо обязывается полностью возместить ущерб, нанесенный своим вмешательством. Изначально Верховный суд Австрии был такого мнения и присудил любовника вместе с неверной супругой к оплате судебных издержек оскорбленного супруга, которые последний обязан оплатить для покрытия процессуальных издержек по установлению

происхождения детей, появившихся в период супружеской неверности. Суд указал, что «супружеская неверность является противозаконным действием, которое влечет правовые, личные последствия не только для одного из неверных супругов, а также и для третьего лица – любовника»⁹¹⁹. Далее Верховный суд отменил судебные акты по делу, мотивировав свое решение тем, что причинение вреда действиями только третьего лица опозоренному супругу не доказана, а «имущественные права не затрагивают непосредственно супружескую неверность». Такой подход искусственно способствует распространению и пропаганде аморального образа жизни, игнорирующего институт семьи как наивысшей ценности цивилизованного общества.

Германский законодатель формулирует общую норму о недопустимости причинения вреда, об обязанности причинителя возместить вред, причиненный лицу умышленно и способом, противоречащим добрым нравам (§ 826 BGB). Нормой не конкретизировано, должен ли быть причинен вред только лицу, а не его имуществу, в том числе субъективным правам. Здесь же специально не оговариваются абсолютные или относительные права, и в частности, случаи привлечения к ответственности третьего лица, своими действиями нарушившего или способствовавшего нарушению чужого договорного обязательства. В числе обязательных условий, требующихся для наступления обязанности по возмещению вреда, называется умысел правонарушителя и способ причинения вреда, который должен противоречить добрым нравам.

Вопрос о возможности защиты кредитора по обязательству от действий третьего лица, способствовавшего его нарушению, являлся предметом дискуссий, в результате которых первая комиссия по подготовке BGB отвергла возможность нарушения обязательства третьим лицом и защиту кредитора от его действий, закрепив положение, что нарушение договорного обязательства является прерогативой должника⁹²⁰. Вместе с тем комиссия

⁹¹⁹ Ibid. S. 75.

⁹²⁰ Ibid. S. 87.

признала возможность третьего лица негативно влиять на исполнение чужого обязательства: затруднить исполнение, создать невозможность исполнения, уничтожить предмет обязательства, причинить вред должнику. Оригинальной была квалификация таких действий, в соответствии с которой комиссия пришла к выводу о том, что в рассмотренных случаях «нет нарушения обязательственных прав»⁹²¹. Однако такой подход исключает отнесение действий третьего лица к числу правомерных, а это обосновывает необходимость защиты кредитора от их совершения. Можно сказать, что указанные противоправные действия третьего лица противоречат содержанию обязательства.

Положения § 826 BGB следует рассматривать в единстве с § 823 BGB, что формирует правовую основу привлечения третьего лица, своими действиями способствующего нарушению чужого обязательства, к деликтной ответственности. Любое лицо вправе требовать возмещения вреда от его причинителя, и нарушение прав кредитора в обязательстве не является в этом смысле исключением.

BGB оставляет третьему лицу широкие возможности для воздействия и влияния на чужое обязательство. В § 407 BGB говорится о широких возможностях предыдущего кредитора в определении содержания обязательства, права по которому уступлены третьему лицу. Параграфы 1275, 1070, 412, 398 BGB определяют правомочия собственника имущества, которое находится в пользовании на договорном основании и др.⁹²² В тех случаях, когда третье лицо получает возможность вмешиваться в главное содержание прав по обязательству, ему полагается нести ответственность за противоправные и прямо запрещенные законом действия.

Нарушение ранее принятых обязательств по продаже вещи вследствие предложения третьим лицом более выгодных условий сделки часто является основанием к заявлению требований о возмещении убытков к третьему лицу. При заявлении таких требований важно определить гражданско-правовой

⁹²¹ Ibid. S. 98.

⁹²² Ibid. S. 101.

статус третьего лица в правонарушении, его полномочия, основания его ответственности за правонарушение, установить и обосновать сам состав гражданского правонарушения.

Неверная оценка этих обстоятельств создает риск отказа в удовлетворении заявленных требований. В одном из судебных дел (BGH 10.02.1988; 268/86) потенциальный покупатель квартиры обратился с иском к риэлтору, пренебрегшему условиями ранее заключенного договора и заключившему договор с новым контрагентом на сумму, превышающую 10 000 DM в сравнении с ценой договора, заключенного с истцом. При разрешении дела было установлено, что риэлтор заключил договор продажи квартиры с третьим лицом, предварительно вернув оговоренный договором размер платы за резервирование квартиры, истцу. Истец, полагая, что его права нарушены заключением договора продажи с третьим лицом, обратился в суд с иском к риэлтору о возмещении убытков, исчисленных в разнице рыночной и договорной стоимости квартиры. В обоснование причиненных убытков истец указал, что рыночная стоимость квартиры на 70 000 DM превышает стоимость заключенного договора продажи квартиры с третьим лицом и у истца на эту сумму уже был покупатель квартиры. Отказывая в иске, суд указал, что договорное условие о резервировании квартиры составляет содержание отрицательного обязательства именно ответчика, а не собственника квартиры, поэтому ответчик может быть присужден только к выплате оговоренного процента за резервирование квартиры, если заключение договора продажи квартиры с третьим лицом явилось следствием действий именно риэлтора, а не собственника квартиры. Ответственность риэлтора за нарушение условия о резервировании следует из буквального толкования заключенного договора между истцом и ответчиком, где к обязанностям ответчика отнесено: «безоговорочно зарезервировать объект купли-продажи и не предлагать его другим потенциальным покупателям или в любом случае предоставить истцу преимущество перед остальными потенциальными покупателями». Кроме того, в мотивировочной части судебного акта суд указал, что обязательство о

резервировании имеет собственное содержание и смысл, не создавая обязанность заключить договор купли-продажи с истцом и не устанавливая запрета на продажу квартиры любому третьему лицу. Суд отметил, что договорное условие о резервировании должно быть зеркально установленной договором обязанности купить предмет продажи. Из этого следует срочный характер права на резервирование предмета продажи. В противном случае заключенная на таких условиях сделка недействительна как нарушающая добрые нравы - § 138 BGB. Здесь же судом приводятся перекрестные ссылки на судебную практику, которая подходит к защите права на получение вознаграждения за резервирование различно. Пренебрежение договорным условием о резервировании и последующее предложение к продаже квартиры на более выгодных условиях находится в сфере гражданско-правовой ответственности именно риелтора, связанного относительными правоотношениями с истцом по договору. Противоправности действий третьего лица-покупателя квартиры установлено и описано в судебном акте не было. При разрешении дела не была доказана заниженная цена сделки по приобретению квартиры, а покупатель не имел процессуального статуса ответчика в гражданском процессе. По этим обстоятельствам дела отсутствуют основания для анализа гражданско-правовой ответственности интервента, сопричастного к нарушению чужих договорных обязательств.

Доктрина признает, что семейные права подчинены параграфу 823 I BGB. Третьи лица имеют правовое обязательство уважать чужие брачные отношения. Вторжение в чужой брак потому является противоправным действием. Отсюда следует обязательство третьего лица по возмещению причиненного ущерба⁹²³. Брачные отношения являются длящимся обязательством, сочетающим как правовые, так и социальные нормы, строго личные права и обязанности супругов. Права и обязанности супругов сложно признать однозначно относительными или абсолютными ввиду их специфического правового содержания и высоконравственного значения в жизни общества.

⁹²³ Ibid. S. 124.

Отнесению прав супругов к числу абсолютных препятствует то обстоятельство, что брачные отношения не представляют собой правового отношения субъекта права к его объекту—это строго личное отношение лиц, вступивших в брак с целью создания семьи. Тем более господствующая точка зрения связывает абсолютные права и их защиту с нарушением пассивной всеобщей обязанности. При таком понимании абсолютных прав и отнесении к их числу прав и взаимоприязаний супругов ни один из супругов не будет считаться вправе требовать восстановления совместной супружеской жизни, поскольку такое требование изначально адресовано только супругу, а не всем третьим лицам. Причислению супружеских прав к относительным при всей внешней схожести (обязанность взаимопомощи, исполнения супружеского долга, имущественного и бытового содержания) препятствует возможность вмешательства в них третьих лиц, которые связаны обязанностью уважать чужие брачные союзы.

Содержание § 823 BGB упоминает в числе правоохраняемых объектов «прочие права», что не препятствует отнесению к их числу и семейных прав. В случае вмешательства в чужой брак третье лицо не разделяет ответственности с неверным супругом, а несет самостоятельную имущественную ответственность за вмешательство в чужой брак. Другое дело, что исчисление причиненного вреда является предметом судебного доказывания и требует специальной мотивации и расчета.

В современной зарубежной научной литературе по обязательственному праву наблюдаются попытки пересмотреть, модернизировать базовое понятие гражданско-правового обязательства. Предлагается уравнивать обязательство с объектом права, активом, принадлежащим кредитору. Соответственно, этим объясняется всеобщая пассивная обязанность всех третьих лиц от нарушения чужих обязательств.

В этом обновленном подходе к содержанию обязательства очевидно следование экономическому мировоззрению, согласно которому между экономическим благом-активом и объектом права отсутствуют существенные различия, поскольку объект права является юридической

формой экономического актива. То есть, можно понять, что роль права вторична и сводится только лишь к оформлению объективно существующих отношений в имущественном обороте. Такое решение видится не в полной мере выверенным, поскольку именно право является внешним регулятором отношений двух товаровладельцев, унифицирует в нормах их поведение, устанавливает порядок и пределы осуществления прав, действенные механизмы защиты их интересов. С этими обстоятельствами связаны и иные препятствия к восприятию изложенного подхода, поскольку правовое положение кредитора в обязательстве чаще всего сопряжено с исполнением установленных договором или практикой делового оборота обязанностей в пользу должника, который правомочен, как минимум, требовать принятия надлежащего исполнения обязательства, нечинения препятствий в исполнении, создания благоприятных условий для надлежащего исполнения обязательства. Содержание договорного обязательства, как правило, предполагает взаимный интерес в его исполнении, солидарность интересов кредитора и должника. Обязательство представляет собой самодостаточный и целостный механизм правового регулирования положения должника и кредитора, тесное переплетение их прав и обязанностей, результат саморегуляции в частном праве, в связи с чем вычленив права кредитора и обязанности должника в самостоятельные и независимые друг от друга ценности, подвести их под принятую в экономике шкалу деления на активы и пассивы весьма затруднительно даже теоретически. Приведенными суждениями высказываются сомнения в приемлемости новеллизационного и экономизированного подхода к понятию и содержанию обязательства в гражданском праве, но нисколько не оспаривается принципиальная возможность негативного воздействия на обязательство третьими лицами, а равно справедливость и допустимость привлечения интервента к гражданско-правовой ответственности за совершенные им противоправные действия, приведшие к нарушению обязательства недобросовестным контрагентом. Любое отрицание в данном случае выглядит огульно.

В российском гражданском законодательстве обнаруживается легальное обоснование недопустимости вмешательства в чужое обязательство, адресованное неопределенному кругу лиц. В соответствии со ст. 1 ГК РФ недопустимо произвольное вмешательство кого-либо в частные дела. Данной нормой устанавливается охранительно-регулятивный механизм гражданских правоотношений от произвольного вторжения в них со стороны любых третьих лиц, органов власти и должностных лиц, действующих за пределами собственной компетенции. Одновременно невозможно утверждать и того, что в регулируемых гражданским законодательством правоотношениях существует особое субъективное право на невмешательство «кого-либо» в частные дела, которому было бы возможно придать универсальную значимость и абсолютный характер действия. В таком случае начала дозволения и обязанности в гражданско-правовом регулировании переплелись бы между собой настолько, что ничто бы не воспрепятствовало сказать, что должник в обязательстве наряду с конкретными обязанностями в пользу кредитора обладает специальным абсолютным правом в отношении всех прочих лиц, хотя структура, объем и идентифицирующее значение субъекта такого права совсем неясны. Такой подход видится надуманным, оторванным от реальности, способствующим беспорядочному смешению цивилистических конструкций, не говоря уже и о том, что моделируемое право лишено индивидуальных отличительных признаков, внутреннего содержательного наполнения и классификационной основы.

Повсеместное, единообразное и беспрекословное исполнение обязанности по уважению и невмешательству в чужие правоотношения естественно и является нормой-гарантией в гражданском законодательстве, которая обеспечена мерами возможной гражданско-правовой ответственности и санкциями, применяемыми к нарушителю по заявлению заинтересованного лица. Правовое основание для заявления требований и притязаний кредитором по обязательству не только к своему контрагенту, но и к любому лицу гарантировано общей нормой ч. 1 ст. 1 ГК РФ в части

«обеспечения восстановления нарушенных прав и их судебной защиты» как одной из основ современного российского гражданского законодательства. Общее основание деликтной ответственности третьего лица, нарушившего или способствовавшего нарушению чужого обязательства, содержится в ст. 1064 ГК РФ, устанавливающей основания гражданско-правовой ответственности за причинение вреда.

Действия интервента, знавшего о существовании чужого обязательства и склонившего его участника к нарушению обязательств перед другим лицом, что в итоге привело к нарушению одного договора и к заключению нового договора, не могут рассматриваться как добросовестные и правомерные действия, осуществляемые с целью защиты своего охраняемого правом интереса в цивилизованном рыночном обороте по следующим причинам. Стремление получить большую экономическую выгоду, которая часто в несколько раз превосходит ожидаемый доход от исполнения уже заключенного договора, включая причитающиеся санкции за нарушение ранее заключенного договора, противна основам гражданского права. Подстрекательство, иные формы воздействия на чужую волю, приведшие к недопустимому одностороннему отказу от исполнения ранее принятых на себя обязательств перед другим лицом, не являются добросовестными действиями в условиях свободной конкуренции рыночного оборота, достойными поощрения и покровительства гражданским законодательством. Зная о чужом обязательстве и предлагая контрагенту лучшие условия заключения и исполнения договорного обязательства, интервент пытается извлечь собственную выгоду из спровоцированного им же гражданского правонарушения, что противоречит доктринальной основе российского гражданского законодательства, в соответствии с которой: «никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения» (ч. 4 ст. 1 ГК РФ).

В российском гражданском законодательстве могут быть найдены нормы, в соответствии с которыми ответственность за причинение вреда может быть возложена на лицо, не являющееся правонарушителем,

причинившим вред. Это дает основание видеть различия в личности причинителя вреда и ответственного за совершенные им действия в силу закона как самостоятельных субъектов гражданского права, что прямо закреплено в абз. 2 ч. 1 ст. 1064 ГК РФ. Такова, например, установленная обязанность родителей возместить причиненный вред их малолетними детьми (ч. 3 ст. 28 ГК РФ), ответственность должника за своих работников (ст. 402 ГК РФ), ответственность должника за действия третьих лиц, привлеченных к исполнению обязательства (ст. 403 ГК РФ). Нарушение обязательства третьим лицом, на которое возложено исполнение договорных условий, является примером нарушения обязательства не должником, а исполнителем обязательства, который является самостоятельным лицом – субъектом гражданского права.

Возложение законом ответственности за собственные действия на другое лицо не меняет личности правонарушителя, а только устанавливает субъекта ответственности за совершенное правонарушение. В данной связи спорно выдвигаемое теорией в качестве обязательного условия ответственности за чужие действия право регресса к причинителю вреда. Е.А. Флейшиц отмечает, что только возможность регресса к конкретному лицу или лицам, состоящими в органе юридического лица, причинившим вред после возмещения причиненного вреда в полном объеме самим юридическим лицом позволяет говорить об ответственности юридического лица за чужие действия⁹²⁴. Безусловно, такое развитие ситуации желательно, но при наличии нормы объективного права, устанавливающей гражданско-правовую ответственность за чужие действия, возможность регресса к причинителю вреда является не условием, а последствием возмещения вреда за чужие действия.

В современном российском праве наблюдается своего рода уникальная ситуация, когда третье лицо своими действиями вторгается в осуществление чужих прав на возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью, из

⁹²⁴ Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. С. 102.

средств специально сформированного для этих целей финансового фонда, делая невозможным дальнейшее целевое расходование денежных средств из этого фонда и используя его уже в своих интересах – в счет покрытия собственных обязательств перед конкурсными кредиторами в случае своей неплатежеспособности (банкротства). Причем такие действия являются неправомерными, искажающими смысл гражданско-правовой ответственности только по своей сути, но не по букве закона. Речь идет о включении в конкурсную массу кредитной организации денежных средств компенсационного фонда саморегулируемой организации, формирование которого в силу закона составляет императивную обязанность саморегулируемой организации (ч.ч.1,2 ст.55.4 ГрадК РФ). Такая ситуация близка к правовому нонсенсу и возникает на практике вследствие пробельности действующего законодательства в части детализированного регулирования правового положения компенсационных фондов саморегулируемых организаций, неопределенности порядка и условий размещения денежных средств компенсационного фонда на депозитных счетах в кредитных организациях, излишней абстрактности норм об источниках формирования конкурсной массы кредитной организации. Включение денежных средств компенсационного фонда в конкурсную массу кредитной организации ведет к нарушению прав лиц, правомочных требовать перечисления денежных средств из компенсационного фонда в случае причинения вреда жизни, здоровью и имуществу в силу нормы закона (п. 1 ст. 13 Закона о саморегулируемых организациях; ч. 1 ст. 55.16 ГрадК РФ). Складывается парадоксальная ситуация, при которой кредитная организация отвечает по своим обязательствам чужими средствами, имеющими строго целевое назначение, которые вдобавок ко всему банковским законодательством отнесены к пассивам (долгам!) кредитной организации. Сама возможность отвечать по своим обязательствам собственными долгами имеет налет виртуальности и никак не отвечает интересам разумных кредиторов.

Решение законодателя о допустимости абсолютной защиты относительных прав является результатом мониторинга правоприменительной практики, проявлением функций правопорядка по предупреждению и пресечению девиантного поведения и никак не может интерпретироваться наукой гражданского права как проявление «абсолютного действия относительных прав». Действия интервента, знающего о существовании обязательств перед другим лицом и склоняющего чужого контрагента к нарушению ранее принятых на себя обязательств и заключению договора на более выгодных условиях, не являются добросовестными в условиях равенства и свободы конкуренции участников оборота, являясь разновидностью деликта.

На основании вышеизложенного возможно прийти к следующим общим выводам.

Договорные обязательства не изолированы в гражданском обороте, а потому не гарантированы от противоправных и недобросовестных действий третьих лиц, способных своими действиями создать условия для нарушения договорных обязательств перед контрагентом по заключенному договору. Договорное обязательство может быть нарушено только его стороной, на которой лежит конкретная гражданско-правовая обязанность, что обусловлено структурой обязательства и гражданско-правовым статусом его участников как кредитора и должника. Действия интервента создают лишь внешний фон и экономическую мотивацию, являясь стимулом для нарушения договорных обязательств их участниками.

Поведение интервента, знающего о существовании договорного обязательства, но несмотря на это склоняющего участника договора к нарушению установленных договорных обязанностей, являются противоправными, причиняющими вред кредитору в обязательстве и должны пресекаться гражданским правом. Противоправные действия и гражданско-правовая ответственность интервента нуждаются в самостоятельной квалификации, представляя собой особую разновидность деликта и случай

внедоговорной ответственности за причиненный вред нарушением обязательственных прав.

§ 5. Соотношение абсолютных прав и правоотношений

Одной из особенностей советской науки гражданского права может считаться положенная ею традиция рассмотрения вопроса не только об абсолютности субъективных прав, но и правоотношений. Такой подход не свойственен зарубежной цивилистике, где критерий абсолютности и относительности применялся для дифференциации субъективных гражданских прав, но не правоотношений. Причины столь неординарных решений в отечественном праве, думается, следует связывать с особенностями становления советской юридической науки. Так, Н.Г. Александров подчеркивал, что в «буржуазной юриспруденции термин «абсолютное право» имеет тот смысл, что подобного рода права являются неограниченными, обладают наибольшей силой, подлежат усиленной защите. Буржуазная концепция «абсолютного» права преследует цель обеспечить «вечность», «незыблемость» главного буржуазного абсолютного права – права частной собственности. Отбрасывая и разоблачая буржуазную трактовку деления субъективных прав на «абсолютные» и «относительные» мы, однако, не должны упускать из виду важных различий в правоотношениях по составу обязанных лиц»⁹²⁵. А.В. Венедиктов специально вообще не выделял абсолютности как признака вещных прав и права собственности в отдельности⁹²⁶. Тем не менее, конструкции абсолютного права и правоотношения оказались зависимыми друг от друга: одно

⁹²⁵ Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 114. На страницах учебной литературы конструкция абсолютных правоотношений позиционировалась как антипод понятию абсолютных прав в буржуазной юриспруденции (См.: Советское гражданское право / под ред. В.Ф. Маслова, А.А. Пушкина. Киев, 1977. Ч. 1. С. 63).

⁹²⁶ Ср.: Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность // Избранные труды по гражданскому праву М., 2004. Т. 2, С. 307.

определялось и ассоциировалось с другим как нечто само собой разумеющееся⁹²⁷.

В.М. Гордон утверждает, что авторские правоотношения являются отношениями абсолютного права. Реализация прав автора ведет к созданию обязательственных отношений, но обязательственные отношения могут предшествовать созданию произведения, а значит, и абсолютного права автора (договор литературного заказа)⁹²⁸. Однако во всех ли случаях право автора является абсолютным (к примеру, создание служебного произведения, соавторство нескольких лиц) и в каких конкретных признаках проявляется свойство абсолютности права автора. Очевидно, что ни один из соавторов произведения при нераздельном соавторстве единолично не обладает всей совокупностью правомочий на обнародование произведения, его распространение исключительно по своему собственному усмотрению.

Подчеркнуто пренебрежительная оценка значения абсолютных прав встречается в авторитетных исследованиях советских цивилистов. Доказывая абсолютный характер правоотношения, возникающего при открытии наследства, Б.С. Антимонов и К.А. Граве констатируют, что «само субъективное право наследника – принять наследство или отказаться от него – нужно отнести к той области и той категории субъективных гражданских прав, которую условно называют правами абсолютными»⁹²⁹. Приведенная цитата создает ложное впечатление о малозначительности и едва ли не ущербности категории абсолютных прав, об отсутствии индивидуальной специфики абсолютных прав и неопределенности их места в системе частного права. При этом необъяснима приверженность цитируемых авторов классификации прав на абсолютные и относительные.

В современной юридической литературе встречаются весьма необычные и спорные подходы к определению отдельных видов

⁹²⁷ Ср.: Тагайназаров Ш. К вопросу о природе абсолютных правоотношений // Актуальные проблемы применения советского законодательства. Душанбе, 1974. С.104-105.

⁹²⁸ Гордон В.М. Основные проблемы советского авторского права: дисс. док-ра юрид. наук. Харьков, 1940. С. 163.

⁹²⁹ Антимонов Б.С., Граве К.А. Советское наследственное право. М., 1995. С. 58.

гражданских правоотношений и их интерпретации с точки зрения абсолютной или относительной юридической природы. Так, Б.А. Булаевский указывает, что наследственные правоотношения неоднородны и в их развитии «необходимо различать две стадии». Первая возникает с открытием наследства и продолжается для лиц, призванных наследованию, до момента реализации ими права на принятие наследства. «По своей природе наследственные правоотношения на этой стадии существуют в виде абсолютных правоотношений. Наследственные правоотношения складываются между лицами, призываемыми к наследованию, и всеми другими лицами, обязанностью которых является, с одной стороны, не препятствовать первым в реализации их права на принятие наследства, а с другой – оказывать содействие в реализации названного права. Последнее относится к специально уполномоченным лицам и органам (нотариусы, органы загса, суды, жилищные и медицинские организации и др.)»⁹³⁰. Характеристика наследственных правоотношений, данная Б.А. Булаевским, вызывает существенные возражения по существу поднятых цитируемым автором вопросов как с точки зрения концептуального подхода к правоотношению⁹³¹, так и с точки зрения его абсолютной характеристики.

Активная обязанность по содействию в осуществлении наследственных прав органов власти и должностных лиц, о которой пишет цитируемый автор, не может характеризовать ни наследственные права, ни наследственные правоотношения, а должна быть понята как должностная обязанность уполномоченных лиц, наделенных публичной властью для

⁹³⁰ Наследственное право под ред. К.Б. Ярошенко. М., 2005. (автор главы – Б.А. Булаевский). С. 59.

⁹³¹ Заметим, что классические исследования по наследственному праву обходились без выделения и характеристик наследственных правоотношений в отдельную группу (Ср.: Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права // В.И. Серебровский Избранные труды по наследственному и страховому праву. М., 2003. С. 40-69). Этому же примеру следуют и комментаторы действующей редакции ГК РФ, которые усматривают специфику наследственных правоотношений в особых юридических фактах и содержательных особенностях осуществления наследственных прав (См.: Комментарий к гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный) под ред. К.Б. Ярошенко, Н.И. Марышевой М., 2014. С. 13). В отдельных работах указывалось на тесную связь наследования с рядом имущественных и личных прав (См.: Гордон М.В. Наследование по закону и по завещанию. М., 1967. С. 3-5).

осуществления предоставленных им полномочий специальной компетенцией. Их деятельность публична и принципиально не может характеризовать специфику гражданских, в данном случае наследственных правоотношений. Вызывает существенные затруднения и предлагаемая цитируемым автором конструкция наследственных правоотношений как правовой связи призываемых к наследованию лиц с пассивно обязанными «всеми лицами». Лица, призываемые к наследованию, не являются управомоченными, имеющими особый гражданско-правовой статус субъекта права, заменяющий статус наследодателя. Они наделены правомочиями секундарного типа при вступлении в наследство относительно наследственной массы; их правовое отношение к прочим лицам может быть охарактеризовано в этом смысле как стадия, предшествующая становлению будущих субъективных прав. Характеристика наследственных правоотношений абсолютностью вызывает существенные возражения еще и потому, что суть наследственных правоотношений, если и выделять их в особую группу правоотношений, должна усматриваться не в их абсолютной природе, а в содержательном наполнении и назначении, которые состоят в упорядочении отношений по правопреемству в имуществе умершего.

В работах корифеев советской цивилистики указывалось, что деление прав на абсолютные и относительные «создает у неспециалиста представление о какой-то большей силе абсолютных прав»⁹³², само «название абсолютных прав неудачно, так как оно вызывает представление о неограниченности, о том, что абсолютные права сильнее, крепче относительных»⁹³³.

Очевидна советская традиция разграничения абсолютных и относительных правоотношений по их субъектному составу⁹³⁴. Неуклонно ей

⁹³² Советское гражданское право / под ред. И.Б. Новицкого, П.Е. Орловского. М., 1959. С. 66.

⁹³³ Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков, 1959. Ч. 1. С. 81.

⁹³⁴ См.: Иоффе О.С. Правоотношения по советскому гражданскому праву. Л. 1949. С.104. Корецкий В.И. Авторские правоотношения в СССР. Сталинабад, 1959. С. 164. Впрочем, и сам О.С. Иоффе отмечал, что «абсолютные правоотношения есть не более чем теоретическая абстракция». (Иоффе О.С. Очерки по гражданскому праву. Л., 1957, С. 43-

следует и современная наука российского гражданского права⁹³⁵. Однако по-прежнему в литературе не раскрывается «ценность» классификации правоотношений на абсолютные и относительные по характеру связи участников. Не объясняется, в чем состоит различие между абсолютными и относительными правоотношениями в условиях примата о конкретном субъектном составе любых правоотношений; не исследуются вопросы соотношения абсолютных прав и абсолютных правоотношений, гражданского и абсолютного правоотношения. За рамками теоретических исследований остались вопросы о необходимости подчинения действия норм объективного права жизни конкретных правоотношений.

Классиками советской цивилистики специально отмечалось, что «различие абсолютных и относительных правоотношений является именно различием правоотношений, а не институтов, поскольку в пределах одного и того же института могут быть правоотношения как абсолютные, так относительные»⁹³⁶. В качестве примера М.М. Агарков приводит институт имущественного найма, включающий в себя как вещные права (право арендатора на пользование вещью), так и чисто обязательственные (право наймодателя на арендную плату)⁹³⁷. Вывод ученого представляется весьма дискуссионным, поскольку им не раскрываются особенности соотношения правовых категорий абсолютности и вещности, как, собственно, и относительности и обязательственности, а также не исследуется их специфика применительно к конструкции института права и правоотношения. Кроме того, само по себе правомочие пользования вещью никак не может свидетельствовать о вещной природе самого права. Наконец,

44; Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л., 1959, С. 74). К сожалению, осталось неясным, в чем виделась научная необходимость этой теоретической абстракции и чем объяснялся ее практический смысл. Нельзя утверждать, что конструкция абсолютных правоотношений пользовалась безоговорочной поддержкой в юридической литературе (см.: Явич Л.С. Указ. соч. С.115. Он же. Общая теория права. Л., 1967. С. 209. Гревцов Ю.И. Проблемы теории правового отношения. Ленинград, 1981. С. 81).

⁹³⁵ Гражданское право: учебник / под ред. Е.А. Суханова. в 4 т. М., 2004. Т. 1. С. 38; Гражданское право: учебник / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2001. Т. 1. С. 89-90; Гражданское право: учебник / под ред. В.Ф. Яковлева. М., 2005. С. 212.

⁹³⁶ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 64.

⁹³⁷ Там же.

институт права как обособленная и устойчивая группа юридических норм, представляющий структурный элемент (единицу) отрасли права, ни по своему содержанию, ни по назначению не может отвечать критериям абсолютности и относительности, который, с нашей точки зрения, применим лишь в отношении классификации субъективных прав. Следует отметить, что классификация субъективных прав на абсолютные и относительные отнюдь не дает равным счетом никаких оснований для аналогичного деления правоотношений.

Развернутое теоретическое обоснование понятия абсолютного правоотношения в литературе встречается крайне редко. В.Ф. Яковлев доказывает деление «конкретных регулятивных правоотношений» на абсолютные и относительные, подчеркивает индивидуальные особенности и характеристики абсолютного правоотношения. В частности, ученым отмечается, что их основное структурное отличие состоит в том, что «субъект на управомоченной стороне здесь всегда четко индивидуализирован, обладателем права выступает не любой и каждый, а конкретное лицо... они являются правоотношениями пассивного типа»⁹³⁸; «главным элементом... этих правоотношений служит субъективное право»⁹³⁹; «основное назначение абсолютных правоотношений состоит в закреплении за лицами определенных благ»⁹⁴⁰; «абсолютные правоотношения в гражданском праве по своей структуре обеспечивают... правонаделительное регулирование»⁹⁴¹; «абсолютные правоотношения содержат в себе в качестве неперемного элемента известную свободу управомоченного субъекта в осуществлении принадлежащего ему права»⁹⁴²; «абсолютные правоотношения в гражданском праве служат выражением дозволительной направленности его регулирования»⁹⁴³. Приведенные

⁹³⁸ Яковлев В.Ф. Структура гражданских правоотношений // Гражданские правоотношения и их структурные особенности. Сборник ученых трудов СЮИ. Свердловск, 1975. С. 29.

⁹³⁹ Там же.

⁹⁴⁰ Там же.

⁹⁴¹ Там же. С. 30.

⁹⁴² Там же.

⁹⁴³ Там же.

положения представляются дискуссионными. Из сказанного можно заключить, что структуру абсолютного правоотношения составляет само субъективное право и свобода управомоченного лица в его осуществлении. Однако какое соотношение между этими элементами, и оправдано ли отделение первого от второго? Неужели строгая определенность личности субъекта права может считаться одним из основных признаков абсолютности правоотношения? С этим трудно согласиться, поскольку большинство из известных субъективных прав не могут быть мыслимы в отрыве от субъекта, подобно тому, как нож не может существовать и считаться таковым без лезвия. Наконец, является ли абсолютное правоотношение юридической формой непосредственного закрепления принадлежности тех или иных благ или же это должно быть возложено на субъективные гражданские права? В чем состоит самостоятельная регулятивная функция абсолютных правоотношений, которая не может быть осуществлена вне механизма действия последних? Отсутствие четких аргументированных ответов на обозначенные вопросы заставляет усомниться в обоснованности и необходимости конструкции абсолютных правоотношений для теории и практики гражданского права.

В советской юридической литературе ставился вопрос о состоятельности конструкции относительного правоотношения, которая, как можно догадаться, логически должна была бы быть противопоставлена понятию абсолютного правоотношения. Однако выбор исследователей был продиктован тем, что модель относительных правоотношений никем не оспаривается, поскольку его участники известны поименно, в то же время четких, индивидуальных и присущих лишь относительным правоотношениям признаков выделить так и не удалось⁹⁴⁴.

В отличие от советских исследователей современные специалисты в области теории права используют классификацию правоотношений на

⁹⁴⁴ Ср.: Толстой В.С. Содержание относительных правоотношений // Советское государство и право. 1968. №3. С. 126-127.

абсолютные и относительные как аксиому научного знания⁹⁴⁵, а теоретики предпринимательского права без какой-либо аргументации создают чудовищные химеры – «абсолютно-относительные вещные правоотношения», настаивая на их жизнеспособности в имущественном обороте и правовой науке⁹⁴⁶.

Вопрос о соотношении абсолютного права и абсолютного правоотношения на сегодняшний день крайне запутан самими исследователями, полагающими возможным искать «основное отличие абсолютного права от относительного... в свойстве абсолютного правоотношения»⁹⁴⁷ или утверждающими, что «даже при отрицании деления прав на вещные и обязательственные правоотношения можно разделить на три вида: абсолютные, относительные и вытекающие из нарушения прав в этих двух отношениях»⁹⁴⁸, что «вещное право является абсолютным правоотношением»⁹⁴⁹, что дискуссия по поводу природы абсолютных правоотношений связана с порождением концепции существования абсолютных прав вне правоотношений⁹⁵⁰. Тем самым не учитывается, что «субъективное право» и «правоотношение» – категории разнопорядковые, имеющие качественные, принципиальные и неустранимые различия.

В современных учебниках по гражданскому праву обосновывается состоятельность только конструкций абсолютных и относительных правоотношений и в то же время вообще не рассматривается дихотомия абсолютных и относительных субъективных прав. Без труда можно встретить яркие утверждения: «критика абсолютных правоотношений представляется необедительной. Обязанность, лежащая на всех третьих лицах, существует

⁹⁴⁵ Общая теория государства и права / Академический курс / в 2 т. под ред. М.Н. Марченко. М., 2000. С. 278; Власенко Н.А. Теория государства и права. М., 2009. С. 199.

⁹⁴⁶ Мартемьянов В.С. Хозяйственное право. Общие положения: курс лекций. М., 1994. Т.1. С. 41; Алексеева Д.Г., Андреева Л.В., Андреев В.К. Российское предпринимательское право / под ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. 2010 // СПС «Консультант плюс».

⁹⁴⁷ Абрамов В. О роли и значении абсолютных и относительных гражданских прав при осуществлении имущественного оборота // Хозяйство и право. 2010. №11. С. 125.

⁹⁴⁸ Германов А.В. От пользования к владению и вещному праву. М., 2009. С. 341.

⁹⁴⁹ Лубягина Д.В. Вещные и обязательственные права // Юстиция. 2009. №5. С.90; 87.

⁹⁵⁰ См.: Левченко О.С. К вопросу о делении гражданских правоотношений на относительные и абсолютные // Адвокат. 2008. №8. С. 96.

лишь постольку, поскольку конкретному лицу принадлежит субъективное гражданское право. Иными словами, связанность субъективного права и обязанности является очевидной. Почему эта связанность не может считаться правоотношением и по какой причине правоотношение может связывать лишь конкретных лиц, остается неясным. Конструкция абсолютного правоотношения логично и доступно объясняет сущность важной группы субъективных гражданских прав»⁹⁵¹. Однако как конструкция абсолютных правоотношений может объяснять «сущность важной группы субъективных гражданских прав»? Неужели это синонимы? И достаточно ли для утверждения существования отдельного вида правоотношения указания на связь субъективного права и юридической обязанности в отсутствие анализа их подробного сопоставления, выяснения общности правовой природы и установления единства регулятивной функции? Из приведенной цитаты может быть понято, что любая связь субъективного права и юридической обязанности воплощается в правоотношении, но какие для этого находятся основания?

Методологически невозможно объяснить, почему исследование пассивной юридической обязанности сводилось к противопоставлению управомоченного лица всем прочим лицам и обеспечивалось отождествлением изначально не совпадающих в смысловом и функциональном значении правовых категорий абсолютного права и правоотношения, в то время как «многие ученые-цивилисты предлагали конструкцию абсолютных субъективных прав, а специалисты по теории государства и права – конструкцию общих правоотношений»⁹⁵².

Принципиальная возможность одновременной классификации правоотношений и субъективных гражданских прав по составу обязанных лиц вызывает сомнения, поскольку понятия «субъективное право» и «правоотношение» не могут считаться тождественными.

⁹⁵¹ Гражданское право. Учебник / под ред. А.П. Сергеева. М., 2012. Т. 1. С. 128.

⁹⁵² Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. М., 1980. С. 153.

Субъективные гражданские права и правоотношения должны различаться по содержанию, регулятивной функции и структуре. Тип правовой связи между субъективным правом и обязанностью, различаемый по численному составу обязанных лиц, относится лишь к формальной характеристике субъектного состава участников правоотношения, но не субъективного права, содержание которого остается неизменным, невзирая на то, соответствует ли ему строго персонифицированная или всеобщая юридическая обязанность. Иными словами, абсолютные характеристики права должны быть найдены в его индивидуальном содержании, а не в поведении третьих лиц. Разграничение гражданских правоотношений по кругу обязанных лиц не учитывает не только содержательного момента в структуре правоотношения, составляющего его индивидуальную специфику и классификационный признак, но и отраслевую принадлежность самого правоотношения. В данном случае абсолютное правоотношение превращается в нечто замкнутое, сущность которого может быть выявлена лишь при помощи пространственных координат, а не анализа специфики регулируемых отношений. Конструкция абсолютного правоотношения, изолированная от всех лиц, вовлеченных в имущественный оборот, представляет юридический аналог философской концепции «вещь в себе», которая непознаваема априори, что едва ли представляет собой существенную ценность для юридической науки.

Разграничение правовых отношений по типу связи субъектов не отвечает общим целям и задачам классификации и систематики правоотношений, поскольку, с одной стороны, это не способствует уяснению особенностей их содержания, отраслевой принадлежности, регулятивной или охранительной направленности, с другой - не дает никаких практически значимых результатов, к числу которых возможно было бы отнести определение круга правовых норм, подлежащих применению к возникновению, изменению и прекращению конкретных прав и обязанностей, взаимосвязь которых определена содержанием соответствующего правоотношения. Едва ли такую дифференциацию

следует рассматривать как ценность общетеоретической и отраслевой классификации правоотношений: ведь при этом не учитываются ни специфика регулируемых отношений, ни особенности методов правового регулирования.

Тем не менее принцип деления правоотношений на абсолютные и относительные активно обосновывается в новейших исследованиях ведущими цивилистами России, а иногда используется арбитражными судами для обоснования принимаемых судебных актов⁹⁵³. В.А. Белов делает вывод о том, что речь должна идти о классификации правоотношений «на такие категории, которые были бы общими (родовыми), с одной стороны, для вещных, исключительных (а также личных) прав, разграничиваемых уже между собой по своим объектам (вещи, результаты интеллектуальной деятельности, нематериальные блага, обеспечивающие условия существования личности), а с другой - для прав обязательственных и корпоративных... Это разделение правоотношений на абсолютные и относительные»⁹⁵⁴. Аналогичный подход можно встретить в современных диссертациях по гражданскому праву, авторы которых обосновывают, что «как абсолютные или относительные могут квалифицироваться только правоотношения»⁹⁵⁵.

Совершенно не ясна степень поглощения родовым понятием абсолютного права правовых институтов и образований, которые предполагается включить в эту предметную область. Остается невыясненным ряд не менее важных вопросов: выявление основополагающего классификационного признака разграничения абсолютных и относительных прав, необходимость единства правового регулирования всех отношений, которые будут включены в область абсолютных и относительных прав, принципиальная возможность регулирования абсолютных прав единым методом и правовым инструментарием. Кроме того, учитывая, что

⁹⁵³ Ср.: Постановление ФАС МО по делу №КГ-А41/7243-07 от 08.08.2007г. // СПС «Консультант плюс».

⁹⁵⁴ См.: Белов В.А. Понятие и определение вещных прав // Законодательство. 2009. №6.

⁹⁵⁵ См.: Рыбалов А.О. Проблемы классификации гражданских правоотношений: автореф. дисс...канд. юрид. наук. СПб., 2007.

предлагаемая В.А. Беловым классификация правоотношений осуществляется «по особенностям характера взаимосвязи управомоченного и обязанного субъектов», где «особенности характера взаимосвязи» сводятся к степени определенности круга обязанных лиц, то нельзя исключать, что предметная область абсолютных правоотношений вообще не будет исчерпываться отношениями, регулируемые гражданским правом. Такая модель классификации не учитывает ни отраслевой принадлежности, ни особенностей содержания самих правоотношений. К примеру, право на обращение в суд может считаться абсолютным в том смысле, что заявитель (истец) по своему усмотрению решает, обращаться ли ему за судебной защитой или нет. Никто не вправе ограничить его доступ к правосудию; процессуалисты в данном случае говорят об абсолютном характере права на судебную защиту. Аналогично в семейном праве природа родительских прав (только родители вправе отозвать согласие на усыновление в любой момент до разрешения судом по существу дела об усыновлении) нередко понимается в контексте прав абсолютных⁹⁵⁶. В административном праве права считаются абсолютными, если их реализация зависит только от волеизъявления гражданина (право на участие в управлении государством непосредственно или через своего представителя, право граждан обращаться с жалобами в государственные органы, право на передвижение) и относительными, если их реализация зависит не только от волеизъявления гражданина, но также от наличия фактической возможности для их осуществления⁹⁵⁷. Наконец, активное и пассивное избирательное право по этим критериям вполне могло бы быть отнесено к числу абсолютных прав.

В условиях господствующего представления о содержании абсолютного права как об отношении неопределенного круга пассивно обязанных субъектов к управомоченному лицу представляется не

⁹⁵⁶ См.: Комментарий к семейному кодексу Российской Федерации под ред. А.М. Нечаева // СПС «Консультант плюс».

⁹⁵⁷ См.: Попов Л.Л., Мигачев Ю.И., Тихомиров С.В. Административное право России: учебник. 2-е изд. М., 2010 // СПС «Консультант плюс».

обоснованным повсеместное отнесение абсолютных прав к исключительной области предмета гражданско-правового регулирования.

Определение, согласно которому абсолютным правом признается «субъективное гражданское право, носителю которого в качестве обязанных субъектов противостоит неопределенное число лиц, каждое из которых должно воздерживаться от нарушения этого права (от посягательства на него)»⁹⁵⁸, является логически не выверенным и неполным, поскольку им никак не обосновывается исключительная принадлежность абсолютных прав к специфике гражданских правоотношений. Тем более если вспомнить продолжительную и обстоятельную дискуссию о существовании субъективных публичных прав, абсолютных естественных правах в государственном праве⁹⁵⁹ и в особенности весьма специфической конструкции «публичного вещного права»⁹⁶⁰. Примечательно, что даже цивилисты выделяли в сфере публичного права особую группу абсолютных прав: право государства на свою территорию, право государственных органов на повиновение граждан⁹⁶¹.

В российском и зарубежном публичном праве приводится классификация субъективных прав на абсолютные и относительные, но значение этой классификации, ее критерии приобретают самостоятельное значение, отличное от частного права. Д.Н. Бахрах указывает, что абсолютные права неограниченны и неотчуждаемы, осуществляются действиями тех, кому они принадлежат, а относительные права осуществляются правоприменением через индивидуальный акт применения права, конкретизирующий, признающий или предоставляющий право⁹⁶². Нельзя не обратить внимание на то, что взятое в качестве индикатора

⁹⁵⁸ Казанцев В.И. Вещное право: курс лекций. М., 2007. С.11.

⁹⁵⁹ См.: Коркунов Н.М. Русское государственное право. СПб., 1899. Т. 1. С. 418-420.

⁹⁶⁰Рождественский А. Теория субъективных публичных прав. Критико-систематическое исследование. М., 1913; Елистратов А.И. Учебник русского административного права. М., 1910. С. 85.

⁹⁶¹См.: Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. 1999. № 2. С. 44. Ср.: Ямпольская Ц.А. О субъективных правах советских граждан и их гарантиях // Вопросы советского государственного права. М., 1959. С. 178.

⁹⁶² См.: Бахрах Д.Н. Индивидуальные субъекты административного права // Государство и право. 1994. № 3. С. 14-18.

относительности субъективного права правоприменение является особой формой реализации права. Предложенное ученым определение предполагает невозможность осуществления права без посредничества органов власти. В зарубежной доктрине публичного права также обнаруживаются наглядные примеры применения классификации субъективных прав на абсолютные и относительные. Так, например, указывается, что абсолютные права соответствуют правам естественным, которыми субъект обладает в отношении государства. Абсолютные права не вытекают непосредственно из национального закона, вмешательство в них правопорядка ограничено общими принципами права. Спорным положением является вывод о том, что для существования и защиты этих абсолютных прав требуется институализация в виде государственного акта⁹⁶³. В данном случае спор состоит в том, всегда ли такая институализация необходима для признания существования права и его защиты. Согласно этому пониманию относительные права рассматриваются как приобретенные по основаниям, предусмотренным национальным законодательством, их появление и развитие немислимо вне существования государства, содержание относительных прав определено национальным законодательством, применяемыми нормами международного права.

Однако такой подход, если очень кратко остановиться на публичной сфере права для выявления специфики исследуемого нами вопроса в частной сфере, не снимает и других вопросов, как то: о формах защиты естественных прав в догосударственной форме развития общества; связи естественных прав с ограничениями, установленными правопорядком в целях защиты определенной категории лиц, охраняемых ценностей, общества в целом; балансе национального законодательства и естественных прав. Как видно, единообразного, универсального и справедливого решения в данной сфере достичь едва ли удастся. Неслучайно венесуэльский судья Холас указывает

⁹⁶³ См.: Leon H.B. Distincion entre derechos absolutos y relativos su proteccion constitucional. P. 223-245.

на то, что концепция абсолютных прав представляет собой юридический абсурд⁹⁶⁴.

Приведенные положения свидетельствуют о существенной специфике восприятия категории субъективного права в частной и публичной сферах права, сложившихся в них индивидуальных особенностях критериев классификации прав на абсолютные и относительные, препятствуют однозначному пониманию института субъективного права лишь в частной сфере.

Большинство приведенных нами примеров объединяет лишь формальный тип связи управомоченных и обязанных лиц, но существенно и принципиально различает правовая природа содержания и предмета регулируемых отношений, что делает невозможным формулировку в гражданском законодательстве общих положений об абсолютном праве, объединяющих субъективные права и институты, по принципу взаимосвязи управомоченных и обязанных субъектов⁹⁶⁵.

Неоднородная структура абсолютных прав, различия их отраслевой принадлежности, правового режима объектов и способов защиты не позволяют с непогрешимой точностью определить их сферу действия и систему не только в российском праве, но и в системе законодательства любого другого правопорядка. Германские цивилисты также оказались бессильны перед проблемой определения критериев построения системы абсолютных прав на уровне закона. А. Тон выделил вещные права из категории абсолютных на том основании, что в вещных правах запрет направлен на неприкосновенность сформированного законом права пользования вещью⁹⁶⁶. Однако это малоубедительно, поскольку структура субъективного вещного права не может состоять только из запрета. Тем более, им не могут исчерпываться содержание и вид вещного права,

⁹⁶⁴ Ibid.

⁹⁶⁵ Позволим себе не согласиться с С.Н. Братусем, отметившим практическую трудность размещения абсолютных и относительных прав по различным разделам Гражданского кодекса, и постараемся обосновать принципиальную невозможность такой систематизации (См.: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 191).

⁹⁶⁶ См.: Thon A. Rechtsnorm und subjectives Recht. Berlin, 1878. S. 173.

устанавливаемые непосредственно законом. Е. Бирлинг заключил, что абсолютные права существенно различаются между собой и вещными правами «в нравственном и экономическом отношении», тогда как в юридической структуре различий не проявляется⁹⁶⁷. Современный исследователь Д.Т. Фюллер пришел к ряду выводов, что обнаружить субстанциального различия между абсолютными и относительными правами до сих пор не удалось; абсолютное право не образует собственной систематической категории; разница между абсолютными и относительными правами, скорее, обусловлена не юридической сущностью, а технико-правовыми условиями⁹⁶⁸. Такая позиция также не определяет с должной четкостью предмет законодательного регулирования абсолютных прав; какой-либо специфики рассматриваемой категории, подчеркивающей ее индивидуальность в аппарате гражданского права, как и не содержит тех самых технико-правовых условий, к которым апеллирует ученый.

Не решает проблему предлагаемая В.А. Беловым конструкция «абсолютной гражданско-правовой формы», включающая в себя абсолютные субъективные гражданские права – вещные, исключительные, личные, а также такие абсолютно-правовые формы, как владение и права наследственные, первая из которых понимается как охраняемое законом фактическое состояние, вторые – как права, но не субъективные, а секундарные⁹⁶⁹. Речь идет о регулировании принципиально различных по природе отношений, в то время как абсолютная характеристика, налагаемая на весь этот «правовой массив» и в отдельности на каждое субъективное право, не дает представлений о сущности и конкретной специфике подпадающих под признак абсолютности отдельных субъективных гражданских прав и фактических состояний (владение), формируя представление лишь об одном объединяющем их внешнем свойстве.

⁹⁶⁷ См.: Bierling E.R. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. 1883. Bd. 2 S. 177.

⁹⁶⁸ См.: Fueller J.T. Eigenstaendiges Sachenrecht? Tuebingen, 2006. S. 50-53.

⁹⁶⁹ См.: Белов В.А. Гражданское право. Т. III. Особенная часть. Абсолютные гражданско-правовые формы. С. 9.

Субъективные гражданские права, относимые к числу абсолютных, имеют не только различное содержание, сферу действия, но и устойчивость к нарушениям со стороны третьих лиц, что ставит под сомнение обоснованность разработки замкнутой системы абсолютных прав даже на теоретическом уровне. Научное моделирование понятия и системы абсолютных прав предполагает выявление и обобщение существенных, повторяющихся характеристик (свойств) отдельных субъективных прав, имеющих общее сущностное начало, позволяющее идентифицировать, сгруппировать и структурировать соответствующие субъективные права в единую юридическую конструкцию по определенному классификационному принципу. Конечной целью этой операции должно было бы считаться формирование полноценного юридического института, обеспечивающее дальнейшие практические выводы, пригодные для повышения эффективности защиты субъективных прав и уяснения их сущностного содержания. Между тем предлагаемое понятие и система абсолютных прав никаких выводов, способствующих достижению поставленных целей, не обеспечивают.

Некоторые из абсолютных прав (право на жизнь, телесную неприкосновенность, честь) настолько неустойчивы к внешним воздействиям, что любое совершенное в их отношении противоправное воздействие влечет безвозвратное разрушение правоохраняемого объекта (у человека отнята рука, человек убит, фотография девушки выставлена в глобальной сети Интернет в ряду различных особ сомнительной репутации и т.п.). В данном случае возможность восстановления полноты права исключается, во всяком случае, это уже не будет зависеть от действий и поведения правонарушителя, который после совершенного может своими действиями лишь частично сгладить последствия, причиненные его противоправным поведением (компенсировать причиненный вред, представить публичные извинения и опровержение). Другие же абсолютные права, напротив, могут быть восстановлены в прежнем объеме, в том числе при помощи понуждения самого правонарушителя. Так, цыганский табор,

противоправно разбивший шатры в чужом саду, возможно принудить покинуть пределы его территории и обязать никогда туда больше не возвращаться.

В первом случае возможно говорить лишь о действии правовой санкции, направленной на восстановление балансов интересов в обществе и максимально возможной компенсации причиненного вреда. Во втором - допустимо ставить вопрос о восстановлении положения, предшествующего правонарушению. По этим соображениям невозможно согласиться с категоричной универсальностью утверждения Е.А. Флейшиц, что «спокойное осуществление абсолютного права восстанавливается, если оно было нарушено третьими лицами»⁹⁷⁰. Не меньшие возражения вызывает в данной связи заключение М.А. Гурвича, отметившего «способность абсолютного правоотношения восстановиться в своем неисквом состоянии, возвращаясь к нему из состояния права на иск», что «определяет развитие абсолютного права в право на иск, как процесс обратимый»⁹⁷¹.

В современной российской юридической литературе наблюдается частое употребление понятий абсолютных прав и правоотношений в качестве синонимов, отождествление вещности и абсолютности, рассмотрение вопроса о сущности абсолютности в строгой привязке к вопросу о том, может ли существовать право вне правоотношения⁹⁷². Вопрос о возможности существования субъективного гражданского права вне правоотношения не связан с исследованием сущности абсолютного права, хотя именно так эта проблема освещалась в трудах советских ученых⁹⁷³. С.Н. Братусь отмечал две точки зрения цивилистов на юридическую природу абсолютных прав: 1) абсолютное право должно считаться элементом правоотношения; 2)

⁹⁷⁰ Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве СССР и капиталистических стран: дис... д-ра юрид. наук. Л., 1939. С. 145.

⁹⁷¹ Гурвич М.А. Право на иск. М., 1949. С. 168.

⁹⁷² См.: Рыбалов А.О. Абсолютные права и правоотношения // Правоведение. 2006. № 1. С. 129-142. Ср.: Лапач В.А. Субъективные гражданские права и основания их возникновения // Журнал российского права. 2001. № 10. С. 93.

⁹⁷³ Ни в коем случае эта мысль не должна восприниматься как умаление теоретической значимости самого вопроса о возможности существования субъективного права вне правоотношения. Его изучению, думается, должно быть уделено специальное внимание исследователя.

абсолютные права и обязанности могут и не являться элементами правоотношения⁹⁷⁴. Абстрагируясь от интересных аргументов, высказанных в поддержку любой из этих позиций, следует подчеркнуть, что вопрос о возможности существования субъективного права вне правоотношения никак не касается ни содержания, ни сущности права, а только структурных связей элементов правоотношения, особенностей взаимоотношения его субъектов, соотношения понятий права и правоотношения.

Вопросы о существовании субъективного права вне правоотношения; о понятии и содержании абсолютных прав образуют самостоятельную научную проблематику и не должны рассматриваться в единой связке. В рамках настоящей работы отметим лишь то, что в сфере частноправового регулирования любые субъективные гражданские права возникают в контексте механизма гражданского правового регулирования общественных отношений и соответственно в границах гражданского правоотношения. В сфере частноправового регулирования любые субъективные гражданские права возникают в рамках гражданского правоотношения. Конструкция гражданского правоотношения является общей формой выражения регулируемых предметом и методом гражданского права общественных отношений, охватывая не только субъективные права и корреспондирующие им обязанности, но и регламентированные законодательством дозволения, запреты и ограничения, правомочия, которые не всегда укладываются в конструкцию субъективного права и корреспондирующей ему обязанности. Специфика субъективного гражданского права (вещного, обязательственного, интеллектуального, абсолютного и т.д.) не предопределяет необходимости моделирования соответствующего ему по названию видового правоотношения. Признаки абсолютности и относительности идентифицируют только субъективные гражданские права, а не виды гражданских правоотношений и не иные отдельные элементы гражданского правоотношения.

⁹⁷⁴ См.: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. С. 188.

В работах российских исследователей можно встретить утверждения о том, что «абсолютные правоотношения складываются, когда социальное благо принадлежит одному лицу и его обладателю важно персонифицировать данное социальное благо, закрепить его принадлежность как частноправовую. Это вызывает отчуждение присвоенных благ от всех иных субъектов. Отчуждение выражается в наделении всех прочих пассивной обязанностью»⁹⁷⁵. Речь идет не только о смешении понятий социального блага с объектом гражданских прав, метаморфозах и сращениях категориального научного аппарата экономики и права, но и привязке характеристики абсолютности к воле правообладателя: захочет ли он «закрепить принадлежность как частноправовую».

В зарубежной литературе нам не удалось встретить утверждений, обосновывающих сосуществование абсолютных прав и правоотношений, как и обстоятельных доказательств самостоятельности понятия абсолютного правоотношения в теории гражданского права. Тем не менее, небезынтересно обратить внимание на позицию Р. Иеринга, который отмечал, что «действие права не ограничивается юридическими возможностями активной стороны»⁹⁷⁶...право обосновывает юридическое отношение между правообладателем и чем-то, находящимся вне его. Все эти права являются правоотношениями, которые устанавливаются между правообладателем и внешним миром»⁹⁷⁷. Правоотношение в понимании Р. Иеринга - это форма, которая дает возможность праву воздействовать на внешний мир. Однако суть этого воздействия исчерпывается отрицанием возможности влияния на существующее право любых лиц, не являющихся его управомоченными субъектами.

Полагаем, что границы возможного правомерного действия других/третьих лиц, которые не являются в данном случае правообладателями, очерчены не субъективными правами, а нормами

⁹⁷⁵ См.: Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. М., 2004. С. 425.

⁹⁷⁶ Jhering R. Passive Wirkungen der Rechte // JdP. 1871. Bd. 10. S. 392.

⁹⁷⁷ Ibid. S. 393.

объективного права, устанавливающими соответствующие запреты. Первичной предпосылкой действия такого запрета является не строго определенное субъективное гражданское право конкретного лица, а абстрактная правовая модель, в рамках которой гарантировано признание, осуществление и защита конкретных субъективных гражданских прав.

Не обнаруживается никаких оснований отождествлять субъективные гражданские права и правоотношения. Нормы гражданского законодательства устанавливают содержание гражданских правоотношений, пределы автономии воли и правомерного поведения, правовой режим объектов гражданских прав, но это не имеет отношения к субъективным правам: право не является правоотношением, как и правоотношение правом.

Юридический интерес субъекта любого права, а не только абсолютного, предполагает исключение всех третьих лиц от самовольного вмешательства в его осуществление. К тому же результату стремится правопорядок, устанавливая имплицитный запрет на нарушение права, действуя в целях обеспечения законности, исключения и предупреждения противоправного поведения. Однако это не относится к содержанию субъективного гражданского права и тем более не может составлять индивидуальность абсолютных прав.

Весьма дискуссионным видится вывод Р. Иеринга, что личные права являются единственным примером абсолютных прав, действующих вне юридических отношений, поскольку они не отчуждаемы и не способны «переходить» к другим лицам⁹⁷⁸. Трудно согласиться с тем, что личные права находятся вне правовой регламентации (потенциальных законодательных ограничений, правовой защиты и гарантий), а их особый абсолютный характер определяется сугубо исключением из сферы оборота.

Изложенное позволяет придти к следующим выводам:

Признаки абсолютности и относительности идентифицируют только субъективные гражданские права, а не виды гражданских правоотношений и не иные отдельные элементы гражданского правоотношения. Специфика

⁹⁷⁸ Ibid.

субъективного гражданского права (вещного, обязательственного, интеллектуального, абсолютного и т.д.) не предопределяет необходимости моделирования соответствующего ему по названию видового правоотношения.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Методология и богатые содержательные наработки цивилистической науки призваны на всех стадиях облегчать и направлять развитие гражданского законодательства, выполняя функции теоретического моделирования, обобщения и анализа, прогнозирования: наука гражданского права и гражданское законодательство неразрывно связаны гносеологическими и эмпирическими факторами и предпосылками взаимодействия. В настоящее время Российская Федерация переживает очередной этап развития имущественных отношений, восстановления системы частного права и ее элементов, качественного и системного обновления всей системы гражданского законодательства, предопределенного международно-правовыми стандартами, вызовами времени, поиском баланса частных и публичных интересов.

Для переходного периода характерны проблемы и трудности, продиктованные сменой парадигм научных цивилистических школ.

Проблематика разграничения абсолютных и относительных субъективных гражданских прав является самостоятельной и самодостаточной, поскольку ее разрешение способствует расширению научных представлений о ценности и значении субъективных гражданских прав, эволюции научных представлений о содержании и значении абсолютности и относительности в теории гражданского права, обоснованию новых подходов на современном этапе развития гражданского права к ставшей традиционной в юридической науке дилемме абсолютных и относительных прав, различаемых по кругу субъектов. Рассмотренный круг вопросов восходит к наиболее общей и центробежной проблеме понятия и содержания субъективных гражданских прав и правоотношений, их

классификации и взаимообусловленности на современном этапе развития цивилистической мысли, что позволяет высказать следующие индуктивные суждения о понятии гражданского правоотношения и субъективных гражданских прав.

Диктуемые потребностями времени современные экономические условия товарооборота требуют формулировки новых и модернизации существующих в научной литературе научных подходов к пониманию основополагающих и системообразующих, узловых понятий – элементов правового регулирования: правоотношений и субъективных прав. Модернизация научных подходов не предполагает отрицания и отторжения накопленного опыта, а состоит в формировании и обосновании новых взглядов и решений к актуальным проблемам теории гражданского права. Учение о правоотношении, о субъективных правах и объектах прав в российском праве характеризует цикличность развития, показывает уровни правосознания, творческую активность научного сообщества. Естественным видится и дальнейшая разработка этих проблем в заданных временем историко-социальных условиях, исключающая косность и стереотипность ретроспективного мышления.

Понятие правоотношения составляет основу и главный объект правового регулирования. Правоотношение не является превращением социальных отношений в юридические, поскольку содержательная сущность правоотношения приобретает самостоятельную значимость обособленной регулируемой системы. В результате правового регулирования социальные отношения наполняются качественно новым свойством правового регулирования, которое отлично и несравнимо с социальными отношениями, развивающимися вне права: социальные отношения не требуют для своего развития правового регулирования.

Право качественно преобразует социальные отношения в новый тип связи субъектов, подчиненных не социальной саморегуляции, а правовому механизму, устанавливающему дозволения, ограничения и запреты. Специфика правового регулирования, качественные изменения в

общественных отношениях, урегулированных нормами права, определяют самостоятельность правоотношений в обществе. Не потеряли актуальности суждения К.Д. Кавелина о том, что юридические отношения составляют не запрещенные законом отношения лиц, имеют требуемую форму и ограждаются от нарушений властями⁹⁷⁹. Совершенно верно отмечает А.А. Пионтковский, что не существует норм права, которые не способны порождать правоотношения⁹⁸⁰. Нельзя не согласиться с С.Ф. Кечекьяном, который отмечает, что право само входит в экономическую жизнь, образуя новые общественные отношения⁹⁸¹ с той лишь оговоркой, что право порождает новый вид общественных отношений – правоотношения, которые нельзя отождествлять или смешивать с общественными отношениями. Неверно утверждение, что правоотношением является «урегулированное нормами права общественное отношение»⁹⁸², поскольку вследствие правового воздействия социальное отношение приобретает новые качественные свойства, что объясняет самостоятельное значение

⁹⁷⁹ См.: Кавелин К.Д. Права и обязанности по имуществам и обязательствам. СПб., 1879. С. 37-38.

⁹⁸⁰ См.: Пионтковский А.А. Проблемы советского социалистического государства и права в современный период. М., 1969. С. 101.

⁹⁸¹ См.: Кечекьян С.Ф. О системе советского социалистического права // Советское государство и право. 1946. № 2. С. 42. Еще раньше эта же мысль была выражена Д.Д. Гриммом, который указывал, что как таковые жизненные отношения не имеют значения для права (См.: Гримм Д.Д. Соотношение между юридическими институтами и конкретными отношениями // Сб. статей по гражданскому и торговому праву памяти Г.Ф. Шершеневича. М., 1915. С. 214).

⁹⁸² Господствующая точка зрения разделяет противоположный подход, понимая под правоотношением «особый вид общественного отношения» (Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 540) или просто дает определение правоотношению как «отношению общественному – следовательно, отношению только между людьми» (Магазинер Я.М. Объект права // Очерки по гражданскому праву. Сб. статей в честь 70 летия А.В. Венедиктова. Л., 1957. С. 66); Теория государства и права. Учебник под ред. А.С. Пиголкина. М., 2005. С. 495). Е.А. Галиновская применительно к проблематике земельных правоотношений указывает, что земельные правоотношения «возникают, движутся и прекращаются в связи с урегулированием сложившихся в обществе значимых, защищаемых правом интересов по поводу использования земли в целях обеспечения основных потребностей жизни общества», из чего можно понять, что земельные правоотношения неразрывны с социологической структурой и социальным взаимоотношений членов общества (Галиновская Е.А. Теоретические и методологические проблемы земельных правоотношений. М., 2009. С. 21). Как представляется, это связано и особой жизнеобеспечительной функцией земли как особого объекта права для человека и общества. Тем не менее считаем, что правоотношения образуют самодостаточный механизм правового регулирования, которые не является наложением, дублированием или развитием будущих или социальных отношений.

правоотношений. Отправной точкой правового регулирования может считаться норма права, закрепляющая за субъектами права определенные правовые возможности или же, напротив, обременяющая их установленными правом обязанностями. Предназначение правоотношений видится в установленных ими правовых последствиях. В этом смысле целесообразно подчеркнуть методологически важное отличие правового регулирования от механизмов социальной саморегуляции общественных отношений: правоотношение выступает юридической формой регуляции социальных отношений. Иными словами, специфика правового воздействия на общественные отношения определима только формой их опосредования, с содержательным изменением формы правового регулирования видоизменяется специфика и тип регулируемых правоотношений, но не их первоначальная основа – социальные отношения, векторы которых уже заданы правовыми нормами. Правоотношения вторичны, их базовой составляющей являются социальные отношения в сферах общественной жизни, которые нуждаются в правовом регулировании.

Правовое регулирование не видоизменяет и не дополняет социальные отношения, а создает самостоятельный вид их регулирования методами и формами права, то есть самостоятельную и действительную правовую сущность. Верно указывал М. Винавер, что правоотношение есть существо самоцельное, отделенное от субъекта права и социальных отношений⁹⁸³. Н.Г. Александров считал, что правовые отношения «являются идеологическими в том смысле, что они, прежде чем им фактически сложиться, даны уже идеально, т.е. в сознании людей»⁹⁸⁴. Думается, что первичная или вторичная характеристика правовых и социальных отношений зависит от типа правового регулирования общественных отношений. В одном случае нормами права регулируются уже существующие и вполне конкретные социальные отношения. Здесь правовое регулирование идет вслед развитию социальных отношений, учитывает уже сложившийся опыт построения

⁹⁸³ См. Винавер М. Из области цивилистики. СПб., 1908. С. 228.

⁹⁸⁴ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение: дисс... д-ра юрид. наук. М., 1947. С. 125.

конкретных отношений и в этом смысле является вторичным регулятором. Возможен и иной вариант, когда правовое регулирование первично, имеет упреждающее и направляющее воздействие на общественные отношения, задавая правовые координаты развития социальных отношений в конкретном сегменте общественной жизни. Соответственно, налицо, по меньшей мере, два различных типа правового регулирования, с которыми связываются определенные последствия.

Невозможно согласиться с обоснованностью отождествления права и правоотношения, когда утверждается, что «говоря о правоотношении, мы говорим и о праве»⁹⁸⁵. Этим подходом примитивизируется понятие правоотношения и субъективного права в регулировании социальных отношений. Излишне упрощенным и формализованным видится понимание правоотношения как юридической связи субъективного права, которому непременно должна корреспондировать юридическая обязанность. При таком понимании в любом правоотношении участвуют только обязанные или только управомоченные лица. В юридической литературе эта мысль выражается различно: правоотношение «является той формой, в которой существуют субъективные права и обязанности»⁹⁸⁶, «главным средством, при помощи которого осуществляется действие юридических норм», «средством «перевода» общих предписаний юридических норм в плоскость субъективных юридических прав и обязанностей», ученым вводится трудное для понимания понятие многослойности правоотношений⁹⁸⁷. Невозможно и согласиться с тем, что «правовое отношение есть способ преобразования или условие существования общественного отношения», а также с тем, что «всякое правовое отношение юридически закрепляет взаимное поведение его участников», что гражданское правоотношение всегда возникает между

⁹⁸⁵ Стучка П.И. Курс советского гражданского права. Общая часть гражданского права. М., 1929. С. 290.

⁹⁸⁶ Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. С. 35. Ср.: Петражицкий Л.И. Что такое право? // Вестник права. Журнал юридического общества при Императорском С-Петербургском Университете. 1899. №1. С. 22.

⁹⁸⁷ Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. С. 130-131; 149.

субъектами гражданского права в связи с определенным объектом, «по поводу которого у его участников возникают определенные правомочия и обязанности»; «самая необходимость в установлении правоотношения обуславливается той неразрывной связью, которая существует между субъективным правом и правовой обязанностью»; «гражданское субъективное право в единстве с соответствующей ему гражданско-правовой обязанностью и составляют содержание гражданского правоотношения»⁹⁸⁸. Право выступает внешним самостоятельным регулятором общественных отношений и в этом смысле ничего не конкретизирует и никак не является условием существования общественного отношения, которое оно призвано регулировать. Гражданское правоотношение не перестает быть таковым в том случае, когда нормами права не предусмотрено конкретного обязанного лица, противостоящего управомоченному субъекту, если правовые возможности субъекта права урегулированы нормами гражданского законодательства. Современными авторами предлагается понимание правоотношения как «составной части механизма осуществления гражданского права и исполнения обязанности»⁹⁸⁹, но в таком случае самому правоотношению отводится служебно-вспомогательная функция, что видится усеченным правопониманием.

В современных российских учебниках по теории права субъективное право преимущественно рассматривается как «мера дозволенного поведения», а учение о субъективном праве замкнуто теорией правоотношения⁹⁹⁰, что представлено без развернутых доказательств и аргументации. Данные представления по сути выражают обоснованные и новаторские подходы российских правоведов советского периода и в большинстве своем не сопровождаются ссылками «на источник». Господствующее в российской доктрине понятие субъективного права как

⁹⁸⁸ Иоффе О.С. Правоотношение по советскому праву. Л., 1949. С. 16, 19, 43.

⁹⁸⁹ Вавилин Е.В. Механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей: автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 10.

⁹⁹⁰ Ср.: Теория государства и права. Учебник под ред. А.С. Пиголкина. М., 2007. С. 503; Марченко М.Н. Теория государства и права. Учебник. М., 2004. С. 587; Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник. М., 2002. С. 503-504.

«меры возможного поведения» субъекта права впервые обосновано С.Н. Братусем, который наряду с этим отметил и другие грани понимания субъективного права, в соответствии с которыми субъективное право представляет собой «не только правовую возможность, но и осуществляемую деятельность», соответственно, право является «не только долженствующим, но и осуществляемым поведением»⁹⁹¹: в этом аспекте субъективное право предстает в образах действительного и возможного. Любое субъективное право является следствием выраженного в нормах права национального законодательства дозволения, для возникновения которого требуется правоустанавливающий факт. Важно, что субъективное право определяется юридически обеспеченной мерой возможного поведения субъекта права, реализуемой по воле и усмотрению последнего. Встречались и иные трактовки понятия субъективного права: «сфера поведения лица, которая охраняется возможностью притязания» - «нет правового отношения вне возможности опереться на принудительный аппарат государственной власти»⁹⁹².

В зарубежной учебной литературе наблюдается иной подход, согласно которому субъективное право рассматривается как особое явление в правовой системе, подлежащее обособленному рассмотрению отнюдь не только в неразрывной связи с теорией правоотношения⁹⁹³. Полагаем, что никакое субъективное право не может существовать вне правового отношения, поскольку сам смысл субъективного права определяет правовые возможности субъекта, *a priori* действующего в правовых отношениях. Изоляция субъективного права от правоотношения выглядит искусственным и оторванным от жизни решением. Субъективное право является структурным, но не единственным из возможных элементов правоотношения.

⁹⁹¹ Братусь С. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица): дис... д-ра юрид. наук. Чкалов, 1942. С. 62

⁹⁹² Обзор заседаний сектора гражданского права в ВИЮН. Доклад Д.М. Генкина о классификации гражданских прав // Советское государство и право. 1949. № 11. С. 75.

⁹⁹³ См.: Ruethers B. *Rechtstheorie*. Muenchen, 2007. S. 39-40.

Правоотношение не обязательно включает в себя только субъективные права, хотя это и является наиболее распространенным вариантом в правовом регулировании. Объектом правового регулирования могут являться и правомочия, носитель которых не обладает статусом субъекта права и не правомочен их осуществлять «своей властью и в своем интересе» на свой риск как самостоятельный участник гражданского оборота. Правомочия и субъективные права не совпадают в своем понятии и значении, и потому их отождествление не является обоснованным. В юридической литературе преобладает иной взгляд, по которому права и правомочия сливаются воедино, а классифицируются на вещные или обязательственные именно правомочия, но не права⁹⁹⁴. Однако, с нашей точки зрения, отличия существенны. Современными авторами констатируется отсутствие «сколько-нибудь удовлетворительного» различия между правом и отдельным правомочием, в связи с чем предлагается отказаться от разграничения права и правомочия и «считать правомочие субъективным правом»⁹⁹⁵.

Содержание субъективного права выражает законченную и самодостаточную в смысловом выражении характеристику степени свободы субъекта права в правоотношении, максимальную степень правовой индивидуализации его возможностей: наличие статуса субъекта права и правоспособности является обязательным условием возникновения субъективного гражданского права. Как следствие этой общей особенности субъективные гражданские права, которые неотделимо не связаны с личностью субъекта права, имеют экономическую ценность и стоимость и потому могут считаться самостоятельным объектом гражданского оборота. По признакам самостоятельного осуществления (на свой страх и риск, своей властью и в своем интересе), оборотоспособности и объему правового содержания субъективные гражданские права следует отличать от правомочий, которыми наделен субъект права. В правовом регулировании

⁹⁹⁴ См.: Анненков К. Система русского гражданского права. СПб., 1910. Т. 1. С. 129.

⁹⁹⁵ Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» // Основные проблемы частного права. Сб. статей к юбилею А.Л. Маковского. М., 2010. С. 319.

субъективное право и правомочие могут существовать автономно, не находясь друг от друга в зависимости.

И субъективные права, и правомочия составляют объект правового регулирования, но для их отождествления не обнаруживается достаточных оснований, хотя действующая редакция некоторых норм гражданского права не делает различий между субъективным правом и правомочием (например, ч. 1 ст. 209 ГК РФ, где содержание права собственности определяется правами владения, пользования и распоряжения, которые принадлежат собственнику имущества). Конечно, в данном случае законодатель подразумевает правомочия в составе субъективного права собственности, а не самостоятельные права собственника на владение, пользование, распоряжение его имуществом. В противном случае происходит хаотичное умножение правовых конструкций, что не способствует пониманию системы и структуры права.

Правомочия могут устанавливаться непосредственно законом и не следовать из содержания конкретных субъективных гражданских прав, не будучи при этом равным следствием субъективного права (например, действия в чужом интересе без поручения – гл. 50 ГК РФ). Правовое положение некоторых субъектов права невозможно охарактеризовать при помощи конструкции субъективного права (например, поверенный или представитель – ст. 182 ГК РФ), а следует отнести к числу особых правомочий. Невозможно рассматривать орган юридического лица в статусе самостоятельного субъекта гражданских прав - лица, наделенного субъективными правами, реализующего их от своего имени «своей властью и в своем интересе» в значении, определенном в ч. 2 ст. 1 ГК РФ, поскольку орган юридического лица индивидуализирует и выражает волю юридического лица в юридически значимых действиях, через которые приобретает гражданские права и обязанности само юридическое лицо. Орган юридического лица не обладает признаками гражданской правосубъектности и не является представителем юридического лица. Структурно-функциональное и неотделимое от юридического лица значение

органа юридического лица позволяет считать, что орган юридического лица наделен не субъективными гражданскими правами, а именно отдельными правомочиями, закрепленными в законе и учредительных документах юридического лица и входящими в состав конкретного субъективного гражданского права, принадлежащего юридическому лицу как субъекту гражданских правоотношений. По мере развития национального законодательства о юридических лицах все более остро проявляется необходимость нормативной квалификации и конкретизации форм управленческой деятельности в юридическом лице, правового определения управления в юридическом лице (его форм, процедур и последствий). Интересно наблюдение А.В. Габова, которым отмечается, что действующим законодательством в достаточной степени не освещены общие вопросы волеобразования (формирования воли) юридического лица, вопросы волеизъявления и конкретизации его форм, что позволяет говорить о разделении самим законодателем самого процесса волеобразования юридического лица, его оформления и внешнего проявления – «выступления от имени общества»⁹⁹⁶, что, с нашей точки зрения, проявляется уже в разграничении полномочий и определении возможных форм взаимоотношений между органами самого юридического лица.

В наиболее распространенных случаях правомочие характеризует лишь одну из возможностей управомоченного лица в субъективном праве. Правомочие в большинстве случаев действительно является отдельной правовой возможностью (частью) субъективного права, взятого в определенном ракурсе и в определенный период развития самого субъективного права (к примеру, правомочия владения, пользования, распоряжения в праве собственности). В этом смысле правомочие может считаться вектором развития самого субъективного права, которое в зависимости от определенных юридических фактов может сопровождаться возникновением или прекращением определенных правомочий у правообладателя, расширением или сужением объема правомочий, что

⁹⁹⁶ Габов А.В. Сделки с заинтересованностью. Практика акционерных обществ. М., 2004. С. 145, 150.

свидетельствует о динамической природе самого субъективного права, этапах его становления и развития, т.е. субъективации. Набор правомочий, их объем подвержены качественным изменениям в период существования субъективного права. Корректным видится сравнение правомочий с ветвями, а самого субъективного права с деревом, из которого последние произрастают. Соответственно, структурная связь субъективного права и правомочия может определяться соотношением общего и частного в гражданском праве. Трудно назвать субъективные гражданские права, которые на стадиях своего возникновения, осуществления, нарушения или прекращения могли бы быть охарактеризованы статичным стандартным, идентичным и неизменным по объему и содержанию набором правомочий, доступных правообладателю. Возникновение и активация конкретных правомочий потенциально заложены в содержание субъективного права, но для своего возникновения требуют наступления определенного законом юридического факта. В отличие от субъективного права правомочие не составляет обособленной (законченной в смысловом выражении) индивидуализирующей характеристики статуса субъекта гражданского права.

Именно секундарными правомочиями следует считать правовые возможности субъекта по изменению правоотношения собственными действиями, которые входят в содержание субъективного гражданского права. Даже с точки зрения господствующего представления о различиях абсолютных и относительных прав весьма дискуссионной видится позиция В.А. Белова об отнесении секундарных прав к числу абсолютных гражданско-правовых форм, если под таковыми понимать возможность управомоченного лица своими действиями влиять на возникновение, изменение и прекращение прав или обязанностей другого лица. По признанию самого же В.А. Белова, абсолютная направленность гражданско-правовых форм предопределяет нахождение в обязанном (связанном) состоянии всякого и каждого, кроме одного или нескольких точно

определенных управомоченных лиц⁹⁹⁷. Классический пример действия секундарных прав демонстрирует как раз принципиально иную ситуацию, где праву на собственные действия управомоченного лица соответствует состояние связанности лица, модификация правовой сферы которого зависит уже не от его собственного усмотрения, а от вероятности осуществления правомочий носителем секундарных прав. Как представляется, речь в данном случае идет о правовой связанности вполне определенных лиц, одно из которых может быть названо управомоченным, а другое обязанным, состояние которой не оставляет возможности признания соответствующего права абсолютным: более очевидны относительная природа секундарных правомочий. Неслучайно секундарные права образовывали самостоятельную основу классификации в теории гражданского права.

Обнаруживаются основания, по которым возможно разграничить правомочие и полномочие. Правомочие является элементом частноправового регулирования, в то время как полномочие характеризует публично-правовую сферу компетенции органа власти или должностного лица. Нами не разделяется предлагаемая в научной литературе трактовка полномочия как субъективного гражданского права⁹⁹⁸, поскольку полномочие, правомочие, субъективное право должны быть разграничены как исходные элементы и понятия правового регулирования. Например, именно полномочием, но никак не правомочием и не субъективным правом наделен суд в части снижения взыскиваемой неустойки по правилам ст. 333 ГК РФ. Суд при отправлении функций правосудия беспристрастен и независим, наделен специальной компетенцией законом как орган судебной власти, не обладает гражданской правосубъектностью, не является субъектом гражданского права, осуществляющим в своем интересе какие-либо субъективные гражданские права: отношения спорящих сторон и суда только публично-правовые. В совокупности приведенные обстоятельства не позволяют определить возможность снижения неустойки субъективным гражданским правом или

⁹⁹⁷ Белов В.А. Указ. соч. С. 11.

⁹⁹⁸ См.: Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. К понятию полномочия // Вестник гражданского права. 2012. № 2. Т. 12.

правомочием суда. Полагаем, что речь идет не о субъективном праве суда на снижение неустойки, а об особом судебском полномочии, осуществляемом судом в рамках отправления правосудия, установленном непосредственно законом в интересах правопорядка в целом. В юридической литературе распространен иной подход. М.Я. Пергамент рассматривал его как особое «судейское право», которое является «оборотной стороной, чем то вроде противовеса того права на дополнительное вознаграждение, которое принадлежит кредитору»⁹⁹⁹. Отмечалось также и то, что «вопрос о снижении неустойки из права суда превращается в его обязанность» в тех случаях, когда должником является слабая сторона (гражданин-трудящийся) или размер неустойки является чрезмерным¹⁰⁰⁰. Тем самым дается очередная интерпретация снижения взыскиваемой неустойки именно правом и обязанностью суда, что, с нашей точки зрения не является в полной мере обоснованным.

Именно полномочия, но не субъективные права и не правомочия характеризуют компетенцию органа исполнительной власти, в которой нет места автономии воли, свободе усмотрения должностного лица и органа власти. Органы исполнительной власти и должностные лица в своей деятельности руководствуются исключительно нормами права, предоставленной компетенцией и публичными, а не своими собственными интересами. Методы и инструментарий частного права к этим отношениям не применимы. Некорректно использование договора в отношениях между органами государственной власти, предметом которого является разграничение компетенции, поскольку изначально отсутствуют действующие в собственных интересах, равноправные и имущественно обособленные договаривающиеся субъекты, которые характеризуются равноправием и автономией воли.

⁹⁹⁹ Пергамент М.Я. Договорная неустойка и интерес // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 185.

¹⁰⁰⁰ Граве К.А. Неустойка по дореволюционному русскому праву и по советскому праву: дис... д-ра юрид. наук. М., 1946. С. 325.

В современной юридической литературе высказано мнение, что правовое положение давностного владельца может определяться субъективным правом, которое возможно было бы отнести к числу ограниченных вещных прав. Выводы о характеристике отношения давностного владельца к вещи как субъективного права выглядят спорными и неочевидными, поскольку давностное владение с тем же успехом может быть охарактеризовано и как правообразующий юридический факт, который нет необходимости и оснований квалифицировать как субъективное право. Возможность защиты правоохраняемого интереса против поименованного в законе круга лиц еще не свидетельствует о наличии у лица, обращающегося за защитой материального субъективного гражданского права. К тому же понимание давностного владения как субъективного права провоцирует вопрос о материально-правовом содержании субъективного права давностного владельца до истечения сроков приобретательной давности и его места в системе субъективных гражданских прав. Возникает ряд других, частных вопросов. Что помимо правомочий защиты в период своего существования субъективное право предоставляет давностному владельцу? Не является ли право на защиту давностного владения «правом из права на владение»; и в чем в таком случае смысл такого разделения? Наконец, является ли по букве закона давностный владелец законным по отношению к собственнику и лицам, имеющим «права на владение в силу предусмотренного законом и договором основания»? Избирательное существование субъективного права по кругу субъектов невозможно: субъективное право не может одновременно существовать в отношении одних лиц и не существовать в отношении других. Целесообразность постановки последнего вопроса не вызывает сомнений, поскольку трудно представить себе субъективное право, которое в отношении одних лиц является правом, а в отношении других лиц – незаконным состоянием. Безоговорочное принятие точки зрения о характеристике давностного владения как субъективного права приводит к выводу о правообразующем значении приобретательной давности, которая по истечении установленного

срока гасит субъективное право давностного владельца, а в случае принадлежности этой же вещи другому лицу на праве собственности и право собственности, и одновременно влечет возникновение права собственности на ту же вещь на стороне давностного владельца. В данном случае неясен смысл удвоения структур субъективного права и его трансформации. При таком подходе субъективное право более напоминает перевалочный пункт, пересадочную станцию для субъекта права, прохождение которых видоизменяет правовой статус субъекта права. Давностный владелец в силу закона обладает правомочиями на владение и пользование вещью, действие которых не распространяется на собственника вещи и лиц, имеющих в отношении вещи субъективные права.

Вследствие многовековой истории вопроса, сложных контраргументов «за» и «против» неоднозначную квалификацию получило владение, в гражданском праве и законодательстве защищаемое посессорными исками. Как и прежде, автор настоящего исследования относит владение к числу фактов-состояний и отрицает возможность его рассмотрения как вида вещных прав. Однако нельзя исключать возможность обоснования природы владения как особого (публичного) права на сохранение фактического состояния и его защиту от самоуправства третьих лиц, которое не является правом гражданским, но при этом все-таки может считаться особым субъективным правом, понятие и содержание которого не определяются гражданским законодательством.

Субъективные права развиваются (возникают, изменяются, прекращаются) в контексте гражданско-правового регулирования правоотношений, чем предопределена диалектическая неразрывная связь субъективного права и правоотношения. Однако цели гражданско-правового регулирования положений субъектов гражданского права не замыкаются регулированием только отдельных видов субъективных прав, поскольку гражданское законодательство в ряде случаев автономно устанавливает отдельные правомочия и юридические обязанности за субъектами гражданских правоотношений, которые не могут считаться полноценными

субъективными правами, а только отдельными гражданско-правовыми правомочиями и обязанностями. Эту мысль возможно выразить в афористичной форме: любое субъективное гражданское право развивается в контексте гражданского правоотношения, но отдельное правомочие или обязанность не всегда составляет содержание отдельного вида субъективного гражданского права.

Классификация субъективных прав предопределена различиями их содержательного наполнения, сферой действия (по кругу субъектов, объектов, ограничениям, защите), является востребованным правовым средством в гражданском законодательстве, правоприменительной практике, правовой доктрине, где выполняет различные целевые задачи. В законодательстве классификация субъективных прав служит упорядочению в нормативное единство групп правовых норм и институтов, в отношении которых действуют единые принципы правового регулирования и иерархизации норм по юридической силе и сфере применения; в правоприменительной практике критерии классификации субъективных прав перманентно уточняются эмпирически; в правовой доктрине классификация субъективных прав способствует разработке теоретических моделей, позволяющих понять особенности содержания конкретных видов субъективных прав во взаимосвязи с общим учением о субъективном праве и правоотношении. Классификация субъективных прав возможна по многим критериям, в том числе и по:

- отраслевой принадлежности субъективных прав (субъективные публичные права, субъективные гражданские права);
- по признакам рода (абсолютные и относительные субъективные права);
- по признакам вида (вещные, обязательственные, корпоративные, исключительные, наследственные права) отдельных групп субъективных прав.

Характеристики индивидуального и родового в гражданском праве изучены неполно, поскольку даже в единичном специальном исследовании

критерии деления гражданско-правовых категорий на род и вид не выдержаны с ожидаемой последовательностью и точностью. Так, Б.Л. Хаскельберг и В.В. Ровный отмечают, что объектом абсолютных правоотношений являются вещи, результаты интеллектуальной деятельности, а также личные нематериальные блага, тогда как объектом всех обязательств вне зависимости от их связи с вещами или иными благами являются действия¹⁰⁰¹. Нетрудно заметить, что родовыми группами в данном случае являются абсолютные права, которые объединяют в своем общем смысле несколько отдельных видов субъективных прав, и относительные права, которые употреблены авторами как синоним обязательственных прав¹⁰⁰², в то время как обязательственные права образуют только отдельный вид класса относительны субъективных гражданских прав.

Как и правоотношение, так и субъективное право входят в научно-категориальный аппарат именно юридической науки, отраслей права и законодательства. Общенаучные методы для определения специфики субъективного права и правоотношения неприемлемы по той причине, что искомые понятия изначально являются специальными, наделены прикладным значением.

Проблематику классификации норм права, правовых институтов, субъективных прав и правоотношений следует отнести к общетеоретическим, актуальным и слабоизученным вопросам юридической науки. Определение понятия и значения, идентификационных признаков правовых явлений, выявление принципов их систематизации, установления классификационных критериев не может решаться юриспруденцией самостоятельно, поскольку базовыми основами теоретического обобщения являются методы философии и логики. При этом невозможно безоговорочное восприятие подходов, сложившихся в философии и логике, поскольку необходима адаптация общенаучных приемов и методов к специфике юридической науки с учетом индивидуального и специфического содержания правовых явлений. Игнорирование этих обстоятельств нередко

¹⁰⁰¹ См.: Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Индивидуальное и родовое в гражданском праве. М., 2014. С. 67.

¹⁰⁰² Там же.

приводит к утверждениям о том, что субъективные права «являются сложным философским следствием»,¹⁰⁰³ что влечет за собой искусственное обесценивание и умаление значимости права как самостоятельного регулятора социальных отношений.

Классификация правоотношений и субъективных прав представляет собой логическую операцию, посредством которой происходит деление объема понятия правоотношения и субъективного права на заданную целями классификации совокупность делений (классы, виды). Взятые в отдельности элементы этой совокупности внутри себя должны отвечать критериям целостности и единства, создавать законченное представление о свойствах классифицируемого права и правоотношения, взятых в конкретном классификационном критерии.

Одним из частных вопросов о возможности применения единой методологии юриспруденции (преимущественно гражданского права), философии и логики к вопросам классификации субъективных прав является вопрос о критериях деления субъективных прав на вещные и обязательственные; абсолютные и относительные в философии и юриспруденции. Своевременность рассмотрения данного подвопроса вытекает из популярности обращения современной юридической науки к работам И. Канта и Г.В.Ф. Гегеля. Разумеется, мы не намерены огульно отрицать их огромное значение. Повышенного внимания требует обоснованность и допустимость такого подхода, а также прогнозирование ожидаемых от этой операции результатов.

Необходимо помнить, что изначально перед юристами и философами стоят разные задачи, которые не стоит ни смешивать, ни взаимозаменять. А потому, научные результаты, получаемые от творческой деятельности тех и других, не могут подлежать какому-либо сравнению особенно в тех случаях, когда речь идет о решении фундаментальных проблем гражданского права, имеющих высокое прикладное значение. Нет сомнений, что вопросы определения принципов и критериев систематизации субъективных прав, их

¹⁰⁰³ Bregante L. *Le azioni a tutela della proprietà e degli altri diritti reali*. Torino, 2012. S. 4.

индивидуальных признаков образуют не только краеугольные камни теории гражданского права, но и имеют существенное практическое и образовательное значение.

Весьма непросто отрицать влияние философских подходов на развитие юридической науки, но со степенью этого влияния предстоит разобраться. Впервые принцип деления прав на абсолютные и относительные получил отражение в работах Г. Хюфеланда¹⁰⁰⁴. В поисках всеобъемлющей классификации субъективных прав в начале XIX века под влиянием философских идей И. Канта, Р. Декарта, И. Фихте немецкая юриспруденция практически заимствовала философские конструкции абсолютности и относительности для собственного научного аппарата, придав им свойства критерия классификации. Вопрос состоит в возможности и целесообразности такого заимствования.

Процесс заимствования юриспруденцией философских представлений об абсолютности и относительности проходил без адаптации, которая должна была бы быть необходимым этапом во избежание укоренения агностических безапелляционных утверждений – юриспруденция не должна констатировать заведомо нерешаемые проблемы и конструировать необъяснимые в своем содержании понятия.

Господствующие представления об абсолютных и относительных правах в юридической науке внешне схожи с интерпретациями философов. Г.В.Ф. Гегель считал абсолютным то право, которое может быть признано в отношении другого субъекта, подчеркивал его формальный характер ввиду зависимости от воззрений и воли иных субъектов¹⁰⁰⁵, а И. Кант характеристики абсолютности использовал для описания явления в тех случаях, когда требовалось показать его неограниченность.

Приведенные позиции философов как основы определения абсолютности того или иного субъективного гражданского права страдают неопределенностью и отсутствием четких идентифицирующих признаков,

¹⁰⁰⁴ См.: Hufeland G. Institutionen des gesammten positiven Recht. Jena, 1803.

¹⁰⁰⁵ См.: Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1991. С. 365.

хотя бы потому, что существование прав, свободных от ограничений, в правовой действительности предположить достаточно сложно, а степень зависимости права от отношения третьих лиц едва ли может влиять на его универсальные свойства как вида: любое право заслуживает и может требовать всеобщего признания и неприкосновенности, но этим не должна обосновываться его абсолютность.

В таком случае, каким видится внутренне единство, система и содержание абсолютных прав; и при чем здесь философия? Этот вопрос уже не одну сотню лет остается без специального освещения.

Проблема эффективности взаимодействия философского и цивилистического подходов к понятию права и определению его вида заключается в адаптации и совместимости понятий философии и гражданского права, поскольку последнее безоговорочно связано с решением практически значимых проблем. В свете рассмотрения вопросов абсолютности, относительности, вещности и обязательственности субъективных гражданских прав это предопределено проблемами классификации и систематизации прав, выявления их квалифицирующих признаков. Философские основы познания активно используются в контексте методологии научных исследований, в том числе и как вспомогательная основа формирования частно-научных методов исследования. Напротив, нет никаких оснований для прямого заимствования цивилистами разработанных философами понятий и разделения субъективных прав, о правовом режиме которых философы изначально имеют отдаленное представление.

По своему содержанию философские и цивилистические подходы к понятию и видам прав принципиально различаются и редко имеют точки пересечения. Это достаточно четко видно при изучении философских подходов к вещному и личному праву.

Своеобразие философского восприятия проявляется уже в понятии вещного права, которое И. Кант призывает считать не отношением лица к

вещи, но лиц по поводу нее: «мое право словно дух сопровождает вещь и охраняет ее от всякого чужого посягательства»¹⁰⁰⁶.

Невозможные для юриста сравнения обнаруживаются далее, когда И. Кант вводит особое понятие лично-вещного права как «права владения внешним предметом как вещью и пользования им как лицом» и заключает, что это «отношения общности свободных существ, которые благодаря взаимному влиянию ...составляют целое». И. Кант оговаривает, что для возникновения этой общности (мужчина приобретает женщину; чета приобретает детей; семья прислугу) необходимо прямое указание закона, а эти приобретения неотчуждаемы. Впоследствии внимание обращается на двойственную природу отношений супругов, в которых каждый из супругов приобретает не только взаимные права на телесные взаимодействия, но и право друг на друга как на свободного индивидуума. И. Кант акцентирует внимание на том, что речь здесь идет не только о личных правах, но и о вещных, поскольку «если один из супругов ушел от другого или отдается во владение третьего, другой вправе в любое время и беспрекословно вернуть его, словно вещь, в свое распоряжение»¹⁰⁰⁷. Еще одной гражданско-правовой конструкцией пользуется И. Кант, когда говорит о внебрачном сожительстве как о «наеме какого-нибудь лица для однократного наслаждения»¹⁰⁰⁸.

Полагаем, что значение терминов «вещное право», «личное право», «лично-вещное право» здесь существенно видоизменяется в сравнении с цивилистическими прототипами, которые в данном случае должны иметь первостепенное значение. Некритическое восприятие юристами этого понятийного аппарата в чуждом гражданскому праву значении создает риск наложения на него уже имеющихся классификаций прав на абсолютные и относительные. И тогда остается только догадываться, к открытию каких «удивительных» сочетаний могут прийти современные ученые-юристы, вдохновленные антологией философской мысли, рассуждая, к примеру, об

¹⁰⁰⁶ См.: Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Собрание сочинений. М., 1994. Т.6. С. 285.

¹⁰⁰⁷ Там же. С. 305-306.

¹⁰⁰⁸ Там же. С. 306.

относительно-абсолютной природе лично-вещного права или же вовсе об относительном характере вещных прав.

Попытку критического пересмотра учения о вещном, личном праве предпринял Г.В.Ф. Гегель, который счел, что в делении прав на вещные и лично-вещные беспорядочно смешиваются права, имеющие своей предпосылкой такие субстанциональные отношения, как семья и государство, и права, относящиеся только к абстрактной личности¹⁰⁰⁹. Далее Г.В.Ф. Гегель отвлекается от критики И. Канта и называет «нелепостью и бессмысленностью лежащее в основе римского права деление на личное и вещное право (право на иски касается судопроизводства и сюда не относится)»¹⁰¹⁰.

Однако нам трудно понять, о какой «основе римского права» здесь говорит проф. Г.В.Ф. Гегель. В каких памятниках римского права предлагается искать нормы, разделяющие права на личные, вещные и лично-вещные? Могут ли в источниках римского права в принципе быть обнаружены воплощенные в нормах права теоретические основы деления прав на вещные и личные? Каким образом дифференциация римских исков может образовывать самостоятельный классификационный принцип деления субъективных гражданских прав?

Ответы на эти вопросы отсутствуют в цитируемых сочинениях И. Канта и Г.В.Ф. Гегеля. Также философы не утруждают себя выяснением значения деления исков на *in rem*; *in personam*, хотя и регулярно обращаются к этим проблемам. А между тем исследование и разрешение именно этих вопросов не теряет актуальности для цивилистов.

Изложенное показывает, что цивилистические исследования далеко не всегда могут полагаться на достижения философской доктрины в области содержательной проработки и понимания смысла субъективных прав и их видов как на абсолютные истины, не требующие адаптации и проверки. В данной связи представляется малополезным избыточное цитирование и

¹⁰⁰⁹ См.: Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1991. С. 100.

¹⁰¹⁰ Там же.

обращение современных цивилистов к фундаментальным философским произведениям и рассмотрение сквозь их постулаты ключевых проблем теории гражданского права: разность мировоззрения и видение проблем изначально различны. Однако в контексте развития цивилистической науки полезно учесть огромный вклад философского учения в рационализацию научного знания, становление методов научного обоснования и доказательств. Классификация субъективных гражданских прав и методология их исследования всецело полагается на философское учение и логику, приемы доказательства и опровержения. В эпоху возрождения С. Пуфендорф обосновал бессмысленность преклонения перед авторитетами в научных исследованиях, наметив целесообразность пересмотра методологии научного знания по принципу и примеру точных наук, где решающая роль отводится силлогизму. Впоследствии Г.В. Лейбниц заложил основу математической логики в научное знание, теории обоснования анализа синтеза как логико-научных операций. В своей основе классификация субъективных прав является результатом логического деления объема понятия, в результате чего делимое исходное понятие (субъективное право) становится общим понятием, а вновь возникшие понятия (конкретные виды субъективных прав) приобретают значимость видовых форм. Результат классификации субъективных прав показывает развитие делимых и вновь образуемых видов субъективных прав в границах заданной законодателем системы координат. В отличие от трактовки содержательного наполнения субъективных прав методология классификации субъективных прав может определяться на основе разработанных в логике и философии приемов доказывания и систематизации, что подтверждает синергетические основы методологии научного знания, необходимость рационализации которого убедительно обоснована именно в философии.

Субъективное право – понятие сугубо юридическое, наполненное именно правовым содержанием и смыслом, идентифицирующим свободу субъекта права в осуществлении гарантированных ему законодательством

преференций. Проблематика субъективных прав, вопросы их систематизации и классификации образуют предпосылку и одновременно центр правового регулирования любого правопорядка независимо от исторического этапа, социально-политических и экономических особенностей развития государства. Общетеоретические и отраслевые исследования о понятии и содержании субъективных прав имеют особую значимость в свете меняющихся социально-экономических условий жизни современного общества, нового содержательного наполнения правоотношений, которые определяют принципы их регулирования и классификации.

Материально-правовое регулирование общественных отношений невозможно и, по большому счету, бессмысленно вне субъективных прав, которые индивидуализируют правовые возможности субъекта права относительно тех или иных жизненных обстоятельств, с которыми законодательство связывает наступление правовых последствий. Отмеченная особенность подчеркивает значение субъективного права как объекта правового регулирования. С этой характеристикой органически связано и другое значение субъективного права, но уже как регулятора общественных отношений в части предоставленной законом свободы поведения субъектов права. В своем содержании субъективное право выражает законченную и самостоятельную в смысловом выражении характеристику степени свободы субъекта права в правоотношении, максимальную степень правовой индивидуализации его возможностей.

Регулирование субъективных прав комплексно и не ограничивается рамками отдельных отраслей права. Векторы правового регулирования субъективных прав предопределены и заданы отраслевой спецификой воздействия права на общественные отношения. Сообразно предмету и методу отрасли права регулируют содержательную специфику осуществления и защиты субъективных прав в различных аспектах и объеме. Понятие субъективного права не является приматом права гражданского, зоной его преференций и суверенности. Неслучайно М.М. Сперанский утверждал, что истинные гражданские права должны быть основаны на

правах политических, точно так же, как и закон гражданский вообще не может быть тверд без закона политического¹⁰¹¹.

Субъективные права регулируются конституционным, гражданским, административным, жилищным, трудовым, земельным, семейным правом. Процессуальное право определяет содержание и порядок осуществления субъективных прав в судебном процессе, характеризуя процессуальный статус лиц, участвующих в деле. Сообразно своим целям и задачам уголовное право устанавливает механизмы охраны и защиты субъективных прав граждан и юридических лиц. Соответственно субъективные права, являясь базовым элементом правового регулирования, являются и комплексным объектом последнего.

Различия в правовом регулировании субъективных прав predetermined отраслевой спецификой построения системы российского законодательства, задачами и предметом регулирования каждой отрасли.

Генеральное значение субъективных прав в правовой системе подчеркнуто в ст. 17-18 Конституции Российской Федерации, где определено, что права человека и гражданина признаются, гарантируются, являются непосредственно действующими, именно ими определяется содержание применения законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, они же обеспечены правосудием. Далее Конституция Российской Федерации закрепляет основные виды субъективных прав в политической, социальной, экономической и духовной сферах российского общества. Отстаивается именно субъективный характер конституционных прав и обязанностей как главный элемент правового положения граждан, обосновывающий юридическую связь гражданина и государства, но в то же время подчеркивается особый характер конституционных прав, препятствующий их отнесению к абсолютным или относительным, указывается, что конституционные права имеют некоторые

¹⁰¹¹ Сперанский М.М. Введение к Уложению государственных законов // М.М. Сперанский Юридические произведения. М., 2008. С. 374-375.

сходства с абсолютными и относительными правами¹⁰¹². В числе существенных отличий конституционных от иных субъективных прав называют: неотделимость конституционных прав от гражданина-государства-гражданина, постоянное обладание конституционными правами до и в период вступления гражданина в конкретные правоотношения, содержательная особенность конституционных прав, состоящая в воплощенной в норме права идее, но не в закрытом перечне отдельных правомочий, многократность и непрерывность реализации конституционных прав, всемерная и повсеместная охрана конституционных прав всеми органами власти и управления¹⁰¹³.

О многогранности понятия субъективного права свидетельствует активно обсуждаемая в юридической науке проблематика субъективных публичных прав, которые имеют совершенно самостоятельную природу и содержание и, потому никак не связаны и не производны от механизма гражданско-правового регулирования. Дискреция (дискреционные полномочия) не следует отождествлять с диспозитивностью, поскольку осуществление полномочий в пределах компетенции органа государственной власти или должностного лица не может быть связано с автономией воли и усмотрением праволприменителя, который априори не является субъектом права, реализующим его в собственном интересе.

Можно констатировать редкость и недостаточность специальных исследований по тематике субъективных прав в науке как частного, так и публичного права. Это положение относимо не только к российской, но и зарубежной юридической науке. К примеру, швейцарские юристы объясняют сложность и неоднозначность принятых в частном праве классификаций субъективных прав отсутствием единого понимания в интерпретации как самого понятия субъективного права, так и его отдельных форм (видов)¹⁰¹⁴.

¹⁰¹² См.: Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности советских граждан. М., 1972 С. 91, 99, 104.

¹⁰¹³ Там же. С. 105-112.

¹⁰¹⁴ Basler kommentar. Zivilgesetzbuch // hrsg. H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser. Basel-Zürich-Bern, 2011. S. 803.

Весьма показательным по этому поводу суждение швейцарского цивилиста В. Портмана: едва ли другое понятие науки частного права имеет такое же центральное значение и одновременно оспаривается так сильно, как понятие субъективного права. Мнения по поводу данной модели мышления охватывают спектр от эмфатического воззрения до полного отрицания. Тогда как субъективное право с одной стороны представляется «свободными от совокупности правовых норм отношениями», «выражением социальной философии свободы» или «самой фундаментальной первоначальной формой права», с другой стороны оно отвергается как «мистика», «суеверие» и «призрак». В этом обширном спектре, границами которого являются крайности, присутствует почти необозримое многообразие воззрений на догматическо-правовую, философско-правовую, социологическо-правовую, психологическо-правовую, антропологическо-правовую и экономическую основу права¹⁰¹⁵. Многообразие теорий о происхождении и содержательной основе субъективных прав определяется плюрализмом научного мышления, не терпящего стереотипов: каждый из подходов научных школ к определению субъективного права отражает закономерности взаимодействия субъектов права в заданном ракурсе. В связи с этим категорическая приверженность одной из научных школ, определяющих понятие, содержание и значение субъективного права выглядит условной, отражающей по большей части вкусовые предпочтения и симпатии конкретного исследователя. Именно по этой причине не следует считать смену концептуальных подходов к понятию субъективного права в дореволюционной (господство субъекта над объектом права) и советской (мера возможного поведения субъекта в праве) школах революцией в праве XX века. Кардинальная смена подходов может объясняться закреплением в идеологии советского права «нормативистского» понимания субъективного права. Признание и защита конкретного субъективного права следует из нормы права, в то время как его осуществление продиктовано волей управомоченного лица, которая в свою очередь диктуется интересом. В

¹⁰¹⁵ См.: Portmann W. Wesen and System der subjektiven Privatrechte. Zuerich, 1996. S. 3.

данной связи представляется возможным не согласиться с Г.В. Мальцевым, который включает волю и интерес в структуру субъективного права¹⁰¹⁶. Считаем, что интерес является внешним стимулом возникновения (приобретения) и осуществления субъективного права, а волеизъявление механизмом осуществления субъективного права.

Немалую сложность образуют осуществляемые попытки излишне сузить или расширить понятие и значение субъективного права. Примеры таких подходов достаточно многочисленны и разнообразны. Дискуссионными представляются утверждения о том, что «субъективное право необходимо только для получения удовлетворения искового требования»¹⁰¹⁷; о правосозидательной функции предоставляемой правопорядком защиты интересов¹⁰¹⁸. Возникают закономерные вопросы о том, всегда ли защищенное юридическое состояние преобразуется в субъективное право? Полагаем, что предоставленная и гарантированная правопорядком функция защиты правоохраняемого интереса сама по себе не может свидетельствовать о преобразовании объекта защиты в субъективное право. Целесообразность обратного по смыслу чревата размыванием ключевых юридических понятий, размыванием их границ и функционального предназначения. Едва ли субъективные права нуждаются в еще более унифицированном понимании посредством отождествления с малопонятными по смыслу и содержанию категориями правовых средств¹⁰¹⁹. Нечужды юридической науке попытки рассмотрения субъективного права как «правовой позиции», предоставляющей управомоченному субъекту «правомочия на осуществление юридически значимых и фактических действий, одновременно отказывая все прочим осуществлять те же самые действия» и зарубежной науке гражданского права¹⁰²⁰. Г. Дернер указывает, что «каждое субъективное право включает норму предоставления, точнее –

¹⁰¹⁶ См.: Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007. С. 351.

¹⁰¹⁷ Wendt O. H. Lehrbuch der Pandekten. Jena, 1888 Ы. S. 232.

¹⁰¹⁸ См.: Mager H. Op. cit. S. 80.

¹⁰¹⁹ Ср.: Яковлев В.Ф. Гражданскоправовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. С. 71.

¹⁰²⁰ См.: Doerner H. Dynamische Relativitaet: Der uebergang vertraglicher rechte und phlichten. Muenchen, 1985. S. 374.

норму полномочия и разрешения, которые наделяют управомоченное лицо типом поведения»; объективное право осуществляет защиту этого предоставленного управомоченному лицу пространства свободы двояко: либо не гарантируя прочим субъектам права возможности аналогичного поведения в отношении того же объекта права, либо, прямо запрещая осуществление таких действий любому, кто не является на это правомочным¹⁰²¹.

При определении места и значимости субъективного права нецелесообразно усматривать специфику субъективного права во взаимосвязи с объективным правом. Примеры именно таких воззрений широко распространены в юридической литературе. К примеру, в дореволюционной цивилистике Ю. Гамбаров отмечал, что значение во всех вопросах права принадлежит объективному праву, а не субъективному праву, поскольку последнее не есть что-либо самостоятельное, цельное, имеющее собственное существование, оно представляет собой только форму выражения последствия норм объективного права, истечение объективного порядка¹⁰²². В юридической литературе специально указывалось, что термином «субъективное право» хотят показать лишь то, что речь идет о таком праве, которое принадлежит тому или иному лицу, субъекту, а не о праве в смысле совокупности юридических норм¹⁰²³.

Нередко советской цивилистикой несколько недооценивалась значимость субъективных прав, в связи с чем отмечалось, что «субъективное право...не является самоцелью, а признается за лицом для того, чтобы оно могло добиться удовлетворения какого-то своего интереса»¹⁰²⁴, или подчеркивалось не самостоятельное, а «служебное» значение категории субъективного права, под которой понималась и «правовая форма, в которую облакаются отношения по осуществлению государственных

¹⁰²¹ Ibid. S. 375.

¹⁰²² См.: Гамбаров Ю. Обязательства с точки зрения общественной теории права // Юридический вестник. 1879. Т.2. С. 193.

¹⁰²³ См.: Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. С. 234

¹⁰²⁴ Новицкий И.Б. Реальное исполнение обязательств // Труды научной сессии ВЮОН 1-6 июля 1946 г. М., 1948. С. 145.

народохозяйственных планов, по удовлетворению определенных общественных и личных интересов»¹⁰²⁵. В данном случае решается вопрос о соотношении объективного и субъективного в праве, в то время как вопрос о понятии и значении субъективного права отходит на второй план. Едва ли в современных исследованиях уделяется пристальное внимание изучению проблематики субъективных прав. К примеру, указывается, что феномен субъективного права так и не получил своего четкого определения и единообразного правопонимания, а при таком «положении вещей нельзя говорить о конкретных субъективных гражданских правах», взамен этого предлагается «разбить» на составляющие понятие субъективного права и проанализировать каждый из этих осколков в отдельности¹⁰²⁶. Данное предложение возможно посчитать неконструктивным, поскольку анализ составных частей целого изначально не может дать представление о значении и функциях целого, которые они в совокупности составляют.

Сказанное совершенно не свидетельствует об автономном существовании субъективного и объективного права. Любое субъективное право является следствием выраженного в нормах права национального законодательства дозволения, для возникновения которого требуется правоустанавливающий факт. Правовое регулирование субъективных прав немыслимо вне диспозитивного метода. Именно диспозитивные нормы права предлагают субъекту права возможные варианты поведения, одновременно устанавливая альтернативные правовые последствия. С этой точки зрения выраженное в норме объективного права дозволение является предтечей и основой регулирования субъективных прав в правовой системе государства. По этим причинам невозможно согласиться с мнением, которым предлагается считать значимость субъективных прав не содержательной, а формальной¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵ Рахмилович В.А. Основные вопросы договорной ответственности по советскому гражданскому праву: дис. канд. юрид. наук. М., 1955. С. 30.

¹⁰²⁶ Михайлова Е.В. Процессуальные формы защиты субъективных гражданских прав, свобод и законных интересов в Российской Федерации. М., 2014. С. 4.

¹⁰²⁷ Матузов Н.И. Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966. С. 25.

Российское и зарубежное гражданское законодательство не описывает и не дает общего определения субъективного права, но предполагает его наличие, обозначая многочисленные отдельные позиции субъективного права в сфере гражданско-правового регулирования: основания возникновения, пределы осуществления и ограничения гражданских прав, способы защиты гражданских прав, виды субъективных прав (обязательственное право, корпоративное право, наследственное право, вещное право, исключительные права и др.).

Субъективные права образуют связь субъектов права и правопорядка, формируют правовой статус субъекта права. При формулировке понятия субъективного права следует исходить из качественных свойств отдельных правомочий, совокупностью которых характеризуется вид и содержание субъективного права. Представляется возможным уклониться от абстрактных понятийных характеристик субъективного права, предлагаемых в современных научных исследованиях¹⁰²⁸.

Изложенным подтверждается перспективность и необходимость, а равно широкие возможности для дальнейших научно-теоретических и практических исследований проблематики правоотношения и субъективных прав в условиях развития общественно-экономических отношений и совершенствования гражданского законодательства.

¹⁰²⁸ «Субъективное право есть отражение социальной деятельности в правосознании субъекта права...» (Васев И.Н. Субъективное право как общетеоретическая категория: дисс... канд-та юрид. наук. М., 2011. С. 16); «субъективное гражданское право установленные или санкционированные государством границы системы определенных правил». Далее автор поясняет, что новизна его подхода определяется введенным им понятием «пространственных границ действия» (Осипов А.А. Интерес и субъективное гражданско право: автореф. дисс. канд-та юрид. наук. М., 2011. С. 12).

Библиография

I. Литературные источники (монографии, диссертации, учебники, брошюры, статьи) на русском языке.

1. Авилов Г.Е. Новые объекты интеллектуальных прав // Г.Е. Авилов. Избранные труды. М., 2012.
2. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву: дис... д-р юрид. наук. М., 1939.
3. Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955.
4. Александров Н.Г. Трудовое правоотношение: дис... д-ра юрид. наук. М., 1947.
5. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966.
6. Алексеев С.С. Право собственности. Проблемы теории. М., 2007.
7. Алексеев С.С. Предмет советского социалистического гражданского права // С.С. Алексеев. Собр. соч. М., 2010. т. 1.
8. Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975.
9. Амфитеатров Г.Н., Виндикационный иск как способ защиты права собственности в СССР: дис... докт. юрид. наук. М., 1947.
10. Антимонов Б.С. Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности: дис... д-ра юрид. наук. М., 1951.
11. Антимонов Б.С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. Б/г и Б/д.
12. Антимонов Б.С., Граве К.А. Советское наследственное право. М., 1995.
13. Антокольская М.В. Семейное право. Учебник. М., 2003;
14. Архипов С.И. Субъект права (теоретическое исследование): дис... док-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2005.
15. Аскназий С.И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2008;
16. Ахметьянова З.А. Вещное право: Учебник. М., 2011.
17. Бабкин С.А. Определение понятия «исключительное право» в четвертой части ГК РФ // Законодательство 2008. № 8.
18. Бадаева Н.В. Владение и владельческая защита в зарубежном и российском гражданском праве. М., 2012.
19. Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб., 1908. Вып. 2.
20. Басин Ю.Г. Проблемы советского жилищного права: дис. док-р юрид. наук. Л., 1963.
21. Белов В.А. Гражданское право. Т. III. Особенная часть. Абсолютные гражданско-правовые формы. М., 2012.
22. Белов В.А. Понятие и определение вещных прав // Законодательство. 2009. №6.
23. Белов В.А. Право собственности и ограниченные вещные права // Законодательство. 2009. № 12.
24. Бибииков А.И. Правовые проблемы реализации государственной собственности: автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 1993.
25. Брагинский М.И. Влияние действий других/третьих лиц на социалистические гражданские правоотношения: дис... д-р. юрид. наук. Уфа, 1961.
26. Брагинский М.И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений // Гражданский кодекс России. Проблемы, теория, практика. Сб. памяти С.А. Хохлова. М., 1998.
27. Брагинский М.И. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву // Труды ВЮЗИ. М., 1961. Т. 1.
28. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М., 2000, кн. 1.
29. Братусь С. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица): дис... д-ра юрид. наук. Чкалов, 1942.
30. Братусь С.Н. Имущественные и организационные отношения и их правовое регулирование в СССР // Вопросы общей теории советского права. М., 1960.
31. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 2005.
32. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права М., 1950.
33. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории). М., 2001. М., 1970.
34. Братусь С.Н., Иоффе О.С. Гражданское право. М., 1967.
35. Брауде И.Л. Право на строение (Строение как объект права): дис... докт. юрид. наук. М., 1948.
36. Будкевич Ф.П. Новая теория владения. Варшава, 1895.
37. Вавилин Е.В. Механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей: автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 2009.
38. Вакман Е.Л., Грингольц И.А. Авторские права художников. М., 1962.
39. Ваксберг А., Грингольц И. Автор в кино. М., 1961.
40. Васильковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003.
41. Венгеров А.Б. Право и информация в условиях автоматизации управления (теоретические проблемы): дис. д-ра юрид. наук. М., 1975.

42. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность // Избранные труды по гражданскому праву М., 2004. Т. 2.
43. Вердников В.Г. Проблемы хозяйственного договора по советскому праву: дис... док-ра юрид. наук. М., 1967.
44. Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков, 1959. Ч. 1.
45. Винавер М. Из области цивилистики. СПб., 1908.
46. Витрянский В.В. Общие положения об обязательствах в условиях реформирования гражданского законодательства // Хозяйство и право. М., 2012.
47. Витрянский В.В. Проблемы арбитражно-судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота: дис.. д-ра юрид. наук. М., 1996;
48. Витрянский В.В. Судебная защита права собственности на недвижимость // Гражданское право современной России. М., 2008.
49. Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М., 2016.
50. Вишневский А.А. Современные тенденции развития структурообразующих институтов банковского права сравнительно-правовое исследование: дис. д-ра юрид. наук. М., 2014.
51. Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности советских граждан. М., 1972.
52. Ворожевич А.С. Исключительное право: сущность, принципы и пределы защиты // Вестник гражданского права. 2013. № 6.
53. Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972.
54. Габов А.В. Сделки с заинтересованностью. Практика акционерных обществ. М., 2004.
55. Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор: дис... д-ра юрид. наук. М., 1962.
56. Гаврилов Э.П. Исключительное право, принадлежащее нескольким лицам // Хозяйство и право. 2009. № 3.
57. Гаврилов Э.П. Правовая охрана внешнего вида промышленных изделий (промышленных образцов) в СССР и зарубежных странах: дис... канд-та юрид. наук. М., 1966.
58. Гаджиев Г.А. Основные экономические права (Сравнительное исследование конституционно-правовых институтов России и зарубежных государств): дис... д-ра юрид. наук. М., 1996.
59. Галеева Р.Ф. Исключительное право: правовая природа и роль в гражданском обороте: дис... канд-та юрид. наук. М., 2011.
60. Гамбаров Ю. Обязательства с точки зрения общественной теории права // Юридический вестник. 1879. Т.2.
61. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. СПб., 1911.
62. Гасанов К.К. Стремоухов А.В. Абсолютные права человека и ограничения прав // Правоведение. 2004. №1.
63. Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961.
64. Генкин Д.М. Правовое регулирование труда в промысловой кооперации: дис... д-ра юрид. наук. М., 1939.
65. Генкин Д.М. Сочетание прав с обязанностями в советском праве // Советское государство и право. 1964. № 7.
66. Генкин Д.М., Новицкий И.Б., Рабинович Н.В. История советского гражданского права. М., 1947.
67. Германов А.В. От пользования к владению и вещному праву. М., 2009.
68. Годеме Е. Общая теория обязательств. М. 1948.
69. Гойхбарг А. Хозяйственное право РСФСР. М., 1924. Т. 1.
70. Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1872.
71. Гордон В.М. Иски о признании. Ярославль, 1906.
72. Гордон В.М. Основные проблемы советского авторского права: дисс. док-ра юрид. наук. Харьков, 1940.
73. Гордон М.В. Наследование по закону и по завещанию. М., 1967.
74. Граве К.А. Неустойка по дореволюционному русскому праву и по советскому праву: дис... д-ра юрид. наук. М., 1946.
75. Гражданское право. Учебник / под ред. В.П. Мозолина, А.И. Масляева. М., 2005. Ч. 1.
76. Гражданское право Российской Федерации. Учебник / под ред. О.Н. Садикова. М., 2006. Т. 1.
77. Гражданское Уложение. Проект Высочайшей Учрежденной Редакционной Комиссии с объяснениями, сост. А.Л. Саатчиан. М., 2008. кн. 3.
78. Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // В.П. Грибанов Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000.
79. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // В.П. Грибанов Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000.
80. Гримм Д.Д. Проблема вещных и личных прав в дореволюционном праве // Вестник гражданского права. 2007. № 3.
81. Гримм Д.Д. Соотношение между юридическими институтами и конкретными отношениями // Сб. статей по гражданскому и торговому праву памяти Г.Ф. Шершеневича. М., 1915.

82. Гримм Д.Д. Юридическое отношение и субъективное право. СПб., 1897.
83. Грингольц И.А. Международные хозяйственные организации в странах-членах СЭВ (теория и практика правового регулирования): дис... д-ра юрид. наук. М., 1975.
84. Громов А.А., Егоров А.В. Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ. М., 2014.
85. Губин Е.П. Обеспечение интересов в гражданско-правовых отношениях: дис... канд-та юрид... наук. М., 1980.
86. Гудсмит Ж.Е. Курс пандектов. Общая часть. М., 1881.
87. Гуляев А.М. Русское гражданское право. Пособие к лекциям. СПб., 1913.
88. Гурвич М.А. Право на иск. М., 1949.
89. Гутников О.В. Содержание корпоративных отношений // Журнал российского права. 2013. № 1.
90. Гутников О.В. Недействительность сделки в гражданском праве (теория и практика оспаривания). М., 2007.
91. Гхош Ш. Имплементация доктрины исчерпания прав: выводы, основанные на национальном опыте // Торговая политика. 2015
92. Данилова Е.Н. Ответственность должника за действия третьих лиц, участвующих в исполнении договора. М., 1913.
93. Договорное и обязательственное право под ред. А.Г. Карапетова. М., 2017.
94. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации // Сборник статей. М., 2005.
95. Дозорцев В.А. Информация как объект исключительного права // Дело и право. 1996. №4.
96. Дозорцев В.А. Правовой режим научно-технических знаний // Советское государство и право. 1973. №6.
97. Дозорцев В.А. Принципиальные черты права собственности в гражданском кодексе // Гражданский кодекс России: проблемы, теория, практика. Сб. статей памяти С.А. Хохлова. М., 1998.
98. Дозорцев В.А. Права государственного промышленного предприятия на закрепленное за ним имущество: дис...канд. юрид. наук. М., 1951.
99. Доклад Д.М. Генкина по вопросу классификации гражданских прав в советском гражданском праве // Советское государство и право. 1949. № 11.
100. Долинская В.В. Основные положения и тенденции акционерного права: дис...д-ра юрид. наук. М., 2006.
101. Дювернуа Н. Основная форма корреального обязательства. Ярославль, 1874.
102. Евстигнеев Э.А. Императивные и диспозитивные нормы в договорном праве: дис... канд-та юрид. наук. М., 2015.
103. Егоров А.В. Общая долевая собственность: механизм защиты прав сосособственников // Вестник гражданского права. 2012. Т. 12. № 4.
104. Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. 2011. №3.
105. Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование экономических отношений. М., 1996.
106. Егоров Н.Д. Понятие гражданского права // Вестник гражданского права. 2012. №4. Т.12.
107. Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л., 1988.
108. Егоров Н.Д. Личные неимущественные права граждан и организаций как институт советского гражданского права // Правоведение. 1984. № 6.
109. Ельяшевич В.Б. Очерк развития форм поземельного оборота на Западе // Ельяшевич В.Б. Избранные труды о юридических лицах, объектах гражданских правоотношений и организации их оборота М., 2007. Т. II.
110. Ем В.С. К вопросу о понятии, содержании и сущности правовых обязанностей // Проблемы развития частного права: сборник статей к юбилею В.С. Ема. М., 2011.
111. Ем В.С. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории): дис... канд. юрид. наук. М., 1981.
112. Емелькина И.А. Система ограниченных вещных прав на земельный участок. Москва-Берлин, 2013.
113. Еременко В.И. Соотношение понятий «интеллектуальная собственность и «исключительное право» в Гражданском кодексе Российской Федерации // Законодательство и экономика. 2008. № 10.
114. Залесский В.В. Правовое положение государственных промышленных предприятий в зарубежных европейских странах-членах СЭВ: дисс. д-ра юрид. наук. М., 1987.
115. Зеллер В.Ф. Учение о праве общей собственности по римскому праву. Харьков, 1895;
116. Зенин И.А. Взаимосвязь абсолютных и относительных прав в сфере научно-технического прогресса // Проблемы развития гражданского права в условиях перестройки. Труды по правоведению. Тарту, 1990.
117. Зенин И.А. Исключительное интеллектуальное право (право интеллектуальной собственности) как предмет гражданского оборота // Законодательство. 2009. № 5.

118. Зимелева Н.В. Общая собственность в советском гражданском праве: дисс... канд. юрид. наук. М., 1940.
119. Иванов А.А. Право собственности и товарно-денежные отношения: дис. канд. юрид. наук. Л., 1991.
120. Илларионова Т.И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер. Свердловск, 1980.
121. Интеллектуальная собственность (исключительные права). Учебное пособие под ред. Н.М. Коршунова. М., 2006.
122. Ионас В., Ключев А., Маврин А. Права изобретателей и рационализаторов. М., 1959.
123. Ионас В.Я. Производство творчества в советском гражданском праве: дис. д-ра юрид. наук. М., 1965.
124. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву // Иоффе О.С. Избранные труды. СПб., 2003. Т. 1.
125. Иоффе О.С. Правоотношения по советскому гражданскому праву. Л. 1949.
126. Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР // О.С. Иоффе Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000.
127. Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967.
128. Иоффе О.С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Сб. избранных трудов по гражданскому праву. М., 2000.
129. Кавелин К.Д. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза. СПб., 1884.
130. Кавелин К.Д. Права и обязанности по имуществам и обязательствам. СПб., 1879.
131. Казанцев М.Ф. Договорное регулирование. Цивилистическая концепция. Екатеринбург, 2005.
132. Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002.
133. Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. Харьков, 1928.
134. Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. М., 1999.
135. Кечекьян С.Ф. О системе советского социалистического права // Советское государство и право. 1946. № 2.
136. Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958.
137. Кнапп В. Собственность в странах народной демократии. М., 1954.
138. Коваленко А.И. Диалектическое единство субъективных прав и юридических обязанностей // Философские проблемы субъективного права: тезисы докладов. Ярославль, 1990;
139. Ковлер А.И. Антропология права. Учебник. М., 2002.
140. Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица по российскому гражданскому праву: автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 2004.
141. Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991.
142. Комарова Т.Е. Функции запретов в механизме гражданско-правового регулирования: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008.
143. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части второй под ред. Козырь О.М., Маковского А.Л., Хохлова С.А. М., 1996.
144. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: Учебно-практический комментарий (под ред. А.П. Сергеева). Л., 2010.
145. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) под ред. Л.А. Трахтенгерца. М., 2015. Т. 1.
146. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М., 2009.
147. Корнеев С.М. Право государственной социалистической собственности в СССР. М., 1964.
148. Корнеев С.М.: Основные проблемы права государственной социалистической собственности в СССР: дис. докт-ра юрид. наук. М., 1971.
149. Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики под ред. В.А. Белова.
150. Корпоративное право. Учебный курс под ред. И.С. Шиткиной, Е.П. Губина. М., 2011.
151. Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения // О. А. Красавчиков Категории науки гражданского права. Избранные труды. М., 2005. Т. 1.
152. Красавчиков О.А. Советская наука гражданского права (понятие, предмет, состав и система) // О. А. Красавчиков. Категории науки гражданского права. Избранные труды. М., 2005. Т. 1.
153. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве // Категории науки гражданского права // Избранные труды. М., 2005. Т. 2.
154. Красавчикова Л.О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц): дис. докт-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1994.
155. Крашениников Е.А. К теории права на иск. Ярославль, 1995.
156. Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт запада // Избранные труды. М., 1997.
157. Кулаков В.В. Злоупотребление абсолютными и относительными гражданскими правами: проблемы теории и практики // Российское правосудие. 2009.
158. Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России, М.2010 // СПС «Консультант+».
159. Ландкоф С.Н. Товарищества и акционерные общества. Теория и практика. Харьков, 1926.
160. Левшина Т.Л. Основы законодательства о защите прав потребителей. Курс лекций. М., 1994.

161. Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М., 1981.
162. Лейст О.Э. Теоретические проблемы санкций и ответственности по советскому праву: автореф. дис. д-ра юрид. наук. М., 1978.
163. Липчик Д. Авторское право и смежные права. М., 2002.
164. Ллойд Д. Идея права. М., 2002.
165. Ломакин Д.В. Акционерное правоотношение. М., 1997.
166. Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения как составная часть системы гражданско-правовых отношений: на примере хозяйственных обществ: дис... д-ра юрид. наук. М., 2009.
167. Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения как составная часть системы гражданско-правовых отношений: на примере хозяйственных обществ: автореф... дис... д-ра юрид. наук. М., 2009.
168. Лоренц Д.В. Виндикация: юридическая природа и проблемы реализации: автореф. дис... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008.
169. Лунц Л.А., Новицкий И.Б. Общее учение об обязательстве. М., 1950.
170. Магазинер Я.М. Договор морской перевозки грузов в капиталистических странах // дис... д-ра юрид. наук. М., 1940.
171. Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. 1999. № 2.
172. Магазинер Я.М. Объект права // Очерки по гражданскому праву. Л., 1957.
173. Май С.К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М., 1953; Гражданское уложение.
174. Маковский А.Л. Об исключительных правах // Актуальные вопросы российского частного права. Сб. статей к 80-летию проф. В.А. Дозорцева. М., 2008.
175. Малейн Н.С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М., 1985.
176. Малейна М.Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление, защита): автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 1997.
177. Малинкович М.В. Право владения несовладельца: дисс. канд. юрид. наук. М., 1986.
178. Малиновский Д.А. Актуальные проблемы категории субъективного вещного права: дис... канд. юрид. наук. М., 2002.
179. Малышев К. Курс общего гражданского права России. М., 1908.
180. Малышев К.И. Курс гражданского права, составленный по лекциям, читанным в 1880/81 академическом году. СПб. б/г.
181. Мальцев Г.В. Социалистическое право и свобода личности. М., 1968.
182. Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007.
183. Маслов В.Ф. Гражданско-правовые проблемы личной собственности в период строительства коммунизма: дис... док-ра юрид. наук. Харьков, 1967.
184. Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970.
185. Матузов Н.И. Теоретические проблемы субъективного права: дис... д-ра юрид. наук. Саратов, 1973.
186. Мейер Д.И. Общая теория гражданских обязательств // Журнал Министерства юстиции. СПб., 1861. Т. VII.
187. Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 1997. Ч. 1.
188. Мейер Д.И. Русское гражданское право. СПб., 1902.
189. Митюков К.А. Курс римского права. Киев, 1912.
190. Мицкевич А.В. Некоторые вопросы учения о субъективных правах. Правоведение. 1958. № 1.
191. Мицкевич А.В. Субъекты советского права. М., 1962.
192. Мовчан А.П. Права человека и международные отношения. М., 1982.
193. Мотовиловкер Я.М. Теория регулятивного и охранительного права. Воронеж, 1990.
194. Наследственное право под ред. К.Б. Ярошенко. М., 2005.
195. Нерсесов Н.О. Понятие добровольного представительства в гражданском праве. // Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. М., 2000.
196. Новгородцев П.И. Из лекций по общей теории права. М., 1904. Часть методологическая.
197. Новгородцев П.И. Политические идеалы древнего и нового мира. М., 1910.
198. Новгородцев П.И. Кризис современного правосознания. М., 1909.
199. Новицкий И.Б. Реальное исполнение обязательств // Труды научной сессии ВИЮН 1-6 июля 1946 г. М., 1948.
200. Новицкий И.Б. Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями. М., 1952.
201. Новицкий И.Б. Солидарность интересов в советском гражданском праве. М., 1951.
202. Новоселова Л.А. Оборотоспособность доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // Объекты гражданского оборота. Сборник статей под ред. М.А. Рожковой. М., 2007.
203. Нолькен А. Договоры в пользу третьих лиц. Опыт теоретического исследования по гражданскому праву. СПб., 1885.
204. Огородов Д.В. Правовые отношения в информационной сфере: автореф. дис... канд-та юрид. наук. М., 2002.
205. Пассек Е.В. Неимущественный интерес в обязательстве // Е.В. Пассек Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве. М., 2003.

206. Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм // Пашуканис Е.Б. Избранные труды по общей теории права и государства. М., 1980.
207. Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: дисс... канд. юрид. наук. М., 1961.
208. Пергамент А.И. Алиментные обязательства. М., 1951.
209. Перетерский И. Советские гражданские кодексы // Советское право. 1927. № 6.
210. Петражицкий Л.И. Право и суд // Право – еженедельная юридическая газета 1901. №3.
211. Пиленко А.А. Право изобретателя. М., 2001.
212. Пионтковский А.А. Некоторые вопросы общей теории государства и права // Советское государство и право. 1956. №1.
213. Пионтковский А.А. Проблемы советского социалистического государства и права в современный период. М., 1969.
214. Пирвиц Э.Э. Значение вины, случая и непреодолимой силы в гражданском праве. СПб, 1895.
215. Победносцев К. Курс гражданского права. СПб., 1896. Ч. 3;
216. Победносцев К.П. Курс гражданского права. М., 2002. Ч. 1;
217. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998.
218. Попондопуло В.Ф. Абсолютные (монопольные) права предпринимателя // Правоведение. 1994. №1.
219. Почанский М.К. Личные неимущественные права граждан в СССР. 1939: дис... канд-та юрид. наук. Харьков, 1939.
220. Право собственности. Актуальные проблемы / под ред. В.Н. Литовкина, Е.А. Суханова, В.В. Чубарова. М., 2008.
221. Принципы международных коммерческих договоров. М., 2003.
222. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения под ред. И.М. Тютрюмова, сост. А.Л. Саатчиан. СПб., 1910.
223. Протасов В.Н. Правоотношение как система. М., 1991.
224. Пугинский Б.И. Основные проблемы теории гражданскоправовых средств: дис... д-ра юрид. наук. М., 1985.
225. Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960.
226. Рабинович Н.В. Наследование в капиталистических странах и в СССР: дис. д-ра юрид. наук. Л., б/г. Т. 1, 2, 3.
227. Раевич С.И. Две тенденции развития системы исключительных прав в буржуазном законодательстве эпохи империализма // Революция права. 1927. № 1.
228. Раевич С.И. Исключительные права. Право на товарные знаки, промышленные образцы, изобретения, авторское право. Л., 1928.
229. Райгородский Н.А. Авторское право на кинематографическое произведение. Л., 1958.
230. Райгородский Н.А. Изобретательское право СССР. М., 1949.
231. Райхер В.К. Абсолютные и относительные права // Вестник экономического факультета Ленинградского политехнического института. Ленинград, 1928. №1 (XXV).
232. Райхер В.К. Абсолютные и относительные права (К проблеме деления хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву // Вестник гражданского права. 2007. № 2. Т. 7.
233. Райхер В.К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. М., 1958.
234. Рахмилович В.А. Гражданско-правовые формы хозяйственного расчета в промышленных и производственных объединениях промышленности СССР: дис... д-ра юрид. наук. М., 1980.
235. Рахмилович В.А. Основные вопросы договорной ответственности по советскому гражданскому праву: дис. канд. юрид. наук. М., 1955.
236. Рожкова М.А. Корпоративные отношения и возникающие из них споры // Вестник ВАС. 2005. № 9.
237. Рожкова М.А. Теории юридических фактов гражданского и процессуального права: понятия, классификации, основы взаимодействия: автореф... дис... д-ра юрид. наук. М., 2010.
238. Рудоквас А.Д. Приобретательная давность и давностное владение: автореф. дис... доктор. юрид. наук. СПб., 2012.
239. Рудоквас А.Д. Пункт 2 Статьи 234 ГК РФ: Публицианов иск или владельческая защита // Вестник ВАС РФ. 2007. N 11/12.
240. Рускол А.А. Колхозные правоотношения в СССР. М., 1960.
241. Рыбалов А.О. Проблемы классификации гражданских правоотношений: автореф. дисс...канд. юрид. наук. СПб., 2007.
242. Рясенцев В.А. Вопросы недействительности сделок в судебной практике // Социалистическая законность. 1950 № 8.
243. Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1967.
244. Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. М., 1972.
245. Савиньи Ф.К. Обязательственное право. М., 1876.
246. Садиков О.Н. Гражданское право и его отраслевые особенности // Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды ВНИИСЗ. Вып. 29. М., 1984.
247. Садиков О.Н. Некоторые положения теории советского гражданского права // Советское государство и право 1966. № 9.
248. Садиков О.Н. Участие кредитора в исполнении договорного обязательства между государственными предприятиями: дис... канд-та юрид. наук. М., 1953.

- 249.Самойлов Е.Ю. Публичная достоверность при приобретении недвижимого имущества: дисс... канд. юрид. наук. М., 2008.
- 250.Самойлова М.В. Право личной собственности граждан СССР // дис...канд. юрид. наук. Ленинград, 1965.
- 251.Самощенко И.С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963.
- 252.Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. М., 1971.
- 253.Сергеев А.П. Применение правил о виндикации к разрешению споров по поводу товарных знаков // Закон. 2017. № 1.
- 254.Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств. М., 2017.
- 255.Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956.
- 256.Серебровский В.И. Договор страхования жизни в пользу третьего лица: дис... д-ра юрид. наук. М., 1943.
- 257.Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права. М., 1953.
- 258.Сидорова О.Ю. Информация как объект абсолютных и относительных гражданских правоотношений: дис...канд. юрид. наук. Волгоград, 2003.
- 259.Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002.
- 260.Синицын С.А. Владение и владельческая защита в гражданском праве государств континентальной Европы. М., 2012.
- 261.Синицын С.А. Исковая защита вещных прав в российском и зарубежном гражданском праве: актуальные проблемы. М., 2015.
- 262.Скловский К.И. Действие сделок и пределы реституции // Проблемы развития частного права. Сб. ст. к юбилею В.С. Ема. М., 2011.
- 263.Скловский К.И. Об удержании в сфере реституции и виндикации // Вестник ФАС СКО 2001. №3,4;
- 264.Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2000.
- 265.Славецкий Д.В. Принцип защиты слабой стороны гражданско-правового договора: автореф. дис... канд-та юрид. наук. Самара, 2004.
- 266.Слесарев В.Л. Экономические санкции в гражданском праве: дис... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1990.
- 267.Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах по советскому праву. М., 1983.
- 268.Собчак А.А. Хозяйственный расчет и гражданско-правовые проблемы совершенствования хозяйственного механизма: дис... д-ра юрид. наук. М., 1982.
- 269.Советское гражданское право / Отв. ред. В.А. Рясенцев. М., 1988.
- 270.Советское гражданское право под ред. И.Б. Новицкого, П.Е. Орловского М., 1959.
- 271.Сперанский М.М. Введение к Уложению государственных законов // М.М. Сперанский Юридические произведения. М., 2008.
- 272.Стучка П.И. Гражданское право и практика его применения. М., 1929.
- 273.Стучка П.И. Классовое государство и гражданское право. М., 1924.
- 274.Стучка П.И. Курс советского гражданского права. М., 1929. т.1.
- 275.Сулейменов М. Частное право Республики Казахстан: история и современность. Алматы, 2011. Т. 5.
- 276.Сулейменов М.К. Вещные и обязательственные права в Казахстане: содержание и соотношение понятий // Вещные и обязательственные права в законодательстве Республики Казахстан: Сборник материалов Международно-практической конференции. Алма-Ата, 2000.
- 277.Султанов А.Р. Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М., 2012.
- 278.Суханов Е.А. Вещные права и права на нематериальные объекты // Е.А. Суханов Гражданское право России – частное право. М., 2008.
- 279.Суханов Е.А. О понятии и видах вещных прав в российском гражданском праве // Суханов Е.А. Гражданское право России – частное право / Отв. ред. В.С. Ем. М., 2008.
- 280.Суханов Е.А. Развитие института вещных прав при переходе к рынку // Е.А. Суханов Гражданское право России-частное право. М., 2008.
- 281.Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014.
- 282.Табашников И.Г. Литературная, музыкальная и художественная собственность. СПб., 1878;
- 283.Тагайназаров Ш. К вопросу о природе абсолютных правоотношений // Актуальные проблемы применения советского законодательства. Душанбе, 1974.
- 284.Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаниях. М., 2000.
- 285.Гархов В.А. Некоторые вопросы охраны имущественных прав трудящихся по советскому гражданскому праву // Ученые труды саратовского юридического института им. Д.И. Курского. Саратов, 1965. Вып. 2.
- 286.Гархов В.А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973.
- 287.Гархов В.А. О предмете советского гражданского права (К итогам дискуссии) // Советское государство и право. 1955. № 5.
- 288.Герещенко Л.К. Правовой режим информации. М., 2007.
- 289.Герещенко Л.К. Правовой режим информации: автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 2011.
- 290.Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. М., 1980.
- 291.Толстой В.С. Содержание относительных правоотношений // Советское государство и право. 1968. №3.
- 292.Толстой В.С. Исполнение обязательств. М., 1973.
- 293.Толстой В.С. Личные неимущественные правоотношения. М., 2009.

294. Толстой Г.К. Кодификация гражданского законодательства в СССР: дис. док-ра юрид. наук. М., 1970. Т. 2.
295. Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л., 1959.
296. Толстой Ю.К. Социалистическая собственность и оперативное управление // Правоведение. 1986. № 4.
297. Трепицын И. «Вещность» собственности и залога // Вестник советской юстиции. 1928. № 8.
298. Трепицын И.Н. Гражданское право губерний царства польского и русское. Варшава, 1914.
299. Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» // Основные проблемы частного права. Сб. статей к юбилею А.Л. Маковского. М., 2010.
300. Тузов Д.О. Реституция и виндикация: проблемы соотношения // Вестник ВАС РФ. 2002. N 3.
301. Тузов Д.О. Реституция при недействительности сделок и защита добросовестного приобретателя в российской гражданском праве. М., 2007.
302. Тузов Д.О. Теория недействительных сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007.
303. Тютрюмов И.М. Законы гражданские с разъяснениями правительствующего Сената и комментариями русских юристов. М., 2004. Кн. 2.
304. Тягай Е.Д. Сложноструктурные модели права собственности в США: автореф. дис... канд-та юрид. наук. М., 2011.
305. Умов В. Договор найма имущества по римскому праву и новейшим иностранным законодательствам. М., 1872.
306. Учебник гражданского права. Часть 1 / Под общ. ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгалов, В.А. Плетнева. М., 1998.
307. Файзутдинов И.Ш. Акции по российскому законодательству: дис...канд-та юрид. наук. М., 1994.
308. Флейшиц Е.А. Абсолютная природа права собственности // Проблемы гражданского и административного права. Л. 1962.
309. Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве СССР и капиталистических стран: дис...д -р. юрид. наук. Ленинград, 1939.
310. Флейшиц Е.А. Общие начала ответственности по основам гражданского законодательства союза ССР и союзных республик // Советское государство и право. 1962. № 3.
311. Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951.
312. Флейшиц Е.А. Основные начала нового акционерного законодательства капиталистических стран (Франция и ФРГ) // Ученые записки ВИЮН. 1968. Вып. 12.
313. Флейшиц Е.А., Антимонов Б.С. Авторское право. М., 1957.
314. Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954.
315. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974.
316. Халфина Р.О. Советская теория гражданского права // Советское государство и право. 1969. № 10.
317. Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Индивидуальное и родовое в гражданском праве. М., 2014.
318. Хохлов С.А. Концептуальная основа части второй Гражданского кодекса // С.А. Хохлов. Избранное. 2012;
319. Цитович П. Исходные моменты в истории русского права наследования. Харьков, 1870.
320. Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001.
321. Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. М., 2004.
322. Чепига Т.Д. Теоретическая доктрина наследственного права // Актуальные проблемы гражданского права, гражданского и арбитражного процесса. Воронеж, 2002 .
323. Чеховская С.А. Корпоративное право России: предмет и проблемы преподавания // Предпринимательское право. 2011. № 1.
324. Чеховская С.А. «Мягкое» корпоративное право: постановка проблемы // Предпринимательское право. 2012. № 4.
325. Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Ленинград, 1968.
326. Шейндлин Б.В. Норма права и правоотношение // Вопросы общей теории советского права. М., 1960.
327. Шерстобитов А.Е. Гражданско-правовые вопросы охраны потребителей. М., 1993.
328. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001.
329. Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М., 2003.
330. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1915. Т. 2.
331. Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891.
332. Шершеневич Г.Ф. Юридическая природа авторского права // Журнал гражданского и уголовного права. 1891. кн.5.
333. Щенникова Л.В. Вещное право. Учебное пособие. Пермь, 2001.
334. Щербак Н.В. Информация как объект гражданско-правового регулирования // Законодательство. 2004.
335. Эртманн П. О структуре субъективных частных прав // Вестник гражданского права. 2007. № 3.
336. Юдельсон К.С. Основные проблемы права регресса в советском гражданском праве // ВИЮН. Ученые труды. Вып. IX. М., 1947.

337. Явич Л.С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений М., 1961.
338. Явич Л.С. Советское право – регулятор общественных отношений в СССР (основные вопросы общей теории правового регулирования): дис... д-р юрид. наук. Сталинабад, 1953-1959.
339. Яичков К.К. К учению о гражданском правоотношении // Вестник Московского университета. 1956. №1.
340. Яичков К.К. Смешанная ответственность в деликтных обязательствах по советскому гражданскому праву: дис... канд-та юрид. наук. М., 1945.
341. Яковлев В.Ф. Гражданскоправовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972.
342. Яковлева В.Ф. Отличительные признаки принципов обязательственного права // Основы гражданского законодательства и основы гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик. Вопросы теории и практики. Саратов, 1981.
343. Яковлева В.Ф. Правовые проблемы специализации и кооперирования промышленности СССР: дис... д-ра юрид. наук. Л., 1970.
344. Ямпольская Ц.А. О субъективных правах советских граждан и их гарантиях // Вопросы советского государственного права. М., 1959.
345. Ямпольская Ц.А. Субъекты советского административного права: дис. док-ра юрид. наук. М., 1957. Т. 2.
346. Ярошенко К.Б. Жизнь и здоровье под охраной закона Гражданско-правовая защита личных неимущественных прав граждан. М., 1990.

II. Литературные источники (монографии, диссертации, учебники брошюры, статьи) на иностранных языках.

1. Aicher J. Das Eigentum als subjektives Recht. Berlin, 1975.
2. Akkermans B. The Principle of Numerus Clausus in European Property Law. Oxford, 2008.
3. Arndts von Arnesberg K.L. Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. Stuttgart, 1877.
4. Asjaõigusseadus II 4-9. osa (§-d 172-365). Kommenteeritud väljaanne, koostajad Varul P., Kull I., Kõve V. Käerdi M., Puri T. Tallin, 2014.
5. Austin J. Lectures on Jurisprudence. London, 1885.
6. Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch / H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser (Hgs.). Basel; Zürich; Bern, 2011.
7. Baur F., Baur F.J., Stürmer R. Sachenrecht. München, 2009.
8. Benke N., Meissel F.S. Übungsbuch römisches Sachenrecht. Wien, 2008.
9. Berdejo L., Rebullida S., Serrano L., Echeverria D., Heruández R., Albessa R. Elementos de derecho civil. T.3. Derechos Reales. Madrid, 2003.
10. Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht / herausgegeben Haucheer H., Walter P. Bd.IV. Sachenrecht. Bern, 2010.
11. Beseler G. System des gemeinen deutschen Privatrechts. Leipzig, 1853. Bd. II.
12. Bigliuzzi G., Breccia U., Busnelli F.D., Natoli U. Diritto civile. Torino, 1987.
13. Bigliuzzi G., Nicolo L. Istituzioni di diritto private. Milano, 1962.
14. Birks P. An Introduction to the law of Restitution. Oxford, 1989.
15. Black's law Dictionary. London, 1999.
16. Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Chicago, 1870.
17. Bluntschli J. Deutsches Privatrecht. Muenchen, 1860.
18. Bregante L. Le azioni a tutela della proprietà e degli altri diritti reali. Torino, 2012.
19. Brehm W., Berger C. Sachenrecht. Tuebingen, 2006.
20. Bruns C.G. Die Besitzklagen des roemischen und heutigen Rechts. Wiemar, 1874.
21. Bucher E. Das subjective Recht als Normsetzungsbefugnis. Tuebingen, 1966.
22. Buhofer S.P. Structuring the Law: The Common Law and the Roman Institutional System // SZIER. 2007. №5.
23. Bydlinski P. Grundzüge des Privatrechts. Wien, 2007.
24. Canaris C.W. Die verdinglichung obligatorischer Rechte // Festschrift fuer W. Flume zum 70. 1978. Bd. 1.
25. Canaris C. W. Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis // Festschrift für Karl Larenz zum 70. München, 1973.
26. Čapek K. Předmět a systém hospodářského práva. Praha, 1984.
27. Capelle K.H. Bürgerliches Recht: Sachenrecht. Berlin, 1963.
28. Capitant H. Les notions fondamentales du droit privé. Paris, 1911.
29. Carbonnier J. Droit civil. Les biens. Paris, 2004. T.2.
30. Chavannes R.D. Stichting Internet Domeinnaamregistratie: verlichte despoort of slordige monopolist? // Mediaforum. 2000. Vol. 12. Nr. 10.
31. Chesne D. Absolutes und relatives Rechts // Archiv buergerliches Recht. 1911. Bd. 36.
32. Chesne D. Schadenersatz bei Verletzung absoluter Rechte // SächArchBürgRP. 1902. Bd. 12.
33. Cosack K., Mitteis H. Lehrbuch des Buergerlichen Rechts. Jena, 1922. Bd. I., II
34. Crome C. System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen, 1905, Bd. 3.
35. Csanádi G. Polgári job. Budapest, 1973.
36. Cziupka J. Dispositives Vertragsrecht. Tübingen, 2000.

37. Das Bürgerliche Gesetzbuch von Mitgliedern des BGH, Band 2, 5. Teil, §§ 812 - 831, bearb. von Walter Dunz/Karl Nüßgens/Georg Heimann-Trosien/Erich Steffen, 12. Aufl., Berlin/New York 1989, §812.
38. Dauner B., Heidel T., Ring G. Nomos Kommentar zum BGB, Bd.3 Sachenrecht. Koeln, Bonn, Freiburg, 2008.
39. Delbrück B. Die dingliche Klage des deutschen Recht. Leipzig, 1857.
40. Delgado L.R. El Derecho Fundamental a la intimidación. Madrid, 2005.
41. Diederichsen U. Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen. Hamburg, 1965.
42. Dietz A. Le droit d'auteur dans la Communauté européenne. Paris, 1976.
43. Dirk A. Verse Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften. Tübingen, 2006.
44. Dilcher H. Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht // ZRG. 77. 1960.
45. Dnistrjanskyi S. Dingliche und persönliche Rechte // JhJ. Bd. 78. 1927/1928.
46. Dnistrjanskyj Absolute und relative Rechte (Zum Problem der Einteilung der Vermögensrechte. Mitbesonderer Berücksichtigung des Sowjetrechts by W. K. ReicherReview // AcP 1931. Bd. 133.
47. Doerner H. Dynamische Relativität: Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten. München, 1985.
48. Dross W. Droit des biens. Montchrestien, 2012.
49. Dubischar R. Ueber die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Tübingen, 1961.
50. Duclos J. L'opposabilité. Essai d'une théorie générale. LGDJ. 1984.
51. Dulckeit H. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. Tübingen, 1951.
52. Duncker H. Die Besitzklage und der Besitz, ein Beitrag zur Revision der Theorie vom subjektiven Recht. Berlin und Leipzig, 1884.
53. Endemann F. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin, 1899. Bd. 1.
54. Ensthaler J. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Berlin-Heidelberg-NewYork, 2013.
55. Ebert T. Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH. Frankfurt am Main, 2009.
56. Ebert B. Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht. Berlin, 2001.
57. Eisenmann H., Jautz U. Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: mit 55 Fällen und Lösungen. Heidelberg, 2012.
58. Esser J. Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates: eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie. Wien, 1949.
59. Esser J., Schmidt E. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Heidelberg, 1989.
60. Exner A. Das Publizitätsprinzip. Wien, 1870.
61. Fabricius F. Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäß § 823 Abs. I BGB // AcP. 1961. Bd. 160.
62. Fabricius F. Zur Theorie des stückelosen Effektingiroverkehrs mit Wertrechten aus Staatsanleihen. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Abgrenzung von Schuldrecht und Sachenrecht // AcP. 162 (1963). Bd.5-6.
63. Falkena F., Gilhuis K., Wefers Bettinik W. De domeinnan in het civiele recht // NJB. 2001. Jg. 76. Nr. 4.
64. Feuerbach P.J.A. Ueber Actio in rem und actio in personam, ius in rem und ius in personam. Civilistische Versuche. Gießen, 1803.
65. Fikentscher W., Heinemann A. Schuldrecht. Berlin, 2006.
66. Flüme W. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Berlin, 1992. Bd. 2 Das Rechtsgeschäft.
67. Foerster F. Theorie und Praxis des heutigen preussischen Privatrechts. Berlin, 1868. Bd. 3.
68. Foëx B. Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière. Lausanne, 1987.
69. Forkel H. Grundfragen der Lehre von privatrechtlichen Anwartschaftsrechten. Berlin, 1962.
70. Franceschelli V. Diritto Privato. Milano, 2011.
71. Friedman L. Contract law in America. New York, 1965.
72. Fuchs E. Das Wesen der Dinglichkeit. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin, 1889.
73. Fueller J.T. Eigenständiges Sachenrecht? Tübingen, 2006.
74. Gauch P., Schlupe W., Schmid J., Emmenegger S. Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Zürich, 2008.
75. Gazzoni F. Manuale di diritto private. Napoli, 2004.
76. Gerhardt W. Absolute und relative Unwirksamkeit als rechtliches Steuerungsinstrument // Festschrift für W. Flüme zum 70. Köln, 1978.
77. Gert I. Bürgerliche Recht. Bd. IV. Sachenrecht. Wien, 2008.
78. Gierke O. Deutsches Privatrecht. Leipzig, 1905. Bd. II: Sachenrecht.
79. Gierke O. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig, 1889.
80. Ginossar S. Droit reel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux. Paris, 1960.
81. Goodhart W. Restitutionary Damages for Breach of Contract. Oxford 1995.
82. Habersack M. Die Mitgliedschaft - subjektives und ‚sonstiges‘ Recht. Tübingen, 1996.
83. Haedicke M. Der bürgerlich-rechtliche Verfügungsbegriff // JuS. 2001.
84. Haegeler K., Schöner H., Stöber K. Grundbuchrecht. 11. Aufl. München, 1997.
85. Hartmann G. Rechte an eigener Sache: Untersuchungen zur Lehre von Eigentumsrecht. Freiburg, 1877.

86. Hassemer M. Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen. Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht. Tübingen, 2007.
87. Heck P. Grundriss des Sachenrechts. Tuebingen, 1930.
88. Hedemann J. Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin, 1921.
89. Heinemann A. Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung: eine grundlagenorientierte. Tübingen, 2002.
90. Hellwig K. Anspruch und Klagerecht. Jenna, 1900.
91. Hellgardt A. Kapitalmarktdelikttsrecht. Tübingen, 2006.
92. Henn G. Patent- und Know-how-Lizenzvertrag: Handbuch für die Praxis. Heidelberg, 2003.
93. Henckel W. Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht // AcP. 1974. Bd. 174.
94. Henke H-E. Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses. Wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner? Berlin, 1989.
95. Henle R. Das Recht auf Besitz (1007 BGB). Rostock, 1928.
96. Henry X., Venandet G., Wiederkehr G., Jacob F., Tisserand-Vartin A., Guiomard P. Code Civil. Dalloz, 2010.
97. Henschel... Ueber den Beweis der Eigentumsklage. Ein Versuch // AcP. 1826. Bd. 9. H. 3.
98. Herberger/Martinek/Ruessman/Weth. Juris Praxiskommentar BGB. Bd.3. Sachenrecht. 5 Aufl. 2010. Wolf M., Wellenhofer M. Sachenrecht. München, 2010.
99. Herzfeld O. Das absolute Recht am Gewerbebetriebe. Paderborn, 1905.
100. Historisch-kritischer kommentar zum BGB herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2007. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil.
101. Hoerer B. Die Besitzrechtsklage. Klagegrund und Praktikabilität. Eine Untersuchung zum deutschen und schweizerischen Recht. Berlin, 1974.
102. Hoffmann M., Richter T. Geistiges Eigentum in der Betriebspraxis. Wiesbaden, 2011.
103. Huber E. Das Absolute im Recht. Schematischer Aufbau einer Rechtsphilosophie. Festgabe der Juristischen Fakultät der Berner Hochschule zur Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins von 1922.
104. Hubmann H. Persönlichkeitsrecht. Böhlau, 1967.
105. Hufeland G. Institutionen des gesammten positiven Recht. Jena, 1803.
106. Ibbara A.C. Curso de Derecho civil Vasco. Deusto, 1998.
107. Jaenich V. Geistiges Eigentum – eine Komplementärererscheinung zum Sacheigentum? Tuebingen, 2002.
108. Jhering R. Die Reflexwirkungen oder die Ruckwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen // JdP. Bd. 10. 1871.
109. Jhering R. Passive Wirkungen der Rechte // JdP. 1871. Bd. 10.
110. Jong Th.F. De structuur van het goederenrecht. Deventer, 2006.
111. Jung P. Der Unternehmergegesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft. Tübingen, 2002.
112. Keller F.L. Pandekten. Leipzig, 1867. Bd. 1.
113. Kierulff J. F. M. Theorie des Gemeinen Civilrechts. Altona, 1839. Bd. 1.
114. Kindel W. Das Recht an der Sache. Breslau, 1889.
115. Koch P. § 1007 BGB – Neues Verstaendnis auf der Grundlage alten Rechts. Koeln, 1988.
116. Kocourek A. Rights in Rem // University of Pennsylvania Law Review. 1920. Vol. 68. № 4.
117. Kohler J. Lehrbuch des Patentrechts. Leipzig, 1908.
118. Koziol H. Welsch R. Buergerliches Recht. Wien, 2006. Bd. 1.
119. Koziol H., Bydlinski P., Bollenberger R. ABGB. Kommentar. Wien, 2007.
120. Kraakman R., Armour J., Davies P., Enriques L., Hansmann H., Hertig G., Hopt K., Kanda H., Rock E. The Anatomy of Corporate law. Oxford, 2009.
121. Krueckmann P. Nachlese zur Unmoeglichkeitslehre // Jherings Jahrbuecher fuer die Dogmatik des buergerlichen Rechts. Bd. 57.
122. Kroeze M.J., Timmerman, J.B. Wezeman De kern van het ondernemingsrecht. Deventer, 2017.
123. Kurzkomentar zum ABGB herausg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger. Wien, 2017.
124. Kuhlenbeck L. Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts. Berlin, 1899. Bd. 2.
125. Larenz K. Lehrbuch des Schuldrecht. Bd. I. Berlin, 1993.
126. Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. München, 2004.
127. Le mémento de la SAS et de la SASU: juridique, fiscal et social. Paris, 2013.
128. Lévy M. L'opposabilité du droit reel. De la sanction judiciaire des droits. Paris, 1989.
129. Looschelders D., Makowsky M. Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter // JA. 10/2012.
130. Loewisch M. Der Deliktsschutz relativer Rechte. Berlin, 1970.
131. Lüke W. Sachenrecht. München, 2010.
132. Maastricht J.M. Smits Van partijen en derden; over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten // Groninger Opmerkingen en Mededelingen. 1996. Jg. XIII.
133. Mager H. Besonderheiten des dinglichen Anspruchs // AcP. 1993. Bd. 193. H.1.
134. Malaurie P., Aynes L. Les biens. Paris, 2007.
135. Mayer V., Oesterwinter P. Die BGB-Klausur - eine Schreibwerkstatt. Baden-Baden, 2016
136. Meder S., Gzelk A. Grundwissen Sachenrecht. Tuebingen, 2008.
137. Medicus D. Allgemeiner Teil des BGB. Heidelberg-München, 2006.

138. Megarry R. *Megarry's Manual of the Law of Real Property* / M.P. Thompson (ed.). 7th ed. L., 1993.
139. Meibom V. *Der Immobiliarrrest im Geltungsbereiche der deutschen Civilprozessordnung*. Freiburg, 1888.
140. Meijers E.M. *Algemene leer van het burgerlijk Recht*. Leiden, 1948.
141. Melzer H. *Bruegel J. Natural – und Tabularbesitz*. Wien, 1913.
142. Michais H. *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*. Paris, 1900.
143. Michaels R. *Sachzuordnung durch Kaufvertrag // Schriften zum Buergerlichen Recht*. Berlin, 2002.
144. *Muenchen Kommentar zum Buergerliches Gesetzbuch*. Bd. 6. Sachenrecht. Muenchen, 1997.
145. Mühlenbruch C. F. *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*. Greifswald, 1836.
146. Neuner G.K. *Wesen und Arten der Privatrechtsverhaeltnisse*. Kiel, 1866.
147. Oberneck H. *Das Reichsgrundbuchrecht und die preußischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen*. Berlin, 1900.
148. Oertmann P. *Das Problem der relativen Rechtszustandigkeit // JhJ*. 1916. Bd. 30.
149. Oertmann P. *Der Dinglichkeitsbegriff // JdP*. 1892. Bd. 19.
150. Oertmann P. *Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche // JhJ*. Bd. 25. 1912.
151. Ofner J. *Das Sachenrecht*. Berlin, 1893.
152. Okuda M. *Ueber den Anspruchsbegriff im deutschen BGB // AcP*. 1964. Bd. 164. H. 5./6.
153. *Palandt Buergerliches Gesetzbuch / bearbeitet von Bassenge P., Diederichsen U., Heinrichs H., Putzo H., Thomas H., Richter V., Brudermueller G., Edenhofer W., Heldrich A., Sprau H., Weidenkaff W*. Muenchen, 2008.
154. Peifer K-N. *Individualität im Zivilrecht*. Tübingen, 2002.
155. Pflueger H.H. *Ueber das Wesen der Dinglichkeit // AcP*. 1892. Bd. 79.
156. Philips L. *Absolute und relative Rechte und verwandte Phaenomene Die kombinatorische Erfassung der Gestaltungsmoeglichkeiten // Beitrage zurallgemeinen Rechts – und Staatslehre*. 1986. Bd. 1.
157. Pitlo A., Gerver P.H.H. *Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*. Arnhem, 1995.
158. Planiol M. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris, 1925. T.1.
159. Portmann W. *Wesen and System der subjektiven Privatrechte*. Zuerich, 1996.
160. Posner E. *The Decline of Formality of Contract Law / The Fall und Rise of Freedom of Contract*. London, 1999.
161. Pufendorf F.E. *Observationen ueber Gegenstaende des Civil und processrecht*, Berlin, 1757.
162. *Principles, definitions and model rules of European private law. Articles and comments*. Munich, 2009.
163. Radcliffe G.R.Y. *Real Property Law*. Oxford, 1933.
164. Raiser L. *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht // JZ*. 1961.
165. Rank-Berenschot E. *Over de scheidslijn tussen goederen – en verbintenissenrecht*. Deventer, 1992.
166. Reboul-Maupin N. *Droits des biens*. Dalloz, 2012.
167. Reehuis W.H.M., Heisterkamp A.H.T. *Goederenrecht*. Deventer, 2001.
168. Regelsberger F. *Pandekten*. Leipzig, 1893. Bd. 1.
169. Rehfeldt B. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Berlin, 1962.
170. Renouard A.C. *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*. Paris, 1839. T. I, II.
171. Rey H. *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentums*. Bern, 2000. Bd.1.
172. Roehl K.F., Roehl H.C. *Allgemeine Rechtslehre*. Muenchen, 2008.
173. Ruemelin G. *Obligation und Haftung // AcP*. 1885. Bd. 68.
174. Savigny F.C. *System des heutigen roemischen Recht*. Berlin, 1841. Bd.5.
175. Schellhammer K. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. Heidelberg, 2009.
176. Schlechtriem P. *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*. Tübingen, 2000. Bd.1.
177. Schlossmann S. *Der Vertrag*. Leipzig, 1876.
178. Schmelzeisen G. K. *Die Relativitaet des Besitzbegriffs // AcP*. 1932. Bd. 136.
179. Schmid J., Hürlimann – Kaup B. *Sachenrecht*. Zürich-Basel, 2009.
180. Schreiber K. *Sachenrecht*. Stuttgart; München; Hannover; Berlin; Weimar; Dresden, 2007.
181. Schwimann M. *ABGB Praxiskommentar*. Wien, 2005.
182. Serick R. *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung*. Heidelberg, 1993. Bd. I.
183. Seuffert J.A. *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*. Würzburg, 1825. Bd. 1.
184. Simler P. *Les biens*. Grenoble, 2006.
185. Singer E. *Absolute und Relative Rechte zugleich ein gang durch das ungarische privatrecht*. Bratislava, 1927.
186. Slunéčova J. *Existuje absolutní právní vztah? // Právník*. Praaga, 1989. Roc. 128. C.1.
187. Smith R.J. *Property Law*. London - New York, 1998.
188. Snijders W. *De openheid van het vermogensrecht – Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen // Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*. Deventer, 2002.
189. Sohm R. *Der Gegenstand : Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Leipzig, 1905.
190. Schoshinski R.S. *American Law of Landlord and Tenant*. NY, 1980.
191. Stadler A. *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraction*. Tübingen, 1996.
192. Staub H. *Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte // Archiv für bürgerliches Recht*. 1891. Bd. 5.

193. Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Sachenrecht. Berlin, 2002. Rn. 17.
194. Steinnauer P.H. Les droits réel. Berne, 2007. T. 1.
195. Steur J.C. van der. Grenzen van rechtsobjecten: Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten: Proefschrift. Leiden, 2003.
196. Stoll H. Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte // AcP. 1963. Bd. 162.
197. Strickler Y. Les biens. Paris, 2006.
198. Struycken T.H.D. De numerus clauses in het goederenrecht: een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid. Deventer, 2007.
199. Strowel A. Droit d'auteur et copyright. Louvain, 1993.
200. Th.F. Jong. De structuur van het goederenrecht. Deventer, 2006.
201. The commentaries of Sir William Blackstone Knight, on the Law and Constitution of England. Oxford, 2009.
202. Thibaut A.F.J. System des Pandekten-Rechts. Jena, 1818.
203. Thibaut A.F.J. Versuche ueber einzelne Teile der Theorie des Recht. Jena, 1817.
204. Torrende A., Schlesinger P. Manuale di diritto private. Milano, 2009.
205. Tóth L. Abszolút es Relatív magánjogi jogviszonyok. Budapest, 1933.
206. Toullier C-B. Le droit civil français, suivant l'ordre. Bruxelles. 1845. T. 1.
207. Trimarchi P. Istituzioni di diritto private. Milano, 2011.
208. Trunk A. Die Transformation dinglicher Rechte an Immobilien in Russland und anderen Staaten Mittel- und Osteuropas. Koeln, 2010.
209. Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd.1;
210. Tuor P., Schnyder B., Schmid J., Rumo-Jungo A. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Zurich-Basel-Genf, 2009.
211. Unger J. System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. Leipzig, 1892.
212. Vangerow K.A. Lehrbuch der Pandekten. Marburg, 1863. Bd.1.
213. Viala A. Naissance de l'écrivain, Les éditions de minuit. Paris, 1985.
214. Vieweg K., Werner W. Sachenrecht. Jena, 2010.
215. Virgo G. The Principles of the law of Restitution. Oxford, 1999.
216. Wächter K.G. Pandekten. Leipzig, 1880.
217. Weber R.H. Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten? // Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey. zum 60. Zuerich, 2003.
218. Wendt O. H. Lehrbuch der Pandekten. Jena, 1888.
219. Westermann H. Sachenrecht. Heidelberg, 1998.
220. Westermann H., Westermann H.P., Gursky K.H., Eickmann D., Sachenrecht. Heidelberg, 2011.
221. Wiegand W. Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhaeltnis zum Schuldrecht // AcP. 1990. Bd. 190.
222. Wiegand W. Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas // Wege europäischer Rechtsgeschichte: Festschrift für Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag (= Rechtshistorische Reihe. Bd. 60). Frankfurt am Main, 1987.
223. Wieling H.J. Sachenrecht. Heidelberg, 2005.
224. Wilhelm J. Sachenrecht. Berlin, 2007.
225. Windscheid B Die action roemischen Zivilrecht von Standpunkte des heutigen Recht. Berlin, 1856.
226. Windscheid B., Kipp T. Lehrbuch der Pandektenrechts. Frankfurt, 1906. Bd. 1.
227. Winiwarter J.M. Das Personliche Sachenrecht. Wien, 1844.
228. Winiwarter J.M. von. Das dingliche Sachenrecht. Wien, 1839. Bd. 1.
229. Wolf M., Wellenhofer M. Sachenrecht. München, 2010.
230. Zenati-Castaing F., Revet T. Les biens. Paris, 2006.
231. Zehn jahre Schuldrechtsmodernisierung herausg. A. Markus, S. Lorenz. (E. Picker). Tübingen, 2007.
232. Ziebarth K. Realexekution und Obligation. Halle, 1866.
233. Ziegenbein U. Die Unterscheidung von Real und Personal Actions in Common Law. Berlin, 1971.
234. Zitelmann E. Das Bürgerlichen Gesetzbuchs: Allgemeiner Teil. Leipzig, 1900.
235. Yiannopoulos A.N. Property: the law of things – real rights – real actions. Louisiana, 1991.