

НАПИСАНИЕ на ЗАКАЗ и переработка:

1. Дипломы, курсовые, рефераты, чертежи...
 2. Диссертации и научные работы
 3. Школьные задания
- Онлайн-консультации
Любая тематика, в том числе ТЕХНИКА
Приглашаем авторов

УЧЕБНИКИ, ДИПЛОМЫ, ДИССЕРТАЦИИ -
На сайте электронной библиотеки по экономике и
праву
www.учебники.информ2000.рф.

В.Е. Карнушин

СЕКУНДАРНЫЕ ПРАВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:

общие вопросы теории, вторичные права
в Гражданском кодексе РФ

Под ред. В.П. Камышанского



УДК 347
ББК 67.404.0
К 24

Вернуться в каталог учебников

Создание и продвижение сайтов

Рерайт (уникализация) дипломных и курсовых работ

Материалы по менеджменту и экономике:
- для самообразования топ-менеджеров;
- для повышения квалификации преподавателей;
- для рефератов и контрольных.

Карнушин В.Е.

К 24 **Секундарные права в гражданском праве Российской Федерации: общие вопросы теории, секундарные права в Гражданском кодексе РФ / Под ред. В.П. Камышанского. — М.: Статут, 2016. — 256 с.**

Дистанционное обучение созданию сайтов

ISBN 978-5-8354-1282-2 (в пер.)

В монографии рассмотрены секундарные права в гражданском праве России, существующие при различных гражданских правоотношениях. Дана характеристика секундарным правам, получившим закрепление в тексте ГК РФ.

Впервые предложена классификация секундарных прав с опорой на действующее российское законодательство. Монография представляет собой первую работу, касающуюся рассмотрения секундарных прав в российском гражданском праве. Представляемая монография является последовательным развитием мыслей, содержащихся в работе В.П. Камышанского, В.Е. Карнушина «Гражданское правоотношение: социально-психологический аспект».

Для ученых, занимающихся проблематикой гражданских правоотношений, преподавателей юридических дисциплин, практикующих юристов, а также студентов учебных заведений.

УДК 347
ББК 67.404.0

ISBN 978-5-8354-1282-2

© В.Е. Карнушин, 2016
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2016

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	5
---------------	---

Раздел 1

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О СЕКУНДАРНЫХ ПРАВАХ

Глава 1. Понятие и место секундарных прав в правоотношении	13
Глава 2. Проблема существования секундарных обязанностей	25
Глава 3. Осуществление секундарных прав и исполнение секундарных обязанностей. Соотношение с юридической сделкой	33
Глава 4. Соотношение осуществления секундарных прав с предметом правового регулирования гражданского права. Место секундарных прав в гражданском праве. Секундарные права как особый способ воздействия на гражданские правоотношения	44
Глава 5. Закрепление секундарных прав в нормах права	54

Раздел 2

РАЗНОВИДНОСТИ СЕКУНДАРНЫХ ПРАВ В ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Глава 1. Секундарные права и обязанности в абсолютных правоотношениях	59
§ 1. Секундарные права в абсолютных имущественных правоотношениях	60
§ 2. Секундарные права в абсолютных неимущественных правоотношениях	80
Глава 2. Секундарные права и обязанности в относительных правоотношениях	87
§ 1. Секундарные права в корпоративных правоотношениях. Секундарные права при договоре простого товарищества	88
§ 2. Секундарные права при обязательствах	101

§ 3. Секундарные права, закрепленные в общих нормах обязательственного права	107
§ 4. Проблематика коллективных секундарных прав	144
§ 5. Секундарные права при отдельных видах обязательств. Секундарные права при договорах по передаче имущества в собственность	148
§ 6. Секундарные права при договорах по передаче имущества во владение и пользование	180
§ 7. Секундарные права при договорах выполнения работ, оказания услуг	193
§ 8. Секундарные права при финансовых договорах	211
§ 9. Секундарные права при договорах о передаче интеллектуальных прав	222
§ 10. Секундарные права при внедоговорных обязательствах, регулируемых ГК РФ	230
§ 11. Секундарные права в наследственных правоотношениях	234
Глава 3. Классификация секундарных прав	248
Заключение	253

ВВЕДЕНИЕ

При изучении современных монографических исследований наблюдается весьма примечательная тенденция. В отличие от советского периода в современной науке гражданского права очень часто используется сравнительно-правовой метод исследования. Анализу подвергаются зарубежные законодательства, оцениваются практика их применения, возможность установления зарубежных положений в российском законодательстве, допустимость распространения зарубежного опыта на российскую правоприменительную практику.

Этот подход, несомненно, очень полезен для науки, приводит к ее развитию. Его отличительной чертой является то, что в общем и целом он основан на обширнейшем анализе всех возможных случаев, элементов и явлений и последующем синтезе новых мыслей, положений на основании исследованного материала. Такой метод отдаленно напоминает индуктивный метод Ф. Бэкона, изложенный в «Новом органоне».

Существует и полная противоположность данного метода – познание теории, теории права и последующее движение к теории гражданского права и разработка новых законоположений на основании уже познанных теоретических законов. Такой метод применялся часто в советской юриспруденции.

Представляемая монография может показаться старомодной в связи с тем, что использует именно последний из указанных методов, в ней последовательно произведено движение от общего к частному. Общие теоретические положения могут показаться несколько неакадемичными и радикальными по той причине, что автором не проводится обширный анализ всех существующих точек зрения, имеющихся в науке, но используются лишь необходимые для исследования положения и достижения.

Общей теоретической основой служит недавно изданная и написанная в соавторстве с научным вдохновителем автора профессором Владимиром Павловичем Камышанским работа «Гражданское правоотношение: социально-психологический аспект»¹. Ссылки на данную работу не повсеместны, однако именно оттуда заимствованы подход и понимание гражданского правоотношения.

Предварительное прочтение данной книги позволит яснее понять суть предлагаемых в настоящей монографии идей и мыслей и выразить нужную для развития гражданско-правовой науки критику представ-

¹ Камышанский В.П., Карнушин В.Е. Гражданское правоотношение: социально-психологический аспект. М.: Статут, 2016.

ленной монографии, поскольку только опровержимые знания есть истинные научные знания¹.

С целью недопущения повторений автор позволит себе ограничиться лишь некоторыми соображениями относительно таких понятий, как «субъективное право», «правоотношение».

Традиционный подход к субъективному праву предполагает его рассмотрение в рамках правоотношения. Субъективное право является возможным только в связи с корреспондирующей ему обязанностью. В российской цивилистической доктрине такой подход вызван исследованием тематики правоотношения как общественного отношения, урегулированного нормами права. Правоотношение так или иначе понимается как нечто связанное с общественным поведением. Связь с общественным поведением обусловила понятие права как надстроженного элемента — регулятора общественной жизни.

Общественная обусловленность права сужает его действие и не объясняет многие правовые явления, которые закрепляются объективным правом, но не несут в себе ничего общественного.

В условиях усложнения правового регулирования, вызванного информатизацией общества и разнообразием сфер общественной жизни, юриспруденция не должна стоять на месте, она должна стремиться объяснять сложные юридические конструкции с позиции наиболее прогрессивных научных и философских подходов.

Некогда забытые дореволюционные догматические конструкции, как ни странно, выглядят более приемлемыми. Достоинством этих подходов является то, что они не привязывают правовые нормы к конкретному поведению. Введенное советским ученым С.Н. Братусем определение субъективного права как меры возможного поведения не дает ответа на вопрос о существовании тех прав, которые не предоставляют никакого общественного поведения².

Напротив, понимание субъективного права как некоторой умопостигаемой сущности, снабжаемое правовой нормой, позволяет уйти в сторону от сугубо общественно-поведенческого смысла права.

Психологическая концепция права, введенная Л.И. Петражицким, объясняет субъективное право как эмоциональное переживание возможности³.

¹ *Поннер К.* Логика и рост научного знания. Избранные работы из книги: Логика и рост научного знания. М.: Прогресс, 1983.

² *Братусь С.Н.* О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав // Советское государство и право. 1949. № 8. С. 31; *Он же.* Субъекты гражданского права. М.: Госюриздат, 1950. С. 9—13.

³ *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.

Взгляд на субъективное право как на умопостигаемую или общественную сущность является объяснением сущности субъективного права, однако неоспоримо никем, что субъективное право лишь тогда становится правом, когда закреплено в нормах права или допускается ими. Субъективное право – это отраженный в психике результат восприятия нормы права и общественного поведения наличного или возможного.

Некогда введенный Г. Кельзеном абсолютный нормативизм и изолированность правовой нормы от общественного бытия и психологии оказали влияние на всю юридическую науку¹. Заслужено можно считать, что объективным правом было признано то, что существует вне сознания и вне действительности, а в качестве долженствования или возможностей, адресованных всем².

Из такого независимого объективного права родилась концепция изначально субъективных обязанностей, существующих в самом объективном праве, и корреспондирующих им субъективных прав, т.е. фактически субъективное право было признано дериватом объективного права.

Отвергать существование объективного права самого по себе нельзя. Будучи созданными законодателем и человеческим обществом вообще, нормы объективного права существуют уже в отрыве от самих людей, в том числе от самого законодателя. Существующие нормы права откладывают отпечаток в сознании участников правоотношений, что означает восприятие объективного права.

Такая проекция норм права в психику субъекта воспринимается как субъективное право или обязанность. «Примесь» психологии в таком понимании субъективного права минимальная, потому что проекция объективно-правовой нормы откладывает абстрактный отпечаток в сознании, который осознается субъектом как субъективное право только применительно к конкретной действительности. Иными словами, в психике человека происходит синтез абстрактного и конкретного. Только тогда имеется представление об обладании субъективным правом. Такой синтез возможен в психике каждого субъекта независимо от его психологических особенностей: достаточно лишь знания норм права и понимания происходящей действительности.

Пустая проекция действительности в психику не имеет ничего общего с правом.

¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. пер. / Пер. С.В. Лезова, Ю.С. Пиварова; отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. Вып. 1. М.: АН СССР ИНИОН, 1987.

² Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Российский ежегодник теории права. 2011. Т. 4.

С противоположной стороны, можно было бы предположить, что проекция норм права также ничего не будет значить, не имея параллельной проекции конкретной действительности в психику, однако не всегда это так, о чем и пойдет речь в данном исследовании.

Исследуя право и находясь в области правовых дисциплин, в особенности отраслевых (гражданское право), приоритет отдается самим правовым нормам, даже не имея перед собой никакой жизненной ситуации, но зная объективно-правовые нормы, имеется осознание некоторой возможности в конкретной ситуации даже без непосредственного созерцания и участия в данной ситуации. Возможным представляется воображение должной или возможной действительности путем познания соответствующих правовых норм.

Бывают все же некоторые правовые нормы, которые имеют дело с самим правоотношением – используют его как объект. В этом случае, понимая правоотношение как идеальную умопостигаемую сущность, следует говорить, что воздействию со стороны норм права подвергается не действительность, даже опосредованно через психику субъекта, а само существо умственного представления о наличии, отсутствии и состоянии правоотношения.

В настоящей работе речь пойдет как раз о таких правовых нормах, которые осознаются и понимаются как субъективные права и обязанности, однако поведение субъектов даже через психику субъектов не регулируют, а воздействуют лишь на правоотношение как на идеальную психическую сущность.

Данные нормы права закрепляют тем не менее права и обязанности, квалификация которых как субъективных крайне сомнительна, поскольку они существуют вне правоотношения и «над» ним. Такие права получили наименование «вторичные права» (вторичные по отношению к субъективным). Понятие вторичных прав, быть может, не вполне удачное, поскольку введенный родоначальником теории вторичных прав Э. Зеккелем термин «*Gestaltungsrechte*»¹ буквально можно перевести как «преобразовательные», «образовательные», «оформляющие», «формирующие» права². Однако понятие «вторичные права» отражает именно вторичный и подчиненный субъективным правам (правоотношениям) характер вторичных прав. Вторичность означает зависимость от правоотношения. Обязанности с аналогичной природой не получили самостоятельного изучения в науке, что объясняет скудность доктринального материала по тематике «вторичных обязанностей».

¹ Зеккель Э. Вторичные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2.

² <https://translate.google.com/#de/ru/Gestaltung>

Литература как по секундарным правам, так и по секундарным обязанностям в российской науке также не выглядит развитой.

Теория наличия секундарных прав в российском праве поддерживается В.А. Беловым. Под его руководством А.Б. Бабаев написал диссертационное исследование, посвященное секундарным правам¹.

Последним и новейшим диссертационным исследованием, посвященным секундарным правам, является работа А.А. Кравченко².

Остальные мысли применительно к секундарным правам изложены в статьях и отдельных главах или разделах.

Этого явно недостаточно.

Почти полное отсутствие научных наработок вызывает необходимость и актуальность настоящего монографического исследования.

Целями данной работы являются посильное восполнение данного доктринального пробела, определение особенностей и условий действия секундарных прав на гражданское правоотношение, определение места секундарных прав в механизме правового регулирования.

В двух словах следует сказать о структуре работы. Она не похожа на проводимые диссертационные исследования и обусловлена структурой самого Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), а также имеющимися классификациями правоотношений.

Раздел 1 посвящен общим теоретическим положениям о секундарных правах и их взаимосвязи с правоотношением. Раздел носит общий характер. Раздел 2 посвящен секундарным правам при отдельных правоотношениях, урегулированных ГК РФ. Этот раздел представляет собой особенную часть рассмотрения секундарных прав в гражданском праве. Поскольку исследованию подвергаются секундарные права, закрепленные в нормах статей ГК РФ, само наименование работы касается именно ГК РФ; исследование других законов незначительно, поэтому на всеохватность данное монографическое исследование претендовать не может. В то же время задачей исследования не стоит покрытие всего нормативного материала, содержащего нормы гражданского права, закрепляющие секундарные права, – целями являются освещение сущности секундарных прав и квалификация отдельно взятых спорных правовых норм в тексте ГК РФ с позиции закрепления ими секундарных прав.

Глава 3 разд. 2 посвящена классификации секундарных прав. Она носит общетеоретический характер, как и всякая научная классификация. С этой стороны ее расположение в конце работы, а не в качестве

¹ *Бабаев А.Б.* Проблема секундарных прав в российской цивилистике: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

² *Кравченко А.А.* Секундарные права в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

отдельной главы первого общего раздела может показаться на первый взгляд нелогичным. Но данная нелогичность объясняется тем, что классифицирование понятий возможно лишь только после познания некоторого логического объема, охватываемого определенным понятием. Такой логический объем содержится в разд. 2 исследования. С такой точки зрения гл. 3 разд. 2 является итогом того особенного, что было изложено в предыдущих главах данного раздела.

Узнайте стоимость написания студенческой работы на заказ
<http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml>

РАЗДЕЛ 1

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О СЕКУНДАРНЫХ ПРАВАХ

Вернуться в каталог учебников
<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

Узнайте стоимость написания студенческой работы на заказ
<http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml>

Вернуться в каталог учебников
<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ И МЕСТО СЕКУНДАРНЫХ ПРАВ В ПРАВООТНОШЕНИИ

Понятие «секундарные права» было введено Э. Зеккелем¹. В связи с многочисленными исследованиями природы частного субъективного права и рассмотрением большого количества субъективных прав в целом немецкие юристы обратили внимание на такой вид прав, которые в качестве своего объекта имели не лицо (его поведение), не вещь материального мира, а некоторое другое субъективное право. Обращалось внимание и на способ осуществления отдельных прав – одностороннее волеизъявление, односторонняя сделка. Э. Зеккель сосредоточил свое внимание на преобразовательных правах: праве на отказ от договора и праве на оспаривание сделки.

Ф. Бернгефт и И. Колер обратили внимание на более широкую правовую категорию – право на возражение (*exceptio*), существующее в римском праве. Суть римского возражения сводилась к тому, что право на возражение изначально представляло собой противовес со стороны преторского права праву гражданскому². Субъективные права гражданского права со стороны преторского права могли входить во взаимное противоречие, в этих случаях преторское право предоставляло возможность односторонней волей отказаться (возразить) против осуществления гражданского субъективного права. Это приводило либо к прекращению, либо к изменению правоотношения.

В словаре римских терминов М. Бартошек указывает, что *exceptio* являлась особым видом процессуальной оговорки, которой ответчик отрицает наличие права вообще или по крайней мере свою обязанность исполнять в настоящее время³.

По указанию Ю. Барона, право ответчика на возражение сводилось к отрицанию права истца полностью или в части в тройном виде: отрицание фактов, на которых основано право истца; признание фактов, но отрицание значения этих фактов как оснований для права истца; приведение других фактов, опровергающих возникновение права истца⁴.

¹ Зеккель Э. Указ. соч.

² Бернгефт Ф., Колер И. Гражданское право Германии. СПб., 1910. С. 86–89.

³ Бартошек М. Римское право. Понятия, термины, определения: Пер. с чешск. М.: Юрид. лит., 1989. С. 123.

⁴ Барон Ю. Система римского гражданского права. В 6 кн. / Предисл. В.В. Байбака. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 265.

Суть возражения, таким образом, сводилась к преобразованию или прекращению правоотношения на основании тех или иных юридических фактов.

При отсутствии разграничения гражданского права и процесса в Древнем Риме возражения ответчика рассматривались только применительно к искам. Иными словами, решение римского суда было синтезом *actio* и *exceptio*. Содержательная часть решения суда была материально-правовой¹.

Признается, что особая роль в становлении теории «вторичных прав» принадлежит Б. Виндшейду за разработку понятия правового притязания².

Введение в юридический обиход понятия «правовое притязание» связано с определением субъективного права как признанной правопорядком воли, осуществляемой независимо от воли других лиц, — дозволенной воли³.

Кажется правильным признать заслугу Б. Виндшейда не в разработке самого понятия притязания, а в том, что притязанию как выраженной воле могло быть противопоставлено возражение в материально-правовом смысле, которое полностью или частично шло вопреки воле притязателя. В свою очередь, возражению могло быть противопоставлено встречное возражение, отрицающее первоначальное⁴. Такие волеизъявления в одностороннем порядке могли привести к изменению правоотношения, основанного на первоначальном праве притязателя (истца).

А. Тон, рассматривая публичные и частные права, а также притязания, выделял вторичные права в качестве таковых, которые предоставляли дозволения в качестве последствий правонарушений при отсутствии каких-либо обязанностей с другой стороны⁵.

Выделение понятия вторичной нормы права позволило А. Тону признать существование и вторичных обязанностей — диктуемых сводом императивов обязанностей, существующих без корреспондирующих субъективных прав⁶.

¹ Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут, 2011. С. 275.

² Третьяков С. В. Формирование концепции вторичных прав в германской цивилистической доктрине (к публикации русского перевода работы Э. Зеккеля «Вторичные права в гражданском праве») // Вестник гражданского права. 2007. № 2.

³ Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. I: Общая часть: Пер. с нем. / Под ред. С. В. Пахмана. СПб., 1874. С. 82.

⁴ Там же. С. 104–107.

⁵ Тон А. Правовая норма и субъективное право. Исследования по общей теории права (часть третья) // Вестник гражданского права. 2012. № 3. С. 271–294.

⁶ Тон А. Правовая норма и субъективное право. Исследования по общей теории права (часть пятая) // Вестник гражданского права. 2013. № 1. С. 241–280.

Вторичные права А. Тонем понимались как простые, существующие вне правоотношения управомочия, при этом не указывалось на их преобразовательный или прекратительный характер.

А. Тонем не продвинулся дальше в анализе вторичных прав и обязанностей и рассматривал само субъективное право, в которое включались и вторичные права и обязанности.

В случае признания вторичного права правом в связи с нарушением существующего правоотношения концепция вторичных прав рискует стать суженной до охранительных вторичных прав¹. На основе нормативного материала далее будет показано, что существуют права, существующие независимо от правонарушений (например, право на отказ заказчика от исполнения договора подряда – ст. 717 ГК РФ).

Вторичные права являются бессодержательными с общественной стороны правами. По указанию П. Эртманна, назначение вторичного права состоит только в вызове возникновения и прекращения иных самостоятельных прав². Таким образом, понятие вторичного права расширяется за счет того, что признается возможность не только преобразования правоотношения, но и его возникновения или прекращения. Отсюда представляется неверным вывод А.А. Кравченко о наличии поведенческого аспекта в самом вторичном праве³. Поведение вторично-управомоченного лица лишь свидетельствует о реализации данного вторичного права. Поведение выступает лишь подтверждением того, что вторичное право было осуществлено.

Признание самостоятельности вторичных прав, а также наличия вторичных обязанностей не позволяет считать правильным вывод С.В. Третьякова о том, что вторичные права являются элементами субъективного права⁴.

Правильнее говорить, что вторичные права имеют в качестве своей причины субъективное право (правоотношение), а также верным будет вывод о том, что вторичное право делает осуществление субъективного права (реализация правоотношения) обусловленным осуществлением вторичного права. Реализация прав и обязанностей ставится в зависимость от осуществления вторичных прав.

¹ Кравченко А.А. К вопросу об определении правовой природы вторичных прав // Законодательство и экономика. 2015. № 2.

² Эртманн П. О структуре субъективных частных прав // Вестник гражданского права. 2007. № 3.

³ Кравченко А.А. Вторичные права в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук.

⁴ Третьяков С.В. Указ. соч.

Но в таком ракурсе неверно было бы отрицать наличие вторичных прав потому, что они не прижились в российской науке¹. Вторичные права независимо от распространения той или иной научной парадигмы существуют в правовых системах как властные возможности, предназначенные для удовлетворения интересов правообладателя, невзирая на интересы других участников правоотношения, ограничивая их.

Изначально такова и была суть римской *exceptio*. По выражению Р. Зомы, возражение (*exceptio*) ограничивало *condemnatio* (признание по иску)². В действительности ограничительный характер вторичных прав по отношению к субъективным правам отрицать не следует.

Правоотношение как существующий в сознании субъектов феномен является следствием предшествующих во времени причин, таких как существующая норма права, юридический факт и субъектные предпосылки (правоспособность, дееспособность).

Сущность римской *exceptio* сводилась как раз к тому, что уже в момент существования права на иск существовали обстоятельства, служащие основанием эксцепции, либо сама эксцепция была заложена в основаниях права на иск. Поэтому вторичные права нельзя признавать возникающими в связи с дополнительными юридическими фактами. Дополнительные юридические факты могут преобразовать или прекратить правоотношение — вторичные права существуют не в связи с дополнительными юридическими фактами, а в связи с самим правоотношением. Такое существование обеспечивается законодательной волей.

Признавая вслед за П. Эртманном наличие вторичных прав, служащих предпосылками правоотношения (предпосылками возникновения субъективных прав), нельзя впасть в противоречие с другими предпосылками правоотношения, в частности с наиболее близкой по смыслу предпосылкой — юридическим фактом. Такое отождествление возникает потому, что вторичные права признаны производными от правоотношения. В отсутствие правоотношения причина вторичных прав и их производность выглядят сомнительными. Производность вторичных прав от правоотношения означает не то, что они возникают из правоотношения, а то, что они бесполезны без привязки к конкретному правоотношению. Они просто не могут существовать без него. Правоотношение —

¹ Васнев В.В. Природа условного обязательства: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013.

² Зом Р. Институции. История и система римского гражданского права. Вып. 1: Общая часть и вещное право: Пер. / Под ред. А.Н. Беликова. Сергиев Посад, 1916. С. 189.

цель вторичных прав. Если нет цели, то нет и соответствующего средства.

В советской юридической науке проблематика вторичных прав рассматривалась в свете создания, изменения или прекращения правоотношения (а не только изменения)¹.

Особое значение имеет концепция М.М. Агаркова. Признанные Э. Зеккелем вторичные права М.М. Агарков не считал субъективными правами. Обозначаемые объективным правом в качестве прав действия М.М. Агарков признал отдельными проявлениями правоспособности, а сами односторонние волеизъявительные действия — юридическими фактами².

Рассмотрев существующие в советской юриспруденции точки зрения, А.Г. Певзнер разделил вторичные права на вторичные права, дающие возможность создать правоотношение, и на вторичные права, дающие возможность изменить или прекратить правоотношение³.

Далее А.Г. Певзнер отклонил взгляд о том, что вторичное право может создать правоотношение; что касается изменения и прекращения, то он признал, что такие права являются правомочиями, входящими в состав уже существующего субъективного права. Лишь по причине того, что они являются частью целого, им не соответствует обязанность.

Признание вторичных прав правомочиями не укладывается в случаи, когда вторичные права зачастую существуют как правовые явления, существующие «при» правовой обязанности, т.е. являясь как бы «частью» правовой обязанности.

Широкое рассмотрение получило право выбора в альтернативных обязательствах. В.А. Белов рассматривает данное право как вторичное право⁴. Возникает вопрос: составным элементом какого субъективного права является такое право? М.М. Агарков определил такое право как элемент проявления правоспособности.

Правильным представляется признать то, что вторичные права являются производными и в то же время самостоятельными воз-

¹ Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1961. С. 114.

² Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 67–74.

³ Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 116–117.

⁴ Белов В.А. Солидарность обязательств (общее учение и отдельные осложняющие моменты — альтернативность, обеспечение, перемена лиц, прекращение) // Практика применения общих положений об обязательствах: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2011. С. 52–89.

возможностями. Если в отношении преобразовательных вторичных прав производный характер сомнению не подвергается – они производны от правоотношения, то сложным является вопрос, от чего могут быть производны создающие правоотношение вторичные права.

Правоотношение представляет собой умопостижимую сущность, существующую в психике субъектов через осознание правовых норм. Правоотношение предполагает регулирование поведения субъектов через психику. Вторичное право также представляет собой умопостижимую сущность, но в отличие от правоотношения, где имеется управомоченный и обязанный субъект, у субъекта вторичного права отсутствует представление о некоторой связи непосредственно с другим лицом, также отсутствует представление о том, что вторичное право воздействует на собственное или чужое поведение, в отличие от правоотношения.

Таким образом, можно выделить следующие отличия вторичного права от правоотношения (субъективного права):

1. Правоотношение представляет собой идеальное, существующее в психике субъекта (субъектов) диалектическое единство, синтезированное из абстрактной правовой нормы и конкретного общественно-поведенческого содержания; вторичное право представляет собой исключительно простейшую проекцию правовой нормы, закрепляющей это вторичное право, в психику субъекта. Общественного содержания у вторичного права не имеется. Имеются лишь факты, свидетельствующие о воле, реализованной в рамках вторичного права.

2. Вторичное право является простым осознанием некоторой управомоченности. Правоотношение всегда предполагает управомоченность по отношению к кому-то другому, т.е. правоотношение всегда представляется как связь между субъектами. Вторичное право говорит об управомоченности по отношению к самому правоотношению, т.е. к обоим или нескольким субъектам правоотношения.

Второе выделенное отличие вторичного права повествует о простой управомоченности. Управомоченность не имеет ничего общего с управомоченностью по отношению к обществу, к конкретному лицу или вещи. Управомоченность имеет дело только с одной идеальной сущностью – с самим правоотношением. В силу этого управомоченность не может пониматься в качестве меры возможного поведения. Введя данное определение, С.Н. Братусь попытался объяснить абсолютные права (право собственности прежде всего) как права на свои собственные действия, существующие вне правоотношений (без

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

корреспондирующих обязанностей)¹. Поэтому С.Н. Братусь признал секундарные права субъективными правами, так как они представляют собой права на собственное поведение².

Условно называемый социологический подход не может объяснить точку зрения о том, что секундарные права непосредственным образом вообще не регулируют поведение — ни пассивное, ни активное. При осуществлении секундарных прав не имеется никаких материальных (общественных) действий со стороны управомоченного. Реализационные действия носят только идеальный характер и направлены только на идеальное по своей сути правоотношение.

Объяснение природы управомоченности секундарным правом следует искать в большей мере в понимании объективного права, а не субъективного права. И.А. Ильин, рассматривая различия объективного права и субъективного права, в ходе своих рассуждений исходил из того, что объективное право (правовые нормы) является инструментом воздействия на человеческую свободу, тем не менее далее, переходя к рассмотрению субъективного права, ученый не смог выйти за пределы поведенческого аспекта субъективного права³.

Свобода в объективном праве проявляется прежде всего через собственность. Г.В.Ф. Гегель в своей «Философии права» писал, что лицо должно дать себе внешнюю сферу своей свободы как идею. Человек в себе и для себя является сущей и бесконечной волей в абстрактном определении. Отличная, отделимая от человека, безличная, бесправная и несвободная есть вещь. Размещение своей воли в отдельной от себя вещи является правом собственности⁴. Понимание собственности Г.В.Ф. Гегелем объясняет суть собственности, но не каждого субъективного права вообще.

В этом смысле интерес представляет анализ правомочия (субъективного права), произведенный Н.М. Коркуновым. Он указал, что каждое правомочие состоит из пользования объектом (объект не понимался как вещь). Пользование как элемент присуще каждому субъективному праву и является основным элементом всякого субъективного права. Наряду с этим может иметься элемент владения, который состоял в возможности устранения других лиц от

¹ Братусь С.Н. Курс советского гражданского права. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 188–189; Он же. Юридические лица в советском гражданском праве. М.: Юриздат, 1947. С. 34.

² Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. С. 9–13.

³ Ильин И.А. Теория права и государства / Под ред. и с биограф. очерком В.А. Томсинова. 2-е изд., доп. М.: Зерцало, 2008. С. 135–137.

⁴ Гегель Г.В.Ф. Философия права. Философское наследие. Т. 113. М., 1990. С. 101–105.

пользования объектом. Также выделялся элемент распоряжения, который понимался как возможность определять способы пользования¹. Примечательны все же другие мысли Н.М. Коркунова: под объектом правомочия понимались в самом общем виде силы². Выводом из положений, выдвинутых дореволюционным ученым, можно признать то, что содержанием субъективного права является пользование силами.

Приведенные положения позволяют несколько по-другому взглянуть на секундарное право. Отпадает необходимость искать его социальное содержание. Достаточно только указать, что оно предоставляет лишь определенную объективным правом меру власти, частичку воли, свободы, силы. Власть обладателя секундарного права носит идеальный характер — она направлена только на правовую сферу, только на правоотношение.

Из данного понимания секундарного права появляется возможность определить место секундарного права в правоотношении.

Здесь снова обращает на себя внимание концепция М.М. Агаркова о динамической правоспособности. После рассмотрения концепции секундарных прав ученый выделил три различных понимания понятия «право»: право в объективном смысле (закон, обычай и т.д.), право в субъективном смысле (например, право собственности) и право как проявление правоспособности (право составлять завещания, совершать договор, расторгнуть договор, произвести зачет и т.д.)³.

Правильным в этом взгляде представляется то, что субъективное право не отождествлено с таким «проявлением правоспособности». Хотя М.М. Агарков и не признавал существование секундарных прав, тем не менее он четко обозначил совершенно иную суть распорядительных действий. Условно говоря, М.М. Агарков говорил о «динамической сделкоспособности». Все же некоторые вещи концепция динамической правоспособности не позволяет объяснить. Так, М.М. Агарков указывал, что возможность совершать такие распорядительные действия нередко связана с самим субъективным правом: в частности, для того, чтобы отчудить вещь, нужно быть собственником этой вещи (т.е. быть в правоотношении собственности, обладать субъективным правом собственности)⁴. Возникает вопрос: если это проявление правоспособности, то почему она привязана к субъективным правам и часто зависит от них? В понимании М.М. Агаркова можно было

¹ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. М., 2010. С. 217–219.

² Там же. С. 219–220.

³ Агарков М.М. Указ. соч. С. 72.

⁴ Там же. С. 71.

бы признать наличие не одной общегражданской правоспособности, а правоспособности собственника, арендатора, подрядчика и т.д. И все такие виды правоспособности были бы проявлением динамической правоспособности.

Но ни в законодательстве, ни в доктрине такие виды правоспособности не выделяются. Более того, правоспособность в таком понимании теряет свой смысл как абстрактную предпосылку правообладания, становится нормативно-социальным элементом, зависящим от экономических и социальных условий.

С.Н. Братусь указал, что правоспособность — это общая предпосылка правообладания для всех прав вообще, которые допущены объективным правом¹.

Правоспособность действительно следует понимать как нормативную предпосылку, в ней нет ничего социального, она равна для каждого субъекта гражданского права. Правоспособность должна пониматься как предпосылка в том числе и вторичных прав. С.С. Алексеев полагал, что правоспособность является юридическим закреплением общественных связей и признавал наличие так называемых общих правоотношений, куда и включалась правоспособность². Но в таком понимании абсолютное правоотношение смешивается с правоспособностью.

Ю.К. Толстой отмечал, что правоспособность означает связь ее носителя с государством, но не является обозначением какого-либо правоотношения³. Эта связь означает не что иное, как признание за субъектами возможностей вступить в правоотношение, только в этом и состоит связь — какой-либо общественной связи за правоспособностью не скрывается.

Вследствие этого видно, что, как и вторичные права, правоспособность не образует никаких социальных связей. Отличие состоит в том, что правоспособность представляет собой лишь нормативную предпосылку, а вторичное право дает возможность воздействовать на правоотношение как на идеальную связь.

Оба явления проистекают из объективного права, однако вторичное право теснейшим образом связано с правоотношением и находится в едином причинно-следственном ряду. Вторичное право может выступать как причина правоотношения (причина возникновения, изменения или прекращения правоотношения).

¹ Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. С. 3.

² Алексеев С.С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2. М.: Юрид. лит., 1981. С. 85, 102, 103.

³ Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1959. С. 9.

Отличительной особенностью вторичного права является то, что оно предоставляет возможность воздействовать на правоотношение, которая по своей императивности сильнее, чем императивность (требование или собственное поведение) при осуществлении субъективного права. Вторичное право — это властное право, его осуществление создает правовые последствия для всех участников конкретного правоотношения без какой-либо помощи с другой стороны правоотношения либо со стороны компетентного органа государства (принудительная реализация субъективного права). Реализация вторичного права тем самым оказывается автономной — не требуется вмешательства кого-либо для его реализации. Достаточно лишь самого волеизъявления, при этом само по себе непринятие волеизъявления другой стороной не имеет значения. Вторичное право предоставляет столько власти, сколько требуется для того, чтобы создать, изменить или прекратить правоотношение. В отдельных случаях предусмотренная судебная реализация вторичного права имеет лишь верификационный характер — устанавливаются лишь факты, подтверждающие наличие этого права.

Направленность вторичного права на правоотношение отличает это право от такого же властного по своей природе права собственности (любого права на собственные действия). Право собственности (право на свои собственные действия) предполагает реализацию с помощью такой же властной деятельности, независимой от чьего-либо вмешательства, однако осуществление права собственности не может оказывать влияние ни на какие правоотношения, в отличие от вторичных прав, назначение которых — только правоотношение.

В этом смысле вторичные права в гражданском праве выделяются из общей массы прав еще и тем, что предоставляют их обладателям незримое преимущество, ставят их обладателей в положение, неравное с другими участниками правоотношения, положение властное, которому должны подчиняться. Из рассмотрения исторического развития римской *exceptio* видно, что она была привнесена извне законодателем по причинам, которые из самих правовых норм не прослеживаются. Современные вторичные права, как и вся отрасль административного права, привнесены «извне», они являются важнейшим инструментом в механизме гражданско-правового регулирования. Вторичные права запускают в действие выделяемый в гражданском праве принцип диспозитивности. Каждое вторичное право закреплено в нормах права как признанная законодателем необходимость, вызванная общественно-экономической конкретикой. Отсюда выводом будет то, что каждое вторичное право подлежит самостоятельному рассмотрению, поскольку каждое будет обладать

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

спецификой, в том числе в зависимости от правоотношения, на которое воздействует вторичное право.

3. Правоотношение может существовать самостоятельно, появившись и получая воздействие только со стороны юридических фактов. Вторичное право существует только как производное от правоотношения или, напротив, производящее правоотношение – идеальное явление.

Вторичное право производно от норм объективного права и производно либо способствует производству правоотношения. Правоотношение производно напрямую только от норм объективного права и общественной действительности.

Получают объяснение и римские *actio* и *exceptio*. Историческое развитие римского права обусловлено древнейшим квинитским бытом. Право постепенно закрепляло существующие общественные отношения. Закрепление происходило посредством предоставления исковой защиты (*actio*). Лишь позднее возникла *exceptio*. *Exceptio* – это творение претора. В теоретическом смысле это означает то, что прародитель вторичного права – *exceptio* является реакцией законодателя на закрепленную нормами права общественную связь (правоотношение).

В современности это означает то же самое: вторичные права привнесены законодателем сверху, в отличие от гражданских правоотношений, которые лишь закреплены нормами права.

4. Реализация правоотношения всегда приходится на общественно-экономическую сферу. Осуществление вторичного права касается только самого правоотношения, а не его реализации.

5. Вторичное право не обеспечено принудительной силой государства. Только его обладатель может реализовать это право, однако нельзя требовать его осуществления через суд.

Субъективное право может быть понуждено к осуществлению путем принудительного исполнения корреспондирующей ему обязанности. Ввиду отсутствия обязанностей, корреспондирующих вторичным правам, нельзя потребовать принудительного исполнения вторичного права. Единственная возможность – это требовать перед судом последствий реализации данного права. Например, выразив односторонний отказ от исполнения обязательства, через суд можно требовать лишь то, что является последствием прекращения обязательства.

В ходе детального рассмотрения вторичных прав будет показано, что некоторые вторичные права требуют судебного осуществления, но это не значит, что само вторичное право охраняется государством. К примеру, нельзя нарушить право на расторжение договора аренды

через суд по требованию одной стороны, по причине невозможности нарушения секундарных прав отсутствуют и механизмы гражданско-правовой защиты секундарных прав. Возможно лишь подтверждение их существования, для чего законодателем и вводится судебная форма осуществления секундарных прав.

После рассмотрения признаков и отличительных особенностей секундарного права можно предложить следующее определение данного понятия. Секундарное право – это определенная нормой права мера возможного властного воздействия на правоотношение, приводящая к изменению, прекращению или возникновению последнего, не имеющая материального выражения и существующая вне правоотношения.

ГЛАВА 2. ПРОБЛЕМА СУЩЕСТВОВАНИЯ СЕКУНДАРНЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ

Субъективные обязанности как элементы правоотношения, существующие в корреспонденции с субъективными правами, не получали должного теоретического освещения по сравнению с субъективными правами.

Связано это с тем, что вся доктрина была сосредоточена на исследовании понятия «право», сущности субъективных прав, на установлениях объективного правопорядка, предоставляющих определенные правомочия субъектам.

Возможность и долженствование являются двумя логическими понятиями, обозначающими модальность.

Логика как наука, во всяком случае до ее развития Г.В.Ф. Гегелем, представляла собой систему знаний о понятиях и их отношениях между собой, о формах мышления, невзирая на какую-либо содержательную часть этих понятий¹. Понятия, обозначающие модальность, не изучались с их содержательной стороны.

На примере философии права Г.В.Ф. Гегель показал, что правовая форма с правовым содержанием составляет диалектико-логическое единство². Именно таким образом предстоит изучать право — познавать содержание и форму.

Особое значение имеет сравнение законов природы и общественных законов Г.В.Ф. Гегелем в предисловии к «Философии права»³. Законы природы воспринимаются человеком как такая данность, которая носит абсолютный характер, полностью сообразный с внутренней сущностью человека. Соблюдение законов природы не вызывает сомнений. С другой стороны, право (законы общества) уже не носит абсолютного характера: внутренняя сущность человека находится с ним в согласии или несогласии.

Такого рода размышления прежде всего относятся к правовым обязанностям. Обязанности действительно оказывают такое воздействие на человека, что вызывают в его сознании либо согласие, либо несогласие.

Субъективное право всегда имеет дело с возможностями человека, не вдаваясь в технические, физические или экономические возможно-

¹ Гегель Г.В.Ф. Наука логики. СПб., 1997.

² Демченко Л.М. Гегель о философско-логических основаниях становления науки о праве. 2004.

³ Гегель Г.В.Ф. Философия права. С. 56–58.

сти, но в то же время всякое субъективное право определено, т.е. имеет свои пределы.

Обязанность, в отличие от права, имеет дело с ограничением человека в своей общественной свободе. Обязанности не сообразны с внутренней свободой человека, поэтому внутренняя сущность человека выражает зачастую именно непонимание данной обязательности. Только через осознание необходимости обязанность воспринимается как должное.

Применительно к обязанностям в правоотношении осознание обязанности как должного легко воспринимается при наличии права управомоченного лица. Иначе говоря, корреспонденция обязанностей правам заложена в самой природе обязанностей.

Начало удовлетворения потребностей человека заложено в каждом человеке, таким же образом заложена эквивалентность по отношению к другому субъекту. Именно поэтому гражданское право свойственно и приемлемо для человеческой природы. Имеется внутреннее понимание потребностей противостоящих субъектов.

Чем меньше соприкосновения с управомоченным субъектом (субъективным правом) получает обязанность, тем более отдаленной выглядит обязанность для гражданского права.

Обязанности определенного лица с неопределенным кругом управомоченных лиц, образующие абсолютные правоотношения, — редкое в гражданском праве явление. Редкость предопределяет также специфику правового регулирования. Такие обязанности не регулируются как обязанности, вместо чего регулируются как пределы и ограничения прав.

Наглядным примером служит ст. 210 ГК РФ, устанавливающая правило, согласно которому бремя содержания имущества несет собственник. Бремя содержания имущества является обязанностью собственника, направленной на поддержание имущества в сохранности. Бремя содержания с точки зрения диалектической логики — это содержание формальной обязанности (которая сама по себе не несет в себе ничего содержательного). Эта обязанность по своему назначению носит охранительный характер. Назначение норм права о бремени содержания имущества состоит в охране гражданского имущественного оборота от произвола собственника вещи, угрожающего исчезновению самой вещи.

Едва ли можно встретить подобные обязанности в гражданском законодательстве. Их нет в части четвертой ГК РФ, посвященной регулированию исключительных прав.

С одной стороны, можно сделать вывод, что эти обязанности связаны с самим имуществом и его свойствами. В земельном за-

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

конодательстве имеется понятие публичного сервитута (ст. 23 Земельного кодекса РФ¹ (далее – ЗК РФ)). Публичный сервитут – это право ограниченного пользования земельным участком собственника неопределенным кругом лиц. Для собственника такой публичный сервитут предстает в виде обязанности в пользу неопределенного круга лиц и в виде ограничений права собственности на земельный участок. Указывается, что сервитут обременяет земельный участок, что означает то, что сервитут становится свойством самого земельного участка и как бы «привязывается» к земельному участку. Между тем право регулирует отношения между людьми, что означает условность «привязки» субъективных прав или обязанностей к самим вещам. Поэтому с догматической точки зрения более правильно говорить об ограничениях субъективных прав, которые обладают природой обязанностей. Ограничительный характер сервитутов для собственника нельзя отвергнуть². Специфика публичного сервитута как обязанности собственника именно в том, что он установлен в пользу неограниченного круга управомоченных лиц.

Эти правоотношения редки в гражданском праве. Кроме того, удовлетворяемый такими правоотношениями интерес также носит публичный характер, что крайним образом выделяет такие правоотношения из числа гражданских и ставит под сомнение их отраслевую принадлежность.

Выделяется еще одна особенность таких обязанностей. С догматической точки зрения природу этих обязанностей следует искать не в объекте (имуществе, в частности), а в субъективном праве. Иными словами, обязанности определенного лица с неопределенным кругом управомоченных лиц (абсолютные обязанности) существуют только в соотношении с абсолютными правами: пример тому – право собственности.

Типичным образом в гражданском праве представлены обязанности в относительных правоотношениях, т.е. при четком определении субъектов правоотношения. Отраслевая принадлежность таких обязанностей не вызывает сомнения.

Обязательственное право является подотраслью гражданского права, которая регулирует относительные правоотношения с индивидуально-определенными субъектами. Природа этих обязанностей вполне ясна – осознание управомоченности противостоящего субъекта.

¹ Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

² *Андреев Ю.Н.* Ограничения в гражданском праве России. СПб.: Юридический центр Пресс, 2011. С. 196.

Уровень императивного воздействия на участников обязательств выше, чем, например, в подотрасли вещного права или исключительных прав, потому что нормы обязательственного права закрепляют именно обязанности, а не права, как в случае с вещными правами и правом собственности, в частности, а также с исключительными правами.

Такая императивность носит внутренний характер — касается диспозиции правовых норм, т.е. сама диспозиция нормы действует на психику субъекта сильнее независимо от внутреннего согласия или несогласия с ней. Ограничения прав, даже будучи по своей природе обязанностями, имеют меньше воздействия на психику управомоченного лица. Так, субъект права собственности прежде всего сконцентрирован на своем праве собственности и собственнических правомочиях, а в обязанностях концентрация происходит именно на своих обязанностях — на действиях в пользу управомоченного лица.

Видна одна определенная тенденция в том, что гражданское право — это отрасль права, регулирующая активное поведение путем установления обязывающих или управомочивающих норм права. Активное поведение получает разный уровень обязательности в нормах права: в вещных правах активность поведения опосредуется дозволениями — субъективными правами, а в обязательствах — императивами, субъективными обязанностями.

Противоположный смысл приобретают обязанности, которым не корреспондирует никакое и ничье субъективное право. Такова природа обязанностей в административном праве. Административное право имеет лишь модальность обязанностей — долженствование. Зачастую административные обязанности не получают внутреннего человеческого согласия, необъяснимы и непонятны. В гражданском праве и правоотношении, в частности, наличие таких обязанностей не может иметь место с точки зрения свободы, заложенной в этой отрасли права. Именно поэтому исторически и законодательно сложилось так, что гражданское право устанавливает обязанности, которые существуют либо в отношении неопределенного круга лиц, либо вообще адресованы исключительно управомоченному лицу.

Таким образом, открытым остается вопрос о существовании таких обязанностей, которые существуют вне правоотношений, — вторичных обязанностей, которые по своему содержанию схожи с вторичными правами, однако носят необходимый для их осуществления характер.

Воля обладателя вторичной обязанности оказывается подчиненной норме права, в которой содержится вторичная обязанность.

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

Неразрешенность вопроса о вторичных обязанностях может почерпнуть ответ в законодательном подходе к закреплению обязанностей в нормах права. Высказывается точка зрения о том, что исчерпывающий перечень (*numerus clausus*) должен существовать в отношении абсолютных субъективных прав, т.е. в отношении вещных прав и исключительных прав¹.

В отношении обязательственных прав, т.е. нормативно закреплённых обязанностей, существует воззрение, что такого перечня быть не должно. Однако некоторыми авторами, в частности С.А. Сеницыным, данное воззрение признано несостоятельным².

В целом рассмотрение перечней прав касается субъективных прав и обязанностей, устанавливающих активное поведение участников гражданского оборота. Речь прежде всего идет о возможности создания прав, которые законом не предусмотрены. В отношении вещных прав создать «новое», непоименованное право невозможно, но в отношении обязательств действует принцип свободы договора, который дает возможность заключать непоименованные и смешанные договоры (ст. 421 ГК РФ). Принцип открытого перечня обязанностей до недавнего времени ограничивался только договорным правом. В настоящее время введена гл. 9.1 ГК РФ, посвященная решениям собраний. Перечень проводимых собраний неограничен (участники гражданско-правового сообщества), в связи с этим неограничен перечень обязанностей, которые они могут создавать для участников гражданско-правового сообщества.

На этом неограниченность перечня обязанностей заканчивается. Другие обязанности, имеющиеся в ГК РФ, установлены императивными нормами и не могут произвольно создаваться субъектами права. В частности, односторонняя сделка может порождать права и обязанности для других лиц (кроме лица, совершающего сделку) в случаях, предусмотренных законом (ст. 155 ГК РФ).

Что касается вторичных обязанностей, то их существование в гражданском праве в наибольшей степени исключительное. Они могут возникать только в случаях, предусмотренных законом. Их существование в законодательстве императивно, единственным источником вторичных обязанностей можно признать законодательство. Уровень императивности гражданско-правовых норм при установлении таких обязанностей наивысший.

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2009. С. 144.

² Сеницын С.А. *Numerus clausus* и субъективные права: понятие, значение, взаимосвязь // Вестник гражданского права. 2014. № 2. С. 100–147.

Секундарная обязанность не должна в силу своего определения регулировать поведение участников оборота, напротив, она должна воздействовать на существо самого правоотношения, на его динамику.

Нельзя считать секундарными обязанностями обязанности по заключению договора в обязательном порядке в связи с заключением предварительного договора (ст. 429 ГК РФ), поскольку предварительный договор создает неимущественные обязательства и каждая из сторон обязывается перед другой стороной заключить основной договор.

Между тем сама идея обязательности заключения договора, предусмотренная законом, фактически устанавливает секундарные обязанности. Например, системное толкование норм ч. 4 ст. 161 Жилищного кодекса РФ¹ (далее – ЖК РФ) и ст. 445 ГК РФ привело судебную практику к выводу о том, что собственники помещений в многоквартирном доме обязаны заключить договор управления этим домом с управляющей организацией, выбранной по результатам предусмотренного ч. 4 ст. 161 ЖК РФ открытого конкурса, в порядке, установленном ст. 445 ГК РФ². Но обязанность заключить договор возникает только в случае проведения открытого конкурса. Обязательность также вытекает из результатов определения поставщика (исполнителя) при заключении контрактов для государственных и муниципальных нужд³. Определение обязанного к заключению субъекта в обоих случаях проистекает из норм антимонопольного законодательства⁴. Антимонопольное законодательство относится к административному законодательству. Отсюда видно, что обязанность заключить договор проистекает из административного законодательства. Можно сказать, что это «стык» отраслей права. Законодатель не устанавливает обязанности заключить договор в гражданском законодательстве, а лишь отсылает к «закону», который является источником административного права. Поэтому обязанность заключить договор в силу закона также не следует относить к секундарной гражданско-правовой обязанности.

¹ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1 (ч. I). Ст. 14.

² Определение Верховного Суда РФ от 3 сентября 2013 г. № 5-КГ13-86 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 4.

³ Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

⁴ Кичик К.В. Государственный (муниципальный) заказ России. Правовые проблемы формирования, размещения и исполнения: Монография. М.: Юстицинформ, 2012. С. 78.

Секундарная обязанность должна быть закреплена в нормах гражданского права и гражданского законодательства, в частности. Источником такой обязанности не должен являться нормативный акт иной отраслевой принадлежности.

Интересны требования законодательства о формах сделки и требования о государственной регистрации. К.П. Татаркина указывает, что требование оформить сделку письменно является ограничением свободы договора¹. В завершение рассмотрения последствий несоблюдения формы сделки упомянутый автор отмечает, что форма сделки является условием возникновения определенных прав и обязанностей у сторон сделки, однако несоблюдение обязательной формы сделки тем не менее не имеет никаких последствий².

Использование законодательных формулировок не позволяет ответить на вопрос о том, каким образом сторонами воспринимается требование гражданского закона о необходимости совершения сделки в определенной форме. Представляется правильным полагать, что такое требование является именно обязанностью — обязанностью, существующей в гражданском праве и в то же время навязанной «сверху» законодателем. Необходимость соблюдения данной обязанности не обеспечена силой государственного принуждения, что ранее было отмечено как признак секундарности. С другой стороны, ее соблюдение вызывает ту самую динамику правоотношений, что также является признаком секундарности. Поэтому обязанность по соблюдению формы сделки можно отнести к секундарным обязанностям.

В данной обязанности не прослеживается никакого поведенческого элемента, поскольку само поведение по соблюдению формы сделки будет являться уже действиями по совершению самой сделки. Обязанность по соблюдению формы сделки здесь носит императивный характер. На стороны сделки воздействует сам закон, безадресно к кому-то обязывающий стороны (сторону) соблюдать форму сделки.

Ранее было показано, что законодатель использует конструкцию пределов и ограничений субъективных прав при закреплении обязанностей определенного лица с неопределенным кругом управомоченных лиц. В случае с секундарными обязанностями законодатель зачастую использует прием «законом установленных требований». Требования закона (о форме сделки, о необходимости государственной регистрации сделки и т.д.) предстают для участников правоотношения как обязанности (императивные веления).

¹ Татаркина К.П. Форма сделок в гражданском праве России: Монография. Томск: Изд-во Томск. гос. ун-т систем упр. и радиоэлектроники, 2012. С. 47.

² Там же. С. 202.

При этом важно отграничивать данные вторичные обязанности от условий осуществления субъективных прав и вторичных прав. Суть вторичной обязанности в том, что ее реализация непосредственным образом должна приводить к динамике правоотношения. В случае если нормативные предписания выступают как условия осуществления некоторого права, то говорить о вторичной обязанности неверно.

ГЛАВА 3. ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ СЕКУНДАРНЫХ ПРАВ И ИСПОЛНЕНИЕ СЕКУНДАРНЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ. СООТНОШЕНИЕ С ЮРИДИЧЕСКОЙ СДЕЛКОЙ

В ходе рассмотрения вторичных прав и обязательств было показано, что различия состоят в модальности воздействия на правоотношение, в то время как содержательная часть вторичного права и обязанности зависит от того, что указано в нормах права. Содержание обоих правовых феноменов указывает на то, каким образом осуществляется вторичное право или исполняется вторичная обязанность. Отсюда методологически неверным будет рассматривать исполнение вторичной обязанности и осуществление вторичного права в отдельности, поэтому сказанное ниже в отношении вторичных прав должно равным образом распространяться на вторичные обязанности.

Воздействие на правоотношение приводит к его динамике, т.е. к возникновению, изменению или прекращению правоотношения.

В связи с этим родоначальник теории вторичных прав Э. Зеккель указал, что вторичные права осуществляются при помощи односторонней сделки¹.

Общезвестно, что сделка является основанием возникновения, изменения и прекращения гражданских правоотношений.

Поэтому неразрешенным остается вопрос о соотношении сделки как юридического факта, признанного гражданским правом, и содержания вторичного права (его осуществления).

Рассмотрение соотношения осуществления вторичного права с другими юридическими фактами не должно иметь места, поскольку рассматривается направленное на юридические последствия волеизъявление в рамках осуществления вторичного права. События и юридические поступки не имеют отношения к осуществлению вторичного права.

При рассмотрении сделки рассматриваться должна психологическая (идеальная) составляющая сделки. Внешнее проявление сделки (поведение стороны) имеет меньше значения (в том числе форма сделки), поскольку правоотношение понимается как идеальная связь. Воздействие на идеальную связь может быть только со стороны идеальной сделки.

¹ Зеккель Э. Указ. соч.

Западная юриспруденция полностью акцентировала внимание на волевой составляющей сделки.

Ф.К. фон Савиньи исходил из того, что правоотношение в целом — это господство личностной воли¹. В связи с этим сделками он признавал направленное на возникновение, изменение или прекращение правоотношения волеизъявление².

Несмотря на то что это воззрение имело множество последователь, в скором времени теория была раскритикована Цительманом. Цительман исходил из того, что сделка как действие является психическим волевым актом, зависящим от направленного на достижение правового эффекта намерения действующего лица. Волевой акт признавался причиной телесных движений (действий)³. Далее Цительманом произведено разделение волевых актов на те, которые порождают мотивы, затем волевые акты, порождающие действия (как средства), и волевые акты как намерения (как цели), причем лишь последнее действие в цепочке средств и целей признается юридически значимым.

Теория Цительмана получила критику в связи с тем, что не объясняла социальное значение намерений лица, а также указывала на технический смысл волевых актов как причин телесных действий (что естественным образом исключило юридических лиц из действующих лиц, а также действий, признаваемых действиями лица, но телесно ими не совершаемых), невзирая на вопрос о социальной значимости этих действий⁴.

Хронологически и ответной реакцией на теорию Цительмана явились многочисленные теории материальности сделки и значимости сделки как проявления в действительности, что по сути является реакцией на психологическую школу юристов (Беккер).

Между тем привлекательной выглядит именно психологическая концепция правоотношения, и в связи с этим такое же первоочередное значение должно придаваться роли психологии при рассмотрении вопросов совершения сделок и осуществления вторичных прав.

Теория волеизъявления и сделки, в частности, в настоящее время должна основываться на достижениях современной психологии и философии, а также на принятой концепции правоотношения как идеального явления.

¹ Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I. С. 278.

² Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. II / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут, 2012. С. 213.

³ Гримм Д.Д. Основы учения о юридической сделке. Прологомены к общей теории гражданского права. Т. I. СПб., 1900. С. 102–108.

⁴ Там же. С. 111–112.

В свете понимания правоотношения как психического феномена неправильным полагать было бы то, что причиной правоотношения явилось бы само по себе действие в действительности. Иначе говоря, концепцию сделки-волеизъявления следует признать неполной для понимания причин динамики правоотношения. Недостаточность состоит в том, что из этой концепции не прослеживается связь между волеизъявлением и психической сферой, где и находится правоотношение.

Поэтому исследованию подлежат именно психические процессы, а также сама воля, которая исследовалась германскими цивилистами и теоретиками права.

В одном из современных учебников психологии воля определена как сознательная саморегуляция поведения, преднамеренная мобилизация поведенческой активности для достижения целей, осознаваемых субъектом как необходимость и возможность¹.

Определение воли носит общий характер и является свойством психики. Психика представляет собой сложную систему связей, исследованием которой занимается наука психология и, в частности, направление аналитической психологии.

К.Г. Юнг является родоначальником аналитической психологии. Аналитическая психология использовала аналитический метод при рассмотрении тех или иных свойств психики, психических процессов и прочих психических явлений. Юнг специальным образом не посвящал свои работы исследованию воли, однако достижения аналитической психологии могут оказаться полезными в юриспруденции, в частности в понимании волеизъявления и воли. В связи с этим выглядит небезынтересным анализ функций психики человека.

Выделялись эктопсихические функции и эндопсихические функции в зависимости от того, какой части психики данные функции присущи. Под эндопсихикой понималась система связей между содержанием сознания и фактами из внешней среды.

С другой стороны, эктопсихика представляет собой систему связей между содержанием сознания и постулируемыми процессами в бессознательном².

Юнг выделил четыре эктопсихические функции: ощущение, мышление, чувства, интуиция. Далее он указал, что данные функции, на-

¹ Еникеев М.И. Общая и социальная психология: Учебник для вузов. М.: Норма; Инфра-М, 1999. С. 246.

² См.: Юнг К.Г. Аналитическая психология. Тавистокские лекции. Лондон, 1935.

ходясь в сфере сознания, контролируются волей. Функциям психики сообразны и одноименные психические процессы.

Иначе говоря, воля сама по себе не является функцией психики, но видно то, что она является движущей силой этих функций.

Поскольку эктопсихика имеет связь с внешним миром и связь осуществляется с помощью указанных четырех функций, можно сделать вывод, что воля непосредственной связью с действительностью не обладает, т.е. поведение может признаваться результатом воли только через посредство психических функций. Иными словами, воля получает оформление с помощью психических функций.

Далее можно прибегнуть к логическому приему синтеза и сделать вывод о том, что функции интуиции и ощущения следует условно отнести к функциям, воспринимающим действительность, а функции чувств и мышления – к функциям, выдающим поведение. Стимулирующим фактором всех этих функций может являться воля: воля познать (принять) действительность в случае с функциями ощущения и интуиции и воля выдать какое-либо поведение в действительность через функции чувств и мышления.

Из изложенного выше нужно определить то, что имеет значение для науки права.

Так, воспринимающие функции ощущения и интуиции познают право при помощи прочтения источников правовых норм, их прослушивания или интуитивного познания правовых норм.

После такого восприятия происходит психический процесс мышления (осмысления воспринятых правовых норм). Далее после осмысления происходит приведение к действию, к такому действию, которое имеет юридическое значение, т.е. к совершению действия, которое будет признаваться юридическим фактом. Приведение к действию осуществляется с помощью конкретизированной через психические процессы воли.

Как указывалось ранее, материальное действие не имеет высокой значимости, однако исходя из ретроспективного анализа действия можно судить о предшествующей этому действию воле. А. Шопенгауэр указывал, что каждый акт воли тождественен волевому акту, а также что «воля – это априорное познание тела, а тело – апостериорное познание воли»¹.

Именно такая воля – объективированная – и должна признаваться юридически значимой – юридическим фактом, сделкой.

¹ См.: Шопенгауэр А. Мир как воля и представление / Пер. Ю.И. Айхенвальда / Шопенгауэр А. Собрание сочинений. В 5 т. Т. I. М.: Московский Клуб, 1992.

При этом волевым актом не будут являться размышления о возможных будущих событиях. О наличии воли можно говорить только в том случае, если имеется представление о такой воле, полученное из действительности. Это касается и юридических фактов. Они должны получать проявление в действительности.

При всем при этом юридический факт только в том случае приводит к правовым последствиям, если об этом прямо указано в гипотезах правовых норм. Гипотеза правовой нормы совершенно необязательно располагается в одной и той же статье нормативного акта, поэтому зачастую психическое восприятие отдельных элементов правовых норм испытывает трудности.

После совершения действия и восприятия представления о действии психический процесс повторяется в своем диалектическом развитии уже применительно к правоотношению. Вначале воспринимается уже не гипотеза, а диспозиция правовой нормы, которая определяет рамки возможного или должного поведения. В рамках диспозиции правовой нормы, т.е. при существовании правоотношения, воля уже ограничена рамками воспринятой диспозиции правовой нормы. Воля здесь направлена уже лишь на соблюдение и следование модели поведения, содержащейся в диспозиции правовой нормы. Воля ограничена и противостоящим в правоотношении субъектом, а также объектом.

Воля в данном случае сдерживает психические процессы при реализации психических функций. В случае, если воля направляет психические процессы для реализации поведения, не предусмотренного диспозицией правовой нормы, данное поведение должно иметь иные правовые последствия. Зачастую речь идет о правонарушении.

Этот психологический анализ позволяет разграничить поведение в рамках диспозиции правовой нормы и поведение (действие) в рамках гипотезы правовой нормы.

Сделка как поведение, предусмотренное гипотезой, всегда носит волевой характер. Конкретизированная воля необходима прежде всего для того, чтобы направить психический процесс на совершение сделки. Сделка выступает конечным элементом в психическом процессе, позволяющим утверждать после ее восприятия о волевом воздействии на правоотношение (возникновение, изменение, прекращение правоотношения).

Произведенное выше рассмотрение сделки как элемента психического процесса, приводящего к динамике правоотношения, не позволяет относить сделку к содержанию правоотношения, т.е. выводом является то, что сделка не должна признаваться действием,

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

совершенным в рамках исполнения обязанности или осуществления субъективного права.

Несомненно, волевые акты в рамках существующих правоотношений при осуществлении субъективных прав и обязанностей будут более ограниченными по сравнению с возможным количеством сделок, которые свидетельствуют о волевых актах.

Между тем основным видится прежде всего отличный способ нормирования содержания правоотношения и сделок как оснований возникновения правоотношения.

Выделенные отличия позволяют прийти к выводу об особенностях осуществления вторичных прав. Осуществление этих прав не может признаваться сделкой, потому что в таком случае каждую сделку можно будет признать вторичным правом.

Вторичное право имеет свое содержание, закрепленное диспозицией правовой нормы, иначе говоря, осуществление вторичного права закрепляется в диспозиции правовой нормы, при том что гипотезы правовой нормы как таковой не имеется и вторичные права существуют лишь постольку, поскольку закреплены в законодательстве.

Далее следует рассмотреть еще одно возможное отличие сделки от осуществления вторичного права. Б. Виндшейд указывал, что сделка по общему правилу распространяет свое действие на будущее время, между тем встречаются случаи, когда сделка распространяет свое действие на прошлое время¹. В российском гражданском законодательстве таким случаем можно признать п. 2 ст. 425 ГК РФ, когда действие договора распространяется сторонами на отношения, возникшие до его заключения. Хотя признать такой договор сделкой и юридическим фактом вряд ли можно. Договор в данном случае выполняет лишь функцию оформления возникших до его заключения отношений, что подтверждается правовой позицией Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, изложенной в п. 6 Информационного письма от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» («Соглашение сторон о том, что условия договора аренды применяются к их фактически сложившимся до его заключения отношениям, не означает, что непосредственная обязанность сторон по исполнению условий договора аренды возникла ранее заключения договора»)². При этом

¹ Виндшейд Б. Указ. соч. С. 149.

² Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» // Вестник ВАС РФ. 2002. № 3. Специальное приложение к «Вестнику ВАС РФ». 2003. № 11 (ч. 2).

правильно распространить данную позицию на все договоры, а не только на договоры аренды¹.

Независимо от признания договора, распространяющего свои действия на отношения, возникшие до его заключения, сделкой в отношении вторичного права нужно однозначно отметить, что его осуществление всегда оказывает влияние только на будущее.

Правоотношение не имеет пространственного выражения (за исключением того, что субъекты правоотношения находятся в определенных местах пространства), но, находясь в психике субъектов, всегда протекает во времени. Рассматривая правоотношение как промежуток времени, можно заключить то, что на истекший промежуток времени не может уже оказывать влияние никакое вторичное право. Нельзя отменить или возобновить то, что уже прошло во времени, между тем то, что еще протекает во времени, можно отменить или изменить на будущее (будущие промежутки времени). Вторичные права, служащие основанием возникновения правоотношения, могут породить правоотношение на будущее.

Ранее было указано, что при осуществлении субъективных прав воля лица ограничена нормативными пределами субъективного права. Такое же указание следует распространить и на вторичные права, но не в полном объеме.

О.А. Поротикова разделила пределы осуществления прав на универсальные и специальные. Универсальные пределы подлежат применению к любому правоотношению и любому субъекту права. В эту категорию были отнесены такие пределы, как права третьих лиц, интересы третьих лиц, средства защиты принадлежащего лицу права.

Специальные пределы, напротив, зависят от правоотношения и его содержания, и в эту группу были отнесены добросовестность и разумность при осуществлении прав; назначение права; средства и способы осуществления².

Даже универсальные пределы не вполне укладываются в правовую сущность осуществления вторичных прав.

Находясь вне правоотношения, вторичное право, принадлежащее тому или иному субъекту, при осуществлении затрагивает права и обязанности участников правоотношения. Такое воздействие на права участника правоотношения можно признать воздействием на

¹ Степанченко А.В. О пределах ретроактивного действия договора // Бизнес, Менеджмент и Право. № 2. С. 100–105.

² Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 78.

права третьих лиц, потому что по отношению к субъекту вторичного права все лица, в том числе участники правоотношения, должны признаваться третьими лицами.

Относительно такого предела, как средства защиты права, также нельзя утверждать, что этот предел распространяется на вторичные права. Вторичные права вообще не могут быть нарушены, поэтому нельзя говорить об их нарушении.

Специальные пределы, выделенные О.А. Поротиковой, на вторичные права также не могут распространяться, за исключением единственного предела, обозначенного как назначение права. Назначение вторичного права – динамика правоотношения.

Правильным будет признать, что предел вторичного права – это его нормативная определенность. Но добавить какие-либо еще пределы осуществления вторичного права сложно.

Осуществлением вторичного права всегда является волевой акт. Применительно к воле и ее пределам в связи с тем, что на вторичные права не распространяются обычно выделяемые пределы субъективных прав, нужно отметить, что воля в данном случае менее ограничена, чем воля при осуществлении субъективных прав. В то же время воля при осуществлении вторичного права более ограничена, чем воля на совершение сделок¹.

Степень ограниченности воли в праве означает большую или меньшую степень определенности воли в праве. Чем более детально дано понятие субъективного права или вторичного права, тем более ограничена будет воля, которая является содержанием субъективного или вторичного права.

В соотношении с субъективным правом определенность вторичного права будет выше, чем определенность субъективного права, но лишь в части содержания вторичного права. Применительно к вторичному праву это означает, что будут описаны как правовые последствия осуществления вторичного права, так и конкретное правоотношение, на которое воздействует вторичное право.

Определенность содержания определяет волю и тем самым усиливает ее, иначе говоря, степень определенности влияет на ту самую императивность вторичного права. Психическое переживание власти (управомоченности) в вторичных правах достигает наивысшего предела.

¹ Учитывая понимание воли как предпосылки мыслительных процессов, об ограничениях воли непосредственно нормами права упоминается с условностью, потому что нормы права воздействуют на психику субъекта. Психика (рассудок) ограничивает волю. Проще говоря, происходит самоограничение воли.

Императивность в рамках вторичных прав коренным образом отличается от императивности административного права: властью снабжается частный субъект, вмешательства публичной власти не требуется.

Примечателен анализ волевого акта, проведенный А.Н. Леонтьевым¹. В качестве волевого акта подразумевался акт, который подчинялся определенной цели. Это применимо к вторичным правам. Далее указывалось, что волевой акт прежде всего должен происходить в условиях выбора. Применительно к вторичным правам выбор состоит в осуществлении либо неосуществлении права. В отношении вторичных обязанностей выбора не имеется. Вторичная обязанность выступает как приказ со стороны нормы объективного права. Дальнейшим признаком воли выделялось наличие препятствий, которые нужно преодолеть. Препятствием воли во вторичном праве или обязанности является наличие или отсутствие правоотношения, которое нужно либо прекратить или изменить, либо создать соответственно.

Следующей характеристикой воли выделяется ее осуществление в условиях полимотивации, т.е. при воздействии нескольких мотивов к действиям. Предпочтение мотивам к разным действиям (положительным или отрицательным) является волевым актом. Применительно к вторичным правам мотивы их не важны, между тем волевым актом будет признаваться только осуществление вторичного права. Неосуществление вторичного права не имеет никакой юридической сути, хотя бы и было мотивировано какой-либо целью.

Еще одним признаком является подкорковое происхождение воли. Воля готовит моторику движений (тонику), исток ее находится в бессознательном уровне. Между тем воля всегда интеллектуализирована, т.е. проходит через сознание (происходит фаза движения)². Ранее уже упоминались психические функции, выделяемые К.Г. Юнгом, и их взаимосвязь с волей. Здесь же следует отметить, что всякая норма права осмыслена и является продуктом разума всегда, поэтому только разумная воля может являться содержанием норм права и соответственно вторичных прав, субъективных прав и прочих средств правового регулирования, предоставляемых субъектам.

¹ Леонтьев А.Н. Воля // Вестник Московского университета. Сер. 14. Психология. 1993. № 2. С. 3–14.

² Леонтьев А.Н. Указ. соч.

Учитывая формирование всех психических процессов и воли в условиях времени и признавая волю ограниченной временным пределом, нужно отметить особенности этого предела для вторичного права. В.П. Грибанов рассматривал срок существования субъективных прав как срок действия этого права во времени¹. Но вторичные права существуют лишь применительно к правоотношению, они закреплены в нормах объективного права и не имеют срока существования. Осуществление вторичных прав носит практически мгновенный характер — достаточно лишь наличия представления о волеизъявлении (воле) в рамках осуществления вторичного права.

Также нужно отметить юридическую специфику воли. Воля при осуществлении вторичных прав имеет властный характер, предполагает подчинение этой воле одной стороны другой стороной, что по сути сближает эту волю с административно-правовым властным воздействием на субъекты со стороны государства при осуществлении властно-управленческой деятельности². Однако здесь необходимо произвести довольно простой анализ воли во взаимодействии с субъектами. В административном праве воля имеет линейную направленность: она исходит от властного субъекта (государства) и адресуется подвластному субъекту — один субъект полностью подчиняется воле другого субъекта. При осуществлении вторичных прав воля обладателя вторичного права расщепляется и воздействует на всех субъектов правоотношения, в том числе на обладателя вторичного права. Для лица, которое не обладает вторичным правом, волеизъявление обладателя вторичного права носит властный характер и требует подчинения. Для обладателя вторичного права воля в рамках вторичного права вызывает самоподчинение. Самоподчинение происходит потому, что воля в правоотношении качественным образом отлична от воли во вторичном праве. В правоотношении воля направлена на продолжение его существования, на исполнение существующих обязанностей и осуществление прав. Воля во вторичном праве противоположна — направлена на «слом», преобразование существующего правоотношения. Оба или более двух субъектов должны подчиняться этой воле во вторичном праве. Эти воззрения показывают, что вторичные права нельзя относить к административным велениям

¹ *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001. (Классика российской цивилистики.)

² *Братановский С.Н.* Административное право: Учебник. М.: Директ-Медиа, 2013. С. 43.

и актам индивидуального применения административного права, что является доказательством гражданско-правовой принадлежности норм, устанавливающих вторичные права.

ГЛАВА 4. СООТНОШЕНИЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ СЕКУНДАРНЫХ ПРАВ С ПРЕДМЕТОМ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА. МЕСТО СЕКУНДАРНЫХ ПРАВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ. СЕКУНДАРНЫЕ ПРАВА КАК ОСОБЫЙ СПОСОБ ВОЗДЕЙСТВИЯ НА ГРАЖДАНСКИЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ

Предмет правового регулирования отрасли права понимается как общественные отношения либо как поведение участников таких отношений¹. Воздействие норм права осуществляется на психику субъектов, т.е. воздействие на общественную действительность всегда опосредуется через психическую деятельность. В предмет правового регулирования входит не только само поведение участников правоотношения (в узком смысле), но и любое иное явление, так или иначе подпадающее под воздействие правовых норм. Н.И. Матузов верно вводит в структуру предмета помимо самих общественных отношений субъекты, объекты и социальные факты². Эти социальные явления при помощи права приобретают юридическую форму. Таким образом, предмет правового регулирования следует понимать достаточно широко, поскольку каждый из вышеназванных элементов будет обладать спецификой для каждой отрасли права.

Предмет (наряду с методом правового регулирования) является основанием деления системы права на отрасли.

Предмет гражданского права в самом упрощенном виде определен как имущественные отношения и неимущественные отношения³. Предмет гражданского права постоянно расширяется в современное время.

Относительно недавно в предмет гражданского права были включены корпоративные отношения⁴. Корпоративные отношения являются относительными и неимущественными по своему экономическому смыслу и фактически являются неимущественными обязательствами⁵.

¹ Долгополова М.В. О предмете правового регулирования // История государства и права. 2009. № 14. С. 42–46.

² Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2004. С. 314.

³ Гражданское право: Общая часть: Учебник. В 4 т. / В.С. Ем, Н.В. Козлова, С.М. Корнеев и др.; под ред. Е.А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2008. Т. 1. С. 71.

⁴ 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» // Собрание законодательства РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7627.

⁵ См.: Камышанский В.П., Карнушин В.Е. Указ. соч.

До законодательного введения в предмет правового регулирования гражданского права существовали различные воззрения относительно места корпоративных отношений в предмете гражданского права, однако большая часть мнений сводилась к тому, что корпоративные отношения составляли самостоятельный блок отношений, регулируемых подотраслью гражданского права – корпоративным правом¹.

Нужно сказать, что независимо от места корпоративных отношений в предмете гражданского права и дискуссиях о месте корпоративного права несложно все же убедиться в общественной сути корпоративных отношений. Иначе говоря, вопрос о том, что эти отношения являются предметом регулирования некоторого правового образования (отрасли гражданского права, подотрасли корпоративного права либо иной подотрасли гражданского права), сомнения не вызывал никогда.

Имущественные и неимущественные общественные отношения как предмет регулирования гражданского права имеют социальную структуру, которая определяет систему изложения гражданского законодательства, а также курсов по гражданскому праву.

Система изложения любого курса гражданского права всегда уделяет особое внимание субъектам гражданского права, объектам гражданского права, содержанию отношений, регулируемых гражданским правом, а также социальным фактам – юридическим фактам.

Из определения предмета видна его общая направленность – социальная действительность.

При рассмотрении вторичных прав было показано, что у вторичных прав при их осуществлении не выражена социальная сторона, что воздействие осуществляется на правоотношение. Иными словами, вторичные права не регулируют те отношения, которые входят в предмет регулирования гражданского права. Вторичные права регулируют правоотношения. Как известно, правоотношение в предмет регулирования не входит – оно, напротив, является уже результатом воздействия норм права и общественной действительности на психику².

Вторичное право стоит выше правоотношения и воздействует на правоотношение как на психическое явление. Вторичные права закрепляются в нормах права, но в то же время предоставляют субъектам ощущение власти и управомоченности. В предмете гражданского права не может быть найдено место никаким отношениям, подпа-

¹ Пахомова Н.Н. Цивилистическая теория корпоративных отношений. Екатеринбург: Налоги и финансовое право, 2005. С. 136.

² То же самое касается исполнения вторичных обязанностей.

дающим под регулирование норм, устанавливающих вторичные права. Направленность вторичных прав всегда одна – правоотношение. Происходит некоторое двойное регулирование. Нормы права, в соответствии с которыми протекает правоотношение, регулируют общественное отношение, делая его правовым, а вторичные права в дополнение к этому уже воздействуют на урегулированное нормами права общественное отношение.

Поэтому вопрос об осуществлении вторичных прав приобретает особое значение. Их осуществление должно иметь эффект на самом правоотношении, т.е. быть прежде всего направленным на идеальную, психическую сферу.

Поведенческий аспект, проявляющийся при осуществлении вторичных прав, играет лишь удостоверительную функцию, он лишь свидетельствует об осуществлении вторичного права.

Осуществление вторичных прав тем самым также не может соотноситься с предметом гражданско-правового регулирования и регулирования конкретной регулятивной гражданско-правовой нормой, в частности. В условиях отсутствия в современных научных подходах положений об ином, нежели социальном, предмете правового регулирования осуществление вторичных прав будет находиться вне предмета регулирования правовой отрасли. Выводом из таких положений является то, что нормы, закрепляющие вторичные права, не могут быть признаны регулятивными в общепринятом понимании понятия «регулятивная правовая норма».

Этот вывод также вытекает из структуры предмета правового регулирования. Не все элементы, входящие в предмет регулирования отрасли права, получают воздействие со стороны нормы права, устанавливающей вторичные права, в частности, не получает воздействия со стороны такой вторично-установительной нормы права поведение участников. Такие нормы имеют специфический объект – правоотношение. В отличие от правоотношений, которые запускаются в действие благодаря юридическим фактам, вторично-установительные нормы необязательно начинают действовать из-за юридических фактов (если не считать юридическим фактом нормативный акт (нормативный юридический факт), подобно тому, как считает С.А. Зинченко)¹. Они могут действовать в силу наличия самого правоотношения и простого закрепления их в законе.

Нормы, устанавливающие вторичные права, закрепляют их за субъектами. Субъекты – это единственное явление действительности,

¹ Зинченко С.А. Юридические факты в механизме правового регулирования. М.: Волтерс Клувер, 2007.

единственный элемент предмета регулирования, который получает воздействие со стороны норм, устанавливающих вторичные права.

Отсюда вытекает, что у норм, устанавливающих субъективные права, имеется своя определенная специфика, отличающая их от регулятивных норм права. Эта специфика не означает то, что вторичное право должно быть отнесено к охранительным правам, в пользу чего высказываются некоторые авторы¹. При выделении отличий вторичных прав от регулятивных в данном рассмотрении не понимается деление норм права по функциональному признаку на регулятивные и охранительные². Ведь оба функциональных вида норм (как охранительные, так и регулятивные) регулируют общественные отношения (через психику). Нормы, устанавливающие вторичные права, отличаются и от охранительных норм права. Отличие состоит прежде всего в том, что эти нормы права непосредственным образом поведение не регулируют. Они «регулируют» уже сам психический результат поведения и регулятивных (или охранительных) норм права — правоотношение.

Речь тем самым ведется о разных уровнях правового регулирования.

Эти нормы права располагаются на ином «уровне» правового регулирования. Они могут запустить, прекратить или изменить действие регулятивных правовых норм по желанию (волеизъявлению) субъектов, которым они предоставлены.

Нормы, устанавливающие вторичные права, обладают отличиями от норм права как социальных регуляторов общественных отношений (регулятивных норм права) (в силу направленности на идеальную сущность — правоотношение). Вместе с тем они обладают всеми признаками правовых норм — общеобязательность, установленность государством, формальная определенность и письменная (документальная) форма источников³.

В современных диссертационных исследованиях отмечено наличие основных и производных норм гражданского права⁴. Производность норм права — это их обусловленность регулятивными (охранительными) нормами права. Производность здесь означает не столько необходимость существования таких норм в силу существования норм регулятивных, сколько взаимную зависимость регулятивной нормы от нормы, устанавливающей вторичные права. Первичный характер все же следует придавать именно регулятивным нормам права, потому что

¹ Кравченко А.А. К вопросу об определении правовой природы вторичных прав.

² Матузов Н.И., Малько А.В. Указ. соч. С. 281.

³ Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2004. С. 246–251.

⁴ Карпова С.И. Нормы гражданского права: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

существование нормы, устанавливающей вторичное право, без соответствующей регулятивной нормы права невозможно. В таком случае у вторично-установительных норм права отсутствовал бы объект.

Производность норм права означает не что иное, как специфику воздействия на общественные отношения через правоотношения. Иначе говоря, нормы, устанавливающие вторичные права, показывают проявление метода правового регулирования гражданского права. Эта специфика метода правового регулирования гражданского права проявляется не повсеместно, напротив, вторичные права и соответствующие нормы, их устанавливающие, не являются широко распространенными в гражданском праве. Обратной стороной этой специфики является то, что только в рамках науки гражданского права рассматриваются данные права, потому что только в рамках гражданского права возможно существование вторичных прав.

Нормы, устанавливающие вторичные права, воздействуют на субъекты гражданских правоотношений, т.е. эти нормы определяют правовой статус субъектов гражданских правоотношений. Определение правового статуса субъектов является признаком метода правового регулирования любой отрасли права¹. Отсюда вытекает то, что наличие вторичных прав в гражданском праве является особенностью метода гражданско-правового регулирования.

Как отмечалось ранее, вторичные права нельзя признать способностями, придаваемыми правом физическому или юридическому лицу (правоспособность и дееспособность)². Применительно к методу правового регулирования это означает то, что если правоспособность и дееспособность являются общими предпосылками правоотношения и соответственно общими характеризующими признаками метода гражданско-правового регулирования, то вторичные права как специфическое проявление метода проявляются только в случае с каждым конкретным правоотношением и соответственно с субъектами конкретного правоотношения.

В.А. Микрюков и Г.А. Микрюкова выделили следующие черты метода гражданско-правового регулирования: преимущественная дозволенность (правонаделение), преимущественная диспозитивность, основанность на применении абсолютно-определенных норм, гармонизирующая функциональная направленность метода³. Специфика метода правового регулирования определяет специфику

¹ Губарева А.В. К вопросу о дискуссии о методе правового регулирования // Юридический мир. 2014. № 1. С. 69–72.

² Нечаева А.М. Субъекты гражданского права / Отв. ред. Т.Е. Абова. М., 2000. С. 6.

³ Микрюков В.А., Микрюкова Г.А. О методе гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 1. С. 161–166.

норм гражданского права, в каждой из которых проявляется метод гражданско-правового регулирования.

Эти черты касаются и вторичных прав. Вторичные права несут разрешительный характер. Здесь конечно же выявляется отличие вторичных прав от вторичных обязанностей, но ранее было показано, что неисполнение вторичной обязанности не обеспечивается нормативной санкцией, что означает проявление несколько рекомендательного характера вторичных обязанностей. Это говорит в пользу разрешительности метода правового регулирования в применении не только к вторичным правам, но и к вторичным обязанностям.

Преимущественная диспозитивность применительно к вторичным правам не проявляется. Более того, следует признать, что применительно к вторичным правам речь идет о высшей мере императивности. Эти нормы права существуют только на уровне нормативного акта. Крайне редкими являются случаи, когда вторичное право или обязанность устанавливается договором. Один из таких случаев предусмотрен п. 2 ст. 310 ГК РФ, предусматривающим односторонний отказ от исполнения или изменение условий обязательств, связанных с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности.

Абсолютная определенность норм применяется к нормам, устанавливающим вторичные права в равной мере, как и к любым другим нормам права, что отличает нормы права от моральных предписаний, которые не обладают таким уровнем определенности.

Что касается гармонизирующей направленности метода, то нормы о вторичных правах вносят определенную дисгармонию в правоотношения. Реализация вторичных прав может привести к прекращению правоотношения, может его изменить, что не всегда соответствует сбалансированности интересов обеих или нескольких сторон правоотношения. Нормы права, устанавливающие вторичные права, обязаны своим существованием законодателю, который, основываясь на изучении сфер общественной жизни, определяет, в каком случае какой-либо стороне нужно предоставить вторичное право с целью уравнивания интересов сторон, защиты более слабой стороны, предоставления привилегий, поощрений или в прочих целях, не вытекающих из содержания правовых норм.

При рассмотрении преимущественной разрешительности метода гражданского права В.А. Микрюков и Г.А. Микрюкова говорят о правонаделении. Но правонаделение в профильном диссертационном исследовании О.Г. Ломидзе понимается как установление субъективного права одного лица (правоприобретателя) в отношении социаль-

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

ного блага, принадлежащего либо до этого момента принадлежавшего в качестве объекта гражданского субъективного права другому лицу (первоначальному правообладателю). Данное понятие служит синтезирующим началом, обеспечивающим всестороннее исследование способов приобретения гражданского права, соответствующих отмеченным признакам¹. Применительно к вторичным правам нельзя говорить об их отчуждаемости и передаваемости, следовательно, о наделении этими правами. Эти права сами по себе неотчуждаемы, они следуют за правоотношением. Они возникают у субъекта в силу того, что он является участником определенного правоотношения.

Помимо выделенных особенностей метода гражданско-правового регулирования В.Ф. Яковлев добавляет также то, что метод характеризуется равенством участников². Здесь снова наблюдается отличие в наделении субъектов вторичными правами. Субъект, обладающий вторичным правом, ставится в неравное положение по сравнению с субъектом, который таким правом не обладает, причем это неравенство ничем не компенсируется. Законодательством предусматриваются лишь частные случаи компенсации неравного, привилегированного положения обладателя вторичного права — например, установление пределов осуществления вторичного права, недавно введенное правило эстоппель при оспаривании сделок.

Равенство в гражданском праве характеризуется координационными отношениями, т.е. отсутствием отношений власти и подчинения. Но в вторичном праве происходит обратное: влияние на гражданское правоотношение со стороны обладателя вторичного права вынуждает другую сторону повиноваться обладателю вторичного права, что выражается в изменении самого существа правоотношения — его возникновении, изменении и прекращении. Такое подчинение является проявлением субординации и неравенства субъектов.

Юридическое равенство диктуется экономическими отношениями, строящимися в условиях рыночной экономики на началах эквивалентности. Вторичное право не имеет никакой экономической первоосновы, что и предопределяет невозможность того, чтобы оно диктовалось экономическими отношениями. Вторичное право создается «сверху» подобно любому административно-правовому велению. Наличие вторичных прав в праве диктуется иными, нежели экономическое равенство, положениями. Экономическое положение лишь побуждает законодателя вводить те или иные вторичные права

¹ Ломидзе О.Г. Правонаделение в гражданском законодательстве России: Дис. ... докт. юрид. наук. Ростов н/Д, 2003.

² Яковлев В.Ф. Избранные труды. Т. 2: Гражданское право: история и современность. Кн. 1. М.: Статут, 2012. С. 315.

в закон. Вторичные права могут вносить неравенство в отношения, которые экономически являются равными, могут, напротив, способствовать экономическому равенству отношений, которые равными не являются. Иначе говоря, цель существования вторичных прав, закрепленных в нормах права, определяется прежде всего интересами обладателя вторичного права, а также потребностями публичного правопорядка. В гражданском законодательстве требуются нормы права, позволяющие властным распоряжением субъекта изменить суть экономического бытия. Редким является случай, когда установление вторичных прав предоставляется самим сторонам правоотношения.

Метод правового регулирования образует саму форму права, внешнее выражение содержания – предмета правового регулирования¹.

Отличительные проявления метода правового регулирования при придании формы правового регулирования вторичных прав выделяются из общегражданского метода правового регулирования и позволяют судить о наличии элементов административно-правового метода, однако, как было ранее показано при анализе воли, отличие воли во вторичных правах не должно приводить к отнесению норм, устанавливающих вторичные права, к административному праву. Кроме того, имеется еще одна особенность административных элементов во вторичных правах. Административный метод в административном праве – это его основа, созданная самим государством (властью) и оформляющая существо административного права. Во вторичных правах властное воздействие воли носит фрагментарный характер. Фрагментарный характер вторичных прав означает, что законодатель не придает этому элементу метода правового регулирования гражданского права основное значение. Вторичные права разбросаны по различным нормам и институтам гражданского права, что означает не основной и не системообразующий их характер.

Отсутствие законодательной системы вторичных прав обосновано и отсутствием общей части этой системы. Синергетика как новейшая наука, посвященная изучению систем, предполагает изучение закономерностей существования системы и взаимодействия внутрисистемных элементов, по утверждению Г. Хакена, управляющих параметров². Такие параметры в праве означают наличие общей части системы. Общая часть гражданского права – это отличительная черта пандектной системы права, между тем в отношении вторичных прав такая общая часть отсутствует. Поэтому верным будет утверждение о том,

¹ Яковлев В.Ф. Указ. соч. С. 314.

² Хакен Г. Можем ли мы применять синергетику в науках о человеке? // http://sbiblio.com/biblio/archive/haken_mojem/.

что вторичные права в методе гражданско-правового регулирования имеют вспомогательный характер.

Располагая вторичные права в качестве проявлений метода гражданско-правового регулирования, следует отметить, что метод гражданского права также не может иметь особой системы построения в законодательстве. Относительно скромное указание на основы метода гражданского права имеются в п. 1 ст. 2 ГК РФ, указывающем, что отношения регулируются на основе равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

Все эти указания касаются лишь отношений, регулируемых нормами права, и не могут быть применены к вторичным правам.

Тем не менее вторичные права имеют особое значение для метода регулирования общественных отношений. Они являются элементом саморегулирования гражданского права. Указывалось, что вторичные права, как правило, лишены принудительного воздействия и через суд можно требовать лишь последствий их осуществления. В этом и проявляется основной принцип метода гражданского права в части закрепления вторичных прав в нормах права: воздействие на общественные отношения осуществляется самими субъектами гражданского права. Властные, административные функции снабжаются частным субъектам права, которые в гражданских правоотношениях властью не наделены. Это принципиальное отличие вторичного права как элемента метода гражданского права, а не как элемента метода административного права.

Законодательное построение системы вторичных прав возможно только после определения перечня действующих вторичных прав в действующем гражданском законодательстве.

Теоретически, основываясь на подчиненной субъективным правам и обязанностям природе вторичных прав, предварительно классифицировать вторичные права можно на охранительные и регулятивные, т.е. в зависимости от того, к каким правоотношениям приращены вторичные права — регулятивным или охранительным.

В своей работе Э. Зеккель указывал на эффект осуществления вторичных прав, возникающий *ex nunc* (т.е. с момента осуществления) и *ex tunc* (т.е. с прошлых времен)¹. Возможность такой классификации должна быть проверена на основании существующих норм российского гражданского права. Примером эффекта, оказывающего влияние на прошлые правоотношения, является случай отказа от наследства после его принятия. Далее по эффекту осуществления Э. Зеккель вторичные права разделил на те, которые имеют вещный эффект (прямой,

¹ Зеккель Э. Указ. соч.

воздействующий на вещь) и непрямо́й (опосредованный обязательством). Согласно принятому подходу данную классификацию по эффекту осуществления следует отвергнуть, потому что признано, что эффект всегда имеет воздействие на сферу правоотношения, а не на вещь и не на само отношение.

Секундарные права не следует классифицировать по отраслям права — представляется правильным отнести данный феномен исключительно к гражданскому праву, т.е. это внутриотраслевое явление. Все же теоретические постулаты о вторичных правах позволяют отвести особое место разработкам общей теории вторичных прав вне отраслевых наук, однако таким постулатам в любом случае придется черпать основы из науки гражданского права.

Вполне возможной выглядит классификация вторичных прав в зависимости от деления правоотношений по кругу участников: вторичные права могут быть причастны к абсолютным правоотношениям или относительным.

В качестве итога можно указать, что вторичные права в гражданском законодательстве являются особыми проявлениями императивности метода гражданско-правового регулирования, не образуют собственной системы и разбросаны по различным институтам гражданского права.

ГЛАВА 5. ЗАКРЕПЛЕНИЕ СЕКУНДАРНЫХ ПРАВ В НОРМАХ ПРАВА

Традиционный подход к структуре правовой нормы повествует о том, что она состоит из трех обязательных элементов: гипотезы, диспозиции и санкции¹.

Регулирование общественных отношений и соответственно воздействие на психику осуществляются диспозицией правовой нормы. Диспозиция правовой нормы устанавливает модель должного или возможного поведения сторон.

Два остальных элемента получают свою связь с диспозицией правовой нормы. Первый элемент – гипотеза предшествует диспозиции, второй логически следует за диспозицией.

В области поведения это означает, что норма будет регулировать то, что указано в диспозиции, лишь в том случае, если свершится то, что указано в гипотезе. Соответственно санкция предусматривает последствия совершения поведения, указанного в диспозиции.

А.В. Астанин в своем диссертационном исследовании пришел к выводу о том, что только система из этих трех элементов может образовать правовую норму².

Гипотеза правовой нормы закрепляет то, что в науке со времен Ф.К. фон Савиньи именуется юридическим фактом³. Закрепление получает идеальная модель юридического факта⁴.

По своей логике ни правоотношение не может возникнуть (измениться, прекратиться) без юридического факта, ни сам юридический факт не может выступить в виде отношения, которое бы получило правовое регулирование через психику субъекта.

Именно здесь и возникает сложность нормативного закрепления секундарных прав. По своему назначению они должны запускать правоотношение, т.е. приводить в действие диспозицию правовой нормы. В то же время они не являются тождественными юридическим фактам, потому что в законодательстве они именуется «правами» и реализуются только из-за волеизъявления субъекта. По этой причине ранее указывалось, что секундарные права закрепляются в диспозициях правовой нормы с учетом того, что содержанием секундарного права являются только воля и поведение, свидетельствующее о наличии такой воли.

¹ Матузов Н.И., Малько А.В. Указ. соч. С. 272.

² Астанин А.В. Гипотеза как элемент правовой нормы: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004.

³ Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. II. С. 212.

⁴ Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. М.: Юрид. лит., 1984. С. 6.

Однако вторичное право, как и юридический факт, направлено на правоотношение. Правоотношение выступает целью вторичного права. Применительно к правовым нормам это означает, что вторичное право направлено на реализацию диспозиции регулятивной или охранительной правовой нормы, т.е. по своей логике должно закрепляться гипотезой правовой нормы.

В отличие от правоотношения, которое в социальной действительности представлено как общественное отношение, вторичное право лишено какого-либо действительного социального содержания. Их закрепление в праве соотносимо с юридическими фактами, однако в отличие от юридических фактов, где первоочередное значение принадлежит именно самому событию, действию в действительности, вторичное право имеет обратный эффект – внешние события лишь свидетельствуют о воле, которая выступает единственным содержанием вторичного права.

Из изложенного видно, что вторичное право закрепляется в правовых нормах в виде гипотезы, сформулированной как диспозиция.

Иными словами, структурно-логическая модель вторичного права является гипотезой правовой нормы, но содержательно модель формулируется как диспозиция.

Многим вторичным правам предшествуют собственные юридические факты: для состояния вторичной управомоченности не всегда достаточно лишь веления законодателя, зачастую требуется определенное поведение субъектов или свершение определенных событий. Иначе говоря, у диспозиции должна быть своя гипотеза. В связи с этим выделяется довольно сложная причинно-следственная цепочка: юридический факт – вторичное право – субъективное право – последствия реализации правоотношения.

Последствием реализации вторичного права является измененное, прекращенное или возникшее правоотношение, т.е. по этой логике правоотношение выступает как санкция «правовой нормы, устанавливающей вторичное право», что применительно к традиционной структуре нормы права является бессмысленным, поскольку санкция понимается как результат поведения, смоделированного в диспозиции (в конечном счете правоотношения).

Отсюда видно, что традиционная структура правовой нормы не может быть технически наложена на вторичные права. Модели вторичных прав лишь формально закрепляются гипотезами правовых норм. По своему содержанию модель вторичного права ближе всего подходит к традиционному пониманию диспозиции правовой нормы.

В монографическом исследовании используется понятие «нормы, закрепляющие вторичные права», однако из приведенного анализа видно, что указанная терминология довольно условна и правильнее говорить лишь об элементах правовых норм, закрепляющих вторичные права.

Узнайте стоимость написания студенческой работы на заказ
<http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml>

РАЗДЕЛ 2

РАЗНОВИДНОСТИ СЕКУНДАРНЫХ ПРАВ В ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Вернуться в каталог учебников
<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

Узнайте стоимость написания студенческой работы на заказ
<http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml>

Вернуться в каталог учебников
<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

ГЛАВА 1. СЕКУНДАРНЫЕ ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ В АБСОЛЮТНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Абсолютные правоотношения в гражданском праве являются результатом нормирования как имущественных, так и неимущественных отношений. Выделение в рамках абсолютных правоотношений имущественных и неимущественных правоотношений в некоторой мере условно и используется в целях удобства классификации. Правоотношение носит неимущественный характер, поскольку оно идеально и существует лишь в психике человека. Следуя позитивному гражданскому законодательству, имущественными правоотношениями можно признать такие правоотношения, которые связаны с представлениями об имуществе, а неимущественными правоотношениями – те, которые не связаны с представлениями об имуществе.

Абсолютный характер правоотношений заключается в наличии лишь одного определенного субъекта, которому противостоит постоянно меняющийся неопределенный круг лиц. Неопределенность круга лиц следует понимать как юридическое безразличие определенности. Сам неопределенный круг лиц можно понимать в качестве особого субъекта, который никогда не определяется в правовых нормах, но в области действительности представлен постоянно меняющимся кругом определенных участников.

Модальные средства правового опосредования (субъективное право или субъективная обязанность) могут быть представлены в двух вариациях: определенный субъект будет управомоченным или обязанным. Соответствующим образом неопределенный круг лиц будет обязанным или управомоченным.

Абсолютные правоотношения, в которых определенный субъект является обязанным, являются крайне редким явлением. Сама по себе постановка задачи поиска таких правоотношений в гражданском праве наталкивается на доктринальные противоречия с предметом и методом гражданского права. Управомоченность неопределенного круга лиц означает наделение правами такого неопределенного субъекта. Предпосылкой таких прав является интерес неопределенного круга лиц. Интерес неопределенного круга лиц является ничем иным, как публичным интересом. В связи с этим такие отношения не следует рассматривать в рамках доктрины гражданского права. Примером служат правоотношения, связанные с публичными сервитутами, в том числе земельными. В частности, ст. 23 ЗК РФ определяет порядок и цели установления публичных сервитутов. Из анализа целей

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

установления публичных сервитутов видно, что публичный сервитут предоставляет возможность определенного активного поведения неопределенному кругу лиц – пользование земельным участком. С долей условности из норм гражданского права видно, что нормирование направлено на регулирование активного поведения и в этом смысле публичный сервитут представляет собой гражданско-правовой институт. С другой стороны, однозначно то, что удовлетворяемый публичным сервитутом интерес является публичным. Поэтому более верным все же следует признать то, что публичные сервитуты, равно как и другие абсолютные правоотношения с определенным обязанным субъектом, в науке гражданского права не должны рассматриваться.

Правоотношения с определенным управомоченным субъектом и неопределенным кругом обязанных лиц широко представлены в гражданском праве (право собственности, исключительное право, личные неимущественные правоотношения и некоторые другие).

§ 1. Вторичные права в абсолютных имущественных правоотношениях

Имущественное абсолютное правоотношение представлено прежде всего правом собственности. Право собственности является правоотношением, которое отличается полнотой и большим объемом своего содержания. Содержание права собственности раскрыто в ст. 209 ГК РФ и состоит из прав владения, пользования и распоряжения имуществом – собственнических правомочий. Будучи составляющими целого субъективного права, правомочия собственника существуют как бы «внутри» права собственности, они его части, именно поэтому правомочия права собственности нельзя относить к вторичным правам. Часть подчиняется тем же самым законам, что и целое, т.е. правомочие соотносимо с самим субъективным правом, в которое оно входит. Вторичное право, как ранее было показано, обладает спецификой, отличной от субъективного права и, стало быть, отличной от правомочия (составной части субъективного права). Основным догматическим постулатом следует признать то, что вторичное право должно существовать вне самого правоотношения и вытекать из закона.

Исходя из того, что вторичные права всегда влияют на динамику правоотношения, законодательное построение материала в ГК РФ предопределяет возможное расположение вторичных прав среди юридических фактов. В этом смысле стройностью построения отли-

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

чаются положения о праве собственности и других вещных правах (разд. II ГК РФ). В разд. II ГК РФ гл. 14 и 15 посвящены именно основаниям возникновения и прекращения права собственности. Правовые последствия юридического факта и осуществленного секундарного права, как известно, схожие – динамика правоотношения.

Прежде чем переходить к поиску и последующему анализу секундарных прав в правоотношении собственности, следует вкратце остановиться на понятии права собственности. Подробное его освещение невозможно в рамках исследования, посвященного секундарным правам.

Право собственности является самым первым из субъективных прав. Именно оно служит основой построения теорий о субъективных правах, в частности теории субъективных прав, провозглашающей субъективное право мерой возможного поведения¹. Право собственности и экономически, и хронологически, и логически предшествует всяким правам. Абсолютный характер собственности выкладывает основу для всех вообще правоотношений. Именно абсолютный характер права собственности служит почвой для теорий, которые предполагают возможность существования субъективных прав вне правоотношений, что в общем-то не является неверным в свете принимаемых в соответствующих исследованиях методологических установок². Такие теории, конечно, неуместны в случае понимания правоотношения как идеальной правовой конструкции (принятый в исследовании подход). В свете принятого подхода абсолютность права собственности не является такой абсолютной хотя бы в силу наличия законодательно установленных пределов у права собственности³. Более того, особенности человеческой психики не позволяют мыслить бесконечность, абсолютность, безграничность. Право собственности не является исключением: абсолютность права собственности наблюдается только в сравнении с другими субъективными правами⁴. С философских позиций право собственности далеко не абсолютно. Тем не менее в правовой науке абсолютность права собственности накладывает свой отпечаток и позволяет рассматривать право собственности как первое, основное, независимое

¹ См., к примеру: *Скловский К.И.* Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010.

² *Щенникова Л.В.* Вещное право: Учебное пособие. Пермь: Изд-во Пермского университета, 2001. С. 65, 66.

³ *Камышанский В.П.* Пределы и ограничения права собственности: Монография. Волгоград: Волгогр. акад. МВД России, 2000. С. 9, 10.

⁴ *Маттеи У., Суханов Е.А.* Основные положения права собственности. М.: Юристь, 1999. С. 116–117.

и исключительное. Абсолютный характер права собственности проявляется прежде всего в сравнении его с другими субъективными правами.

Вторичные права при возникновении права собственности. Первоочередность, исключительность и абсолютность права собственности делает на первый взгляд невыносимыми доводы о возможности возникновения правоотношения (права) собственности в силу некоего вторичного права. Например, такое основание возникновения права собственности, как римское *occupatio* (завладение), по своей сути является юридическим фактом, но не является действием по осуществлению вторичного права¹. Завладение безусловно приводит к возникновению права собственности, но это не осуществление вторичного права. В случае с завладением совершенно безразлично одностороннее волеизъявление оккупанта, не может идти речь о том, что это являлось бы осуществлением вторичного права.

То же самое касается и многих других оснований возникновения права собственности — большинство из этих оснований безусловны и представляют собой простую связь неюридической действительности с правоотношением собственности, хронологически разделяемых юридическим фактом. В ГК РФ, в частности в гл. 14, нет ни одной нормы права, прямо закрепляющей вторичное право. Было бы странным увидеть статью, буквально содержащую следующие положения: «Лицо, изготовившее или создавшее для себя вещь с соблюдением закона и иных правовых актов, вправе приобрести право собственности на нее». Такое право можно было бы квалифицировать как вторичное право, однако п. 1 ст. 218 ГК РФ не содержит указаний ни на какие права, кроме самого права собственности.

Интерес, однако, представляет ст. 222 ГК РФ. Пункт 1 названной статьи устанавливает понятие самовольной постройки, п. 2 указывает на то, что право собственности на самовольную постройку с момента возведения не возникает.

Пункт 3 ст. 222 ГК РФ (в ред. Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 258-ФЗ²) устанавливает условия, при которых на самовольную постройку может быть признано право собственности

¹ Римское частное право: Учебник / В.А. Краснуцкий, И.Б. Новицкий, И.С. Перетерский и др.; под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М.: Юристъ, 2004. С. 198.

² Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 258-ФЗ «О внесении изменений в статью 222 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и Федеральный закон «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2015. 16 июля. № 154.

судом. Для исследования, посвященного секундарным правам, первоочередную важность приобретают не условия признания права собственности на самовольную постройку, а сам факт признания и момент возникновения права собственности на самовольную постройку. Таким фактом служит иск о признании права собственности на самовольную постройку, вернее, решение суда об удовлетворении такого иска.

В начале XX в. было доказано, что иски о признании выполняют функцию подтверждения правоотношения¹. Относительно самовольной постройки это могло бы означать, что право собственности на нее существует и без признания судом в силу наличия условий, указанных в п. 3 ст. 222 ГК РФ. Между тем из норм закона это не вытекает.

Всякий иск имеет как материально-правовую, так и процессуально-правовую природу. Процессуальная природа иска здесь не рассматривается, потому что это предмет ведения другой юридической дисциплины.

Право на иск в материальном смысле, по указанию М.А. Гурвича, является самым субъективным правом в состоянии боевой готовности². Без иска у этого права (собственности на самовольную постройку) нет сущностной черты – возможности осуществления.

М.А. Гурвич дал весьма примечательное определение права на иск в материальном смысле как гражданского субъективного права в том состоянии, в котором оно способно к принудительному в отношении обязанного лица осуществлению. Далее добавлено, что способность права приходить в это состояние присуща всякому гражданскому субъективному праву³. Эта способность прежде всего обусловлена пассивным основанием на иск – фактами, вызывающими переход «слабого» права в «боевое» состояние, в состояние права на иск.

Представляется верным, что это не просто факты. Для такого преобразования материального права требуется властное волеизъявление и совершается оно исключительно по желанию лица – обладателя субъективного права (в слабом состоянии). Такое волеизъявление является проявлением ничего иного, как секундарного права.

В этой части виден преобразовательный характер секундарного права – оно качественным образом меняет правоотношение, превращает его из «слабого» в «сильное», обеспеченное поддержкой государства.

¹ Гордон В.М. Иски о признании (часть первая) // Вестник гражданского права. 2013. № 6. С. 190–246.

² Гурвич М.А. Право на иск. М.; Л., 1949. С. 142.

³ Там же. С. 145.

Такое преобразование теснейшим образом связано с понятием права на защиту, потому что право на защиту права по своему существу есть право принудительной реализации существующего субъективного права. В.П. Грибанов указал, что правомочие на защиту субъективного права является составной частью всякого субъективного права и включает в себя три возможности: возможность самозащиты (использования средств принудительного воздействия на правонарушителя собственными фактическими действиями), возможность самостоятельного использования мер юридического характера (мер оперативного воздействия) и возможность обратиться к компетентным органам за защитой своего права¹.

Объединив первые две возможности в одну, А.П. Сергеев образовал неюрисдикционную форму защиты прав. Право на обращение к компетентным органам было выделено в юрисдикционную форму защиты прав. Таким образом, было выделено две формы защиты прав – юрисдикционная и неюрисдикционная². Обе формы защиты прав являются с идеалистической точки зрения принудительной формой реализации прав. Количественных преобразований в правоотношениях не происходит, т.е. дополнительных правомочий, обязанностей не возникает, таким же образом не происходит каких-либо добавлений к другим элементам структуры правоотношения.

Между тем видно, что выделяемые формы защиты различаются между собой качественным образом. Юрисдикционная форма действительно сильнее и убедительнее для участников гражданских правоотношений. Такие убедительность и сила не могут возникнуть из ничего или просто из факта, напротив, преобразование из неюрисдикционной формы в юрисдикционную возможно только по властному волеизъявлению лица. Именно такое волеизъявление является вторичным правом.

Гражданское правоотношение, существующее в неюрисдикционной форме, лишь в том случае может получить юрисдикционную форму своего существования, если на то будет одностороннее властное волеизъявление, которое должно расцениваться как вторичное право. Такое изменение правоотношения не означает межотраслевой скачок из области гражданского права в область гражданского процесса, поскольку гражданский процесс регламентирует лишь процессуальные отношения (форму реализации гражданских прав). Это изменение правоотношения касается именно психической сферы,

¹ См.: Грибанов В.П. Указ. соч.

² Гражданское право: Учебник. В 3 т. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2003. С. 337.

т.е. субъективное право уже существует в психике с дополнительной уверенностью и убежденностью в его существовании и поддержке государства. Иначе говоря, изменения происходят и в материально-правовом правоотношении за счет его усиления.

Основа всех вышеизложенных воззрений заложена в принципе диспозитивности в гражданском праве. Принцип диспозитивности в гражданском праве является связующим звеном между гражданским правом и процессом. Он является межотраслевым. По указанию процессуалистов, принцип диспозитивности в гражданском процессе предопределяется диспозитивностью в гражданском праве¹. Анализ диспозитивности проводится известными учеными. Принцип диспозитивности — это движущая сила осуществления гражданских прав². В последнее время верно было подчеркнuto, что принцип диспозитивности, как и всякий другой гражданско-правовой принцип, является составляющей чертой метода гражданско-правового регулирования³.

Если признать правовой принцип диспозитивности составляющей частью метода гражданского права, то предыдущий анализ убедительно и дополнительно доказывает место вторичных прав в методе гражданско-правового регулирования. Этот доказательный анализ выходит за пределы непосредственного рассмотрения признания права собственности на самовольную постройку и имеет общетеоретическое значение.

Возвращаясь к проблематике самовольной постройки и возникновению правоотношения собственности, в отношении последней следует отметить, что ранее было высказано воззрение о том, что отношения по владению самовольной постройкой являются беститульным владением⁴. В связи с этим важно то, что при помощи властного волеизъявления (права на иск в материальном смысле) происходит преобразование беститульного владения в право собственности. И это происходит при помощи вторичного права. Нагляднейшим образом это видно на примере самовольной постройки — здесь не просто происходит усиление субъективного права при помощи вторичного права, но происходит само возникновение права собственности —

¹ См.: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец-издат, 2003. С. 77; Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Проспект, 2004. С. 52; Гражданский процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова. 5-е изд., доп. и перераб. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 45; *Воронов А.Ф.* Гражданский процесс: эволюция диспозитивности. М.: Статут, 2007. С. 103.

² *Вавилин Е.В.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 291.

³ См.: *Камышанский В.П., Карнушин В.Е.* Указ. соч.

⁴ *Карнушин В.Е.* Беститульное владение и его защита. М.: Статут, 2015. С. 104.

преобразование беститульного владения в право собственности: при помощи вторичного права происходит возникновение правоотношения.

Преобразование «неправа» в «право» — отличительная черта исков о признании права вообще. В ст. 12 ГК РФ такой способ защиты права, как признание права, стоит на первом месте. Этот способ защиты является самым типичным для права собственности и других вещных прав, однако исключать его применение для других прав, в том числе обязательственных, не следует¹.

Правильнее полагать, что в обязательственных правах наиболее частыми являются иски о присуждении, в то время как абсолютные права защищаются с помощью исков о признании права. Процессуалистами в отношении этого указывается на неправильность использования исковой формы защиты права². Для материального права совершенно безразлично, в какой процессуальной форме будет происходить защита материального права. Важен лишь преобразовательный характер любого обращения в компетентный орган (суд).

В материальном праве такое обращение является вторичным правом. При этом вторичным правом не является само право на защиту. Вторичное право стоит как бы «над» правом на защиту — оно позволяет лицу выбрать форму защиты права, меры защиты права.

Это положение в полной мере применимо и к случаю трансформации беститульного владения в право собственности. Вторичное право находится как вне правоотношения собственности, так (что очевидно) и вне фактического отношения беститульного владения. Реализация вторичного права имеет своим эффектом возникновение правоотношения собственности.

Статья 222 ГК РФ в этом плане уникальна, поскольку нигде больше в гл. 14 ГК РФ не содержится правил, подобных следующему: «Право собственности на самовольную постройку может быть признано судом».

Например, ст. 234 ГК РФ хотя бы и предполагала судебную форму защиты права (признание права собственности в силу приобретательной давности), тем не менее из буквального толкования ее текста вытекает то, что право собственности возникает в силу ряда юридических фактов, ни один из которых не является осуществлением вторичного права.

¹ Латыпов Д.Н. Особенности признания права как способа защиты гражданских прав // Журнал российского права. 2013. № 9. С. 60–71.

² Кузнецова Л.В. Некоторые вопросы признания права как способа защиты гражданских прав // Право и экономика. 2004. № 11. С. 5–15.

В силу неразвитости законодательства о вещных правах на современном этапе развития ГК РФ говорить о вторичных правах в ограниченных вещных правах не приходится, поскольку полноценное регулирование вещных прав в настоящее время в законодательство не введено, несмотря на принятие Концепции развития гражданского законодательства еще в 2009 г.¹

Некоторого внимания в свете монографии заслуживает правомочие распоряжения, входящее в состав права собственности и отдельных вещных прав. Правомочие распоряжения отличается от всех остальных правомочий, включаемых в триаду, тем, что в данном правомочии заложено больше всего юридического свойства.

Правомочие распоряжения имеет прежде всего своим объектом не саму вещь, а право, в которое оно входит. В таком понимании воззрение К.И. Скловского о том, что «владение, равно как пользование или распоряжение, — это те или иные материальные действия, факты. Скажем, отчуждение, выступающее как обычный вид распоряжения, — это один факт (точнее, состав), а уничтожение вещи (тоже распоряжение) — другой», выглядит игнорирующим юридическую сферу правоотношений². Правомочие распоряжения состоит в возможности воздействовать на правоотношение собственности, именно в этом его суть. В связи с этим можно признать, что оно обладает признаками вторичности. Тем не менее данная вторичность настолько глубоко укрыта в существо права собственности, что на нее не обращается внимания. В отличие от всех остальных вторичных прав, которые устанавливаются законодателем как самостоятельные и стоящие вне и над правоотношениями, правомочие распоряжения заложено в само существо права собственности. Именно оно позволяет вводить вещи в оборот, выводить их из оборота, это наиболее мягкое из вторичных прав. Правомочие распоряжения плавно вошло в состав права собственности за счет исторического развития последнего. Чем выше степень распорядительных правомочий права собственности, чем меньше ограничений этого правомочия установлено в законодательстве, тем выше уровень свободы в праве собственности вообще, тем выше уровень вторичности.

Ранее была высказана идея о том, что вторичные права предоставляют высокий уровень императивной власти участникам

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

² Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. С. 204.

правоотношений и выглядят чрезмерно жесткими для гражданского права, но в праве собственности за счет его исторического развития правомочие распоряжения как вторичное правомочие настолько укоренилось в сознании людей, что уже вовсе не воспринимается как некий высокий уровень власти над правоотношением собственности, в которое оно входит. Поэтому даже предполагается то, что правомочие распоряжения касается самих вещей и направлено на фактическую сферу. Правомочие распоряжения представляет собой вторичное право, имеющее вещный эффект. Оно не требует никакого особого порядка осуществления, в том числе судебного. Как ранее указывалось, свойство вторичных прав, имеющих опосредованный вещный эффект, состоит в том, что они осуществляются в судебном порядке.

Возможно, длительное повторение некоторых вторичных прав в законодательстве может привести к аналогичным результатам: вторичные права будут восприниматься как существо самих субъективных прав, как составной их элемент. Однако пока об этом говорить не следует. Имеется лишь одно такое право, в которое воистину имплементировано право вторичное, — право собственности.

Вторичные права при прекращении права собственности. Основания прекращения права собственности предусмотрены в ст. 235 ГК РФ. Помимо перечисленных юридических фактов имеется понятие отказа от права собственности, которому специально посвящена ст. 236 ГК РФ. Абзац 1 ст. 236 ГК РФ буквально имеет следующее содержание: «Гражданин или юридическое лицо может отказаться от права собственности на принадлежащее ему имущество, объявив об этом либо совершив другие действия, определенно свидетельствующие о его устранении от владения, пользования и распоряжения имуществом без намерения сохранить какие-либо права на это имущество». Формулировка «может отказаться» явно свидетельствует о правовой возможности, при этом из текста абзаца вытекает, что такая возможность влечет прекращение права собственности, т.е. преобразования в правовой сфере. Это свидетельствует о том, что в абз. 1 ст. 236 ГК РФ имеется вторичное право.

Между тем картину наличия вторичного права в абз. 1 ст. 236 ГК РФ на первый взгляд перечеркивает абз. 2 данной статьи. Согласно абз. 2 упомянутой статьи «отказ от права собственности не влечет прекращения прав и обязанностей собственника в отношении соответствующего имущества до приобретения права собственности на него другим лицом».

Относительно данной статьи и противоречивости абз. 1 и 2 возникло несколько воззрений в современных исследованиях, посвященных

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

праву собственности. К.И. Скловский в своей работе указывает, что механизм прекращения права собственности в связи с односторонними сделками (волеизъявлениями) в российском гражданском праве отсутствует¹.

Связано это именно с оговоркой сохранения прав и обязанностей после отказа от права собственности до тех пор, пока у вещи не появится новый собственник. Иными словами, с одной стороны, права и обязанности в абз. 2 ст. 236 ГК РФ можно понимать как права и обязанности собственника. Следует все же отметить, что прямо об обязанностях собственника ст. 209 ГК РФ не упоминает, в ней говорится о собственнических правомочиях. Понимание права собственности как права и только права накладывает отпечаток на воззрения авторов применительно к абз. 2 ст. 236 ГК РФ.

А.Л. Маковский, в частности, понимает ст. 236 ГК РФ в том смысле, что отказ от права собственности все же допускается, но обязанности и ответственность собственника при этом не прекращаются до тех пор, пока не появится новый собственник². При этом обязанности, по его мнению, носят экологический характер.

Впечатление складывается такое, будто речь идет вовсе не о собственнических правомочиях, а о некотором другом правоотношении, существующем параллельно с правом собственности, которое сохраняется и в случае реализации секундарного права, предусмотренного в абз. 1 ст. 236 ГК РФ. При этом само право собственности предположительно прекращается в силу осуществления секундарного права, предусмотренного абз. 1 упомянутой статьи.

К.И. Скловский относительно правопреемства говорит, что оно является лишь метафорой и право прекращается у одного и возникает у другого³.

Совершенно противоположный взгляд у А.В. Германова. Указанный автор полагает, что право собственности может только переноситься. Прекратиться любое вещное право (и, следовательно, право собственности) вообще может только вместе с прекращением существования самой вещи⁴.

Следует отметить, что в ст. 53 ЗК РФ предусмотрен отказ от права собственности на земельный участок путем подачи заявления в ре-

¹ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. С. 316.

² Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010. С. 457.

³ Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М.: Статут, 2004. С. 126.

⁴ Германов А.В. От пользования к владению и вещному праву. М.: Статут, 2009. С. 81.

гистрирующий орган. Право собственности прекращается с момента государственной регистрации прекращения права на земельный участок. В ст. 53 ЗК РФ не предусмотрено правила, аналогичного абз. 2 ст. 236 ГК РФ, т.е. в п. 3 ст. 53 ЗК РФ закреплены вторичное право и порядок его осуществления путем подачи заявления, при этом нет положений, «перечеркивающих» наличие вторичного права.

Самого волеизъявления в виде подачи заявления недостаточно, и требуется акт государственной регистрации прекращения права собственности, тем не менее основой служит именно волеизъявление. Акт государственной регистрации является публично-правовым юридическим фактом, который все же закрепляет изменения в гражданско-правовых отношениях, однако такой юридический факт сам по себе невозможен без истинных гражданско-правовых юридических фактов. Юридическим фактом является подача заявления, которое является в то же время специфической формой осуществления вторичного права.

Последствием реализации вторичного права являются прекращение права собственности и возникновение статуса бесхозяйной недвижимой вещи (п. 3 ст. 225 ГК РФ). Это является примером трансформации права собственности в бесхозяйное владение. Особый интерес представляет абз. 3 п. 3 ст. 225 ГК РФ: бесхозяйная недвижимая вещь, не признанная по решению суда поступившей в муниципальную собственность, может быть вновь принята во владение, пользование и распоряжение оставившим ее собственником либо приобретена в собственность в силу приобретательной давности.

Формулировка «может быть вновь принята во владение, пользование и распоряжение ее собственником» вызывает некоторые трудности буквального понимания. Во-первых, в ней прямо не говорится о приобретении права собственности прежним собственником, но говорится отдельно о владении, пользовании и распоряжении. Во-вторых, упоминается «собственник», что говорит о фиктивности отказа от права собственности, в том числе в отношении земельных участков. Это правило ГК РФ отличается от правила, закрепленного в ЗК РФ. Системное толкование норм п. 3 ст. 225 ГК РФ, а также ст. 236 ГК РФ позволяет судить об отсутствии как такового вторичного права, прекращающего право собственности, поскольку правовой режим вещи не меняется, т.е. правоотношение не меняется.

Тем не менее из норм ЗК РФ (ст. 53) прямо не вытекает отсутствие такого вторичного права. Поскольку же в части, не урегулированной ЗК РФ, к земельным отношениям не применяются правила граждан-

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

ского законодательства, наличие механизма прекращения права собственности на земельный участок в силу секундарного права нельзя не признать (ст. 2 ЗК РФ).

В любом случае этот механизм представлен крайне фрагментарно и действует только в отношении земельных участков, поэтому вывод о том, что на современном этапе имеется механизм отказа от права собственности в силу реализации секундарных прав, был бы поспешным.

Допустимым выглядит некоторый промежуточный вывод. Предусмотренный законодательством механизм отказа от права собственности является механизмом изменения правоотношения собственности, суть которого состоит в том, что у собственника прекращаются собственнические правомочия, но обязанности все же остаются.

Относительно этих обязанностей собственника нужно отметить, что они служат публичным, а не частным интересам. Иными словами, допустимо признать, что обязанности собственника носят публично-правовой характер и не имеют прямого отношения к гражданскому праву. Отсюда с учетом изложенных возражений и с определенной натяжкой можно признать, что в гражданском праве как отрасли права имеется крайне ограниченное секундарное право отказа от права собственности.

Секундарные права при изменении права общей собственности. Изменение правоотношения собственности в случае, если собственник является одним лицом, невозможно. Поэтому невозможны и никакие секундарные права при таких изменениях правоотношения собственности.

Со времен римского права в гражданском праве наличествует феномен общей собственности. Общая собственность существенно отличается от частной собственности. Она не носит такого исключительного характера.

К.И. Скловский приводит весомые философские доводы, подтверждающие противность человеческой природе феномена общей собственности¹. Разобщенность и взаимная неприязнь сособственников предполагают наличие между ними неких отношений. Такие отношения, становясь правоотношениями, являются относительными правоотношениями.

Эта суть правоотношений общей собственности очень важна для исследования секундарных прав. Отношения между сособственниками — это обязательства, а отношения сособственников с неопределенным кругом третьих лиц — абсолютные правоотношения. Германская

¹ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. С. 266.

цивилистика основывается на воззрении о том, что правомочия, вытекающие из доли, являются вещными, а обязательства вытекают из общности сособственников¹.

Из разной природы правоотношений и самой сути обязательственных и вещных правоотношений вытекает высший уровень динамики в обязательственных отношениях. Именно в области обязательств в общей собственности следует искать наличие вторичных прав.

Конечно, правильно было бы рассматривать данные вторичные права как причастные относительно правоотношениям. Отношения общей собственности неспроста получили название ограниченно абсолютных или вещно-обязательственных.

Все же собственническая суть правоотношения общей собственности в интересах удобства изложения позволяет отнести рассмотрение вторичных прав в общей собственности к абсолютным имущественным правоотношениям.

Возможность существования вторичных прав вытекает из самой множественности лиц в общей собственности. При этом во внешних отношениях (с неопределенным кругом лиц) эти отношения статичны². Вторичные права не влияют на динамику «внешних» абсолютных правоотношений.

Внутренняя динамика и возможность смены субъектов общей собственности определяют возможность законодательного внедрения вторичных прав.

Вторичное право при правоотношениях общей собственности может воздействовать только таким образом, что затрагиваться будут все сособственники. Это объясняется тем, что внутренние правоотношения замкнуты и ограничены прежде всего объектом, который находится в общей собственности. Объект по общему правилу мысленно делится на доли, которые определяют степень участия субъектов в общей долевой собственности (п. 2 ст. 244 ГК РФ), в случае нераздельности объекта на доли собственность признается совместной.

Вторичные права прежде всего могут касаться общей долевой собственности, а именно преобразований в самих долях. Любые преобразования долей, будь то прекращение долевой собственности для

¹ Фоков А.П., Филатова У.Б. Современная немецкая доктрина о правовой природе отношений долевой собственности // Гражданское право. 2015. № 2. С. 40–43.

² Кулаков В.В. О множественных субъектах в гражданском праве // Пятый Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 24–25 октября 2014 г.): Избранные материалы / Г.В. Абшилава, В.В. Акинфиева, А.Б. Афанасьев и др.; отв. ред. В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2015. С. 199.

одного из участников, увеличение числа участников общей долевой собственности и т.д., для общей собственности как абсолютного правоотношения всегда будут являться изменением правоотношения общей собственности.

Первое необъяснимое с точки зрения связи с корреспондирующей обязанностью право – это право на увеличение своей доли в праве на общее имущество (п. 3 ст. 245 ГК РФ).

Это право само по себе не безусловно и возникает лишь в связи с фактическими действиями долевого сособственника. Фактические действия состоят в производстве неотделимых улучшений имущества с соблюдением установленного порядка пользования.

Этому праву не корреспондирует никакая обязанность, право носит преобразовательный характер, поскольку изменяет обязательственное правоотношение общей долевой собственности. Изменения происходят при помощи одностороннего волеизъявления сособственника.

Видны все признаки секундарности. Право на увеличение доли находится вне правоотношения, уровень императивности волеизъявления выше, чем в субъективном праве. Предмет этого права – правоотношение общей долевой собственности.

Имеются некоторые особенности данного секундарного права. Оно возникает в связи с юридическим фактом, т.е. на первый взгляд возникает не в связи с некоторым правоотношением, а в связи с фактическими действиями по улучшению общего имущества, которое является юридическим фактом. Это случай обусловленности секундарного права дополнительным юридическим фактом, прямо поименованным в законе.

Далее нужно учитывать то, что условно внутренние отношения общей собственности делятся на два этапа: до и после установления порядка владения и пользования. Разделяющим моментом является соглашение сособственников об определении порядка пользования¹.

Пункт 3 ст. 245 ГК РФ предполагает только такое улучшение имущества за свой счет, которое осуществляется с соблюдением установленного порядка пользования. Для соблюдения порядка пользования он должен быть установлен в соответствии с п. 2 указанной статьи. Соглашение об определении и изменении долей в зависимости от вклада каждого из них в образование и приращение общего иму-

¹ Тарасенко Ю.А. О природе отношений между субъектами общей долевой собственности. Вещные права: постановка проблемы и ее решение: Сборник статей / Н.Н. Аверченко, В.А. Белов, К.А. Блинковский и др.; под ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2011. С. 158.

щества является само по себе юридическим фактом, порождающим правоотношение. Точнее будет сказать, что оно превращает правоотношение долевой собственности из регулируемого законом в регулируемое соглашением — договором. Отсюда правильным будет говорить, что право на увеличение доли является вторичным правом при уже существующем договорном правоотношении общей долевой собственности.

Поскольку неотделимые улучшения всегда касаются имущества в целом, постольку изменяться будет не только правоотношение между сособственниками¹. Изменения коснутся и абсолютного правоотношения каждого сособственника с неопределенным кругом лиц. Изменения абсолютного правоотношения собственности связаны с производством самих фактических действий — улучшений имущества. Осуществление вторичного права не влияет на «внешнее» изменение права собственности. Вторичное право приводит к динамике только в сфере обязательственных правоотношений «внутри» права общей долевой собственности. Фактическое же неотделимое улучшение имущества безусловно изменяет право собственности — внешние абсолютные правоотношения за счет изменения объекта права собственности.

Внутренние правоотношения, определяемые долями, едва ли можно назвать имущественными. Основываясь на постулате неделимости права собственности, право общей долевой собственности предполагает права на идеальную долю в имуществе. По указанию Г.Ф. Шершеневича, объектом права общей долевой собственности является доля ценности вещи². Идеальность долей и их ценность для субъектов предполагают полное соответствие с концепцией идеального правоотношения. Доли существуют лишь мысленно, вещь физически неделима, объектом правоотношения служит лишь представление об определенном размере имущественной ценности. Именно это определяет размер доли и именно на это представление воздействует вторичное право. Таким же образом понимаются и улучшения вещи: улучшение вещи — это совершенное в интересах всех сособственников увеличение стоимости вещи³. Можно сказать, что вторичное право воздействует на увеличение стоимости вещи.

¹ *Скловский К.И.* Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. С. 227.

² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 1. М.: Статут, 2005. С. 190.

³ Постатейный научно-практический комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под общ. ред. А.М. Эрделевского. М., 2001. С. 245.

Родоначальник теории секундарных прав Э. Зеккель выделил в качестве первичного, правосоздающего секундарного права право преимущественной покупки¹.

В отечественной науке имеет место воззрение, согласно которому преимущественные права понимаются как права, существующие в правоотношении с корреспондирующей им обязанностью, существующие в рамках обязательства².

Право преимущественной покупки предусмотрено законом и существует при правоотношении общей долевой собственности, но оно существует вне его и корреспондирующей обязанности не имеется. Право преимущественной покупки имеет преобразовательный характер. Такой же смысл приобретают и другие преимущественные права.

В настоящее время право преимущественной покупки урегулировано ст. 250 ГК РФ. Право преимущественной покупки состоит в том, что при продаже доли за цену, за которую она продается, другие участники общей долевой собственности имеют право преимущественной покупки этой доли (п. 1 ст. 250 ГК РФ).

Согласно п. 4 вышеназванной статьи право преимущественной покупки неотчуждаемо по цессии. Иначе говоря, секундарное право покупки является своего рода «принадлежностью» к праву участника общей долевой собственности на долю.

Статья 250 ГК РФ устанавливает два разновидности секундарных прав. Право преимущественной покупки непосредственно, установленное в п. 1 ст. 250 ГК РФ, предполагает изменение на стадии преддоговорных отношений. Право может быть реализовано только до того момента, как договор купли-продажи заключен.

Возникает вопрос о том, в связи с каким правоотношением существует данное секундарное право. Признать, что оно существует в связи с правоотношением купли-продажи доли, не представляется верным, поскольку до заключения договора купли-продажи доли такого правоотношения нет. У правоотношения купли-продажи юридическим фактом является договор — сделка, до ее совершения нельзя соответственно говорить о таком правоотношении.

Стадия преддоговорных отношений в науке не получает однозначной квалификации. Определенно признается, что преддоговорные отношения имеют правовое значение, в том числе практическое³.

¹ Зеккель Э. Указ. соч.

² Блинков О.Е., Никольский С.Е. Преимущественные права в наследственном праве России и зарубежных стран: Монография. М.: Юрист, 2006. С. 57.

³ Демenkova Д.А. Влияние преддоговорных и «последдоговорных» отношений контрагентов на толкование условий заключенного договора: проблемы теории и обзор судебной практики // Вестник арбитражной практики. 2013. № 5. С. 18–24.

Имеется воззрение, согласно которому преддоговорные отношения в сфере права представляют собой обязательства¹.

С точки зрения принятой модели правоотношения как психического феномена оснований не признать такие отношения обязательствами не имеется, поскольку возникают определенные психические процессы по поводу определенных отношений между участниками, а также имеется воздействие правовых норм на психику субъектов. Но воздействие правовых норм здесь слабое и скорее рекомендательное, поскольку стороны лишь определяют, какими правовыми нормами руководствоваться впоследствии в рамках договорного правоотношения. Отсюда и право преимущественной покупки может воздействовать только на эти «слабые» правовые связи. В зависимости от реализации вторичного права происходит замена одного субъекта другим: покупателя третьего лица на покупателя — участника общей долевой собственности. Эффект осуществления вторичного права здесь определяющий. Он устанавливает субъектный состав будущего правоотношения купли-продажи. Если вторичное право реализовано, то покупателем становится участник общей долевой собственности, если не реализовано — то третье лицо.

Строго говоря, такое право является в большей мере суррогатом права, правильнее признать, что это лишь ограничение правоспособности участника общей долевой собственности и ограничение его свободы договора по выбору покупателя доли. Признание такого преимущественного права вторичным правом возможно только в рамках концепции психологического правоотношения.

Имеется еще одна разновидность вторичного права преимущественной покупки. Она предусмотрена п. 3 ст. 250 ГК РФ. Суть этого права в том, что оно предполагает перевод прав покупателя на участника общей долевой собственности, если были допущены нарушения порядка продажи доли третьему лицу, в частности без уведомления других участников общей долевой собственности.

Это вторичное право уже существует при правоотношении купли-продажи и позволяет односторонним образом изменить субъектный состав правоотношения. Владелец вторичного права может своим односторонним волеизъявлением лишить покупателя — третье лицо прав и обязанностей по договору купли-продажи, переведя их на себя.

Обе разновидности вторичных прав объединены в одной статье, потому что их эффект осуществления аналогичен — воздействие происходит на субъектный состав правоотношения.

¹ Богданов В. В. Гражданско-правовая ответственность в преддоговорных отношениях // Журнал российского права. 2010. № 2. С. 124–135.

Следует отметить, что в Концепции развития гражданского законодательства дается научное понимание права преимущественной покупки как обязательственного права (п. 9.1 разд. IV)¹. Признается, что обязательственный характер права преимущественной покупки не позволяет обеспечить право лица на приобретение какого-либо имущества в будущем. Поэтому предлагалось ввести отдельное вещное право — право приобретения чужой недвижимой вещи.

В проекте федерального закона № 47538-6² (далее — Законопроект) было предложено данное вещное право и ему предполагалось посвятить гл. 20.5 ГК РФ.

Пункт 1 ст. 304 ГК РФ в редакции Законопроекта гласит: «На основании права приобретения чужой недвижимой вещи лицо имеет исключительное перед другими лицами право на приобретение этой вещи в свою собственность».

По правилам о праве приобретения чужой недвижимой вещи могут также быть приобретены ипотека или право застройки на чужую недвижимую вещь».

Сама формулировка «на основании права приобретения чужой вещи» вызывает сомнения в части отнесения данного права к самостоятельным вещным правам. Это не самостоятельное право, а лишь «основание» для других прав. Данный подход законодателя неверен. Право приобретения чужой недвижимой вещи является секундарным правом, оно существует вне правоотношений, но воздействует именно на них. Еще более опрометчивой была бы возможность введения данного права договором, как это предусмотрено ст. 304.1 ГК РФ в редакции Законопроекта.

Непонятно, чего пытался достичь этим законодатель, почему он допустил возможность установления такого вещного права различными договорами, в то же время устанавливая исчерпывающий перечень вещных прав.

Признавая это право секундарным, следует констатировать, что подход законодателя выделяется из положения о том, что секундарные права устанавливаются законом.

Исходя из того, что секундарные права влияют на динамику правоотношения, а право приобретения чужой недвижимой вещи влияет

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.).

² 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» (редакция, внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 3 апреля 2012 г.).

прежде всего на возникновение и изменение правоотношения, логично было бы располагать данный нормативный материал в разделах и главах ГК РФ, посвященных основаниям приобретения права собственности и других вещных прав, а не в главе, посвященной отдельному вещному праву.

В качестве ремарки можно отметить, что Законопроект не является законом и, вполне вероятно, никогда им не станет в том виде, как предлагается, поскольку вся часть Концепции развития гражданского законодательства, посвященная вещным правам, не вполне применима к российским современным экономическим реалиям, которые в настоящее время представлены лишь планово-административными наклонностями.

Положения ГК РФ об общей долевой собственности изобилуют содержанием вторичных прав. Следующим вторичным правом является выдел доли из общего имущества в натуре (ст. 252 ГК РФ).

Выдел долей предусмотрен и ст. 254 ГК РФ в отношении совместной собственности, однако это фикция, поскольку предварительно необходимо определение долей участников общей долевой собственности.

Выдел доли формулируется как право требования согласно п. 2 ст. 252 ГК РФ. Между тем ясно, что данному праву не корреспондирует никакая обязанность. Осуществление данного права преобразует идеальную долю в индивидуально-определенную часть имущества.

Вторичное право требования выдела доли находится вне правоотношения общей долевой собственности и преобразует его. Преобразование касается «внутренних» обязательственных отношений между сособственниками. Они прекращаются для лица, которое осуществляет свое вторичное право на выдел, и возникает право собственности на индивидуально-определенную вещь (выделенную часть), т.е. появляется чистое право собственности, не осложненное какими-либо обязательствами. Направленность выдела доли — беспрепятственность владения собственным имуществом в своем интересе¹. Право собственности на долю значительным образом ограничено самим идеальным объектом, а также обязательственными правоотношениями между долевыми сособственниками. Преобразование с помощью вторичного права приводит к возникновению правоотношения собственности на индивидуально-определенную вещь, в свою очередь правоотношение общей долевой собственности прекращается.

¹ Шахбазян А.А. Право на защиту в структуре субъективного гражданского права // Нотариус. 2011. № 3. С. 44—47.

Выдел доли изменяет не только правоотношение выделяющегося сосособственника, но также и правоотношение других сосособственников: их доли увеличиваются в номинальном выражении.

Из п. 3 ст. 252 ГК РФ вытекает, что допускается соглашение о выделе доли из общего имущества. Соглашение о выделе доли следует понимать как особый порядок осуществления законом установленного секундарного права. Соглашение — это первичный способ осуществления секундарного права на выдел. В рамках этого соглашения происходит молчаливое подчинение воле управомоченного лица других участников общей долевой собственности.

Секундарное право требования на выдел, осуществляемое в судебном порядке, не следует понимать как способ защиты прав¹. Как указывалось ранее, секундарное право по общему правилу само по себе, без судебного порядка осуществления. Властной воли, заложенной в секундарном праве, по общему правилу достаточно, но применительно к выделу доли из общего имущества судебный порядок ограничен необходимостью досудебного порядка осуществления — при помощи соглашения сторон.

Ослабление конструкции секундарного права на выдел не должно приводить к отождествлению секундарного права со способом защиты. Это не способ защиты, потому что нет как такового нарушения ничьих прав. Равным образом нет неисполнения чьей-либо обязанности. В рамках соглашения о выделе доли праву на выдел участника общей долевой собственности не соответствует никакая обязанность. Это право носит распорядительный характер. Соглашение о выделе доли лишь с внешней стороны является соглашением, но в нем нет ничего, что говорило бы о возникновении обязательств, которые обыкновенным образом возникают именно из соглашений. Соглашение носит преобразовательный характер, но преобразование касается только воли одного лица, остальные участники общей долевой собственности лишь подчиняются этой воле, происходит перераспределение долей этих участников.

Секундарное право на выдел своей доли нельзя отождествлять с разделом общего имущества, потому что раздел по общему правилу осуществляется по соглашению сосособственников².

Раздел и выдел доли являются различными правовыми явлениями. При разделе единоличной воли недостаточно, раздел осуществляет-

¹ Кравченко А.А. К вопросу о понятии способа защиты гражданских прав // Адвокат. 2014. № 7.

² Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. / В.С. Ем, И.А. Зенин, Н.В. Козлова и др.; отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. С. 562.

ся по соглашению всех участников, в котором содержится воля всех участников общей долевой собственности. Только их совокупная воля может привести к достижению юридически значимого результата.

Исходя из анализа раздела и выдела долей при правоотношении общей долевой собственности можно сделать общий вывод об еще одной способности вторичных прав: при осуществлении вторичного права необходимо и достаточно воли лишь одного лица.

Рассмотрением права общей собственности можно завершить рассмотрение вторичных прав при праве собственности (абсолютном правоотношении права собственности).

В современном гражданском законодательстве вторичные права в ограниченных вещных правах не представлены, что связано с неразвитостью самой системы ограниченных вещных прав.

§ 2. Вторичные права в абсолютных неимущественных правоотношениях

Расширение предмета регулирования гражданского законодательства в 2006 г. произошло за счет включения в предмет регулирования неимущественных отношений, как связанных, так и не связанных с имущественными.

Обширный объем нормативного материала отведен для закрепления интеллектуальных прав. Впервые термин «интеллектуальные права» был введен бельгийским юристом Э. Пикаром в 1879 г.¹ Доктринальное понятие интеллектуальных прав в Российской Федерации было введено в правовой обиход В.А. Дозорцевым в начале XXI в. и впоследствии воплощено в закон².

Часть четвертая ГК РФ посвящена всецело регулированию интеллектуальных прав (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Интеллектуальные права представляют собой права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.

В свою очередь права на результаты интеллектуальной деятельности включают в себя исключительное право, личные неимущественные и иные права (ст. 1226 ГК РФ).

Также гражданское законодательство защищает личные неимущественные права, не входящие в группу интеллектуальных прав.

¹ *Еременко В.И.* Об интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе РФ // Законодательство и экономика. 2002. № 5.

² Интеллектуальная собственность: правовое регулирование, проблемы и перспективы (круглый стол) // Законодательство. 2001. № 3. С. 17.

В учебнике гражданского права под редакцией Е.А. Суханова данные права классифицированы на три группы: личные неимущественные права, направленные на индивидуализацию личности управомоченного лица; личные неимущественные права, направленные на обеспечение личной неприкосновенности граждан; личные неимущественные права, направленные на обеспечение неприкосновенности и тайны личной жизни граждан¹.

Неимущественный характер прав предопределяется сферой, на которую воздействует гражданское право. Нематериальная сфера — относительно молодая сфера правового регулирования по сравнению с регулируемыми еще со времен римского права материальными отношениями. Нематериальные блага становятся предметом регулирования только цивилизованных обществ. Регулирование нематериальных благ — это показатель цивилизованности и духовного развития обществ. Возможность регулирования таких отношений обусловлена такой чертой метода гражданского права, как придание ценностного выражения как материальным, так и нематериальным явлениям. В отдельных утопических философско-правовых работах высказывается предположение о том, что в скором будущем не исключены регулирование таких нематериальных благ, как мысли и чувства людей, и соответствующее придание им имущественной ценности².

В ракурсе имущественных ценностей рассматриваются личные неимущественные права со стороны гражданского права.

Все неимущественные права существуют в рамках абсолютных правоотношений. Некоторые из вышеозначенных правовых явлений не дотягивают до категории субъективного права и ближе по своему содержанию к категории охраняемых законом интересов.

При данных абсолютных правоотношениях могут существовать вторичные права, приводящие к динамике правоотношения.

Вторичные права при исключительном праве. Исключительное право представляет собой право пользования результатом интеллектуальной деятельности только и исключительно правообладателю. В отношении, например, патентного права исключительное право состоит в том, что государство дает именно правообладателю и только ему право изобретать собственное изобретение, для всех остальных действует запрет на производство такого изобретения. Как верно

¹ Гражданское право: Учебник. В 4 т. / И.А. Зенин, Е.В. Кулагина, Е.А. Суханов и др.; под ред. Е.А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2008. Т. 2: Вещное право. Наследственное право. Исключительные права. Личные неимущественные права. С. 426.

² *Филин М.* Теория трансцендентального права и гражданское право. Иркутск, 2000.

отмечал А.А. Пиленко, исключительное право представляет собой определенную монополию¹.

Исключительное право признано имущественным правом (ст. 1226 ГК РФ). Имущественный характер исключительного права не является его природным свойством, а сообщен законодателем в процессе недолгого развития данного субъективного права.

Материальный товарооборот — это сфера деятельности торговцев, производителей и потребителей товара. За пределами материального оборота остаются деятели умственного духовного труда. В условиях развития науки и роста влияния умственного труда со стороны правовых систем было бы крайне несправедливым обделение деятелей умственного труда экономическими способами. Художник или ученый может не обладать теми же самыми качествами, что, например, торговец, однако его вклад в развитие общества может быть несоизмеримо выше. Именно с целью уравнивания имущественного положения, а также материального обеспечения авторов результатов интеллектуальной деятельности исключительным правам сообщен имущественный характер². Установлен срок охраны исключительных прав в зависимости от вида результата интеллектуальной деятельности, который всегда дольше жизни автора результата интеллектуальной деятельности.

В сфере интеллектуальных прав исключительное право является самым объемным правом и исторически получало сравнение с правом собственности. Обзор теоретических подходов, объясняющих юридическую природу исключительного права, произведен в работе Г.Ф. Шершеневича «Авторское право на литературные произведения». На первом месте рассмотрена теория, признающая исключительное право правом собственности. Теория получила развитие в трудах экономиста Адольфа Вагнера³. Идея состояла в том, чтобы расширить право собственности за пределы регулирования отношений производства и потребления только материальных вещей. Высказывалась точка зрения о том, что определение права собственности как права только на индивидуально-определенную вещь устарело и есть необходимость расширить его до нематериальных вещей, в частности до авторских произведений.

В настоящее время эта концепция воспринята законодателем, исключительное право признано имущественным правом. Однако

¹ Пиленко А.А. Право изобретателя. М.: Статут, 2001. С. 55.

² Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 8, 9.

³ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. С. 38, 39; Wagner A. Grundlegung. Leipzig, 1879. S. 571.

имеется существенное отличие исключительного права от права собственности: сам по себе результат интеллектуальной деятельности неотчуждаем в силу своих свойств, материальная индивидуально-определенная вещь, напротив, отчуждаема.

Отчуждаемость вещей, их оборотоспособность позволяют включать в состав права собственности правомочие распоряжения как возможность определения юридической судьбы вещи. Применительно к исключительным правам это невозможно, потому что, будучи созданным, результат интеллектуальной деятельности уже не может никуда исчезнуть, определение его юридической судьбы невозможно без специальных правовых конструкций. Именно такой конструкцией является конструкция распоряжения исключительными правами. Правомочие распоряжения не входит в состав исключительного права, более того, исключительное право вообще с трудом поддается разделению на какие-либо правомочия. В ст. 1229 ГК РФ исключительное право определено как право использования результата интеллектуальной деятельности. Термин «использование» является подходящим термином, поскольку позволяет в абстрактном и наиболее полном виде изложить содержание исключительного права.

Относительно распоряжения исключительными правами следует отметить, что такое распоряжение имеет дело только с самим исключительным правом, а не с результатом интеллектуальной деятельности.

В современном диссертационном исследовании Е.Д. Орловой распоряжение исключительными правами отождествляется с распоряжением правом собственности и понимается как совокупность способов (действий), не противоречащих закону и существу такого исключительного права, обеспечивающих правообладателю возможность определения судьбы исключительного права и направленных на изменение прав и обязанностей третьих лиц¹.

В другом исследовании А.С. Касьянова распоряжение исключительными правами понимается как правовой механизм, реализуемый посредством совершения правообладателем юридически значимых волевых действий в форме сделок (односторонних или двусторонних), в результате которых происходит изменение или создается возможность изменения субъектного состава правообладателей исключительного права².

¹ Орлова Е.Д. Понятие и осуществление распоряжения исключительными правами на средства индивидуализации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010.

² Касьянов А.С. Договорные способы распоряжения исключительным правом: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

Интерес в последнем определении представляет именно то, что признается возможность совершения односторонних сделок с исключительным правом, в результате которых происходит изменение правоотношения. Это означает сближение такой разновидности распоряжения исключительным правом с вторичным правом.

Распоряжение исключительным правом может лишь в том случае признаваться вторичным правом, когда для изменения правоотношения достаточно единственной воли правообладателя.

Статья 1233 ГК РФ нацелена в большей мере на двусторонние сделки и в первую очередь указывает на договоры об отчуждении исключительного права и лицензионные договоры. Наиболее распространенной на практике формой распоряжения являются лицензионные договоры¹. Тем не менее п. 5 ст. 1233 ГК РФ содержит нормы, закрепляющие не что иное, как вторичное право.

Согласно абз. 1 п. 5 ст. 1233 ГК РФ правообладатель может сделать публично, т.е. путем сообщения неопределенному кругу лиц, заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащие ему произведения науки, литературы или искусства либо объект смежных прав на определенных правообладателем условиях и в течение указанного им срока. В течение указанного срока любое лицо вправе использовать данное произведение или данный объект смежных прав на определенных правообладателем условиях.

О.А. Рузакова именуется данное заявление механизмом свободных лицензий². Само заявление и соответственно механизм выглядит как правореализационное действие по отказу — полному или частично — от исключительного права на определенный срок. Такое право следует признать вторичным, поскольку оно на определенное время создает права у неопределенного круга лиц при помощи лишь одного волеизъявления — волеизъявления правообладателя.

Данное вторичное право введено в действие Федеральным законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ (изменен п. 5 ст. 1233 ГК РФ)³. Авторами этого Закона преследовалась цель избавиться от необходимости заключения большого количества лицензионных договоров со всеми

¹ *Фалалеев А.С.* Распоряжение исключительным правом автора на произведение: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.

² Актуальные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею Павла Владимировича Крашенинникова: Москва — Екатеринбург, 21 июня 2014 г. / В.В. Витрянский, С.Ю. Головина, Б.М. Гонгалов и др.; отв. ред. Б.М. Гонгалов, В.С. Ем. М.: Статут, 2014. С. 193.

³ Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. 2014. 14 марта. № 59.

пользователями¹. Такая цель достигается с помощью вторичного права: оно изменяет абсолютное правоотношение, в рамках которого существует исключительное право на произведение, – предоставляет право ограниченного использования результата интеллектуальной деятельности лицам (неопределенному кругу лиц), которые до осуществления вторичного права такого права не имели. Это вторичное право не призвано прекратить или создавать исключительное право, оно лишь изменяет его, а именно изменяет его содержание. Свободные лицензии, предоставляемые третьим лицам, дают лишь ограниченные полномочия использования результата интеллектуальной деятельности.

Других вторичных прав при исключительном праве не предусмотрено. Большее их количество могло бы привести к подрыву самой концепции охраны интеллектуальных прав, поскольку в этом случае интеллектуальные права потеряли бы свою исключительность и стали бы бессодержательными, что применительно к любым нематериальным благам не может быть признано верным подходом, поэтому законодатель не вводит никаких других вторичных прав, а широко использует конструкцию лицензионного договора как сделки, приводящей к динамике правоотношений в сфере интеллектуальной собственности.

Невозможность существования вторичных прав в других неимущественных абсолютных правоотношениях. Неимущественные абсолютные правоотношения представлены самостоятельными личными неимущественными правами и личными неимущественными правами в области интеллектуальной собственности.

В самом общем законодательно придаваемом смысле личные неимущественные права (правоотношения) представляют собой урегулированные нормами права неимущественные отношения, не связанные с имущественными².

Вторичное право в качестве своего назначения всегда имеет динамику правоотношения, воздействие на все или отдельные элементы структуры правоотношения. Между тем не во всех правоотношениях динамика возможна вообще. Личные неимущественные права по своей природе неотчуждаемы и связаны с самой личностью, это означает прежде всего невозможность динамики субъектного состава правоотношения. Личными правами обладает только определенная лич-

¹ Данилин С.Н., Борисов А.Н. Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ (постатейный). М.: Деловой двор, 2015. С. 42.

² Российское гражданское право: Учебник. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. С. 871.

ность, эти права — это свойства личности, ее неотъемлемые правовые атрибуты. Они присущи личности в силу ее природы, естественны и неотчуждаемы, возникают с рождением и заканчиваются смертью. Помимо их природного личностного свойства имеется закрепление их гражданским законодательством¹.

Иногда личные неимущественные права включаются в понятие нематериальных благ². Правильнее все же понимать нематериальные блага как объект неимущественных прав³. отождествление нематериальных благ как объекта правоотношения с неимущественными правами как юридическим содержанием абсолютного правоотношения не вполне корректно, хотя и созвучно (например, личное право на жизнь созвучно с нематериальным благом — жизнью).

Анализ структуры личного правоотношения не позволяет выделить никакую динамику, касающуюся структуры данного правоотношения. Эти правоотношения наиболее статичны из всех гражданских правоотношений. Они атрибут каждой личности. Неимущественные права в интеллектуальной собственности возникают не с рождения, а в силу определенных достижений автора в области произведений духовного творчества. Между тем ни одно из личных неимущественных прав не может возникнуть из осуществления вторичного права.

Равным образом ни один элемент структуры личного неимущественного права не может быть изменен из осуществления вторичного права, потому что эти права вообще неизменяемы в силу своей природы.

Таким же естественным образом невозможно и прекращение неимущественных абсолютных правоотношений при помощи реализации вторичных прав. Такого рода допущение или включение в законодательство вторичных прав подрывало бы принципы гражданского права и противоречило бы всему законодательству, а также нормам международного права.

Личность признается высшей ценностью, в связи с чем включение законодательных элементов, посягающих на существо личности как ценности, противоречит современному правопорядку.

¹ *Синенко В.С.* Гражданско-правовая защита личных неимущественных прав: Дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2002.

² *Гаврилов Э.* Основные сведения о праве интеллектуальной собственности в Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс». 2014.

³ См.: Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / В.В. Андропов, К.П. Беляев, Б.М. Гонгало и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011; Гражданское право: Общая часть: Учебник. Т. 1. С. 438.

ГЛАВА 2. СЕКУНДАРНЫЕ ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ В ОТНОСИТЕЛЬНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Относительные правоотношения опосредуют весь имущественный оборот. Это основная масса относительных правоотношений. Помимо относительных имущественных отношений существуют также относительные неимущественные отношения.

Относительные неимущественные правоотношения – это прежде всего организационные правоотношения, к которым следует относить отдельные обязательства, а также корпоративные правоотношения.

Корпоративные отношения – это новые отношения в системе гражданского законодательства. Они введены в предмет гражданского законодательства Федеральным законом от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ.

Соответственно корпоративные правоотношения – это корпоративные отношения, урегулированные нормами гражданского права и представляющие собой идеалистическое (психическое) единство представления о корпоративных отношениях и корпоративных правовых нормах.

Корпоративные правовые нормы являются гражданско-правовыми нормами, но это не означает, что их следует отождествлять со статьями (частями, пунктами) и прочими структурными элементами гражданского законодательства. Вытекает это из того, что само гражданское законодательство нельзя отождествлять с гражданским правом, потому что в гражданском законодательстве имеются статьи, которые содержат в том числе административно-правовые нормы (например, нормы о государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, прав на недвижимое имущество и некоторые другие объекты)¹.

В предыдущем исследовании, посвященном гражданскому правоотношению, было определено, что корпоративные отношения являются неимущественными организационными обязательствами².

Взгляд на корпоративные правоотношения как на обязательства достаточно широко распространен в науке и выглядит наиболее обоснованным³.

¹ Ранее отмечалось, что нормы, закрепляющие секундарные права, также не в полной мере обладают гражданско-правовой чистотой за счет содержания элемента власти в нем.

² *Камышанский В.П., Карнушин В.Е.* Указ. соч. С. 103.

³ *Пахомова Н.Н.* Основы теории корпоративных отношений. Правовой аспект. Екатеринбург, 2004. С. 159; *Ломакин Д.В.* Корпоративные правоотношения: общая теория

Понятие обязательств обычно применяется к правоотношениям, тем не менее использование этого понятия применительно к «отношениям» необходимо для того, чтобы подчеркнуть особый характер отношений: неимущественное требование – неимущественная обязанность.

Корпоративные правоотношения иногда именуют правами участия¹. Применительно к такому наименованию следует отметить, что оно имеет некоторый оттенок отождествления с абсолютными правами. В гражданском праве фигурируют понятия вещных прав, исключительных прав, т.е. при рассмотрении правоотношения акцент переносится на субъективные права. Применительно к обязательствам, напротив, более свойственным гражданскому праву является перенос акцента на обязанности. Признавая корпоративные правоотношения особыми обязательствами, нужно отметить, что здесь выражен именно элемент субъективных прав, что означает их некоторую нетипичность как обязательств и позволяет именовать их правами участия.

Неопределенность понятий корпоративных правоотношений и прав участия породила в науке новые течения, касающиеся непосредственно проблематики вторичных прав. Поэтому рассмотрение вторичных прав при относительных правоотношениях следует начинать именно с корпоративных правоотношений.

§ 1. Вторичные права в корпоративных правоотношениях. Вторичные права при договоре простого товарищества

Значимое для науки вторичных прав исследование произведено А.Б. Бабаевым. Автор признает вторичные права субъективными правами. И применительно к корпоративным правоотношениям право на участие признано вторичным правом, «поскольку вторично-управомоченному субъекту (акционеру, члену совета директоров, члену коллегиального исполнительного органа, единоличному исполнительному органу) противостоит связанность юридического лица волеизъ-

и практика ее применения в хозяйственных обществах. М., 2008; *Чельшев М.Ю.* Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Казань, 2009. С. 31; *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М., 2014. С. 47–54; *Попондопуло В.Ф.* Корпоративное право: понятие и природа // Юрист. 2014. № 20. С. 5–13.

¹ *Кузьмин А.И.* Понятие участия в корпорации // Право и экономика. 2013. № 10. С. 77–79.

явлением другого лица»¹. В одной из своих работ А.Б. Бабаев признает существование вторичных правоотношений².

Ранее уже была высказана критика о том, что вторичные права не являются субъективными правами. Парадоксальным выглядит взгляд, допускающий наличие вторичных правоотношений, потому что, даже если допустить корреспонденцию вторичному праву «вторичной связанности»³, не находится объяснения тому, почему «связанной» волей оказывается не только сторона, противостоящая вторично-управомоченному, но и сама вторично-управомоченная сторона.

В начале исследования была показана обусловленность динамики правоотношения вторичным правом и в связи с этим определено место вторичных прав вне правоотношений. С этих позиций признание самих субъективных прав вторичными, в том числе прав участия, не представляется верным.

Корпоративные правоотношения, в том числе их основа — по управлению корпорацией (абз. 2 п. 1 ст. 65.2 и ст. 65.3 ГК РФ), являются правоотношениями в своем классическом понимании, складывающимися между участниками корпорации и самой корпорацией⁴. Такие правоотношения не имеют ничего общего с вторичными правами.

По тексту всего диссертационного исследования А.Б. Бабаева главной нитью проходит мысль, согласно которой вторичное право состоит в том, что управомоченный может своим односторонним действием изменить поведение другого лица. К этой мысли следует добавить, что изменения будут касаться не только другого лица, но и самого вторично-управомоченного. Именно в этом состоит воздействие вторичного права на правоотношение в целом, а не на отдельное лицо.

Например, рассматривая право на выход из хозяйственного общества, А.Б. Бабаев, ссылаясь на В.С. Толстого, приходит к выводу о том, что заявление о выходе прекращает право участия и приводит к возникновению обязательственного права требования участни-

¹ Бабаев А.Б. Проблема вторичных прав в российской цивилистике: Дис. ... канд. юрид. наук.

² Бабаев А.Б. Односторонние сделки в системе юридических фактов // Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008. С. 119–164.

³ Бабаев А.Б. Методологические предпосылки исследования корпоративных правоотношений // Вестник гражданского права. 2007. № 4.

⁴ См.: Камышанский В.П., Карнушин В.Е. Указ. соч.

ка к обществу¹. Даже из этого вывода видно, что право на выход находится вне права участия и само по себе не входит в понятие прав участия. Благодаря праву на выход происходит трансформация одного правоотношения в другое, т.е. налицо его преобразовательный характер, происходит трансформация правового статуса обоих участников правоотношений – общества и участника общества.

Секундарное право на выход из общества с ограниченной ответственностью. Упомянув в качестве примера право на выход, нужно отметить, что это право является вторичным. В работе А.А. Кузнецова рассмотрен выход участника из общества как способ защиты прав и законных интересов². Автором произведен анализ точек зрения на выход как на способ охраны прав меньшинства акционеров³, исследованы причины выхода как некоторые несогласия с политикой общества⁴, рассмотрена позиция Е.А. Суханова о том, что право на выход является односторонним отказом от исполнения договора⁵, разобраны последствия выхода, его назначение и условия, но не сделан вывод о самой природе выхода участника, иначе говоря, не определено, чем являются выход и право на выход.

Основная статья ГК РФ, предусматривающая право на выход, – это ст. 94. Согласно п. 1 данной статьи участник общества с ограниченной ответственностью вправе выйти из общества независимо от согласия других его участников или общества путем:

1) подачи заявления о выходе из общества, если такая возможность предусмотрена уставом общества;

2) предъявления к обществу требования о приобретении обществом доли в случаях, предусмотренных п. 3 и 6 ст. 93 ГК РФ и Федеральным законом от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»⁶ (далее – Закон об ООО).

¹ *Бабаев А.Б.* Односторонние сделки в системе юридических фактов; *Толстой В.С.* Понятие и значение односторонних сделок в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 7.

² *Кузнецов А.А.* Выход участника из хозяйственного общества как способ защиты прав и законных интересов // *Вестник гражданского права*. 2011. № 5. С. 31–63.

³ *Брауде И.* Акционерные общества и товарищества в торговле и промышленности: Сборник действующих узаконений с кратким комментарием и приложением примерного устава акционерного общества и договора полного товарищества. 2-е изд., доп. и испр. М.: Кооперативное издательство «Право и Жизнь», 1926.

⁴ *Белов В.А., Пестерева Е.В.* Хозяйственные общества. М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. С. 188–189.

⁵ *Суханов Е.А.* Закон об обществах с ограниченной ответственностью // *Хозяйство и право*. 1998. № 5. С. 47.

⁶ Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // *Собрание законодательства РФ*. 1998. № 7. Ст. 785.

Формулировка данного права указывает на то, что оно не обусловлено согласием других участников общества с ограниченной ответственностью, т.е. в нем заложено достаточно воли и власти, чтобы изменить правоотношение участия. Это прямо говорит о вторичности этого права.

Право на выход не адресовано ни обществу, ни отдельным участникам, его цель — правоотношение участия, его преобразование из неимущественного правоотношения в обязательственное право требования участника к обществу о выплате доли.

Реализация этого права происходит посредством подачи заявления, которое следует расценивать как одностороннюю сделку.

Подпункт 2 п. 1 ст. 94 ГК РФ предусматривает то, что право на выход может быть реализовано путем подачи требования к обществу о приобретении доли. Такое действие уже нельзя назвать односторонней сделкой. И, следовательно, это право требования к обществу не следует признавать вторичным правом, потому что здесь происходит прямая купля-продажа доли участника общества обществом, от которой общество не может отказаться, т.е. налицо правоотношение. Но здесь важно отметить, что в данном правоотношении купли-продажи доли у общества имеется обязанность купить доли, в то время как в обычном правоотношении купли-продажи покупка является правом (ст. 454 ГК РФ). Представляется правильным признать, что эта обязанность общества приобрести долю участника вытекает из права участника на выход, иначе говоря, вторичное право на выход приводит к возникновению особого правоотношения купли-продажи. В связи с таким воззрением неверно полагать, что вторичное право на выход реализуется «путем предъявления к обществу требования о приобретении доли», как это указано в ст. 94 ГК РФ. Вытекающее право требования является не средством реализации вторичного права, а последствием, новым обязательственным правоотношением. Средством реализации вторичного права является в любом случае воля, свидетельствующая о намерении участника выйти из общества¹.

Отличительной особенностью вторичных прав признано то, что они устанавливаются императивными нормами. Что касается права на выход, то до введения в действие Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ² оно было установлено императивной нормой.

¹ Отсутствие прямого указания на порядок выхода в случае, предусмотренном подп. 2 п. 1 ст. 94 ГК РФ, лишний раз подчеркивает то, что вторичные права воздействуют на правоотношения как на идеальную сущность, и то, что проявление вторичных прав в действительности не является их атрибутом.

² Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утративши-

Данная императивная норма вызывала критику в научной литературе, поскольку безусловное право на выход подрывало стабильность экономического оборота¹. В настоящее время право на выход поставлено в зависимость от положений устава: заявление о выходе возможно, только если это предусмотрено уставом общества с ограниченной ответственностью.

Сам по себе устав также можно квалифицировать как нормативный акт, что ставит новые законоположения недалеко от ранее действующих императивных норм, закрепляющих право выхода.

Секундарное право участников на исключение участника из состава участников общества и другой корпорации. Тесным образом с выходом из общества связано исключение участника из числа участников общества. Первоначально такое право было закреплено в ст. 10 Закона об ООО. Это право в силу обозначенной статьи принадлежит участнику или участникам, которые обладают долей, размер которой не менее 10% от размера уставного капитала общества.

Исключение из состава участников — это секундарное право, прекращающее корпоративное правоотношение для одного из участников. Такое секундарное право предусматривается специальным законом (об ООО), общей нормы ГК РФ об исключении участников из состава участников до недавнего времени не имелось. С момента принятия Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ введена ст. 67 ГК РФ, которая содержит общую норму, устанавливающую права и обязанности участника хозяйственного товарищества или общества, в частности право на исключение из числа участников в отношении всех хозяйственных товариществ и обществ, за исключением публичных акционерных обществ.

Из п. 2 ст. 65.3 ГК РФ вытекает, что высший орган любой корпорации может определить порядок исключения участников из числа участников в том случае, если этот порядок прямо не определен законом. Иначе говоря, предполагается, что данный порядок устанавливается императивными нормами права, содержащимися в специальных законах и статьях ГК РФ.

Реализация права поставлена в зависимость от поведения участника, который подлежит исключению из общества, в частности, поведение должно выражаться в причинении существенного вреда това-

ми силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // Российская газета. 2014. 7 мая. № 101.

¹ См. подробнее: Комментарий к Гражданскому кодексу РФ (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1998; Комментарий к Федеральному закону от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» / Под ред. В.В. Залесского. М., 2004.

ришеству или обществу либо иным образом существенно затруднять его деятельность и достижение целей, ради которых оно создавалось, в том числе участник должен грубо нарушать свои обязанности, предусмотренные законом или учредительными документами товарищества или общества.

Судебной практикой выведены схожие основания для применения ст. 10 Закона об ООО: участник обязан не причинять вред обществу¹, участвовать на общих собраниях участников общества при принятии решений по вопросам, требующим единогласного решения всех участников общества², исполнять другие обязанности, установленные законом или учредительным документом общества. При этом судебная практика исходит из того, что уставом дополнительные основания исключения участника из состава участников общества не могут предусматриваться³.

Исключение из состава участников квалифицируется как санкция за существенные нарушения корпоративных обязанностей⁴.

Безусловно, прекращение правоотношения против воли участника является неблагоприятным для него последствием – санкцией, однако специфика санкции состоит в том, что она должна быть неизбежной для нарушителя и выражаться в неблагоприятных для нарушителя последствиях. Применительно к ст. 10 Закона об ООО, к статьям других законов, например п. 1 ст. 7 Федерального закона от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах»⁵, данная санкция сформулирована как право требования исключения участника через суд, т.е. «неизбежность» сводится к полному отсутствию, если на такое исключение не будет воли других участников. Причем если ранее по ст. 10 Закона об ООО право требования исключения принадлежало лишь тем участникам, которым принадлежало 10% от размера уставного капитала, то в настоящее время

¹ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 мая 2012 г. № 151 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с исключением участника из общества с ограниченной ответственностью» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 8.

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 90, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 14 от 9 декабря 1999 г. «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Российская газета. 2000. 27 января. № 19.

³ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 4 июня 2008 г. № Ф04-3531/2008(6262-А45-8) по делу № А45-1693/2007-35/68.

⁴ Гутников О.В. Исключение участника юридического лица: мера ответственности и способ защиты корпоративных прав // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 2. С. 102–127.

⁵ Федеральный закон от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» // Российская газета. 2011. 9 декабря. № 278.

по новой редакции ст. 67 ГК РФ такое право принадлежит каждому участнику¹.

Д.В. Ломакин указывает, что исключение из состава участников — это мера государственно-принудительного регулятивного характера, представляющая собой частное проявление такого способа защиты права, как изменение или прекращение правоотношения².

На этот счет нужно отметить, что вышеназванный способ защиты прав, предусмотренный ст. 12 ГК РФ, осуществляется именно в рамках осуществления вторичного права, которое прямо предусмотрено законом.

Более того, можно сказать, что такой способ защиты прав, как изменение или прекращение правоотношения, является раскрытием содержания соответствующего вторичного права (ст. 12 ГК РФ). Такое вторичное право приводит к возникновению охранительных правоотношений по защите прав.

С другой стороны, некоторое сомнение вызывает исключительное отнесение прекращения правоотношения, вызванное «внешними» (не входящими в структуру правоотношения) по отношению к самому правоотношению обстоятельствами, к способам защиты. При таком расширенном понимании способа защиты напрашивается вывод о том, что вообще всякое вторичное право, реализация которого ведет к изменению или прекращению правоотношения, является по своему смыслу защитным вторичным правом.

В научной публицистике правильно отмечено, что исключение из состава участников не является следствием нарушения прав других участников, а представляет собой лишь следствие нарушения экономических интересов. Поэтому С.Д. Могилевский и М.А. Егорова предложили то, что право на исключение является самостоятельным правом³. При этом характер такого права именно вторичный, потому что нет правоотношения, в рамках которого могло бы существовать субъективное право на исключение.

Дополнительным подтверждением того, что это право является вторичным, является снова ст. 67 ГК РФ, в которой предусмотрено, что отказ от этого права или его ограничение ничтожны, что подчеркивает вторичный характер права уровнем своей императивности.

¹ Степанов Д.И. Новые положения Гражданского кодекса о юридических лицах // Закон. 2014. № 7. С. 31–55.

² Ломакин Д.В. Указ. соч. С. 431–432.

³ Могилевский С.Д., Егорова М.А. Корпоративная защита как отражение сущности корпоративных прав // Гражданское право. 2015. № 1. С. 3–6.

Также подтверждением выступает то, что осуществление этого права происходит посредством односторонней сделки¹.

Секундарные права в правоотношениях по отчуждению долей (акций), иных объектов, закрепляющих участие лиц в составе корпораций. Принадлежность долей в обществе (равным образом акций) образует корпоративные правоотношения с обществом, а также обязательственные имущественные правоотношения между обществом и участником общества.

Доли в обществе с ограниченной ответственностью могут отчуждаться и обладают оборотоспособностью. Их оборотоспособность ограничена пределами круга участников общества: для отчуждения доли третьему лицу необходимо соответствующее предложение продажи доли одному из участников общества, т.е. имеется преимущественное право покупки доли участниками общества перед третьими лицами, а также самого общества перед третьими лицами (ст. 21 Закона об ООО).

Такие же нормы содержатся и в других статьях ГК РФ, в частности, посвященных товариществам на вере (подп. 4 п. 2 ст. 85).

Эти преимущественные права сообразны с рассмотренным правом преимущественной покупки в общей долевой собственности. По своему смыслу эти права также являются секундарными. В диссертационном исследовании М.В. Субботина отмечена классификация преимущественных прав: как реализуемых посредством договора и реализуемых при правопреемстве². Признавая эти права существующими вне правоотношения, следует отметить, что эти права действительно существуют в договорном правоотношении, это применимо к большому количеству секундарных преимущественных прав. Переход долей (вкладов) происходит в рамках договорного правоотношения, поэтому и преимущественные права существуют в таком договорном правоотношении. Но эти права не являются содержанием данного правоотношения, их секундарной характер имеет своим назначением изменение правоотношения. Они вне правоотношения купли-продажи, за его пределами.

Подробный порядок осуществления данного секундарного права изложен в ст. 21 Закона об ООО. В указанной статье предусмотрено два секундарных преимущественных права: право покупки доли другими участниками общества и право покупки доли самим обществом. При этом второе секундарное право, реализовав которое общество

¹ Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Право членства // Вестник ВАС РФ. 2013. № 12. С. 71–77.

² Субботин М.В. Преимущественные права в российском гражданском законодательстве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

может приобрести долю, возможно только в том случае, если преимущественное право покупки не было реализовано другими участниками общества. Иными словами, данное вторичное право поставлено в зависимость от ряда юридических фактов.

На первый взгляд основным юридическим фактом является предусмотренность возможности такого права уставом общества, т.е. закреплённость вторичного права в уставе общества. Устав общества представляет собой нормативный юридический акт и содержит нормы, регулирующие корпоративные отношения на самом низком уровне. Признание за уставом общества нормативного характера позволяет не делать каких-либо исключаящих оговорок о том, что вторичные права должны быть предусмотрены законом, а в случае с уставом вторичное право предусматривается актом ненормативного характера. Так, Г.В. Цепов указывает, что устав акционерного общества является особым юридическим актом, который обладает чертами односторонней сделки¹. Но со взглядом Г.В. Цепова сложно согласиться, потому что устав распространяет свое действие на участников, которые его не утверждали, которые сменились, а также даже на тех, которые голосовали против его утверждения. Единственным примером могут являться компании одного лица, в которых устав утверждается одним учредителем, однако это не меняет его правовой нормативной природы². Также сложно согласиться со сторонниками договорной природы устава³ по той же причине, что для утверждения устава нет необходимости воли всех участников юридического лица.

Подробный анализ точек зрения на правовую природу устава произведен Н.В. Козловой, в ходе которого она пришла к выводу о том, что устав является особой корпоративной сделкой⁴.

Все же сторонниками взгляда «устав-сделка» упускается из виду то, что сделка должна порождать конкретные правоотношения для конкретных участников. В случае с уставом нет никаких конкретных правоотношений, поскольку не определен круг субъектов этих правоотношений. Регулирование корпоративных отношений уставом

¹ Цепов Г.В. Акционерное общество: проблемы гражданско-правового регулирования: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004.

² Удинцев В.А. Русское торгово-промышленное право. Общее учение. Киев, 1907. С. 20; Вавин Н.Г. Формы права, нормирующие гражданские взаимоотношения. Из кассационной практики // Право и жизнь. 1927. № 3. С. 67.

³ Цитович П.П. Курс русского гражданского права. СПб., 1878. С. 38; Гуссаковский Н.П. Вопросы акционерного права. Пг., 1915. С. 53–54; Шершеневич Г.Ф. О юридической силе уставов акционерных товариществ // Журнал гражданского и уголовного права. 1889. Кн. 3. С. 120–130.

⁴ Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005. С. 283.

сообразно с нормативным регулированием отношений, оно носит абстрактный характер.

Устав утверждается решением собрания (единственного участника), а само решение в новейшей науке признается самостоятельным юридическим фактом, существующим наряду со сделками, но не входящим в их число¹.

Таким образом, с относительной уверенностью можно заявить о том, что секундарное преимущественное право покупки доли (части доли) обществом у участника общества, предусмотренное уставом общества, является нормативно-установленным секундарным правом.

Если не признавать нормативные юридические акты юридическими фактами, как это делает С.А. Зинченко, то обусловленность данного секундарного права уставом общества можно исключить, ограничившись лишь общим указанием на то, что секундарные права должны быть предусмотрены нормативным актом².

Имеется все же особенность нормативного установления секундарного права преимущественной покупки доли в уставном капитале. Согласно абз. 4 п. 4 ст. 21 Закона об ООО положения, устанавливающие преимущественное право покупки доли или части доли в уставном капитале участниками общества или обществом по заранее определенной уставом цене, в том числе изменение размера такой цены или порядка ее определения, могут быть предусмотрены уставом общества при его учреждении или при внесении изменений в устав общества по решению общего собрания участников общества, принятому всеми участниками общества единогласно. Исключение из устава общества положений, устанавливающих преимущественное право покупки доли или части доли в уставном капитале общества по заранее определенной уставом цене, осуществляется по решению общего собрания участников общества, принятому $\frac{2}{3}$ голосов от общего числа голосов участников общества.

Это положение склоняет чашу весов в сторону признания того, что для существования данного секундарного права необходима воля всех участников, что некоторым образом сближает устав со сделками (договорами) в этой части, однако это никак не умаляет ни нормативный характер устава, который сам по себе непосредственным образом правоотношения не порождает, ни нормативное установление секундарных прав.

¹ Долинская В.В. Собрания и их решения в гражданском праве и праве корпораций // Власть закона. 2014. № 3. С. 15–24; Андреев В.К. Решения собраний // Цивилист. 2013. № 3. С. 63–72.

² См.: Зинченко С.А. Указ. соч.

С другой стороны, нельзя никак опустить обусловленность секундарного права преимущественного приобретения обществом доли (части доли) отказом других участников от своего преимущественного права покупки доли (абз. 2 п. 4 ст. 21 Закона об ООО). Право покупки доли обществом ограничено преимущественными правами участников. Выходит, что преимущественное право покупки доли обществом вторично по отношению к преимущественным правам участников общества. Помимо обусловленности преимущественного права покупки обществом правами преимущественной покупки участников имеется еще одно ограничение права преимущественной покупки доли обществом – приобрести долю (ее часть) общество может только по цене не ниже цены продажи, предложенной участникам общества (абз. 2 п. 4 ст. 21 Закона об ООО).

Секундарное преимущественное право покупки ограничено сроком своего существования (абз. 2 п. 5 и абз. 3 п. 6 ст. 21 Закона об ООО)¹. В этом видна еще одна специфика данного права: это секундарное право имеет четко нормативно ограниченные временные рамки – 30 дней с момента направления обществу оферты.

Спецификой преимущественного права является его существование в строго определенных рамках, эта специфика передается на его секундарность. В диссертационных исследованиях указывается, что содержанием преимущественного права является возможность в привилегированном порядке вступить в определенное гражданское правоотношение².

Налицо, таким образом, преобразовательный характер преимущественного права – его воздействие на субъектный состав правоотношения.

С этих позиций неприемлемым выглядит взгляд автора о том, что преимущественное право является субъективным правом, специфика которого зависит от вида правоотношений³.

Представляется верным, что именно в этом проявляется секундарность преимущественных прав. Преимущественные права обладают общими чертами – все они направлены на динамику субъектного состава правоотношения, и никакое из преимущественных прав не может быть признано субъективным, поскольку существует вне правоотношений; признавать преимущественные права правоот-

¹ Грибанов В.П. Указ. соч.

² Пивовар Р.Е. Понятие, виды, осуществление и защита преимущественных прав в гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

³ Там же.

ношениями¹ в крайней мере противоречит любому определению правоотношения, в том числе принятой позиции правоотношения как идеальной сущности.

Тождество преимущественного права на приобретение доли (части доли) в уставном капитале общества с правом преимущественной покупки при правоотношении общей долевой собственности проявляется и в другой разновидности этого преимущественного права: согласно п. 18 ст. 21 Закона об ООО нарушение преимущественного права покупки влечет возможность перевода прав и обязанностей покупателя на участника общества с третьего лица. Эта возможность реализуется посредством осуществления вторичного права через суд (как указывалось ранее, это уже другое вторичное право, потому что воздействует на существующее правоотношение купли-продажи).

Из сходства различных преимущественных прав вытекает возможность проводить комплексные диссертационные исследования, посвященные преимущественным правам в целом, систематизируя их по различным основаниям и выделяя общие черты².

Признавая вторичность преимущественных прав, а также воздействие на субъектный состав правоотношений, нужно учитывать в дальнейшем обозначенную специфику любого другого встречающегося в законодательстве преимущественного права.

В данном параграфе подлежит рассмотрению отдельное обязательство организационного характера. Данное обязательство возникает из договора простого товарищества. При договоре простого товарищества не возникает корпоративных правоотношений по той причине, что отсутствует юридическое лицо как обязательный субъект корпоративных правоотношений. Тем не менее суть правоотношения из договора простого товарищества сводится к управлению и ведению дел товарищей, что сближает неправосубъектное объединение лиц с юридическим лицом и отношения, возникающие из такого договора, с корпоративными правоотношениями.

Данный договор и правоотношение не могут быть отнесены ни к одному из рассмотренных ниже обязательств. Глава 55 ГК РФ выделяется особым образом из всех договорных обязательств в силу особого организационного характера данного обязательства. В современных диссертационных исследованиях указывается, что договор простого товарищества имеет самое близкое сходство с учредитель-

¹ *Леонова Л.Ю.* Преимущественные права в гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² *Пивовар Р.Е.* Указ. соч.; *Леонова Л.Ю.* Указ. соч.; *Субботин М.В.* Указ. соч.

ным договором. Предлагается в связи с этим включить в текст гл. 55 ГК РФ положения, касающиеся учредительных договоров (отдельным параграфом)¹.

Вторичные права, возникающие в данном договоре, схожи с вторичными правами в корпоративных правоотношениях.

В первую очередь обращает на себя внимание право выхода из договора простого товарищества. Регулируется данное право ст. 1051 ГК РФ. Законодатель использует понятие отказа от договора простого товарища, однако в тексте статьи используется понятие выхода.

Данное право выступает прародителем права на выход из общества с ограниченной ответственностью. Обращает на себя внимание порядок реализации данного права. В ст. 1051 ГК РФ речь идет о заявлении, сделанном не позднее чем за три месяца до предполагаемой даты выхода из договора. Право возможно только в бессрочных договорах простого товарищества. Такой порядок реализации вторичного права позволяет судить о том, что простое товарищество понимается как коллектив, обладающий некоторой долей единства. В статье не указано об уведомлении товарищей, сторон договора — говорится лишь о заявлении товарища, причем не указано, кому оно подается.

Е.М. Щукина рассматривает это заявление таким образом, что оно не носит какого-либо формального значения, достаточно лишь доведения до сведения всех товарищей намерения товарища о выходе². В общем такая позиция основана на распорядительном характере права на отказ. Внешняя форма волеизъявления не должна признаваться значимой, достаточно лишь каких-либо внешних выражений воли в рамках вторичного права.

Имеется вторичное право, возникающее при охранительных правоотношениях. Вторичное право существует только в срочных договорах и в договорах с указанием цели деятельности.

Право предоставлено товарищу. Возможно расторжение договора простого товарищества при нарушениях со стороны другого товарища или других товарищей (ст. 1052 ГК РФ). При этом возможно расторжение договора при установлении уважительной причины для выхода. Последствием реализации данного права является возникновение обязанности возместить реальный ущерб другим товарищам. Данное возмещение не должно расцениваться как последствие правонару-

¹ Савельев А.Б. Договор простого товарищества в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

² Проблемы современной цивилистики: Сборник статей, посвященных памяти профессора С.М. Корнеева / Отв. ред. Е.А. Суханов, М.В. Телюкина. М.: Статут, 2013. С. 276.

шения, поскольку реализация секундарного права о расторжении договора является правомерным действием. Реальный ущерб является лишь экономической категорией, а не мерой гражданско-правовой ответственности.

Е.А. Останина поднимает вопрос о содержании в ст. 1052 ГК РФ отменительного условия сделки простого товарищества, приходя к выводу о том, что речь идет лишь о каузе сделки (цели учреждения простого товарищества), поскольку с достижением цели простое товарищество не прекращает свою деятельность (ст. 1050 ГК РФ)¹. Буквальное прочтение ст. 1052 ГК РФ позволяет определить те договоры, в которых возможно существование секундарного права на отказ, — речь идет о срочных или каузальных (целевых) договорах простого товарищества.

Других специфических прав в договоре простого товарищества не предусмотрено. Рассмотренные права показывают по своей сути возможности выхода из товарищества при сохранении самого договора, т.е. правоотношение прекращается лишь в отношении одного товарища (отказывающегося от договора). Само договорное правоотношение простого товарищества продолжается в отношении других товарищей.

§ 2. Секундарные права при обязательствах

Возможно, раскрытию секундарных прав при обязательствах следовало бы посвятить отдельную книгу, поскольку обязательства — это результат правового опосредования всего имущественного оборота. Все имущественные отношения обмена в гражданском праве регулируются при помощи норм обязательственного права. Это область истинной гражданской свободы, которая в праве проявляется через открытый перечень договорных обязательств, абстрактные формулировки норм деликтных и кондикционных обязательств. Имеющийся в законодательстве массив норм обязательственного права очень велик, даже невзирая на открытый перечень обязательств. Иного быть не может, поскольку невозможно охватить все многообразие социально-экономических связей, складывающихся между людьми.

Обязательства в праве делятся на обширные группы. В качестве основной классификации можно выделить регулятивные и охранительные обязательства.

¹ Останина Е.А. Зависимость правовых последствий сделки от отлагательного и отменительного условий: Научно-практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2010. С. 212.

Далее критерием выступает наличие имущественного элемента в обязательствах: обязательства делятся на имущественные и неимущественные, которые представлены организационными обязательствами правоотношениями. Существуют воззрения, согласно которым организационные обязательства существуют лишь постольку, поскольку существуют имущественные обязательства, и образуют лишь часть имущественных обязательств¹.

Формально юридически все же неимущественные обязательства как правоотношения существуют². Имущественный элемент в обязательстве определяется через представление об имуществе, которое наблюдается в подавляющем большинстве обязательств. Объем таких обязательств настолько велик, что неимущественные обязательства теряются на фоне общей массы имущественных обязательств, но их существование нельзя просто исключить. Например, неимущественными обязательствами являются правоотношения представительства, которые хотя и носят вспомогательный характер, тем не менее сами по себе не связаны с представлениями о каком-либо имуществе (ст. 182 ГК РФ); по своей сути упомянутые выше корпоративные правоотношения являются неимущественными обязательствами, неимущественными обязательствами являются всевозможные обязательства, возникающие из организационных договоров (предварительный договор, рамочный договор, договор об организации перевозок, договор простого товарищества и т.д.).

В условиях многообразия институтов обязательственного права наблюдается многообразие субъективных прав и обязанностей, закрепленных в нормах права. Помимо субъективных прав при обязательствах существует также большое количество вторичных прав, которые придают обязательственным правоотношениям еще больше динамичности и многообразия форм.

При рассмотрении вторичных прав, сопутствующих обязательствам, необходимо четко выделять их автономность и отсутствие какой-либо обязанности, корреспондирующей вторичному праву. Иными словами, нельзя допустить наличие «вторичных правоотношений». Вторично-управомоченному субъекту не противостоит никакой отдельный субъект, в том числе связанный пассивным ожиданием

¹ Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву: Монография. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 15; Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России: Монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: РАП; Волтерс Клувер, 2010. С. 42.

² Филиппова С.Ю. Неимущественные обязательства: к дискуссии о существовании и содержании // Российский судья. 2007. № 11.

осуществления такой управомоченности первого¹. Ранее уже указывалось, что секундарно-управомоченный направляет свою волю на правоотношение в целом, т.е. в отношении обязательств это будет означать, что волевому воздействию будут подвергаться все субъекты обязательственного правоотношения.

Секундарные права при обязательственных правоотношениях также не образуют сколько-нибудь стройной системы, но все же отрицать их как отдельную правовую категорию с отдельной правовой природой не будет правильным².

Равным образом не следует чрезмерно расширять сферу секундарных прав. Так, Ю.С. Харитоновна полномочия именуется секундарными правами, выделяя в качестве примеров заключение договоров комиссионером, фактические и юридические действия доверительного управляющего³.

Само по себе название «секундарные права» подчеркивает их вторичность, вторичность по отношению к субъективным правам, что означает их теснейшую взаимосвязь и обусловленность правоотношением. Воздействуют секундарные права на правоотношение в целом, т.е. и на субъективное право, и на субъективную обязанность, они не просто связывают отдельного субъекта правоотношения⁴. В то же время неверно расширить сферу секундарных прав до всех вообще юридически значимых действий. Например, в качестве средства осуществления секундарных прав выделяется акцепт оферты, причем оферент, находящийся в ожидании акцепта, оказывается связанным односторонним волеизъявлением акцептанта⁵. На основании этого примера делается вывод, что секундарные права — это права в незавершенных, становящихся правоотношениях⁶.

Акцепт оферты не может быть признан секундарным правом — это элемент фактического состава, который приводит к заключению договора. Секундарное право обладает тем качеством, что именно единственного волеизъявления становится достаточно для изменения правоотношения. Акцепт — это действие, всецело зависящее от оферты. Правоотношение возникает лишь постольку, поскольку оферта

¹ Белов В.А. Юридическая природа прав ожидания (гарантийных правоотношений) // СПС «Гарант».

² Родионова О.М. Механизм гражданско-правового регулирования в контексте современного частного права. М.: Статут, 2013. С. 226.

³ Харитоновна Ю.С. Управление в гражданском праве: проблемы теории и практики. М.: Норма; Инфра-М, 2011. С. 156.

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. В 5 кн. Кн. 3. М.: Статут, 2002. С. 324.

⁵ Германов А.В. Указ. соч. С. 338.

⁶ Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 231.

принимается в полном объеме, но акцепт не создает правоотношения, что означает отсутствие его преобразовательного характера как признака вторичного права. Ключевым отличием акцепта от вторичного права является то, что во вторичном праве присутствует собственная воля, во время как воля при акцепте лишь касается принятия выраженной воли.

Рассмотренный пример акцепта оферты является общим для всех договорных обязательств, поскольку нормы права содержатся в гл. 28 ГК РФ, посвященной заключению всех вообще договоров, между тем статьи ГК РФ об акцепте нельзя, разумеется, применять к обязательствам, возникающим, например, из решений собраний.

Универсальный характер имеет право на оспаривание сделок. С.В. Третьяков указывал на вторичность данного права¹. Вторичный характер отрицать нельзя, потому что право не существует ни при каких правоотношениях. Законодательной традицией является использование права на оспаривание сделок, однако нужно иметь в виду, что правовые последствия данного права состоят в изменении правоотношения, возникшего из сделки. Оспаривание сделки как юридического факта означает лишь ее опровержение. Но, будучи совершенной сделкой, правоотношение порождается этой сделкой в любом случае. Реализация права на оспаривание предполагает изменение (превращение его в охранительное реституционное правоотношение) или прекращение правоотношения.

При рассмотрении права на оспаривание понятие такого права имеет только и исключительно материально-правовой смысл — право на оспаривание предполагается наличным и существующим и имеющим правовой результат. Иначе говоря, не следует понимать под правом на оспаривание обращение в суд с иском об оспаривании сделки (право на оспаривание в процессуальном смысле). Право на оспаривание следует понимать как возможность изменения правоотношения, возникшего из сделки, посредством изменения основания возникновения такого правоотношения (самой сделки).

Известно, что в отечественном законодательстве признание сделок недействительными имеет две различные формы: применение последствий недействительности сделки (при ничтожности сделки или абсолютной недействительности сделки), а также признание сделки недействительной (при оспоримости сделки или ее относительной недействительности). Такая классификация недействительных сделок взята из римской юриспруденции. Классическая римская теория различия в недействительности сделок искала в са-

¹ Третьяков С.В. Указ. соч.

мом недействительном акте (в его существовании), который подвергался оспариванию.

Теория была подвергнута критике со стороны Е. Годэмэ¹. Он указал, что теория недействительности сводится к праву на оспаривание независимо от существования оспариваемого акта (ничтожности или оспоримости). Право оспаривания предоставляется определенному лицу или неопределенному кругу лиц в качестве санкции за нарушение норм закона совершенной сделкой (актом).

По российскому законодательству допускается оспаривание как ничтожных, так и оспоримых сделок, применяется классическая теория². В литературе отмечается, что признание ничтожной сделки недействительной не имеет никаких материально-правовых последствий³. Ничтожная сделка не имеет правовых последствий с момента ее совершения. Применение последствий недействительности ничтожной сделки – другое дело – это механизм принудительной реализации субъективного охранительного права, существующего в охранительных реституционных правоотношениях. При ничтожных сделках данное право возникает с момента совершения сделки. Однако нужно согласиться с тем, что признание недействительной ничтожной сделки не имеет материально-правовых последствий. Иначе говоря, право на оспаривание ничтожной сделки является лишь процессуальным правом, в суде устанавливается лишь факт ничтожности, факт несоответствия закону. Поэтому данное право и не содержится в ст. 12 ГК РФ в числе способов защиты прав. Отсюда нужно отметить, что признание ничтожной сделки недействительной не является вторичным правом. Это фактическое и процессуальное средство установления факта ничтожности сделки.

В отношении ничтожных сделок нужно отметить, что зачастую они исполняются добровольно, стороны могут следовать условиям, содержащимся в ничтожной сделке, однако данные отношения не являются правоотношениями, поскольку не имеется никаких норм права, которые могли бы регулировать отношения из ничтожных сделок. Эти отношения являются лишь социальными отношениями, отношениями действительности. Фактические отношения из ничтожной сделки при ее оспаривании пресекаются, и возникают правоотношения по возврату полученного по ничтожной сделке.

¹ Годэмэ Е. Общая теория обязательств. М., 1948. С. 157.

² Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М.: Статут, 2007. С. 271.

³ Тигранян А.Р. Классическая теория ничтожных и оспоримых сделок и теория права оспаривания Годэмэ // Юридический мир. 2006. № 6.

Однако возникают данные правоотношения в силу того, что существующие фактические отношения не имели под собой никаких правовых оснований (например, отношения неосновательного обогащения).

Что касается оспоримых сделок, то право на оспаривание имеет двойной правовой эффект: прекращается правоотношение регулятивное, возникшее из оспоримой сделки, и возникает правоотношение охранительное в силу реализации права на оспаривание.

Право на оспаривание оспоримых сделок тем самым является инструментом воздействия на правоотношения из оспоримых сделок. Это право является полной противоположностью права на оспаривание ничтожных сделок. Право на оспаривание оспоримых сделок имеет материально-правовой смысл. Реализация данного вторичного права исключительно судебная, юрисдикционная. Осуществление права на оспаривание предполагает возникновение нового правоотношения, охранительного реституционного.

Д.О. Тузов указывает, что оспаривание является юридическим актом, направленным на прекращение гражданских прав и обязанностей. Упомянутый автор отмечает, что оспаривание является само по себе сделкой в германском законодательстве¹. При таком понимании оспаривания как факта осуществления права на оспаривание само понятие этого права как вторичного встает на свое должное место.

Новейшим изменением законодательства является правило эстоппель — невозможность оспаривания сделки или ссылки на ее недействительность в противоречие предыдущему поведению лица, в частности, по исполнению сделки². Основное положение о правиле эстоппель содержится в абз. 4 п. 2 и п. 5 ст. 166 ГК РФ.

Е.А. Останина понимает эстоппель достаточно широко, не только в контексте недействительных сделок — как запрет ссылаться на определенное обстоятельство в качестве возражения против заявленного требования³. В российском законодательстве этот запрет касается только недействительных сделок. Как видно, он касается права оспаривания самым непосредственным образом. Эстоппель по своему правовому смыслу представляет собой предел вторичного права оспаривания, условие его осуществления. Задачей правила

¹ Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. С. 273.

² Белов В.А. Что изменилось в Гражданском кодексе?: Практическое пособие. М.: Юрайт, 2014. С. 17.

³ Останина Е.А. Эстоппель и подтверждение сделки // Вестник ВАС РФ. 2013. № 11. С. 38–45.

эстоппель является воспрепятствование стороне получить преимущества и выгоду как следствие своей непоследовательности в поведении в ущерб другой стороне, которая добросовестным образом положила на определенную юридическую ситуацию, созданную первой стороной.

Именно такие задачи этого запрета ограничивают, как и в некоторых других случаях, область применения вторичных прав, поскольку право на оспаривание, несомненно, является преимуществом и ставит субъекта, которому предоставлено такое право, в неравное привилегированное положение по сравнению с другой стороной сделки. Эстоппель призван сгладить такое неравенство.

Правило эстоппель получает свои истоки в английском общем праве и часто применяется в международном праве. Суть его в целом в том, что если государство придерживалось позиции, противоположной тому субъективному праву, которое отстаивает в суде, то такое субъективное право не получает судебной защиты¹.

В гражданском праве применительно к оспариванию сделок эстоппель выступает инструментом стабилизации гражданского оборота. Благодаря институту эстоппель обеспечиваются упорядоченность гражданского оборота и предсказуемость поведения участников. Без такого ограничения вторичное право оспаривания было бы чрезмерно суровым, введение правила эстоппель в текст ГК РФ означает то, что законодатель ослабляет императивные элементы в гражданском праве (вторичное право оспаривания) и привносит больше равенства в правовой статус субъектов гражданских правоотношений.

§ 3. Вторичные права, закрепленные в общих нормах обязательственного права

Вторичная обязанность выбора при альтернативных обязательствах. Альтернативное обязательство в настоящее время получило закрепление в тексте ГК РФ. Согласно п. 1 ст. 308.1 ГК РФ альтернативным признается обязательство, по которому должник обязан совершить одно из двух или нескольких действий (воздержаться от совершения действий), выбор между которыми принадлежит должнику, если законом, иными правовыми актами или договором право выбора не предоставлено кредитору или третьему лицу.

¹ *Каламкарян Р.А.* Эстоппель как институт международного права // Юрист-международник. 2004. № 1.

Согласно п. 2 вышеназванной статьи с момента, когда должник (кредитор, третье лицо) осуществил выбор, обязательство перестает быть альтернативным.

Выбор в альтернативном обязательстве является очень широко используемым примером вторичных прав, потому что альтернативное обязательство преобразуется в обыкновенное безальтернативное¹.

Выбор, согласно ст. 320 ГК РФ, является правом должника (кредитора, третьего лица). В то же время указанная статья предусматривает последствия неосуществления права выбора, что нехарактерно для такой категории, как «право».

Преобразовательный характер выбора не делает выбор «правом» автоматически. Субъективное или вторичное право не может обеспечиваться санкцией за неосуществление права. Вторичное право вообще лишено как таковой принудительной силы: соответствующее требование через суд — это лишь порядок осуществления вторичного права, но не принуждение к его исполнению. Это вытекает из того, что нет никаких корреспондирующих вторичным правам обязанностей (связанностей).

В альтернативном обязательстве выбор не может быть признан правом. Согласно п. 1 ст. 320 ГК РФ если должник не сделал выбора, то право выбора переходит к кредитору.

То же самое, если выбор был предоставлен кредитору (третьему лицу) и осуществлен не был, то право выбора переходит к должнику.

Эти переходы прав являются санкциями за неисполнение права выбора, а это не вполне мыслимо применительно к правам. Если бы выбор был истинным правом, то его осуществление (неосуществление) не могло бы влечь никаких последствий, однако суть альтернативного обязательства состоит именно в том, что этот выбор должен быть осуществлен.

Само определение альтернативного обязательства предполагает высокий уровень императивности норм, устанавливающих выбор, эти нормы права устанавливают не возможности, а необходимости. Ни должник, ни кредитор (третье лицо) не могут отказаться от выбора, поскольку в этом случае происходит утеря смысла альтернативного обязательства.

В науке встречаются довольно противоречивые взгляды: с одной стороны, признается, что выбор является правом должника (кредитора, третьего лица), но далее делается вывод о том, что суд по

¹ Певзнер А.Г. Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав // Ученые записки ВЮЗИ. Вып. 5. М., 1958. С. 19.

требованию кредитора может определить обязанность должника¹. Спрашивается, почему тогда выбор в альтернативном обязательстве признается секундарным правом, если должника может понудить суд к совершению выбора (определить обязанность за него)? Судебный порядок не должен выступать в качестве преобразователя правового средства – право не должно превращаться в обязанность.

Изложенные аргументы говорят в пользу того, что выбор в альтернативных обязательствах опосредуется при помощи секундарной обязанности.

Особым образом все же можно выделить «права» выбора в альтернативных обязательствах, которые возникают в том случае, если секундарная обязанность не была осуществлена. Права, предусмотренные ст. 320 ГК РФ (вторые части предложений п. 1, 2), уже не обеспечиваются никакими санкциями и по своей природе подпадают под понятие секундарных прав.

Но основным в альтернативном обязательстве является именно первичный выбор. Ф.К. фон Савиньи указал, что это право-привилегия, принадлежащая должнику в силу того, что именно должник в обязательстве осуществляет ту или иную деятельность².

С точки зрения распределения данного «права» между кредитором и должником это действительно «привилегия» перед другой стороной обязательства, которая в силу диспозитивной нормы закона принадлежит должнику, но с точки зрения уровня модальности это привилегия, которая является обязательной для исполнения. Это волеизъявление нельзя не осуществить, в противном случае теряется смысл обязательства как такового, именно поэтому выбор в альтернативном обязательстве – это секундарная обязанность.

Из формулировки нормы ст. 308.1 ГК РФ видно, что перераспределение обязанности выбора по альтернативному обязательству может быть возложено договором или законом на кредитора или третье лицо. Это отличительная особенность секундарной обязанности – возможность ее договорного установления (перенесения на другое лицо).

Исходя из содержания этой нормы секундарная обязанность может закрепляться специальным законом, хотя, придерживаясь формулировки альтернативного обязательства, содержащейся в ст. 308.1 ГК РФ,

¹ Логинова Т.Е., Захаркина А.В. Факультативные и альтернативные обязательства в праве РФ и зарубежных правовых порядках: сравнительно-правовое исследование // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 1. С. 125–132.

² Савиньи Ф.К. фон. Обязательственное право. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2004. С. 290.

довольно сложно найти примеры в самом тексте ГК РФ. Редкость альтернативных обязательств верно подчеркивается С.В. Сарбашем¹.

Некоторые примеры «выборности» предмета исполнения в части второй ГК РФ зачастую повествуют в пользу того, что выбор является именно вторичным правом.

Например, права выбора предоставлены покупателю по договору купли-продажи в случае нарушения условий договора об ассортименте товара (п. 2 ст. 468 ГК РФ), в случае продажи товара ненадлежащего качества (п. 1 ст. 475 ГК РФ), в случае передачи некомплектного товара (п. 1 ст. 480 ГК РФ), в случае передачи товара ненадлежащего качества (п. 2, 3 ст. 503 ГК РФ), продавцу в случае отказа покупателя принять и оплатить товар в нарушение договора купли-продажи (п. 4 ст. 486 ГК РФ), поставщику на определение вида транспорта (п. 1 ст. 510 ГК РФ), арендатору в случае обнаружения недостатков переданного имущества (п. 1 ст. 612 ГК РФ), на выбор варианта поведения в случае неисполнения арендодателем обязанности по производству капитального ремонта арендованного имущества (п. 1 ст. 616 ГК РФ), в случае нарушения арендодателем преимущественного права заключения договора на новый срок (п. 1 ст. 621 ГК РФ), ссудополучателю при обнаружении недостатков переданного имущества (п. 1 ст. 693 ГК РФ), заказчику в случае обнаружения недостатков выполненной работы (п. 1 ст. 723 ГК РФ), пользователю по договору коммерческой концессии в случае нарушения преимущественного права правообладателем заключить договор коммерческой концессии на новый срок (п. 2 ст. 1035 ГК РФ), субъекту исполнения по деликтным обязательствам в связи с причинением вреда недостатками товара (п. 1 ст. 1096 ГК РФ) и т.д.

Представляется правильным данные права не относить к вторичным обязанностям, потому что у всех вышеозначенных прав имеется одна характерная особенность — они существуют при охранительных правоотношениях, т.е. в связи с нарушениями, совершенными в рамках регулятивных правоотношений. Такие охранительные правоотношения Д.Н. Кархалев отнес к восстановительным охранительным правоотношениям².

Иными словами, эти права не являются примерами альтернативных обязательств по смыслу п. 1 ст. 308.1 ГК РФ. Эти вторичные права в большей мере соответствуют вторым частям предложений п. 1, 2 ст. 320 ГК РФ. Это истинные вторичные права. Здесь не может идти речи о принудительности выбора.

¹ Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М.: Статут, 2005. С. 532.

² Кархалев Д.Н. Концепция охранительного гражданского правоотношения: Дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2010.

Принудительность выбора в альтернативном обязательстве диктуется самими правовыми нормами, т.е. содержится в самом праве, в свою очередь секундарное право выбора в названных обязательствах принудительно к исполнению лишь за счет экономических невыгод неосуществления такого права, т.е. причина осуществления секундарного права на выбор в названных нормах — это прежде всего экономический мотив, который находится за пределами права. Права выбора в нормах ГК РФ, посвященных отдельным договорам и деликтам, не имеют никаких правовых последствий, подобных тем, что содержатся в ст. 320 ГК РФ. Отсюда напрашивается вывод о том, что данные охранительные правоотношения не являются альтернативными обязательствами по смыслу ст. 308.1 ГК РФ, хотя из текста данной статьи, а также п. 1 ст. 307.1 ГК РФ не вытекает никаких запретов на ее действие в отношении охранительных обязательств.

Альтернативное обязательство обладает еще одной спецификой: секундарная обязанность выбора ограничена кругом «избираемых» вариантов поведения, т.е. альтернативы должны быть определены. По этой причине нельзя назвать альтернативным обязательство из договора финансовой аренды (лизинга), где в силу п. 1 ст. 665 ГК РФ осуществляется выбор продавца и приобретаемого имущества. В договоре лизинга нет заранее определенной альтернативы между сдаваемым (покупаемым) имуществом и продавцом. Тем не менее выбор продавца, а также имущества, сдаваемого в аренду, также является секундарной обязанностью.

Секундарное право в факультативном обязательстве. Факультативное обязательство находится в тесной связи с альтернативным обязательством, по этой причине все труды, посвященные рассмотрению факультативных обязательств, всегда проводятся в сравнении с альтернативными обязательствами. По верному указанию В.А. Белова, отдельных монографических и диссертационных исследований, посвященных факультативным обязательствам, не состоялось. Обширная и фундаментальная статья, посвященная факультативным обязательствам, написана самим В.А. Беловым, в ней рассмотрены взгляды авторов на факультативные обязательства, а также законодательный подход, согласно которому, по мнению упомянутого автора, было узаконено господствующее определение факультативных обязательств¹.

В настоящее время факультативные обязательства определены законом, их определение содержится в ст. 308.2 ГК РФ. Согласно

¹ Белов В.А. Факультативные обязательства // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 4—60.

данной статье факультативным признается обязательство, по которому должнику предоставляется право заменить основное исполнение другим (факультативным) исполнением, предусмотренным условиями обязательства. В случае, если должник осуществляет свое право на замену исполнения, предусмотренного условиями обязательства, кредитор обязан принять от должника соответствующее исполнение по обязательству.

В статье узаконена концепция, которая была предложена еще В. Голевинским в 1872 г.: согласно ей факультативные обязательства определялись как заменительные, сущность которых состояла в том, что должнику давалась возможность заменить главное исполнение дополнительным¹.

Не вдаваясь в дискуссию о природе и сущности факультативных обязательств, в особенности в сравнении с альтернативными, а также другими смежными институтами гражданского права, нужно отметить тот юридический критерий, на который ранее прямо не обращалось внимания и который закономерно выводится в свете рассмотрения вторичных прав.

Из определения ст. 308.2 ГК РФ вытекает то, что должник вправе по своему одностороннему волеизъявлению заменить основной предмет исполнения дополнительным (факультативным).

Из определения следует, что обязательство существует и без такой замены: должник производит основное исполнение.

Представляется правильным, что именно в этой юридической сути и состоит важнейшее отличие факультативного обязательства от альтернативного. Альтернативное обязательство не существует без выбора предмета исполнения как способа прекращения альтернативного обязательства. Поэтому выбор должника в альтернативном обязательстве является вторичной обязанностью.

Что касается факультативных обязательств, то это обязательство существует как обыкновенное обязательство, однако в силу указаний закона (или договора) должнику (и только ему) принадлежит вторичное право изменить своим односторонним волеизъявлением предмет правоотношения. Данное вторичное право приводит к прекращению обязательства с главным (основным) предметом исполнения другим (дополнительным, факультативным).

Критерий наличия вторичного права является юридическим критерием выделения факультативных обязательств². При этом ду-

¹ Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1872. С. 210.

² Захаркина А.В. Понятие факультативного обязательства в истории цивилистической мысли // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 4. С. 170–176.

мается, что посторонний праву мотив существования факультативных обязательств в праве должен исследоваться лишь в том случае, если не будет достаточного объяснения самостоятельности факультативных обязательств как правового явления в самих нормах права.

Секундарное право в факультативном обязательстве принадлежит только должнику и не может в силу соглашения быть перенесено на кредитора. Это секундарное право дает огромное преимущество должнику, делает его экономически более сильным, в этом плане В.А. Беловым рассмотрены три экономические концепции факультативных обязательств. Ценовая концепция предполагает плату за замену одного обязательства другим (в частности, отступным) (односторонний отказ (изменение) от обязательства)¹. Страховочная концепция предполагает, что факультативная обязанность существует для того, чтобы восстановить имущественные интересы кредитора, нарушенные невозможностью исполнения основного обязательства². Сам В.А. Белов выделяет еще и третью, смешанную концепцию, согласно которой ценовая концепция действует на той стадии, пока обязательство является регулятивным, т.е. тогда, когда возможна факультативность. С момента, когда наступает невозможность исполнения по основному обязательству, действует страховочная концепция, по которой факультативная обязанность является уже в рамках охранительного правоотношения и представляет собой право кредитора на покрытие убытков в связи с неисполнением должником своей основной обязанности³.

При рассмотрении данных концепций возникает наиболее острый вопрос: если в факультативном обязательстве присутствует секундарное право, которое прямо вытекает из закона, то допустимо ли считать возможность преобразования регулятивного правоотношения в охранительное при помощи реализации секундарного права?

Думается, ответ на этот вопрос должен быть отрицательным, потому что положительный ответ стер бы грань между регулятивными и охранительными правоотношениями вообще.

Суть охранительных правоотношений прежде всего в том, что они возникают в результате умышленного или неумышленного нарушения прав, свобод, охраняемых гражданским правом интересов, которое является правонарушением и в силу самого своего опреде-

¹ *Бацнев В.В.* Обязательство, осложненное условием об отступном (замене исполнения). М.: Статут, 2005. С. 29–89.

² *Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. В.П. Камышанского, Н.М. Коршунова, В.И. Иванова.* М., 2009. С. 602–603.

³ *Белов В.А.* Факультативные обязательства.

ления всегда неправомерно, как неправомерно любое причинение вреда¹.

Вторичное право, напротив, установлено законом или в соответствии с ним и признается как правомерное действие, причем, судя по многим законодательным случаям закрепления вторичных прав, приветствуется его осуществление.

По этой причине вторичное право, закрепленное в норме о факультативном обязательстве (ст. 308.2 ГК РФ), не может служить основанием для трансформации регулятивного обязательства в охранительное.

Невозможность исполнения основного обязательства и тем более доказанность невозможности исполнения (процессуальный аспект) не имеют никакого юридического смысла в факультативном обязательстве, как на то указывает А.Н. Танага².

Законодатель последовательно проводит данную концепцию в жизнь. Согласно п. 1 ст. 320.1 ГК РФ, если должник по факультативному обязательству (ст. 308.2 ГК РФ) к установленному сроку не приступил к основному исполнению, кредитор вправе потребовать основного исполнения обязательства³.

В норме права предусмотрена принудительная исполнимость основной обязанности, а не факультативной, что означает то, что замена основной обязанности факультативной — это только привилегия должника. В этом случае производство факультативного исполнения может пониматься как исполнение вторичной обязанности должника, прекращающей обязательство в целом.

В качестве факультативных обязательств понимаются и субсидиарные обязательства, что нельзя признать верным по следующим соображениям. Именно отказ в исполнении основного обязательства имеет юридическое значение в субсидиарных обязательствах (ст. 399 ГК РФ), которые В.А. Белов и относит к факультативным обязательствам⁴. Между тем субсидиарные обязательства как раз таки отличаются тем, что в них имеется строго очерченная очередность исполнения: в пер-

¹ Обязательства вследствие причинения вреда: Постатейный комментарий главы 59 Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2009 (комментарий к ст. 1064 ГК РФ).

² Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. В.П. Камышанского, Н.М. Коршунова, В.И. Иванова. С. 602–603.

³ Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1997. С. 519–520 (автор — М.В. Кротов); *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 1: Общие положения. 2-е изд., испр. М., 1999. С. 426–427; Гражданское право: Учебник. В 4 т. Т. 3 / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 25–26 (автор — Е.А. Суханов).

⁴ *Белов В.А.* Факультативные обязательства.

вую очередь обязательство между основным должником и кредитором и лишь затем между субсидиарным должником и кредитором¹. В субсидиарных обязательствах играет роль именно отказ основного должника, в то время как ничего подобного в регулировании факультативных обязательств нет. Можно даже допускать, что субсидиарные обязательства не представляют собой единства: они состоят из двух обязательств – основного и субсидиарного, возникшего после отказа должника.

Распространенным является вывод о том, что отступное как способ прекращения обязательств использует конструкцию факультативного обязательства².

Статья 409 ГК РФ в редакции Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ³ дает следующее определение отступного: по соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением отступного – уплатой денежных средств или передачей иного имущества.

Примечательно, что до введения в действие Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ ст. 409 ГК РФ имела следующее содержание: по соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением взамен исполнения отступного (уплатой денег, передачей имущества и т.п.). Размер, сроки и порядок предоставления отступного устанавливаются сторонами.

Формулировка нормы «предоставлением взамен исполнения отступного» путем буквального толкования нормы давала повод сближать факультативное (заменительное) обязательство с отступным, потому что отступное предоставляется взамен исполнения.

Научная дискуссия существует на почве неопределенности момента прекращения обязательства отступным.

Если допустить возможность того, что обязательство прекращается с момента предоставления отступного в рамках заключенного соглашения об отступном, то действительно выходит, что вторичное право должника на замену основного обязательства отступным содержится в соглашении об отступном. Вторичное право состоит в том, что должник может прекратить обязательство, предоставив отступное. Это означает факультативность обязательства. Такая

¹ Гражданское право: Учебник. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 626; *Сарбаи С.В.* Обязательства с множественностью лиц и особенности их исполнения. М.: Статут, 2004. С. 29.

² *Бацнев В.В., Щербаков Н.Б.* Комментарий правовых позиций Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам, связанным с применением норм Гражданского кодекса РФ о прекращении обязательств // Вестник гражданского права. 2006. № 2.

³ Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.

позиция предложена Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в п. 1 Информационного письма от 21 декабря 2005 г. № 102: «Обязательство прекращается с момента предоставления отступного взамен исполнения, а не с момента достижения сторонами соглашения об отступном. Соглашение об отступном порождает право должника на замену исполнения и обязанность кредитора принять отступное»¹.

Но если исходить из того, что соглашение об отступном является вынужденной мерой (после наступления обязательства) в связи с неисправностью должника по основному долгу (в отсутствие какой-либо факультативности), то отступное не будет иметь ничего общего с факультативным обязательством, выплата отступного не будет происходить в рамках вторичного права. Само соглашение об отступном будет являться основанием для изменения обязательства (что уже отличает его от факультативного обязательства).

Последняя позиция представляется более убедительной, она, в частности, поддерживается О.Ю. Шилохвостом². В частности, он указывает на то, что содержание условий об отступном в основании уже возникшего основного обязательства будет противоречить понятию об отступном. Соглашение об отступном может быть совершено только после того, как условия основного обязательства определены. Само отступное — это способ прекращения обязательств. По своему определению отступное представляет собой некоторое фактическое действие, существующее в действительности, в то время как сама идеальная форма правоотношения остается неизменной.

Если допустить уместность сравнения, отступное — это своего рода вещная сделка, состоящая в передаче или совершении чего-либо взамен основного предоставления по обязательству.

Напротив, замена обязательства в факультативном обязательстве касается именно сферы правоотношений, т.е. меняет одну идеальную сущность на другую (правоотношение с основным предметом исполнения на другое, в том числе со своими собственными условиями).

Поэтому совершенно верно подвергать сравнительному исследованию не отступное и факультативное обязательство, а соглашение об

¹ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. № 102 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 409 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2006. № 4.

² Шилохвост О.Ю. В последний раз про отступное. Необоснованные надежды или нереализованные возможности? // Гражданское право современной России / Сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. М.: Статут, 2008. С. 197–220.

отступном (вернее, обязательство, из него возникающее) и факультативное обязательство. Соглашение об отступном может порождать лишь обязанность предоставить отступное в определенных случаях, т.е. носить консенсуальный характер.

Соглашение может содержать вторичное право должника исполнить свое обязательство отступным, что будет сближать такое обязательство с факультативным обязательством. Между тем все же различие в сущности обязательства из соглашения об отступном и факультативного обязательства видится в следующем.

Вторичное право в соглашении об отступном не является обязательным: в соглашении об отступном, даже если допустить наличие вторичного права, оно будет отличаться своей обусловленностью от некоторого постороннего факта (невозможностью исполнения должником); вторичное право может и не предусматриваться соглашением об отступном — может быть предусмотрен некий юридический факт, который дает возможность предоставить должнику «суррогат исполнения» (отступное)¹. Иными словами, в отношении соглашения об отступном действует принцип договорной свободы, заключающийся в свободном усмотрении сторон определить условия такого соглашения. В отношении факультативного обязательства право заменить обязательство есть властное вторичное право должника, существующее в силу закона (точнее, законодательного и доктринального определения факультативного обязательства). Вторичное право в факультативном обязательстве содержит значительно больше властности и императивности, предоставленной должнику, нежели содержится в согласованном по двустороннему волеизъявлению соглашении об отступном. Вторичное право должника в факультативном обязательстве — это определяющая черта факультативного обязательства.

Из изложенного видны отличия факультативного обязательства от отступного:

1) факультативное обязательство и отступное несравнимы по причине того, что отступное является лишь способом исполнения обязательства, а не самим обязательством. Сравнению подлежит соглашение (правоотношение, возникающее из данного соглашения) и факультативное обязательство;

2) соглашение об отступном совершается только после того, как наступила невозможность исполнения основного обязательства, факультативное обязательство существует с момента совершения его основания;

¹ Гражданское право: Обязательственное право: Учебник. Т. 3. С. 69.

3) вторичное право в факультативном обязательстве существует всегда и является его обязательным элементом, в соглашении об отступном вторичного права может и не быть.

Условно допуская возможность содержания соглашения об отступном в основании возникновения некоторого обязательства (в договоре), на такое обязательство можно распространить режим факультативного обязательства, однако в этом случае такое условие не будет отвечать понятию об отступном как вынужденной мере должника, вызванной невозможностью исполнения.

Допуская возможность существования факультативных обязательств на стороне кредитора (факультативных прав требования)¹, следует зеркальным образом предоставить кредитору вторичное право заменить одно право требования (основное) другим (факультативным). Такое вторичное право усиливает позиции кредитора в обязательстве, предоставляя ему дополнительную власть по изменению обязательств.

После краткого рассмотрения факультативных обязательств можно вывести абстрактную сущность существующего при нем вторичного права. Абстрактная сущность этого вторичного права состоит в возможности замены одного правоотношения другим должником или кредитором в обязательстве, эта возможность безусловна, т.е. данное вторичное право носит безусловный от иных юридических обстоятельств характер.

По этому признаку следует выделять конкретные виды факультативных обязательств в гражданском законодательстве.

Во-первых, факультативное обязательство может быть предусмотрено любым договором в силу действующего принципа свободы договора.

Во-вторых, действующее гражданское законодательство предусматривает ряд обязательств, которые могут относиться к факультативным.

В некоторых случаях, как указывалось ранее, соглашение об отступном может порождать факультативное обязательство, но не всегда, поскольку условия соглашения об отступном могут не порождать факультативности, например, в том случае, когда соглашению об отступном придан реальный характер (п. 2 ст. 433 ГК РФ).

Основываясь еще на Своде законов гражданских, в частности на его ст. 1585, П.П. Цитович указывал, что соглашение, устанавливающее неустойку, прекращает обязательство из договора, из чего делался вывод о его факультативном характере². Но с таким воззрением сложно

¹ *Азаревич Д.И.* Система римского права: Университетский курс. Т. II. Ч. 1. Варшава, 1888. С. 63.

² *Цитович П.П.* Обязательства: Конспект лекций по русскому гражданскому праву. Киев, 1894. С. 17.

согласиться, потому что основанием для выплаты неустойки является неисполнение обязательства. В ст. 1574 Свода законов гражданских указывалось, что неустойка устанавливается законом за «неисправность». Иными словами, для применения неустойки требуется нарушение обязательства¹. Это актуально как для дореволюционного российского права, так и для современного права. Нарушение обязательства не делает его факультативным. Как указывалось ранее, факультативность не может пониматься в таком широком смысле, объединяющем как регулятивное обязательство, так и обязательство из правонарушения (охранительное).

В таких трансформациях правоотношений отсутствует распорядительная властная сила должника, обязательная в факультативных обязательствах.

На основании современных положений о неустойке можно сделать ошибочный вывод о том, что включение условия о неустойке порождает факультативное обязательство, так как согласно п. 2 ст. 396 ГК РФ возмещение убытков в случае неисполнения обязательства и уплата неустойки за его неисполнение освобождают должника от исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено законом или договором.

Из этой диспозитивной нормы вытекает, что убытки и неустойка заменяют исполнение обязательства. Однако существенным моментом является именно то, что основанием возникновения правоотношения по возмещению убытков или выплате неустойки является правонарушение. Здесь не прослеживается секундарное право должника заменить исполнение по обязательству выплатой неустойки и возмещением убытков. Только правонарушение может «превратить» регулятивное правоотношение в охранительное. Правонарушение не может быть реализацией секундарного права. После нарушения исполнения у должника также не имеется права заменить исполнение обязательства выплатой неустойки и возмещением убытков, потому что правонарушение уже свершившийся факт.

Во избежание такого ошибочного вывода следует иметь в виду, что реализация секундарного права не может служить основанием для трансформации регулятивного правоотношения в охранительное, в частности, не может быть трансформировано таким образом регулятивное обязательственное правоотношение в охранительное правоотношение гражданско-правовой ответственности.

Ошибочный вывод вызван тем, что имеется в виду двоякий характер неустойки: неустойка является, с одной стороны, способом

¹ <http://civil.consultant.ru/reprint/books/211/135.html#img136>

обеспечения исполнения обязательства, с другой – мерой ответственности.

В современных диссертационных исследованиях подчеркивается, что как способ обеспечения исполнения обязательств неустойка существует до тех пор, пока обязательство не будет нарушено, после нарушения обязательства неустойка принимает свойство меры ответственности¹.

Иными словами, юридическим фактом, превращающим неустойку – способ обеспечения исполнения обязательств в неустойку – меру ответственности, является нарушение обязательств, а не осуществление вторичного права. До нарушения обязательства неустойка оказывает лишь некоторый психологический эффект на должника, при этом даже из самого определения неустойки как способа обеспечения исполнения обязательств, содержащегося в ст. 330 ГК РФ, не вытекает наличия каких-либо вторичных прав в обязательстве, обеспеченном неустойкой².

На примере неустойки вывод об отсутствии факультативности обязательств (и, следовательно, соответствующего вторичного права в факультативном обязательстве) следует распространять на все обязательства, обеспеченные любым способом обеспечения исполнения обязательств.

Основным контраргументом отнесения способов обеспечения исполнения обязательств к факультативным обязательствам является то, что любой способ обеспечения исполнения обязательств обеспечивает интересы кредитора, обеспечивает исполнение обязанности должника. Психологическое воздействие на должника, чье обязательство обеспечено, со стороны кредитора усилено, следовательно, должник стоит в неравном, ущемленном положении по сравнению с кредитором.

В факультативных обязательствах ситуация противоположная: должнику предоставлено вторичное право, что значительно образом усиливает его позиции и довольно явно превозносит над своим кредитором.

Способ обеспечения исполнения обязательств состоит в возложении на должника или третьих лиц дополнительных обязанностей³.

¹ Гришин Д.А. Неустойка: вопросы теории и практики / Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

² Залог, банковская гарантия и другие способы обеспечения исполнения обязательств: Постатейный комментарий главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации / Б.М. Гонгало, П.В. Крашенинников, Л.Ю. Михеева и др.; под ред. П.В. Крашенинникова, Б.М. Гонгало. М.: Статут, 2010. С. 15.

³ Сафонова Ю.Б. Отдельные способы обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001.

Дополнительная обязанность должника или третьего лица существует в рамках акцессорного обязательства между кредитором и должником или третьим лицом соответственно. Акцессорность обязательства не означает факультативность обязательства в целом, а означает лишь то, что законом или договором установленное акцессорное обязательство возникает в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства, т.е. в связи с определенным юридическим фактом, который не является средством осуществления секундарного права.

Из наличия акцессорных обязательств не следует выводить и секундарное право кредитора заменить исполнение основной обязанности акцессорной в случае нарушения основной обязанности, потому что, будучи нарушенной, основная обязанность теряет свое свойство и в любом случае умаляет имущественную сферу кредитора. Исполнение этой обязанности после ее нарушения уже не играет роли поддержания нормального имущественного оборота, а направлено лишь на защиту пострадавшего от нарушения обязательства кредитора.

Способы обеспечения исполнения обязательств обычно делятся на заменяющие само исполнение (залог) и стимулирующие исполнение (неустойка)¹.

Если придерживаться этой классификации, то может показаться, что у кредитора в силу заменяющего исполнение способа обеспечения исполнения обязательства имеется право на замену основного обязательства акцессорным, но это также неверно, потому что основанием для такой замены служит не секундарное право, а нарушение основного обязательства. Подтверждением этого довода является определение залогового обязательства, данное в абз. 1 п. 1 ст. 334 ГК РФ: «В силу залога кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества (предмета залога) преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит заложенное имущество (залогодателя)».

Придерживаясь принятой позиции необходимости наличия секундарного права должника на замену одной обязанности другой в факультативных обязательствах, не следует относить к факультативным

¹ Советское гражданское право. Т. 1. Изд-во Ленинградского ун-та, 1971. С. 443. См.: Гончало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2004.

тивными обязательствам обязательства, замена одной обязанности другой в которых осложнена другими юридическими фактами. Так, например, не следует однозначно относить к факультативным обязательствам обязательство по выплате стоимости доли выбывшему товарищу и замену этого обязательства обязательством по выдаче выбывшему товарищу имущества в натуре (п. 1 ст. 78, п. 5 ст. 82 ГК РФ). Такая выдача имущества возможна только по соглашению между выбывшим участником и действительными участниками. Если это соглашение заключено до выбытия участника из товарищества, то о наличии факультативного права можно говорить, что соглашение имеет характер реальной сделки и выдача имущества в натуре осуществляется одновременно с заключением соответствующего соглашения, и складывается ситуация, аналогичная с отступным: в первом случае факультативность обязательства можно признать, а в последнем — нельзя, поскольку выдача имущества осуществляется не в связи с вторичным правом должника на замену выплаты стоимости доли выдачей имущества в натуре, установленного соглашением, а в связи с самим соглашением, по которому происходит выдача имущества. В последнем случае будет отсутствовать факультативность обязательства.

Аналогично не следует рассматривать как факультативное обязательство обязательство по выплате компенсации при выделе из общего имущества доли (абз. 2 п. 4 ст. 252 ГК РФ). Компенсация выплачивается только при согласии участника общей долевой собственности, а согласие предполагает принятие воли остальных участников выделяющимся участником, что означает отсутствие вторичного властного права.

Иначе говоря, согласие хотя и представляет собой распорядительную сделку, тем не менее означает принятие воли других (такая сделка носит вспомогательный характер), т.е. преобразование правоотношения происходит в связи с соглашением, а не с односторонним волеизъявлением как при осуществлении вторичного права. Воля в вторичном праве не может быть обусловлена волей других лиц, поскольку тогда теряется преобразовательный и самостоятельный характер этого права¹.

¹ Аналогичным образом согласие на получение сделки (ст. 157.1 ГК РФ) является односторонней преобразовательной сделкой, но воля в рамках такого преобразования не имеет самостоятельного значения. Воля, выраженная в согласии, является лишь реакцией на совершаемую сделку. Согласие, таким образом, не является реализацией некоего вторичного права.

То же самое ранее указывалось относительно акцепта оферты, который самостоятельного значения не имеет.

В качестве примера факультативного обязательства можно назвать обязательства наследника, получающего наследственное имущество, стоимость которого несоразмерна стоимости его наследственной доли, выплатить компенсацию другим наследникам (ст. 1170, п. 2 ст. 1182 ГК РФ). Выплата компенсации является заменительным обязательством по отношению к выдаче другого имущества из состава наследства. Такая замена осуществляется в связи с реализацией секундарного права на замену наследником, имеющим преимущественное право на получение имущества.

Примером договорного установления факультативного обязательства с соответствующим секундарным правом является договор ренты (пожизненного содержания с иждивением), которым может быть предусмотрена возможность замены предоставления содержания с иждивением в натуре выплатой в течение жизни гражданина периодических платежей в деньгах (ст. 603 ГК РФ). При этом формулировка указанной статьи подчеркивает именно факультативный характер обязательства, поскольку договором предусматривается возможность замены обязательства по властному волеизъявлению плательщика ренты.

Секундарное право должника на выдвижение возражений. В самом начале исследования было высказано предположение, что секундарные права в качестве своего «прародителя» имеют римскую *exceptio*. В современном гражданском праве юридически значимые возражения должника приводят к изменениям правоотношения.

Прямо о возражениях должника как о юридически значимых обстоятельствах не говорится в рамках общих правовых норм. Нормы, закрепляющие секундарное право на возражение должника, расположены в совершенно разных статьях ГК РФ.

В современной науке гражданского права проблематике возражений должника в рамках общего учения об обязательствах не уделяется должного внимания, поэтому выводить признаки возражений должника следует путем продвижения от конкретных правовых норм к абстрактным правовым понятиям, отражающим суть возражений.

Общее понятие возражения сформулировано в немецкой цивилистической литературе как право лица своим заявлением о несогласии воспрепятствовать осуществлению направленного против него права¹. Возражение препятствует осуществлению права кредитора, т.е. на-

¹ *Krahenmann B.* Einreden des Schuldbriefschuldners und des Drittpfandeneigentumers / Zeitschrift für Schweizerisches Recht. 129 Band. NF 107. 1988. 1. Heft 4. S. 470.

правлено на поведенческую сферу, но, как указывается А.С. Кокиным, само право кредитора не отменяет¹.

Однако с таким воззрением нельзя согласиться, приведя пример заявления должником о пропуске исковой давности. Хотя такое заявление и не отменяет существующего материального права, однако все же трансформирует правоотношение в натуральное правоотношение (обязательство), которое лишено исковой защиты права (ст. 195 ГК РФ). Или, например, возражения должника, основанные на зачете однородного встречного требования (ст. 410 ГК РФ).

Первый раз в рамках общей части обязательственного права о возражениях упоминается в ст. 324 ГК РФ, повествующей о возражениях должника против требований кредитора при солидарной обязанности: «В случае солидарной обязанности должник не вправе выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на таких отношениях других должников с кредитором, в которых данный должник не участвует».

Данная норма устанавливает предел вторичного права на возражения, ограниченный кругом лиц, и определяет в то же время специфику солидарной обязанности, состоящую в том, что каждый должник при солидарной обязанности все же индивидуализируется отдельными правоотношениями с кредитором, в которых участвует каждый, но не все должники сразу.

На практике примером может служить ссылка одним из должников на пропуск срока исковой давности, которая влечет натурализацию обязательства и отказ в исковой защите права кредитора. Солидарный должник, не сделавший такого возражения, не может ссылаться в качестве своего возражения на то, что другим солидарным должником был пропущен срок исковой давности. Разумеется, ничто не мешает ему заявить о пропуске срока исковой давности, но отсутствие такого заявления должника влечет невозможность «копирования» правоотношения должника, сделавшего такое возражение, на правоотношение должника, не заявившего о пропуске срока исковой давности.

Природа возражений при солидарных обязательствах (ст. 324 ГК РФ) и солидарных правах требования (п. 2 ст. 326 ГК РФ) основательно проанализирована С.В. Сарбашем².

В обоих случаях С.В. Сарбаш разделил возражения на общие, пригодные для заявления каждым должником или против каждого

¹ Кокин А.С. Международная морская перевозка груза: право и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 447.

² Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства.

кредитора соответственно, или частные, пригодные для заявления только конкретным должником или только против конкретного кредитора¹.

В отношении секундарности прав на возражения такая классификация вполне приемлема и означает расширение пределов действия секундарного права на возражение с одного правоотношения (простого правоотношения) на сложное правоотношение (солидарное обязательство или солидарное право требования).

В качестве примера можно привести секундарные права при подрядном правоотношении. В силу ст. 717 ГК РФ, если иное не предусмотрено договором подряда, заказчик может в любое время до сдачи ему результата работы отказаться от исполнения договора, уплатив подрядчику часть установленной цены пропорционально части работы, выполненной до получения извещения об отказе заказчика от исполнения договора.

Если предположить солидарные требования со стороны заказчика (участие солидарных заказчиков) к одному подрядчику, то подрядчик — должник по обязательству выполнения работ не сможет ссылаться в качестве возражений в виде отказа от выполнения работ, вызванных тем, что один из заказчиков отказался от договора подряда.

Это пример частных возражений, но, с другой стороны, если никто из заказчиков не будет выполнять своих встречных обязательств, то подрядчик может отказаться от выполнения работ в целом (п. 1 ст. 719 ГК РФ), что является примером общих возражений, которые могут быть распространены на все правоотношение, осложненное солидарными требованиями.

Право на возражение имеется и в ст. 328 ГК РФ, касающейся встречного исполнения обязательств. Здесь секундарное право состоит в приостановке исполнения и установлении срока для встречного предоставления должнику по встречному обязательству.

Встречность предоставления обозначает как таковую обусловленность одного предоставления другим, а также последовательность действий². Встречное предоставление предшествует основному исполнению³.

Первоочередность исполнения встречной обязанности заложена в самой обусловленности. Условие исполнения является причиной возможности исполнения вообще. Российский законодатель последовательно проводит в жизнь позицию, по которой обязательство

¹ Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. С. 283, 310.

² Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 25 марта 2002 г. № Ф08-109/2002.

³ Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. С. 478, 485.

представляет собой ряд последовательно совершаемых действий, вот почему у нас не может идти речь об обусловленном одновременном исполнении¹.

Одновременность исполнения хотя и признается возможной, в частности п. 7.1.3 Принципов международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА), тем не менее с философских позиций невозможна никак². Ведь так или иначе одновременность по своему существу предполагает бóльшую инициативность исполнения той или иной стороны. В условиях высокого уровня недоверия к контрагентам одновременность исполнения могла бы привести к застоям в некоторых экономических сферах, поскольку законодательно у каждой стороны имелось бы секундарное право приостановить исполнение до тех пор, пока другая сторона не предложит исполнение.

При встречности исполнения, предусмотренной ст. 328 ГК РФ, довольно непротиворечивой является позиция законодателя, согласно которой приостановить исполнение может лишь та сторона, которая исполняет обязательство позже.

Договорной конструкцией, идеально подходящей под ст. 328 ГК РФ, является двусторонний (синаллагматический) договор, из которого прямо вытекает невозможность исполнения другой стороной своей обязанности по причине неисполнения встречной обязанности.

Примером является договор подряда, по которому заказчик обязан предоставить материалы, оборудование, техническую документацию, необходимые для производства работ (ст. 719 ГК РФ). Здесь обусловленность представления прямо связана с осуществлением разных действий заказчиком (предоставление), подрядчиком (выполнение работ) с одним и тем же материальным предметом обязательства (материалом), с помощью одних и тех же средств (оборудование, техническая документация).

Обусловленность может быть предусмотрена законом или договором. Пример законодательной регламентации обусловленности — ст. 487 ГК РФ, устанавливающая последствия неисполнения обязанности по предварительной оплате товара. Такую обусловленность А.Г. Карапетов именовал «идеальной синаллагмой», указывая, что такой случай предусмотрен всеми правопорядками³. Однако на этот

¹ Карапетов А.Г. Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора. М.: Статут, 2011. С. 92.

² Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) (1994 год) // Закон. 1995. № 12.

³ Карапетов А.Г. Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора. С. 120.

счет можно выдвинуть следующие возражения. Признание данного вторичного права всеми законодательствами или же повсеместное включение его в качестве условия в договор не меняет сути того, что данное право прежде всего нужно, и как указывает А.Г. Карапетов, для того, чтобы внести справедливость в отношения сторон, т.е. оно в любом случае санкционировано законодательством.

Идеальным цивилистическим примером может являться именно такое предоставление, которое независимо от признания законом или договором делает невозможным исполнение основной обязанности. В качестве примера можно привести консенсуальный договор ссуды, когда у ссудополучателя имеется обязанность вернуть вещь по истечении срока пользования, которая никак не может быть исполнена, если вещь не была передана ссудодателем ссудополучателю. Пример банальный и действительно не вполне применим к ст. 328 ГК РФ, однако он наглядно показывает фактическую невозможность.

Остальные случаи «встречности» лишь подчеркивают позицию законодателя защитить интересы той или иной стороны. Это касается, как правило, встречного исполнения денежного обязательства. Поскольку же законодательство стоит именно на такой позиции, следует полагать, что встречность исполнения должна пониматься достаточно широко, чтобы охватить все такие законодательные случаи.

Об этом свидетельствует новая ст. 327.1 ГК РФ, согласно которой исполнение обязанностей, а равно и осуществление, изменение и прекращение определенных прав по договорному обязательству, может быть обусловлено совершением или несвершением одной из сторон обязательства определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон.

Неисполнение встречной обязанности в срок, равно как и другое обстоятельство, предусмотренное ст. 328 ГК РФ, — обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, — расценивается законодателем как правонарушение.

Фактическое неисполнение в срок влечет возникновение охранительного правоотношения, а также соответствующего вторичного права приостановить исполнение, что в общем-то не вызывает сомнения.

Что касается предвидимого исполнения, то предвидимость обозначает либо досрочное заявление должника о том, что обязательство не будет исполнено в срок, либо бездействие (ненадлежащие действия)

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

должника (которое подлежит доказыванию)¹. Объективные причины неисполнения можно вменить в вину должнику только в том случае, если обязательство связано с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности и должник несет ответственность в том числе за случай (ст. 401 ГК РФ).

В общегражданских правоотношениях такой подход излишне ущемлял бы должника, в особенности учитывая то, что следующим шагом после осуществления вторичного права должника по основному обязательству является отказ от исполнения обязательства и требование о возмещении убытков. Подтверждением этого является п. 2 ст. 406 ГК РФ: просрочка кредитора дает должнику право на возмещение причиненных просрочкой убытков, если кредитор не докажет, что просрочка произошла по обстоятельствам, за которые ни он сам, ни те лица, на которых в силу закона, иных правовых актов или поручения кредитора было возложено принятие исполнения, не отвечают.

Общим основанием действия ст. 328 ГК РФ будет являться такая предвидимость неисполнения, которая связана с действиями, бездействием должника, случайная возможность неисполнения может являться основанием для приостановления исполнения обязательств только в предпринимательских отношениях, в которых как минимум один должник является предпринимателем. Только в этом случае данное вторичное право приобретает характер охранительного.

Вторичное право приостановить исполнение изменяет правоотношение — оно увеличивает его срок существования. Изменение статуса правоотношения с регулятивного на охранительное происходит в связи с нарушением должника, вторичное право носит в этом плане реанимирующий характер. Оно предоставляет должнику как бы второй шанс исполнить встречную обязанность за пределами уже нарушенного или нарушаемого срока.

В то же время по уровню модальности это право, поскольку по тексту п. 2 ст. 328 ГК РФ оно может быть и не использовано, — должник по основному обязательству может отказаться от исполнения, не предоставляя повторных возможностей должнику по встречному обязательству.

Далее по тексту ГК РФ о возражениях говорится в ст. 364 ГК РФ, согласно п. 1 которой поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, если иное не вытекает из договора поручительства. Поручитель не теряет

¹ Каранетов А.Г. Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора. С. 220.

право на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказался или признал свой долг.

Данная норма является доказательством самостоятельности права на возражения. Предыдущий пример возражений при солидарных обязательствах и требованиях показал их предел и в то же время доказывает их самостоятельность. Возражения поручителя, исходя из п. 1 ст. 364 ГК РФ, являются самостоятельным правовым средством — секундарным правом поручителя.

Судебной практикой данное положение развито: п. 24 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»¹ разделил возражения поручителя на те, которые имеет должник по отношению с кредитором, и те, которые имеет непосредственно поручитель в силу договора поручительства, заключенного с кредитором.

В качестве примеров возражений названы требования о признании сделок недействительными, о снижении размера неустойки (ст. 333 ГК РФ). Все такие возражения носят характер секундарного права. При этом возражения оказывают воздействие не на осуществление права, а на само его существо, т.е. здесь лишний раз имеется подтверждение того, что секундарное право на возражение воздействует на правоотношение.

Новая редакция п. 2 ст. 364 ГК РФ предусматривает право поручителя не исполнять свое обязательство, пока кредитор имеет возможность получить удовлетворение своего требования путем его зачета против требования должника².

Такое право является также секундарным и является разновидностью одностороннего отказа от исполнения обязательств (ст. 310 ГК РФ).

Несмотря на то что односторонний отказ от исполнения обязательства прямо не именуется возражением должника, несомненно, это так, что в свою очередь предполагает секундарное право на односторонний отказ от исполнения обязательств.

В науке сформировалось два противоположных взгляда на односторонний отказ от исполнения обязательств.

С.В. Сарбаш полагает, что это принцип исполнения обязательства, в то же время указывая, что имеется достаточно много исключений из данного принципа³.

¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» // Экономика и жизнь. 2012. № 34 (бухгалтерское приложение).

² Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ.

³ Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. С. 104.

Другими авторами указывается, что принцип неизменности обязательства вовсе не принцип¹.

Последний подход основан на служебной роли права, в частности, признается, что обязательство является служебным институтом по отношению к экономическому обороту.

Признавая наличие неимущественных обязательств, не стоит сводить все обязательства к служебным элементам экономики, тем не менее нужно иметь в виду, что такие правовые явления, как субъективное право, вторичное право, законный интерес, являются правовыми средствами. Любое средство, в том числе правовое, является подчиненным цели. Цель в праве, как известно, находится за пределами самого права, что успешно было показано Р.Ф. Иерингом². Проще говоря, немыслимо правовое урегулирование цели существования тех или иных правовых норм.

В гражданском праве целью выступает гражданский (частный) интерес. На этом следует остановиться и не вдаваться в подробности, какой именно это интерес. Применительно к обязательству это будет означать, что его существование бессмысленно, если отпал интерес. Для таких случаев предусмотрен односторонний отказ от исполнения обязательств.

Поэтому он допускается в предпринимательских отношениях по соглашению сторон – там уровень частных интересов выше, чем в общегражданских правоотношениях.

До введения в действие Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ ст. 310 ГК РФ (основная статья, из которой вытекает возможность одностороннего отказа от исполнения обязательств) была краткой и состояла из двух предложений: «Односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом. Односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, и одностороннее изменение условий такого обязательства допускаются также в случаях, предусмотренных договором, если иное не вытекает из закона или существа обязательства».

Изменения ст. 310 ГК РФ касаются как раз предпринимательских отношений и проистекают из доктрины предпринимательского права и диктуются особенностями рыночного уклада экономики.

¹ Филиппова С.Ю. Инструментальный подход в науке частного права. М.: Статут, 2013. С. 92; Оболонкова Е.В. Односторонний отказ от исполнения обязательства: пределы использования и соотношение с другими способами прекращения договорных обязательств // Журнал российского права. 2007. № 2.

² См.: Иеринг Р.Ф. Цель в праве. Т. I. СПб., 1881.

Предпринимательские правоотношения представлены двусторонними и односторонними предпринимательскими отношениями.

Характер правоотношений зависит от того, осуществляет предпринимательскую деятельность лишь один субъект в правоотношении или все субъекты правоотношения.

Следуя таким воззрениям, в ст. 310 ГК РФ внесены изменения, касающиеся возможности одностороннего отказа в случаях, когда предпринимательская деятельность осуществляется лишь одним из субъектов (например, в правоотношениях защиты прав потребителей), а также всеми субъектами.

Согласно новой редакции п. 2 ст. 310 ГК РФ одностороннее изменение условий обязательства, связанного с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, или односторонний отказ от исполнения этого обязательства допускается в случаях, предусмотренных данным Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором.

В случае, если исполнение обязательства связано с осуществлением предпринимательской деятельности не всеми его сторонами, право на одностороннее изменение его условий или отказ от исполнения обязательства может быть предоставлено договором лишь стороне, не осуществляющей предпринимательской деятельности, за исключением случаев, когда законом или иным правовым актом предусмотрена возможность предоставления договором такого права другой стороне.

Абзац 1 п. 2 ст. 310 ГК РФ перекочевал из старой редакции закона и предусматривает возможность установления одностороннего отказа в предпринимательских правоотношениях, в которых предпринимательская деятельность осуществляется всеми субъектами.

Расширительное толкование старой редакции упомянутой статьи допускало договорное установление секундарного права на отказ от исполнения обязательств или одностороннее изменение его условий в том числе в тех правоотношениях, в которых предпринимательская деятельность осуществляется лишь одним из субъектов.

Исходя из абз. 2 п. 2 ст. 310 ГК РФ сторона предпринимательской деятельности тем самым поставлена в более невыгодное положение. В случае вступления в отношения с не предпринимателем секундарное право может быть установлено договором только в случаях, предусмотренных законом.

Примером можно признать права арендодателя и арендатора на досрочное расторжение договора (ст. 619, 620 ГК РФ), которые могут быть предусмотрены договором аренды. Здесь, однако, следует сделать оговорку, что договор аренды не признается предпринимательским

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

по общему правилу. По правовой логике к досрочному расторжению договора аренды по требованию одной стороны должны применяться нормы п. 1 ст. 310 ГК РФ, т.е. общегражданская норма, не относящаяся к предпринимательским отношениям.

Помимо дуализма правового регулирования – предпринимательских и общегражданских правоотношений – в ст. 310 ГК РФ прослеживается еще одна особенность: в ней говорится об одностороннем отказе от исполнения обязательств. Формулировка названной статьи позволяет многим авторам полагать, что статья должна толковаться ограничительно и допускать лишь односторонний отказ от исполнения обязанности должника¹.

Данный вывод основан на общепринятой формулировке «осуществление прав», «исполнение обязанностей», а также терминологии ГК РФ, использующей общее понятие «исполнение обязательств». Конечно, логически верно предполагать, что отказ от исполнения обязанности – нечто экстраординарное для правоотношений, опосредующих имущественный оборот. С другой стороны, отказ от осуществления прав требования, напротив, объясним отпадением интереса, однако проблема здесь кроется несколько в другой плоскости.

Вторичное право на отказ воздействует не на поведение непосредственно, т.е. не на осуществление права или исполнение обязанности, а на само право требования или обязанность. Изменив обязанность, нельзя не затронуть право требования, поэтому изменению или прекращению подлежит правоотношение в целом.

Примечательно и другое: п. 1 ст. 310 ГК РФ говорит об одностороннем отказе от исполнения обязательств и в то же время об одностороннем изменении условий обязательства. Уже отсюда вытекает разный подход к изменению и прекращению обязательства: изменению подлежат условия обязательства, а прекращается не само обязательство, а его исполнение. Такая разница понятийного ряда не должна приводить к существенным изменениям.

Вторичное право воздействует на обязательственное правоотношение в целом, поэтому оно меняет и право требования, и юридическую обязанность.

Вторичное право на отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть обусловлено по соглашению сторон необходимостью вы-

¹ Рогова Ю.В. Договор как средство обеспечения стабильности гражданского оборота. М.: Статут, 2015. С. 93.

платы определенной денежной суммы другой стороне обязательства (п. 3 ст. 310 ГК РФ).

В.В. Витрянский отмечает, что данная норма права представляет собой частный случай введенной также ст. 406.1 ГК РФ («Возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств»)¹.

Со стороны практики не вполне объяснимо, почему секундарное право на отказ может быть обусловлено только денежной выплатой, предусмотренной соглашением сторон. Очевидно, это связано с наибольшей распространенностью данной меры на практике – отказ от исполнения обязательств обуславливается денежной выплатой.

Но с точки зрения теории и необходимости абстрактного выражения правовых норм представляется правильным допускать обусловленность секундарного права не только денежными выплатами. Ранее уже упоминалось, как секундарное право может быть обусловлено юридическими фактами, в том числе правонарушением (что предполагает уже привязанность секундарного права к охранительному правоотношению). В законе право на отказ от исполнения обязательств или одностороннее изменение его условий вполне могло бы быть обусловлено иными обстоятельствами, например определенным поведением секундарно-управомоченной стороны.

Признание ст. 406.1 ГК РФ общей по отношению к п. 3 ст. 310 ГК РФ вызывает некоторые сомнения. Во-первых, обращает на себя внимание расположение ст. 406.1 – гл. 25 ГК РФ («Ответственность за нарушение обязательств»).

Во-вторых, содержание ст. 406.1 ГК РФ прямо подтверждает то, что она говорит об убытках, определенных соглашением сторон в твердой денежной сумме (согласно п. 1 стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.); соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения). Убытками имущественные потери не име-

¹ Кодификация российского частного права 2015 / В.В. Витрянский, С.Ю. Головина, Б.М. Гонгало и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2015. С. 240.

нуются по той причине, что эти имущественные потери не связаны с нарушением обязательств.

Названная статья, несомненно, отличается новизной и прогрессивностью в целях восстановления баланса экономических интересов, так как фактически делает шаги на пути введения института возмещения убытков, не связанных с правонарушениями¹. Однако возникает две неясности, связанные с тем, что статья расположена в главе, посвященной ответственности, и с тем, что в статье предполагается возмещение имущественных потерь, возникших в случае наступления определенных соглашением обстоятельств.

В этой статье тем самым не предусматривается платы за реализацию вторичного права (которое нежелательно сводить к «обстоятельствам»). Тем самым следует полагать, что п. 3 ст. 310 ГК РФ не является подчиненным ст. 406.1 ГК РФ, поэтому правила п. 2–5 ст. 406.1 ГК РФ к п. 3 ст. 310 ГК РФ применяться не должны.

Несмотря на законодательную неточность, думается все же, что на практике ст. 406.1 ГК РФ будет применяться к п. 3 ст. 310 ГК РФ, поскольку в первоначальном Законопроекте ст. 406.1 ГК РФ состояла из двух пунктов и п. 1 формулировался следующим образом: «Договором, исполнение которого связано с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, может быть дополнительно предусмотрена обязанность должника возместить имущественные потери кредитора, возникшие в связи с исполнением, изменением или прекращением обязательства, но не связанные с его нарушением должником (например, потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением кредитором требований со стороны третьих лиц и т.п.), в пределах предусмотренной договором суммы»². Иначе говоря, статья говорила об изменении и прекращении обязательства, о его динамике, что позволяло применять ее к вторичному праву на отказ от исполнения обязательства или изменение его условий.

Статья 406.1 ГК РФ в редакции Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ говорит об обстоятельствах, необязательно связанных с исполнением или динамикой обязательства, что позволяет (как вытекает из текста примеров, приведенных в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ) включать в тексты соглашений обстоятельства, которые находятся за пределами обязательственного правоотношения, и те,

¹ *Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. С. 15.

² *Борисов А.Н., Ушаков А.А., Чуев В.Н.* Комментарий к разделу III «Общая часть обязательственного права» части первой Гражданского кодекса РФ (главы 21–29) (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс». 2015.

которые вообще не признаются юридически значимыми обстоятельствами.

Все же думается, что для правильного распространения этой нормы в отношении одностороннего отказа от исполнения или изменения условий обязательств требуется прямое указание на то, что в соглашение, связанное с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, могут быть включены имущественные потери, связанные с реализацией и наличием прав (куда и следует относить секундарное право), а не только со сферой действительности (фактической сферой) (о чем повествуют примеры, данные в скобках в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ).

Односторонний отказ и изменение условий обязательства предусматриваются законом в отношении многих гражданско-правовых договоров. Это едва ли не самое частое проявление секундарного права на возмещения должника.

По этой причине введена в действие ст. 450.1 ГК РФ («Отказ от договора (исполнения договора) или от осуществления прав по договору»).

В п. 1 названной статьи устанавливается порядок осуществления права на отказ от договора. Примечательно, что теперь прямо установлена форма осуществления права — уведомление противоположной стороны договора. С момента получения данного уведомления договор считается прекращенным.

Правило заимствовано из судебной практики, где уведомительный порядок широко распространен в качестве порядка отказа от исполнения обязательства¹. Также об уведомлении прямо говорится в нормах ГК РФ, посвященных отдельным договорам, — п. 4 ст. 523 (односторонний отказ от исполнения договора поставки), п. 1 ст. 546 (односторонний отказ от гражданина-абонента от договора энергоснабжения), ст. 717 (односторонний отказ от исполнения договора подряда), ст. 782 (односторонний отказ от договора возмездного оказания услуг), п. 1.2 ст. 859 (расторжение договора банковского счета), п. 1 ст. 977 (отказ поверенного от договора поручения), ст. 1010 (отказ от агентского договора без определенного срока действия), п. 1 ст. 1024 (отказ от договора доверительного управления имуществом), ст. 1037 (отказ от договора коммерческой концессии).

При этом специальными нормами ГК РФ может быть предусмотрен также обязательный судебный порядок, следующий за уведомлением

¹ Определения Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 марта 2011 г. № ВАС-1715/11 по делу № А70-3624/2010, от 7 августа 2008 г. № 10448/08 по делу № А50-9889/2007-Г-11.

об отказе от договора (расторжение договора аренды судом — ст. 619, 620 ГК РФ).

Ранее уже указывалось, что вторичное право не имеет никакого поведенческого аспекта и направлено исключительно на идеальную сферу правоотношения. В отношении уведомления следует полагать, что уведомление выполняет лишь функцию доведения воли до сведений другой стороны, само же вторичное право направлено на правоотношение. Однако положением п. 4 ст. 450.1 ГК РФ ставится под сомнение данный основополагающий постулат осуществления вторичных прав: «Сторона, которой настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором предоставлено право на отказ от договора (исполнения договора), должна при осуществлении этого права действовать добросовестно и разумно в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором». О каком поведении здесь идет речь, не вполне понятно, потому что п. 1 ст. 450.1 ГК РФ устанавливает лишь требование об уведомлении другой стороны.

Складывается впечатление, что речь идет о придании юридического значения мотиву осуществления вторичного права. Такой подход п. 4 ст. 450.1 ГК РФ нельзя признать верным, поскольку он ставит под угрозу практический смысл вторичного права на отказ.

Мотив непостижим для права и почти никогда (единственное исключение — это безвозмездные сделки) не принимался во внимание даже при признании сделки недействительной¹.

Можно было бы также предположить, что речь идет о поведении, предшествующем осуществлению вторичного права. Например, сторона обязательства каким-то образом способствует наступлению обстоятельств, влекущих возникновение обусловленного этими обстоятельствами вторичного права на отказ от исполнения обязательств. Но в статье указано, что сторона должна действовать «при» осуществлении этого права добросовестно и разумно. Предлог «при» касается именно временного промежутка, а не причастности. При такой формулировке закона на практике могут возникнуть ситуации реальной неприменимости ст. 310 ГК РФ ввиду п. 4 ст. 450.1 ГК РФ.

Никаких специальных последствий за неразумное поведение не предусмотрено. Общий запрет на злоупотребление правами (ст. 10 ГК РФ) вряд ли здесь может быть признан уместным по причине того, что вторичные права лишены поведенческой составляющей, а также

¹ См., например: *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского права. СПб., 1894.

исходя из ретроспективного анализа, потому что основным последствием злоупотребления права является отказ в его защите, а, как было вначале определено, секундарные права лишены принудительной силы осуществления – принудительно могут быть применены лишь последствия их осуществления.

Новизной отличается п. 5 ст. 450.1 ГК РФ: «В случаях, если при наличии оснований для отказа от договора (исполнения договора) сторона, имеющая право на такой отказ, подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последней исполнения обязательства, последующий отказ по тем же основаниям не допускается».

Положение, несомненно, новое, но все же в нем имеется неточность. В указанном пункте говорится лишь о наличии права на отказ, в то время как по смыслу речь идет об осуществлении права на отказ от исполнения договора и последующем подтверждении действия договора договорного правоотношения.

Связано это с тем, что секундарное право на отказ от исполнения обязательства после его осуществления не влечет немедленных последствий. Последствия, воздействующие на правоотношение, наступают по истечении определенного срока.

До истечения этого срока имеется возможность подтвердить действие договора. Такое подтверждение отменяет само существование секундарного права на отказ по соответствующим основаниям (тождественным основаниям).

С экономических позиций норма права призвана укрепить имущественный оборот за счет придания дополнительной стабильности обязательствам.

Пункт 6 ст. 450.1 ГК РФ указывает на возможность отказа от осуществления определенного субъективного договорного права. При этом по тем же основаниям его осуществление уже не допускается, однако допускается его осуществление по аналогичным обстоятельствам, возникшим вновь.

Пункты 5, 6 ст. 450.1 ГК РФ свидетельствуют об особой специфике секундарного права на отказ от договора: 1) это право однократного осуществления; 2) в этом праве наблюдается широкий уровень диспозитивности, выраженный, в частности, в том, что можно нивелировать его эффект, подтвердив действие договора; 3) это право является обусловленным определенными обстоятельствами.

Пункт 7 ст. 450.1 ГК РФ идет еще дальше и устанавливает возможность прекращения секундарного права в силу истечения определенного срока.

Помимо права на отказ от исполнения обязательства в гражданском законодательстве право должника на возражения сформулировано абстрактным образом при перемене лиц в обязательствах.

Перемена лиц в обязательстве не является правоотношением. Понятием обозначается динамика в обязательственном правоотношении, касающаяся субъектов правоотношения.

Известно, что в древнем римском праве обязательства носили строго личный характер и представляли собой прежде всего личную связь между кредитором и должником.

Затем личностный уклон стал смещаться в сторону понимания обязательств как имущественных правоотношений.

Право требования стало пониматься как бестелесная вещь, имеющая имущественную ценность¹. В современном гражданском праве возможность перемены лиц обеспечена именно оборотоспособностью гражданских прав и обязанностей.

Новейшие изменения ГК РФ коснулись именно перемены лиц в обязательствах². Изменения в ГК РФ, внесенные Федеральным законом от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ³, довольно обширны и в целом адаптированы к новейшим экономическим реалиям.

При рассмотрении вторичных прав при перемене лиц в обязательствах обращать внимание следует на невозможность такой перемены при помощи вторичных прав.

В настоящее время невозможно ни при каких условиях поменять лицо в обязательстве при осуществлении вторичного права. Возможность законодательством не может быть допущена ни императивными, ни диспозитивными нормами права.

В условиях цивилизованного общества и современной рыночной экономики возможность односторонним волеизъявлением поменять лицо в обязательстве и не должна допускаться. В этом состоит один из пределов вторичного права, первоочередное назначение которого в изменении юридического содержания правоотношения (прав и обязанностей сторон). Изменение состава участников правоотношения односторонним волеизъявлением подрывает принцип свободы, заложенный в гражданском праве, и посягает на само

¹ Саватье Р. Теория обязательств. М.: Прогресс, 1972. С. 249, 372.

² Белов В.А. Изменения и дополнения положений Гражданского кодекса РФ о перемене лиц в обязательстве (общий обзор и комментарий) // Закон. 2014. № 9. С. 112–127.

³ Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 51. Ст. 6687. См.: Белов В.А. Что изменилось в Гражданском кодексе?: Практическое пособие.

понятие «лица». Поэтому рассмотрению должно быть подвергнуто прежде всего само правоотношение по уступке права требования или переводу долга.

Поиск секундарных прав следует производить как в правоотношениях, в которых производится перемена лиц в обязательстве, так и в правоотношении, которым производится перемена таких лиц в обязательстве. Секундарное право на возражение должника закреплено в ст. 386 ГК РФ. В указанной статье речь идет о таких возражениях, которые являются юридически значимыми и могут привести к изменению правоотношений.

Данное секундарное право имеет свои временные пределы: против первоначального кредитора (цедента) должник может выдвигать только те возражения, которые возникли до того, как должник получил уведомление. Из статьи вытекает некая необходимость уведомить должника об уступке права требования, однако довольно непротиворечиво в литературе указывается на то, что уведомление должника не является юридической обязанностью¹.

Л.А. Новоселова, руководствуясь судебной практикой, указывает, что уведомление должника является правом, а не обязанностью кредитора, тем не менее неблагоприятные для кредитора последствия в случае неуведомления должника все же возможны².

Взгляд, не признающий уведомление должника юридической обязанностью, основан прежде всего на том, что за нарушение данной обязанности законом не предусмотрено никаких дополнительных обязанностей в рамках уже охранительного правоотношения, т.е. ответственность кредитора не наступает.

Все же представляется правильным признать, что с точки зрения системного толкования норм права, а также принимаемой психологической концепции правоотношения действия кредитора по уведомлению должника должны признаваться обязанностью (хотя и не обеспеченной юридическим принуждением). Обязанность кредитора основана на его добросовестном поведении, которое предполагается принципом гражданского права.

Обязанность обусловлена прежде всего представлением кредитора о том, что должник не знает о свершившейся уступке права требования, а также опасением получения возражений цедентом, которые могут изменить юридическую судьбу обязательства (ст. 385 ГК РФ).

¹ Белов В.А. Уведомление должника об уступке требования и его юридическое значение // СПС «КонсультантПлюс». 2000.

² Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М.: Статут, 2003. С. 304.

Такого рода неблагоприятные последствия можно считать последствиями нарушения обязанности кредитора по уведомлению.

Что касается самих возражений должника, то их существо зависит от самого правоотношения. Единственное ограничение содержится в отношении зачета встречных требований должника. В ст. 412 ГК РФ говорится, что в случае уступки требования должник вправе зачесть против требования нового кредитора свое встречное требование к первоначальному кредитору. Зачет производится, если требование возникло по основанию, существовавшему к моменту получения должником уведомления об уступке требования, и срок требования наступил до его получения либо этот срок не указан или определен моментом востребования.

Иначе говоря, зачет встречного однородного требования с определенным сроком предъявления, срок предъявления которого не наступил до уведомления должника (ст. 410 ГК РФ), недопустим при цессии (ст. 412 ГК РФ). Связано это с тем, что после получения права требования цессионарий продолжает свои отношения с должником в рамках существующего и неизменного требования первоначального кредитора. Дополнительные требования нового кредитора (цессионария) допускаются уже в рамках развития (изменения) правоотношения с должником.

Порядок совершения зачета (одностороннее заявление одной стороны) (ст. 410 ГК РФ) свидетельствует о том, что право на зачет является вторичным, данное право является разновидностью вторичного права должника на выдвижение возражений.

Сущность вторичного права зачета сводится к слиянию двух правоотношений в одно. За счет этого слияния происходит прекращение одного или обоих обязательственных правоотношений.

В случае если размер требований, которые должник заявляет к зачету, выше требований к самому должнику, то обязательство должника прекращается полностью, и кредитор остается обязанным в части незачтенных требований должника. В случае если размер требований должника больше требований кредитора к должнику, то обязательство должника прекращается в части, а требования должника прекращаются зачетом. В случае равенства размера требований и обязанностей кредитора оба (или несколько) обязательства прекращаются.

В судебной практике зачет признается односторонней сделкой¹. Такая квалификация удобна в практических целях, однако само право на

¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 июня 2012 г. № 1394/12 по делу № А53-26030/2010 // Вестник ВАС РФ. 2012. № 10; Информацион-

зачет является секундарным. Если совершается зачет взаимных долгов, то протокол о зачете таких долгов является договором – многосторонней сделкой¹. Квалификация данного договора будет предложена позднее.

Рассмотрев основные разновидности возражений должника, следует перейти к секундарным правам, которые закрепляются за кредитором обязательства.

Секундарные права кредитора в обязательстве. Кредитору в обязательстве предоставлено право требования. В силу секундарных прав кредитор может воздействовать на правоотношение, изменить или прекратить его.

Секундарным правом до недавнего времени смело можно было называть прощение долга должнику. Согласно новой редакции ст. 415 ГК РФ «1. Обязательство прекращается освобождением кредитором должника от лежащих на нем обязанностей, если это не нарушает прав других лиц в отношении имущества кредитора.

2. Обязательство считается прекращенным с момента получения должником уведомления кредитора о прощении долга, если должник в разумный срок не направит кредитору возражений против прощения долга».

Ранее указанная статья не состояла из пунктов (до принятия Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ). Статья имеет прямые отражающие суть прощения долга нормы процессуального права, повествующие об отказе от иска (ч. 2 ст. 39 Гражданского процессуального кодекса РФ, ч. 2, 5 ст. 49 Арбитражного процессуального кодекса РФ), отказе от взыскания (п. 2 ч. 2 ст. 43 Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»²).

Судебной практикой прощение долга в отдельных случаях (если имеется соответствующее намерение) квалифицируется как дарение³.

Редакция статьи, состоящая из одного предложения, с одной стороны, вызывала некоторую неопределенность в части определения момента прощения долга, а также в части необходимости согласия должника на прощение долга⁴. С другой стороны, такая неопределен-

ное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 декабря 2001 г. № 65 «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных односторонних требований» // Вестник ВАС РФ. 2002. № 3.

¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 июня 2000 г. № 7222/99 по делу № А67-2406/98 // Вестник ВАС РФ. 2000. № 10.

² Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // Российская газета. 2007. 6 октября. № 223.

³ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 декабря 2006 г. № 11659/06 по делу № А42-422/2005 // Вестник ВАС РФ. 2007. № 3.

⁴ Проблемы современной цивилистики: Сборник статей, посвященных памяти профессора С.М. Корнеева. С. 201.

ность позволяла признавать прощение долга односторонней сделкой, совершенной в рамках осуществления вторичного права¹.

Действующая редакция ст. 415 ГК РФ делает необходимым волеизъявление должника: «если должник не направит кредитору возражений против прощения долга». Возражения должника здесь являются волеизъявлением. Обратным выводом служит то, что молчаливое согласие должника является, напротив, принятием воли кредитора (отличия от общих правил об акцепте — п. 2 ст. 438 ГК РФ). Такое положение упомянутой статьи не позволяет признавать прощение долга вторичным правом, потому что последствия волеизъявления о прощении долга зависят от должника, т.е. прощение долга приобретает характер договора. Пером законодателя вторичное право превращено в специфическое субъективное право требования.

Вторичное право прекратить обязательство, которое может принадлежать кредитору, сохранено в тексте ГК РФ. Согласно п. 2 ст. 407 ГК РФ прекращение обязательства по требованию одной из сторон допускается только в случаях, предусмотренных законом или договором. Такой случай, предусмотренный законом, в частности, предусмотрен рассмотренной ранее ст. 450.1 ГК РФ.

Односторонний отказ кредитора от обязательства вытекает и из принятого в исследовании расширительного толкования ст. 310 ГК РФ.

Права кредитора на отказ от обязательства, на прекращение обязательства существенным образом отличаются от вторичного права должника на выдвижение возражений. Может показаться, что такое вторичное право является правомочием в рамках права требования кредитора, однако, учитывая преобразовательный характер этого права, неправильно считать данное право частью субъективного права, потому что его направленность — правоотношение в целом. Таким образом, данное право является вторичным, противоположным праву должника на выдвижение возражений.

Указанное вторичное право может быть предусмотрено также и договором. Ранее приведенные примеры односторонних отказов от договора являются так или иначе не только правом должника на выдвижение возражений, но также и правом кредитора. При отказе от двусторонне обязывающего (синаллагматического) договора происходит некоторое слияние вторичных прав в одном лице. Такое слияние не должно приводить к отождествлению вторичного

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть первая) (постатейный) / Т.Е. Абова, З.С. Беляева, Е.Н. Гендзехадзе и др.; под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М.: Юрайт, 2002. С. 810.

права должника на выдвижение возражений с секундарным правом кредитора.

Ранее указывалось, что право должника, как правило, обусловливается какими-либо обстоятельствами. В отношении права кредитора на отказ от прав требования такая обусловленность еще более актуальна и, как правило, связана с правонарушениями должника.

Примером служит право арендатора или арендодателя на отказ от договора аренды, осуществляемый в одностороннем порядке (расторжение договора) (ст. 619, 620 ГК РФ). Права арендодателя и арендатора связаны с неправомерными действиями контрагентов. Отказываясь от договора, арендодатель (арендатор) реализует не только свое секундарное право на выдвижение возражений, но также и секундарное право на отказ от права требования. Это касается всех синаллагматических договоров.

При таком сопоставлении секундарных прав следует в догматических целях определить, какое из секундарных прав приоритетно. Представляется правильным признать, что в количественном выражении право на отказ от обязательства законодательством чаще предоставляется кредитору, но с точки зрения императивности предпочтение следует отдавать праву должника на отказ от обязательства. Практического значения данное разграничение все же не имеет, поскольку имеются нормы, закрепляющие отказ от договора в целом.

Секундарные права в договоре в пользу третьего лица. Договор в пользу третьего лица урегулирован ст. 430 ГК РФ и представляет собой договор, в силу которого должник должен произвести исполнение не кредитору, а указанному или не указанному в договоре третьему лицу, имеющему право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу.

М.И. Брагинский и В.В. Витрянский полагают, что именно концепция секундарных прав, отличных от субъективных, позволяет объяснить конструкцию договора в пользу третьего лица. Секундарное право, по мнению ученых, состоит в том, что у третьего лица имеется лишь возможность присоединиться к договору в его пользу, причем должник и кредитор связаны таким секундарным правом¹.

Однако в принятом в настоящем монографическом исследовании подходе секундарные права должны носить преобразовательный характер, между тем у права третьего лица не имеется никакого преобразовательного свойства. Напротив, право третьего лица является

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. 3-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001. Кн. 1. С. 366–371.

субъективным, существующим в силу самого договора. Такой позиции придерживался Б. Виндшейд¹.

Можно предположить, что вторичность состоит в том, что если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, то с момента выражения третьим лицом должнику намерения воспользоваться своим правом по договору стороны не могут расторгать или изменять заключенный ими договор без согласия третьего лица (п. 2 ст. 430 ГК РФ), т.е. в самом намерении третьего лица. Однако относительно данного намерения нужно отметить, что оно проистекает в рамках уже существующего субъективного права. Намерение третьего лица воспользоваться своим правом является этапом осуществления субъективного права.

Совершенно противоположным, думается, должен быть вывод из п. 2 ст. 430 ГК РФ. Кредитор и должник, меняющие или расторгающие договор в пользу третьего лица, меняют или лишают права третье лицо. Именно в этом состоит вторичность. Соглашение само по себе может рассматриваться как коллективное вторичное право.

Распорядительный характер имеет право третьего лица на отказ от своего права (п. 4 ст. 430 ГК РФ). Этот случай как раз таки обладает признаками вторичности, как и любой случай отказа от своих прав.

§ 4. Проблематика коллективных вторичных прав

Ни в законодательстве, ни в доктрине не высказано никаких соображений относительно субъектов, за которыми могут закрепляться вторичные права, поэтому следует делать вывод о том, что вторичные права могут принадлежать любым лицам, обладающим правоспособностью.

Возникает вопрос о возможности существования вторичных прав, принадлежащих неправосубъектным образованиям.

Такой вопрос возникает в связи с существованием такого основания возникновения гражданских прав и обязанностей, как решения собраний. Регулируются решения собраний гл. 9.1 ГК РФ, которая введена Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ². Отличительная особенность решений собраний состоит в том, что для возникновения гражданских правоотношений необязательно

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1912. С. 520.

² Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 2013. № 19. Ст. 2327.

выражения воли всеми участниками соответствующего гражданско-правового сообщества.

Для принятия решения требуется лишь большинство (не менее 50%) голосов участников (ст. 181.2 ГК РФ), таким образом, решения собраний не тождественны договорам. При принятии решения собрания воля каждого становится всеобщей волей собрания. Преобразовательная суть прав, вытекающих из решений собраний, состоит в том, что они создают права для лиц, которые не приняли общей воли (не участвовали в голосовании или голосовали против принятия решения), но в отношении которых созданы правоотношения, в которых последние являются участниками.

Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ внес в п. 1 ст. 450 ГК РФ правило, согласно которому допускается выражение воли не всеми участниками договорного правоотношения, если договор многосторонний. Согласно абз. 2 п. 1 ст. 450 ГК РФ многосторонним договором, исполнение которого связано с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, может быть предусмотрена возможность изменения или расторжения такого договора по соглашению как всех, так и большинства лиц, участвующих в указанном договоре, если иное не установлено законом. В указанном в данном абзаце договоре может быть предусмотрен порядок определения такого большинства.

Такое правило является необычным и не отвечает даже определению сделки (ст. 153 ГК РФ), поскольку не предполагает волеизъявления всех лиц. В отличие от решений собраний, которые создают правоотношения, договор, в котором не выражена воля всех лиц, не может создать правоотношения. Речь идет только об изменении или расторжении договора. Введение нормы уже получило оценку в литературе, заключающуюся в том, что договор не является сделкой и сближается с решениями собраний¹.

Именно такой подход законодателя говорит о возможности существования секундарных прав в правоотношениях, возникающих из решений собраний, а также из многосторонних договоров. Секундарные права ни в коей мере нельзя смешивать с обязательствами, которые возникают из договора. Суть секундарных прав в том, чтобы создать, изменить, прекратить правоотношения для участников гражданско-правового сообщества (п. 2 ст. 181.1 ГК РФ) или изменить, прекратить правоотношения для сторон многостороннего договора (п. 1 ст. 450 ГК РФ).

¹ Ламтицкая Ю., Федорова Ю. Порядок исполнения денежных обязательств: анализ новых норм ГК РФ // Бухгалтерия и банки. 2015. № 8. С. 19–29.

Эти права принадлежат коллективу — тем лицам, чья воля стала господствующей при принятии решения собрания, либо всем сторонам обязательства при заключении многостороннего договора.

Секундарное право состоит в самом наделении статусом участника правоотношения. В докторской диссертации О.Г. Ломидзе, посвященной правонаделению, под последним понимается установление субъективного права одного лица (правоприобретателя) в отношении социального блага, принадлежащего либо до этого момента принадлежавшего в качестве объекта гражданского субъективного права другому лицу (первоначальному правообладателю)¹. В отношении коллективных вторичных прав следует отметить, что их суть именно в том, чтобы наделить правами или обязанностями.

Здесь может возникнуть смешение вторичного права с самим юридическим фактом — сделкой, однако представляется правильным обратить внимание на следующее. Сделка создает права и обязанности только для лиц, ее совершающих. В ней заложен принцип автономии воли: никто не может быть принужден к обязанности помимо воли лица². Поэтому воли, заложенной в сделке, явно недостаточно для того, чтобы обязать к чему-то другое лицо. Но, как ранее указывалось, таким властным противоестественным для гражданского права свойством обладает вторичное право. Воля, заложенная в вторичном праве, поступается принципом автономии воли и предоставляет распорядительную власть правообладателю. Думается, что при принятии решения собрания происходит именно это: имеется гражданско-правовая сделка между лицами, проголосовавшими за принятие решения, а также вторичное право наделить правами и обязанностями лиц, которые голосовали против решения или воздержались от голосования. Вторичное право принадлежит большинству, проголосовавшему за принятие решения. Данное вторичное право возникает не в силу закона, а в силу приобретения статуса участника соответствующего гражданско-правового сообщества. Вступив в гражданско-правовое сообщество, лицо наделяет большинство вторичным правом обязать себя к определенным действиям.

Такая же ситуация складывается при установлении вторичного права в многостороннем договоре. При заключении договора устанавливается порядок определения большинства (п. 1 ст. 450 ГК РФ), т.е. в момент заключения договора закрепляется вторичное право большинства прекратить или изменить договор.

¹ Ломидзе О.Г. Указ. соч.

² Скловский К.И. Сделка и ее действие. М.: Статут, 2012.

Насколько правильно признавать наличие секундарных прав за неправосубъектными образованиями? В учебнике пандектного права Б. Виндшейда весьма последовательно проведена в жизнь теория фикции юридического лица. Субъективные права считаются принадлежащими в таком случае некоторой мыслимой сущности. Но Б. Виндшейд пошел дальше и развил положения о том, что субъективные права могут принадлежать неопределенным субъектам (примером служат реальные сервитуты), такие права были названы бессубъектными¹. Современное гражданское законодательство признает правоспособность основной предпосылкой правообладания. Между тем вряд ли верно распространять необходимость наличия данной предпосылки для обладания секундарными правами. Секундарные права — это порождение публичного правопорядка. Они не являются субъективными правами. Ими снабжаются стороны для уравнивания участия в гражданском обороте или, напротив, для внесения привилегий для той или иной стороны правоотношения. Отсюда вытекает возможность наделения секундарными правами неправосубъектных образований, гражданско-правовых коллективов.

Помимо развития концепции секундарных прав возможность признания их наличия у неправосубъектных образований объясняет правовую природу самих коллективных образований и возможность возникновения обязанностей у лиц, которые на это своей воли не выразили.

Такое объяснение применимо и, например, к договору перевозки груза железнодорожным транспортом, где у грузополучателя третьего лица имеется обязанность принимать груз². Обязанность у третьего лица не может возникнуть иначе как из секундарного права, поскольку в силу положений ст. 431 ГК РФ договор в пользу третьего лица может создавать лишь права на стороне третьего лица, но не обязанности. В практике такие договоры именуют договорами об исполнении третьему лицу³. Хотя применительно именно к перевозке груза железнодорожным транспортом грузополучатель является обязанным лицом. Секундарное право состоит именно в возложении обязанности на третье лицо, которая создается в силу заключения договора перевозки груза железнодорожным транспортом. Данное

¹ Виндшейд Б. Указ. соч. С. 112.

² Камышанский В.П., Федорова В.Г., Карнушин В.Е. Сущность обязанностей грузополучателя по договору перевозки груза // Гуманитарные исследования. 2015. № 4. С. 259–264; Черепахин Б.Б. Ответственность грузополучателя по требованиям из договора железнодорожной перевозки. Иркутск: Издание Иркутского ун-та, 1927. С. 3–31.

³ Мильков М.А. Исполнение обязательства третьему лицу // Закон. 2012. № 7. С. 132–137.

право следует считать принадлежащим лицам, выразившим свою волю при заключении договора перевозки, — грузоотправителю и перевозчику.

Вообще говоря, вторичные права, принадлежащие коллективным образованиям, стоят еще более обособленно по отношению ко всей системе гражданского права. В них наибольшим образом наблюдается «посторонний» интерес, который приближается к публичному интересу. Эти вторичные права находятся на стыке гражданского и административного права. С точки зрения своего предмета они воздействуют на гражданские обязательственные правоотношения. С точки зрения метода воздействия он безусловно административно-властный, причем в отличие от вторичных прав, принадлежащих определенным субъектам, здесь воздействие осуществляется не со стороны субъектов гражданского права, а со стороны коллективных образований, которые лишены правосубъектности (большинство сторон договора в совокупности или большинство участников гражданско-правового сообщества).

§ 5. Вторичные права при отдельных видах обязательств. Вторичные права при договорах по передаче имущества в собственность

Для полного отражения существующих вторичных прав в ГК РФ следует обратиться к существующим вторичным правам при отдельных видах обязательств. Законодатель широко использует эту конструкцию в части второй ГК РФ. Рассматривая вторичные права при отдельных видах обязательств, следует дать квалификацию этим вторичным правам, опираясь на уже сделанный анализ вторичных прав.

Один из обширнейших институтов гражданского права — купля-продажа — не может, разумеется, обойтись без вторичных прав.

Обязательственному правоотношению купли-продажи посвящена гл. 30 ГК РФ.

Обязательство купли-продажи древнейшее, развилось из договора мены и получает закрепление во всех правопорядках.

В настоящее время обязательство купли-продажи сформулировано в ст. 454 ГК РФ. В силу договорного правоотношения купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену).

Общий обзор секундарных прав в институте купли-продажи показывает, что они определены законодателем в качестве последствий договорных правонарушений той или иной стороны. Это означает отличительную особенность данных секундарных прав – они расположены при охранительных правоотношениях.

Секундарное право предусмотрено в п. 1 ст. 463 ГК РФ – право покупателя на отказ от исполнения договора купли-продажи в связи с бездействием продавца по передаче проданного товара. Право покупателя вызвано договорным правонарушением продавца. В связи с таким правонарушением регулятивное обязательство перестает существовать в неизменном виде и дополняется охранительными правоотношениями. Секундарное право направлено на полное прекращение регулятивного правоотношения. Неверно в связи с этим полагать, что объектом этого права является договор-сделка¹. Договор как сделка порождает правоотношения, но в случае наличия правоотношения изменяться или прекращаться уже может только само правоотношение, а не его основание возникновения, поскольку невозможно изменить или отменить юридические факты, возникшие в прошлом времени.

В отношении права покупателя на отказ от исполнения договора следует указать, что секундарное право установлено императивной нормой закона. Между тем судебная практика на уровне высшей судебной инстанции разъясняет, что, с одной стороны, право может быть изменено, в частности, можно предусмотреть договором судебный порядок расторжения договора по инициативе покупателя, но, с другой стороны, договором данное право отменено быть не может (п. 3 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»²). При определении императивности норм Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ исходит из явности запрета на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного этой нормой правила (п. 2 вышеупомянутого Постановления). С такой позицией высшей судебной инстанции можно не согласиться. Словесное содержание норм права зачастую не содержит никаких запретов. Кроме того, гражданское законодательство не использует в своем методе такие формулировки, как «запрещено», «не допускается». Поэтому об императивности нормы скорее можно судить по конкретике правила поведения и по отсутствию оговорки о возможности определять

¹ *Кораев К.Б.* Изменения в ГК РФ: односторонний отказ от исполнения обязательства и договора // Юрист. 2014. № 8. С. 4–8.

² Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. 2014. № 5.

поведение соглашением сторон, договором либо иных ссылках на волеизъявление сторон.

Применительно к вторичным правам ранее было установлено, что по общему правилу они устанавливаются императивными нормами. Установление вторичных прав договором является исключением из правила, которое, в частности, применяется в предпринимательской деятельности. Произвольное допущение столь сильного инструмента воздействия на правоотношения, как вторичное право, в интересах правопорядка недопустимо. Е.В. Вавилин отмечает, что данные права выходят за пределы принципа равенства участников гражданских правоотношений¹.

Установление вторичных прав должно быть прерогативой законодателя. Поэтому неверно распространять каким-либо образом принцип свободы договора на столь ясно и четко сформулированное правило, каким является п. 1 ст. 463 ГК РФ. Это право на односторонний отказ от обязательства, специально предусмотренный законом (п. 1 ст. 310 ГК РФ).

Аналогичное право содержится в ст. 464 ГК РФ. Право также обусловлено неисполнением обязанности продавца передать принадлежности к товару или документы. Статья 464 ГК РФ вызывает некоторое недоумение относительно своих формулировок: в ней буквально сказано, что «покупатель вправе отказаться от товара». При такой формулировке не вполне ясна судьба самого обязательства. Речь идет только об объекте — материальной предпосылке правоотношения купли-продажи — товаре. Несмотря на законодательную неточность формулировки, судебная практика с легкостью применяет данную норму как норму, закрепляющую право на расторжение договора².

Подход судебной практики, несомненно, правильный, потому что взгляд падает на правоотношение в целом, а не на его отдельные элементы. Разница законодательных формулировок не должна приводить к встречающемуся в юридической литературе различению вторичных прав, одних и тех же по своей природе³.

О праве на отказ покупателя говорится также в п. 1 ст. 466 ГК РФ. Такой отказ обусловлен нарушениями продавца условия договора

¹ Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав. С. 278.

² Постановления ФАС Дальневосточного округа от 11 мая 2012 г. № Ф03-1622/2012 по делу № А73-8530/2011, Центрального округа от 6 марта 2013 г. по делу № А68-3420/2012.

³ Оболонкова Е.В. Односторонний отказ от исполнения обязательства: научно-практическое исследование. М.: Контракт; Волтерс Клувер, 2010. С. 68; Соменков С.А. Расторжение договора в гражданском обороте: теория и практика. М.: МЗ-Пресс, 2002. С. 70, 88–94, 99–111.

о количестве товара (передача товара в количестве, меньшем, чем предусмотрено договором). Суть такого права на отказ та же самая.

Отличительной особенностью обладает секундарное право, закрепленное в п. 2 ст. 467 ГК РФ. Согласно указанной норме, если ассортимент в договоре купли-продажи не определен и в договоре не установлен порядок его определения, но из существа обязательства вытекает, что товары должны быть переданы покупателю в ассортименте, продавец вправе передать покупателю товары в ассортименте исходя из потребностей покупателя, которые были известны продавцу на момент заключения договора, или отказаться от исполнения договора.

Как видно из текста упомянутой статьи, право на отказ предоставлено продавцу, при этом обусловлено данное право условиями договора об ассортименте или знаниями продавца о потребностях покупателя.

В судебной практике встречается взгляд, согласно которому условие об ассортименте является существенным для договора купли-продажи¹. При таком взгляде необъяснимо предоставление законодателем властного права продавцу. Почему оно предоставляется продавцу, если нарушается в большей мере интерес покупателя? Отсутствие согласованности условия об ассортименте вряд ли можно назвать упущением одного покупателя. С этих позиций правильнее было бы предоставить секундарное право именно покупателю, но не продавцу, поскольку секундарное право — это, как правило, реакция законодателя на складывающуюся несправедливость в имущественном обороте или иных отношениях сторон. Данное право продавца нельзя признать существующим в рамках охранительных правоотношений, потому что не было никаких нарушений прав или неисполнения каких-либо обязанностей.

Секундарные права в охранительных правоотношениях — это зачастую то, что В.П. Грибанов назвал правоохранительными мерами оперативного воздействия (характера)². Но применительно к имеющейся в ст. 467 ГК РФ норме сложно представить себе, какие и чьи права данное секундарное право может защитить в качестве меры оперативного воздействия. Это право — безусловная привилегия продавца в отношениях купли-продажи, своего рода лазейка для расторжения договоров.

Но, видимо, все-таки законодатель стоит на позиции того, что несогласованность условия об ассортименте является нарушением

¹ Постановление ФАС Центрального округа от 29 июня 2001 г. № А62-476/1.

² *Грибанов В.П.* Указ. соч.

покупателя, потому что следующая статья – ст. 468 ГК РФ уже говорит о типичном вторичном праве покупателя на отказ от договора купли-продажи в том случае, если продавец нарушил согласованное в договоре условие об ассортименте.

Ранее рассматривавшийся п. 2 ст. 468 ГК РФ содержит преобразовательные возможности, права требования и одно должествование. Во-первых, прежде чем реализовать какое-либо право, предусмотренное п. 2 указанной статьи, покупатель вправе осуществить выбор (реализация вторичной обязанности при альтернативном обязательстве). Во-вторых, не каждое из перечисленных в п. 2 ст. 468 ГК РФ прав является преобразовательным. При этом право принять все товары, в том числе не соответствующие условию об ассортименте (абз. 5 п. 2 упомянутой статьи), является преобразовательным, поскольку принятие товаров осуществляется не в связи с регулятивным обязательством купли-продажи, а в связи с тем, что после нарушения регулятивного обязательственного правоотношения продавцом и реализации вторичного права покупателя в обязательстве покупатель реализует свое другое вторичное право и принимает товары. Реализация такого вторичного права прекращает правоотношение купли-продажи, вернее, простейшее правоотношение в рамках купли-продажи, заключающееся в передаче обусловленного товара покупателю продавцом.

Покупатель может вообще не осуществлять выбора, что приведет к невозможности реализации других правомочий.

Требование заменить товары на соответствующие условию об ассортименте является правом требования, потому что единоличного волеизъявления недостаточно для преобразования правоотношения. Этому праву корреспондирует обязанность продавца заменить товары. Различием выступает смысловое наполнение правовой нормы.

Особенностью вторичных прав и прав требования, имеющих в ст. 468 ГК РФ, выступает их ограниченность во времени. Согласно п. 4 названной статьи товары, не соответствующие условию договора купли-продажи об ассортименте, считаются принятыми, если покупатель в разумный срок после их получения не сообщит продавцу о своем отказе от товаров. Иначе говоря, истечение срока реализации вторичного права (разумного срока) приводит к прекращению данного права¹. Отсутствие вторичного права как бы возвращает охранительное правоотношение в русло регулятивного. Законодатель использует правовую презумпцию: товары считаются принятыми. Из системного толкования абз. 5 п. 2 и п. 4 ст. 468 ГК РФ вытекает,

¹ См.: Грибанов В.П. Указ. соч.

что реализация секундарного права принять все товары, равно как и нереализация любых других секундарных правомочий, предусмотренных п. 2 данной статьи, в срок тождественны.

В дополнение нужно отметить, что секундарное право отказаться от всех переданных товаров должно пониматься как право на отказ от договора, поскольку п. 3 ст. 468 ГК РФ повествует о последствиях такого отказа – возврате покупной цены. Это не что иное, как отказ от правоотношения, такое право не стоит рассматривать как стимулирующую продавца к надлежащему исполнению обязательств меру оперативного воздействия¹.

Секундарные права, предусмотренные ст. 468 ГК РФ, устанавливаются диспозитивной нормой.

Далее ряд аналогичных секундарных прав с секундарным правом выбора содержится в ст. 475 ГК РФ. В данной статье установлены последствия передачи товара ненадлежащего качества. Аналогичные нормы содержатся в ст. 503 ГК РФ применительно к договору розничной купли-продажи. Закон РФ «О защите прав потребителей»² содержит большое количество секундарных правомочий, возникающих у покупателя (потребителя) в случае нарушения его прав.

Особое значение во всех этих секундарных правах и правах требования имеет сам выбор покупателя (потребителя). Покупатель (потребитель) не может реализовать сразу несколько правомочий, ему предоставлено лишь одно из перечисленных в статьях, поэтому осуществление выбора является обязанностью покупателя. Из перечисленных в статьях (ст. 475, 503 ГК РФ, ст. 18 Закона РФ «О защите прав потребителей») права, сформулированные как права требования к продавцу, не имеют секундарной природы. Традиционно присутствует право на отказ от договора, но и даже оно ограничено правом требования от продавца возврата покупной цены. При определении секундарности права важно оценивать смысловую нагрузку в тексте норм права, а также преобразовательный характер односторонних волеизъявлений. Поэтому никакое из прав требования не может быть секундарным. Права требования – это права, являющиеся содержанием охранительного правоотношения, они лишены преобразовательного содержания.

Такая же система прав требования, озаменованных секундарным правом выбора, содержится в ст. 468, 480, 482 ГК РФ. Следует отметить

¹ Попов И.В. К вопросу об отказе от исполнения договора // Практика применения общих положений об обязательствах: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2011. С. 318–330.

² Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

отличительную особенность данного права выбора, отличающую его от альтернативного обязательства. Альтернативное обязательство по общему правилу является регулятивным, а все перечисленные выше вторичные права выбора возникают в рамках охранительных правоотношений. Кроме того, от осуществления или неосуществления данного вторичного права зависит возникновение охранительного правоотношения вообще. Сделав выбор, потерпевший совершает качественный сдвиг, запускает охранительное правоотношение своей волей, основанной на начале диспозитивности.

При этом в отличие от общего правила ст. 308.1 ГК РФ право выбора принадлежит не должнику, а кредитору, т.е. потерпевшему по охранительному правоотношению. Именно его интересы подлежат охране, именно такой правовой инструмент восстанавливает интересы покупателя. Вывод здесь можно сделать и более общий: вторичные обязанности выбора между различными правами требования и вторичными правами устанавливаются законодателем в отношении стороны, которая является обязанной по денежному обязательству и управомоченной по встречному требованию.

Существенным отличием данной вторичной обязанности от вторичной обязанности в альтернативном обязательстве является то, что в альтернативном обязательстве выбор предшествует непосредственно обязательственному правоотношению.

Применительно к конкретно рассмотренным нормам вторичное право не всегда приводит к возникновению или изменению уже существующего правоотношения. Такой случай правилен в том случае, если покупатель останавливает свой выбор на некотором праве требования к продавцу. Но если, к примеру, покупатель отказывается от договора купли-продажи, то получается, что после вторичного права выбора возникает вторичное право на отказ. Прекращение обязательства также влечет возникновение других правоотношений — правоотношений по возврату принятых товаров, полученных денежных сумм, однако это не умаляет вторичности права на отказ.

Законодатель стоит на позиции профессионализма продавца, придавая, очевидно, особую значимость получаемым за товар деньгам.

В литературе правомочия в рамках охранительных правоотношений обычно рассматриваются как меры оперативного воздействия¹. В.В. Груздев, приводя пример абз. 5 п. 2 ст. 468 ГК РФ, указывает, что такая мера оперативного воздействия не приводит к изменению

¹ Груздев В.В. Гражданско-правовая защита односторонними действиями управомоченного лица // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 7. С. 67–72.

или прекращению правоотношения, на основании чего делается вывод о том, что меры оперативного воздействия не всегда приводят к изменению или прекращению правоотношения¹. Тем не менее пример с абз. 5 п. 2 ст. 468 ГК РФ неудачный, потому что ранее уже отмечалось, что принятие всех товаров, не соответствующих условию об ассортименте, происходит в рамках охранительного правоотношения, т.е. регулятивное обязательство уже нарушено, по этой причине меры оперативного воздействия следует понимать как обстоятельства, приводящие к динамике правоотношения². Основоположник данного термина – В.П. Грибанов, именно он ввел его для обозначения юридических мер превентивного характера, применяемых к правонарушителю.

Анализ мер оперативного воздействия, осуществленный В.С. Емом в учебнике гражданского права под редакцией Е.А. Суханова, позволяет с уверенностью утверждать, что они реализуются с помощью вторичных прав³. Меры оперативного характера всегда осуществляются одной стороной за счет односторонних действий.

Односторонние юридические действия являются проявлением одностороннего волеизъявления, направленного на изменение или прекращение возникшего охранительного правоотношения. Иными словами, такие односторонние действия являются реализацией вторичных прав. Вторичное право – это правовое средство, при помощи которого осуществляются меры оперативного воздействия. Меры оперативного воздействия здесь выступают текстовым содержанием вторичного права, они его определяют. Вторичное право – это форма существования мер оперативного воздействия. Как всякие содержание и форма, так и меры оперативного воздействия (характера) и вторичное право образуют диалектическое единство.

В то же время понятием мер оперативного воздействия нельзя полностью заменить понятие вторичного права, эти понятия различны по объему.

Мерами оперативного воздействия можно назвать лишь ту группу вторичных прав, которые возникают и существуют при охранительных правоотношениях, т.е. только в связи с правонарушениями. Также из числа мер оперативного воздействия следует исключить вторичные права, которые могут быть реализованы только через суд.

¹ Груздев В.В. Гражданско-правовая защита односторонними действиями управомоченного лица.

² Грибанов В.П. Указ. соч. С. 133.

³ Российское гражданское право: Учебник. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. С. 429–430.

Меры оперативного воздействия не имеют ничего общего с гражданско-правовой ответственностью. Их нельзя отождествлять, как это делали некоторые авторы¹. Сущность ответственности в том, что она представляет собой односторонне-обязывающее охранительное правоотношение. Ее основная функция — компенсаторно-восстановительная.

Меры оперативного воздействия не являются правоотношением вообще, они являются вторичным правом. Их основная функция — превенция и пресечение дальнейших нарушений путем воздействия на правоотношение.

Не стоит упускать из виду, что меры оперативного воздействия воздействуют не только на правонарушителя. Их воздействие на правонарушителя несомненно и играет первоочередную роль, в этом их назначение, однако юридически, как и всякое вторичное право, от реализации мер оперативного воздействия воздействие испытывает и само лицо, которое их реализует. С помощью этих мер происходит удовлетворение нарушенных интересов потерпевшего лица. Но в любом случае интерес вторично-управомоченного лица уже остается трансформированным по сравнению с тем, который существовал при вступлении в регулятивное правоотношение.

Также следует добавить, что упомянутые права требования не должны отождествляться и пониматься в качестве мер оперативного воздействия, потому что терминологически право требования лишено характера «оперативности», поскольку требует должного поведения противостоящего субъекта, что образует некоторый разрыв во времени между осуществлением права требования и исполнением обязанности. Если данное требование не удовлетворяется добровольно, то права требования могут быть реализованы в судебном порядке. Суть мер оперативного воздействия именно в том, чтобы самостоятельными властными действиями поменять правоотношение, а это возможно только при помощи вторичных прав.

В связи с затрагиванием категории интереса следует вернуться к положению п. 4 ст. 450 ГК РФ о необходимости действовать добросовестно и разумно при осуществлении вторичного права на отказ от договора. Ранее было указано, что нелегально применять к такому случаю ст. 10 ГК РФ, потому что не имеется какого-либо поведения по реализации вторичного права по причине преобразовательного характера вторичного права. Между тем можно отметить, что косвенным образом последствия злоупотребления правом к мерам оперативного воздей-

¹ Огрызков В.М. Пределы применения мер оперативного характера при поставках продукции // Советская юстиция. 1968. № 7. С. 4.

ствия могут быть применимы, если рассматривать меры оперативного воздействия с позиции предшествующих им интересов. Если интерес при вступлении в регулятивное отношение направлен лишь на то, чтобы достичь какого-либо правового и экономического результата, возможного только при реализации меры оперативного воздействия, то такой случай можно назвать злоупотреблением правом. Но на практике и в обыденной жизни такая ситуация почти невозможна, потому что интересы всегда находятся лишь в психике людей и не получают никакого отражения в действительности. Кроме этого меры оперативного воздействия связаны лишь с возможными или уже свершившимися правонарушениями противоположной стороны обязательства, по этой причине столь дальновидный просчет на реализацию вторичных прав, обусловленных правонарушением, на практике крайне редкое явление. Примером могут являться такого рода случаи, как «потребительский экстремизм»: потребитель приобретает товар или получает услуги исключительно с целью реализации возможностей (мер оперативного характера), предоставленных Законом РФ «О защите прав потребителей». Такие ситуации – довольно редкое явление и, самое главное, не имеют под собой никакой правовой почвы: судами защищаются права потребителя, если его требования обоснованы в полном объеме и связаны с правонарушениями контрагентов потребителя.

В этом свете следует еще раз подчеркнуть, что злоупотребление вторичными правами невозможно.

Представляется правильным сформулировать определение мер оперативного воздействия: это вторичные права, существующие при защитных охранительных правоотношениях, реализуемые исключительно в неюрисдикционной форме и направленные на динамику возникшего охранительного правоотношения, имеющие целью воздействие на правонарушителя.

Положения о розничной купле-продаже наиболее близко адаптированы к общим положениям о купле-продаже. Значительным образом отличаются положения о поставке товаров от общих положений о купле-продаже.

Поставка признается чисто предпринимательским правоотношением (ст. 506 ГК РФ). Отличительной особенностью является также протяженность правоотношения поставки во времени. Если купля-продажа является разовой сделкой по передаче товара и его оплате, то поставка состоит в большом количестве передач товаров и возможности оплаты за полученный товар по определенным периодам времени.

Оптовый торговый оборот и профессионализм участников – сфера истинного равенства возможностей и свободы договорных условий. Воздействие законодателя здесь минимально.

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

Исходя из этого нужно допускать широкие возможности установления вторичных прав договором поставки, а также использования тех вторичных прав, которые предусмотрены общими положениями о купле-продаже.

Тем не менее равное положение сторон прослеживается в отдельных нормах о поставке товара. Согласно п. 1 ст. 518 ГК РФ покупатель (получатель), которому поставлены товары ненадлежащего качества, вправе предъявить поставщику требования, предусмотренные ст. 475 ГК РФ, за исключением случая, когда поставщик, получивший уведомление покупателя о недостатках поставленных товаров, без промедления заменит поставленные товары товарами надлежащего качества.

В п. 1 ст. 519 ГК РФ также имеется отсылочная норма к ст. 480 ГК РФ в части возможности установления вторичных прав в охранительных правоотношениях и также установлено исключение: «...за исключением случая, когда поставщик, получивший уведомление покупателя о некомплектности поставленных товаров, без промедления доукомплектует товары либо заменит их комплектными товарами».

Два приведенных пункта говорят о примерах ограничения самих вторичных прав. Исключения связаны со специфической сферой деятельности поставщика и покупателя по договору поставки. Уведомления о поставке товара ненадлежащего качества или некомплектного товара носят информативный характер. Деятельность поставщика, связанная с оптовой торговлей, — это деятельность одного из элементов в цепи обмена и распределения товаров. При высоком уровне материальных потребностей в условиях рыночной экономики поставка играет ключевую роль и обеспечивает стабильный и постоянный оборот товара.

В такой ситуации безграничное действие вторичных прав может просто способствовать перерывам в имущественном обороте, что нежелательно, поэтому законодатель предоставляет меры оперативного воздействия на поставщика, которые сложно отнести к правам. Уведомление покупателя о некомплектности поставленных товаров или о недостатках поставленных товаров является такой мерой — это фактическое действие в большей степени носит не защитный характер, а информативный, поэтому исходя из формулировок закона видно, что предполагается, что поставщик может добросовестно заблуждаться относительно качества и комплектности поставленных товаров, потому что в случае получения уведомления от покупателя поставщик должен действовать незамедлительно — заменять товары. Другими словами, можно сказать, что такого рода действия правонарушениями не признаются до тех пор, пока поставщик не проявит противоправного

бездействия после получения уведомления покупателя о том, что товар некомплектен или некачественен.

Специфическое секундарное право предусмотрено в ст. 522 ГК РФ. Согласно п. 1 упомянутой статьи в случаях, когда поставка одноименных товаров осуществляется поставщиком покупателю одновременно по нескольким договорам поставки и количества поставленных товаров недостаточно для погашения обязательств поставщика по всем договорам, поставленные товары должны засчитываться в счет исполнения договора, указанного поставщиком при осуществлении поставки либо без промедления после поставки.

Из названной нормы вытекает то, что данное секундарное право применимо только в случае, если договоров поставки несколько. Товар — материальный предмет одного договора должен быть одноименным с материальным предметом — товаром другого договора. В этом случае поставщик, выступая должником по обязательству, покрывает обязательства по одному из договоров на свой выбор путем зачета исполнения. При этом такой зачет исполнения отличается от общих правил о зачете (ст. 410 ГК РФ). Общие правила говорят о зачете встречных требований по нескольким обязательствам. Пункт 1 ст. 522 ГК РФ говорит не о встречных требованиях, а об однородных обязанностях, срок исполнения которых наступил и является единовременным. Поставщику принадлежит право выбора договора (договорного обязательства), в счет исполнения которого должна засчитываться поставка одноименного товара. Такое право безусловно, но возникает вопрос о его преобразовательной природе. Данное секундарное право имеет отличительную особенность в том, что не происходит преобразований правоотношений. Это право не связано с воздействием непосредственно на сложившуюся правовую связь. Она касается фактической сферы. Такой вывод вытекает непосредственно из п. 1 ст. 522 ГК РФ, между тем если буквально читать статью, то все же преобразовательный характер прослеживается во фразе «недостаточно для погашения обязательств поставщика по всем договорам», т.е. после осуществления выбора и совершения фактических действий по поставке предполагается, что хотя бы одно обязательство по поставке товара прекращается. Прекращение обязательства — конечная цель секундарного права. При этом исходя из формулировки упомянутой статьи правом является именно выбор обязательства, потому что после осуществления выбора поставщик и покупатель уже «связаны» таким выбором и исполнение обязательств по поставке одноименного товара засчитывается в счет одного договора. Однако на практике может возникнуть ситуация, когда поставки одноименного товара будет недостаточно для покрытия обязательства даже из

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

одного договора поставки. В этом случае преобразовательного характера данного права не будет, поскольку правоотношение поставки (его прекращение) будет являться не предметом обязательства, а его конечной целью. В таком случае данное право является вторичным в зависимости от последствий, которое оно влечет. Если оно влечет прекращение правоотношения поставки, то это вторичное право, если же поставкой товара не обеспечивается исполнение ни одного обязательства, то такое право нельзя назвать вторичным. Думается, что правильнее такое право выделить в отдельную категорию и именовать его «условно вторичным».

Аналогичное правило содержится в п. 2 ст. 522 ГК РФ, только в отношении денежного обязательства покупателя.

Пункт 3 ст. 522 ГК РФ устанавливает: если поставщик или покупатель не воспользовались правами, предоставленными им соответственно п. 1 и 2 данной статьи, исполнение обязательства засчитывается в погашение обязательств по договору, срок исполнения которого наступил ранее. Если срок исполнения обязательств по нескольким договорам наступил одновременно, предоставленное исполнение засчитывается пропорционально в погашение обязательств по всем договорам. Этот пункт устанавливает последствия в том случае, если право выбора не осуществлено.

Следует отметить, что данная норма права в настоящее время подкреплена введенной Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ ст. 319.1 ГК РФ («Погашение требований по однородным обязательствам»).

Пункт 3 названной статьи практически дословно воспроизводит п. 3 ст. 522 ГК РФ, переименовав содержание ко всем вообще обязательствам.

Пункт 1 ст. 319.1 ГК РФ устанавливает такое же условное вторичное право должника на выбор обязательства.

Отличается п. 2 указанной статьи, согласно которому в случае нереализации данного вторичного права при наличии обязательств, обеспеченных и не обеспеченных способами обеспечения исполнения обязательств, приоритет отдается обязательствам, которые не обеспечены.

Новая норма права оправдывает подход судебной практики, в которой до 1 июня 2015 г. применялась ст. 522 ГК РФ по аналогии к обязательствам по возмездному оказанию услуг¹, подряда², энергоснабже-

¹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 17 февраля 2011 г. по делу № А56-46149/2009.

² Постановление ФАС Центрального округа от 15 апреля 2010 г. № Ф10-872/10 по делу № А64-7146/08-8.

нию¹, агентскому договору² и другим договорам. Такой подход оправдан, и аналогия могла применяться вообще ко всем обязательствам, существующим между одними и теми же кредитором и должником с однородным предметом исполнения.

Секундарное право на отказ предусмотрено в ст. 523 ГК РФ. Как и в купле-продаже, данное секундарное право существует в рамках охранительных правоотношений. Право на односторонний отказ является мерой оперативного воздействия, в отношении которой предусмотрен уведомительный порядок реализации (п. 4 ст. 523 ГК РФ).

Для реализации данного права требуется существенное нарушение обязательств другой стороной (п. 2 ст. 450 ГК РФ), п. 2, 3 ст. 523 ГК РФ раскрывает понятия существенных условий, при наступлении которых возникает право на отказ от договора поставки.

В связи с тем, что ст. 450 ГК РФ предусматривает судебный порядок расторжения договора в случае существенного нарушения договора, а п. 4 ст. 523 ГК РФ говорит о простом уведомлении, на практике возникает вопрос о необходимости обращения в суд с требованием о расторжении договора.

Правильной выглядит, разумеется, позиция судов, согласно которой право на отказ от договора само по себе влечет правовые последствия даже без обращения в суд и обращения в суд с соответствующим требованием не требуется. Такая позиция поддерживается в том числе высшей судебной инстанцией³. Это верно, поскольку признание необходимым обращения в суд, что встречается в некоторых судебных актах, умаляет характер данного секундарного права как меры оперативного воздействия⁴. Пункт 2 ст. 450 ГК РФ не может быть применен в части установления обязательного судебного порядка, если действуют специальные нормы закона, в частности п. 4 ст. 523 ГК РФ.

Весьма специфичной является поставка для государственных и муниципальных нужд. Нужно отметить, что широкое закрепление в нормах права секундарных прав в данной сфере нельзя признать допустимым, поскольку в настоящее время сфера госзаказа совершенно переполнена административно-правовыми нормами, которые фактически преврати-

¹ Постановление ФАС Уральского округа от 6 апреля 2012 г. № Ф09-1999/12 по делу № А71-5275/2011.

² Постановление ФАС Центрального округа от 27 декабря 2012 г. по делу № А09-238/2012.

³ Определения Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 марта 2011 г. № ВАС-2821/11 по делу № А21-588/2009, от 14 сентября 2009 г. № ВАС-11925/09 по делу № А32-15416/2008-69-207.

⁴ Постановления ФАС Поволжского округа от 10 ноября 2006 г. по делу № А72-10901/05-28/197, Московского округа от 24 октября 2006 г., 31 октября 2006 г. по делу № КГ-А40/10325-06.

ли государственный и муниципальный секторы экономики в административно-плановую систему хозяйствования. Роль гражданского права здесь сведена к минимуму. Находясь на стыке отраслей права, нужно четко разграничивать, какие субъективные и вторичные права являются гражданскими, а какие относятся к отрасли административного права.

До непосредственного заключения договора на поставку товаров для государственных и муниципальных нужд действует всецело административное право. В настоящее время порядок заключения государственных контрактов регулируется Федеральным законом «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Поскольку тематика монографии не может охватить все возможные случаи установления вторичных прав в российском законодательстве, следует сконцентрироваться на рассмотрении вторичных прав в § 4 гл. 30 ГК РФ. Интересующие вторичные права следует рассматривать только при уже существующем договорном правоотношении поставки. Период до заключения государственного (муниципального) контракта и сам контракт как сделка вряд ли могут быть отнесены к области гражданского права, между тем возникшее из такого контракта правоотношение является гражданско-правовым.

Основания для прекращения правоотношения содержатся в ст. 530 ГК РФ. Согласно п. 1 ст. 530 ГК РФ покупатель вправе полностью или частично отказаться от товаров, указанных в извещении о прикреплении, и от заключения договора на их поставку.

В этом случае поставщик (исполнитель) должен незамедлительно уведомить государственного или муниципального заказчика и вправе потребовать от него извещения о прикреплении к другому покупателю.

Эта норма права раскрывает сложную структуру возникающего правоотношения.

Простой была бы структура связей, если бы в правоотношении участвовали поставщик и государственный (муниципальный) заказчик.

Статья 530 ГК РФ говорит о третьей стороне — покупателе. Заказчик, заключив государственный (муниципальный) контракт с поставщиком, направляет поставщику извещение о прикреплении к поставщику покупателя (ст. 529 ГК РФ), если это предусмотрено контрактом между заказчиком и поставщиком.

В.Е. Белов определяет извещение о прикреплении как одностороннюю сделку и выступает против того, что извещение является плановым актом¹. Основанием такого мнения является то, что заказчик не

¹ Белов В.Е. Поставка товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд: правовое регулирование. М.: Норма; Инфра-М, 2011. С. 255.

наделен властными полномочиями в данной деятельности, а также то, что в силу ст. 530 ГК РФ покупатель может отказаться от договора поставки и товаров.

Разумеется, прямо извещение о прикреплении административным актом не именуется, однако свобода заключения договора, как и во всей сфере государственного (муниципального) заказа, очень сильно ограничена: покупатель не вправе выбрать поставщика в этом случае, покупатель не вправе определить собственные договорные условия с поставщиком.

Единственная возможность покупателя — это заключить договор с уже определенным поставщиком или отказаться от его заключения.

Заключение контракта является договором присоединения, а договоры присоединения всегда признаются ограничивающими гражданско-правовую свободу. В некоторых случаях договор присоединения признается административным договором¹.

В связи с этим как сам договор, так и отказ от него можно отнести к области гражданского законодательства, но не права. В большей мере такая структура связей подпадает под регулирование административного права, поскольку здесь имеется очень высокий уровень властвования и ограничения свободы.

В пользу административного характера такого договора говорит и то, что покупатель является, как правило, субъектом административного права, подвластным (подчиненным) государственному (муниципальному) заказчику.

Поэтому, поскольку стадия заключения договора является регулируемой административным правом, говорить о гражданских вторичных правах неверно.

Явно публично-правовую направленность имеет право на односторонний отказ от договора поставки, предоставленное государственному (муниципальному) заказчику (ст. 534 ГК РФ). В норме права прослеживается публично-правовой интерес. И без того сильной стороне обязательства, наделенной властными функциями, вдобавок законодатель предоставляет еще и вторичное право на отказ.

Лишь малая часть указанного вторичного права касается истинной гражданско-правовой сферы: данное право порождает правоотношение по возмещению убытков поставщику, возникших в связи с отказом. В диссертации О.И. Кучеровой верно подмечено, что ст. 15 ГК РФ необоснованно сужает понятие убытков как последствий право-

¹ *Ротенберг А.С.* Административный договор: Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2006; *Курчевская С.В.* Административный договор: формирование современной теории и основные проблемы: Дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2002.

нарушения, в связи с чем предлагается под убытками понимать любой вред, имущественные потери, связанные в том числе с правомерными действиями¹. Убытки, подлежащие возмещению в связи с реализацией вторичного права, возмещаются в рамках регулятивного правоотношения, поскольку нарушения нет и реализация вторичного права на отказ правомерна.

В договоре контрактации не имеется никаких специальных норм, устанавливающих специфические вторичные права. Несмотря на то что экономически производитель сельскохозяйственной продукции является более слабой стороной по сравнению с производителем, законодатель не предусматривает никаких вторичных прав для лица, чья деятельность носит крайне рискованный характер и зависит от многих объективных причин (урожайность, качество и количество посевов, погодные условия и т.д.). Единственным отличием является норма об ответственности производителя, который несет ответственность только при наличии вины (ст. 538 ГК РФ).

Следующая разновидность купли-продажи – энергоснабжение (§ 6 гл. 30 ГК РФ).

Энергоснабжение представляет собой длящееся правоотношение по непрерывной подаче энергии абоненту через присоединенную сеть (ст. 539 ГК РФ). Длительный характер правоотношения не предполагает высокого уровня динамики этого правоотношения.

Предусмотрены права на односторонний отказ от договора энергоснабжения и на одностороннее изменение энергоснабжения.

Право предоставлено гражданину-абоненту при условии оплаты полученной энергии и предварительного уведомления энергоснабжающей организации (абз. 1 п. 1 ст. 546 ГК РФ).

Данное право обусловлено оплатой полученной энергии, иначе говоря, гражданин «связан» надлежащим исполнением обязательств из договора. В случае неоплаты гражданин не может отказаться от договора энергоснабжения. Данное вторичное право обеспечивает интересы как потребителя-гражданина, у которого отпала необходимость в получении определенного вида энергии, так и энергоснабжающей организации. Прежде всего, конечно, норма права обеспечивает интерес гражданина, поскольку перерыв в передаче энергии через присоединенную сеть предполагает то, что энергия вообще не нужна, и освобождение от оплаты поступающей энергии. Энергоснабжающая организация тем самым лишается права требования оплаты энергии в связи с прекращением ее подачи.

¹ Кучерова О.И. Убытки по российскому гражданскому праву: Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2006.

Абзац 2 п. 1 ст. 546 ГК РФ, напротив, ставит энергоснабжающую организацию в более сильное положение и выравнивает отношения сторон сообразно договору поставки, отсылая к ст. 523 ГК РФ. Абонент – юридическое лицо – это покупатель по договору поставки энергии. В случае существенного нарушения им обязательств из договора энергоснабжения, куда следует отнести неоднократное нарушение сроков оплаты энергии, энергоснабжающая организация вправе отказаться от договора энергоснабжения. Это вторичное право уже существует при охранительном правоотношении, поскольку речь идет о нарушениях со стороны абонента.

Следует обратить внимание на ст. 523 ГК РФ, поскольку именно к ней отсылает абз. 2 п. 1 ст. 546 ГК РФ. В абз. 2 п. 1 ст. 546 ГК РФ говорится о вторичном праве энергоснабжающей организации, а в ст. 523 ГК РФ вторичное право на отказ не привязывается прямо к той или иной стороне обязательства, в ней лишь раскрывается понятие существенного нарушения обязательств поставщиком и покупателем. Отсюда вытекает довольно странный вывод, согласно которому право на отказ может быть реализовано и той стороной, которая сама допустила существенное нарушение.

Применительно к энергоснабжению это может означать то, что энергоснабжающая организация может сама отказаться от договора энергоснабжения в случае, если поставляет энергию с неустранимыми недостатками, например.

Некоторую ясность все же вносит подп. 1 п. 2 ст. 450 ГК РФ, согласно которому по требованию одной из сторон договор может быть изменен или расторгнут по решению суда только при существенном нарушении договора другой стороной. Хотя он также неприменим в части установления судебного порядка реализации вторичного права, тем не менее в нем имеется указание на «другую» сторону, что означает в целом предоставление вторичного права потерпевшей стороне.

В целях недопущения расширительного толкования закона в части допуска к реализации вторичного права стороной, нарушившей обязательство, законодателю или, если это допускается законом, сторонам следует четко указывать субъекта, которому предоставлено вторичное право.

Пункты 2, 3 ст. 546 ГК РФ предусматривают права на перерыв, прекращение и ограничение подачи энергии. Реализация этих прав не влечет прекращения правоотношения. Эти права предоставлены энергоснабжающей организации для недопущения возможного нарушения интересов неопределенного круга лиц. Договор энергоснабжения обеспечивает интересы населения, отсюда п. 2 ст. 546 ГК РФ устанавливает

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

такое основание для одностороннего перерыва, прекращения или ограничения в передаче энергии, как удостоверенное органом государственного энергетического надзора неудовлетворительное состояние энергетических установок абонента, создающее угрозу аварии или угрозу жизни и безопасности граждан.

Пункт 3 ст. 546 ГК РФ предусматривает перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии без согласования с абонентом и без соответствующего его предупреждения в случае, если авария уже возникла, и в случае необходимости принятия неотложных мер.

Перерыв, ограничение и прекращение подачи на первый взгляд имеют дело не с самим правоотношением, а с фактической сферой, между тем воздействие на правоотношение все же присутствует: правоотношение меняется, поскольку у энергоснабжающей организации временно прекращается или изменяется обязанность по подаче энергии, что означает вторичный характер данного права. Упомянутое право обусловлено наступлением указанных в подзаконных актах юридических фактов.

Складывается схожая ситуация с правом продавца отказаться от товаров (например, п. 2 ст. 468 ГК РФ). С одной стороны, речь идет о фактической сфере, но эффект на правоотношение в любом случае оказывается.

На неточности законодательных формулировок прямо обращается внимание учеными¹. Остается пожелать также, чтобы законодатель при закреплении вторичных прав использовал формулировки, отражающие суть воздействия на правоотношение – на обязательство, в частности, с разъяснением правовой судьбы преобразуемого с помощью вторичного права субъективного права или субъективной обязанности.

В договоре купли-продажи недвижимости (§ 8 гл. 30 ГК РФ) предусмотрены последствия передачи недвижимого имущества ненадлежащего качества в охранительном правоотношении. Речь снова идет о вторичном праве выбора между правомочиями (вторичными правами или субъективными правами). Выбор в этой части ограничен в силу специфики объекта данного договора купли-продажи. При передаче имущества ненадлежащего качества покупателю принадлежит вторичное право выбора правомочий из перечисленных в ст. 475 ГК РФ (вторичного права или субъективного права), из числа ко-

¹ Кузнецова О.А. Синонимия как бедствие гражданско-правовой нормативной терминологии // Пятый Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 24–25 октября 2014 г.): Избранные материалы. С. 193.

торых исключено право требования замены товара (ст. 557 ГК РФ). Это объяснимо с позиции объекта продажи недвижимости, который незаменим в силу своей уникальности.

Схожие отсылочные нормы содержатся в ст. 565 ГК РФ, устанавливающей последствия передачи предприятия с недостатками. Понятие недостатков достаточно широкое, чтобы объединить в себе понятия, используемые в ст. 460–462, 466, 469, 475, 479 ГК РФ (п. 1 ст. 565 ГК РФ).

Пункты 2–4 ст. 565 ГК РФ устанавливают право уменьшения покупной цены предприятия в предусмотренных статьёй случаях. Права являются субъективными.

Данное субъективное право является мерой оперативного воздействия и предполагает внесудебную реализацию. Добровольное неисполнение указанного права влечет последствия, установленные в п. 5 ст. 565 ГК РФ, – возможность судебного расторжения договора купли-продажи предприятия и возврата сторон в первоначальное положение.

В силу специфики и полной неликвидности такого объекта прав, как предприятие, в ГК РФ имеется ст. 566: правила ГК РФ о последствиях недействительности сделок и об изменении или о расторжении договора купли-продажи, предусматривающие возврат или взыскание в натуре полученного по договору с одной стороны или с обеих сторон, применяются к договору продажи предприятия, если такие последствия существенно не нарушают права и охраняемые законом интересы кредиторов продавца и покупателя, других лиц и не противоречат общественным интересам.

Эта статья устанавливает ограничение вторичных прав в отношении правоотношения купли-продажи предприятия.

В договорах мены (гл. 31 ГК РФ) нет ничего особенного в отношении вторичных прав, за исключением того, что в силу специфики менового правоотношения, выступающего прародителем правоотношения купли-продажи, вторичные права принадлежат обеим сторонам. Рассмотренные нормы применяются в той части, в которой они не применяются к денежным обязательствам, возникающим из договора купли-продажи.

Договор дарения, со времен римского права относящийся к фидуциарным сделкам, порождает специфическое правоотношение. Специфика состоит прежде всего в его безвозмездности. Дарение представляет собой правоотношение, которое не подчиняется общему принципу возмездности и эквивалентности в гражданском праве, – в нем вообще нет никакого встречного предоставления. В настоящее время договор дарения урегулирован гл. 32 ГК РФ. Нормы, содержащиеся в главе

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

о дарении, охватывают широкий спектр безвозмездных сделок: проще говоря, безвозмездная передача любых вещей, имущественных прав, прощение долга признаются дарением (ст. 572 ГК РФ).

Нормы о дарении обладают спецификой и в части установления вторичных прав. Вторичные права предусматриваются как для дарителя, так и для одаряемого и несут иную функцию по сравнению с ранее рассмотренными вторичными правами в купле-продаже.

Договор дарения может быть консенсуальным и реальным. Для консенсуальной разновидности договора дарения предусмотрено вторичное право дарителя отказаться от дара в любой момент до передачи ему дара. В этом случае договор дарения считается расторгнутым (п. 1 ст. 573 ГК РФ).

Возникает некоторая сложность квалификации данного права, а именно является ли оно вторичным или представляет собой простой отказ от собственного права требования. С одной стороны, наглядно видно, что отказ от дара — настолько властное распоряжение, что прекращает правоотношение, а это означает признаки вторичности.

Но, с другой стороны, принимать дар — это право требования одаряемого по консенсуальному договору дарения, следовательно, отказ от дара может быть расценен как простой отказ от реализации права требования.

Однако верно отмечено, что дарению обычно предшествуют другие отношения, которые редко регулируются правом¹. Принятие дара в таком случае приобретает характер не просто осуществления права требования, но обозначает некоторую, но все же эквивалентность, уравнивающую прошлые неправовые отношения при помощи правоотношения дарения.

В этом плане наблюдается скрытая возмездность договора. Договор дарения, можно сказать, знаменует некоторые неправовые отношения, и в своей целокупности такая совокупность отношений строится на началах эквивалентности. В таком смысле отказ от дарения подрывает не только одно правоотношение, но воздействует на всю систему сложившихся отношений. Отказ от дарения — редкость, свидетельствующая об одной из двух моральных крайностей: либо лицо настолько морально чисто, что не принимает ничего в дар и все предшествующие отношения воистину бескорыстны, либо, напротив, отказ от дарения сопровождается настолько негативным отношением к дарителю, что принятие отказа от дара предназначено лишь для того, чтобы прекратить всяческие отношения.

¹ Косоруков А.А. Самостоятельные безвозмездные договоры в гражданском праве Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006.

Думается, что столь сильная моральная подоплека не позволяет не признать отказ от дарения секундарным правом, отрекнувшись от воззрения о том, что это простая нереализация права требования.

Доказательством такой позиции может служить и п. 3 ст. 573 ГК РФ, согласно которому даритель вправе требовать от одаряемого возмещения реального ущерба, причиненного отказом принять дар, если договор дарения был заключен в письменной форме. В морально-бытовом плане отказ от дарения представляет собой некоторую невежливость, за которую нужно платить.

В юридической сфере секундарное право на отказ от дара имеет последствия своей реализации.

При этом никакое субъективное право требования и отказ от его реализации не могут влечь подобных последствий. Секундарное право в качестве своих последствий имеет то, что действительно прекращает всю систему сложившихся отношений, — возмещение реального ущерба, связанного с таким отказом.

Отказ от дарения рассматривается законодателем как правонарушение, потому что посредством ретроспективного анализа можно прийти к выводу о том, что охранительное правоотношение по возмещению реального ущерба возникает в результате только правонарушения. В доктрине такой вывод будет неточным. Скорее он объясняет то, что секундарное право — это такая властная возможность, которая в том числе может нарушить чей-то интерес (право). Это лишь подкрепляет позиции о том, что отказ от дара является секундарным правом.

Другим правом является уже право дарителя отказаться от исполнения дарения (п. 1 ст. 577 ГК РФ). Это право представляет собой право на односторонний отказ от исполнения обязательства (ст. 310 ГК РФ). Условия осуществления такого права свидетельствуют о явно публично-правовой направленности данного секундарного права. Согласно п. 1 ст. 577 ГК РФ даритель вправе отказаться от исполнения договора, содержащего обещание передать в будущем одаряемому вещь или право либо освободить одаряемого от имущественной обязанности, если после заключения договора имущественное или семейное положение либо состояние здоровья дарителя изменилось настолько, что исполнение договора в новых условиях приведет к существенному снижению уровня его жизни.

Конечно, прослеживается частный интерес дарителя прежде всего в том, что собственное здоровье и уровень жизни считаются значимее существования правоотношения дарения, но имеется также и публичный интерес, состоящий в поддержании необходимого уровня жизни дарителя. Первоочередное значение в сфере гражданского права, думается, имеет личный эгоистический интерес.

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

Поэтому хотя это право и обеспечено высоким уровнем власти (императивности), правильнее относить его к частному вторичному праву, поскольку оно обеспечивает частный интерес дарителя.

Частным случаем отказа от исполнения дарения является отмена дарения, предусмотренная п. 1 ст. 578 ГК РФ (п. 2 ст. 577 ГК РФ). Данное вторичное право является отказом от исполнения дарения по другим основаниям в случае, если одаряемый совершил покушение на его жизнь, жизнь кого-либо из членов его семьи или близких родственников либо умышленно причинил дарителю телесные повреждения.

Данная норма права также вызвана фидуциарным характером сделки. Дарение – это редчайший случай, где мотив сделки имеет значение, хотя прямо в нормах права и не упоминается. Корыстный мотив одаряемого, направленный на получение дара любой ценой, в том числе ценой жизни дарителя, и проявленный в действительности, является основанием для существования вторичного права по отмене дарения.

Данная норма по своему смыслу дополняет еще один случай, в котором мотив воли имеет традиционное значение: заключение сделок под влиянием обмана, заблуждения, принуждения¹.

Однако даже в этом случае формально-юридический подход не позволяет признать вторичное право обусловленным от гражданского договорного правонарушения. Даже наступление смерти не является правонарушением в рамках договорного правоотношения дарения – это помимо того, что является уголовным преступлением, является гражданско-правовым деликтом. Такая квалификация правонарушения доказывает то, что вторичное право отменить дар не обусловлено конкретными правонарушениями в рамках договорного правоотношения. Иначе говоря, по-прежнему правоотношение дарения и вторичное право находятся в рамках регулятивных правоотношений.

Статья 578 ГК РФ предусматривает также и судебную форму реализации вторичного права.

Различие состоит в характере дарения: судебный порядок возможен лишь в том случае, если дарение уже совершено или если дарение является реальной сделкой. Предыдущие случаи распространяются на консенсуальные договоры и на сами обязательства.

Это вполне объяснимо, поскольку правоотношение дарения, основанное на консенсуальном договоре, прекращается прежде всего исполнением – передачей дара. Законодатель в этом случае, следуя характеру вторичных прав, признает их воздействие именно на обязательственное правоотношение.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1907. С. 84.

Чтобы вернуть стороны в первоначальное положение в случае, если дар уже передан, простое волеизъявление законодатель уже не признает достаточным.

Более того, основанием для удовлетворения требования дарителя о возврате дара является обращение одаряемого с подаренной вещью, представляющей для дарителя большую неимущественную ценность, которое создает угрозу ее безвозвратной утраты (п. 2 ст. 578 ГК РФ). Такое поведение вряд ли можно назвать договорным правонарушением, потому что правоотношение дарения прекращается с момента передачи вещи. Если это не договорное правонарушение, то соответственно и секундарное право не обусловлено им (правонарушением). Если рассматривать секундарное право во временном промежутке, то оно следует за регулятивным правоотношением дарения. При определенных юридических фактах (ухудшение ценной вещи) данное секундарное право возникает и при помощи судебной реализации может породить новые охранительные обязательства по возврату дара. Правоотношение дарения, оставшееся в прошлом, не может уже быть приведено в динамику при помощи секундарного права, потому что невозможно изменить прошлое. Таким образом, данное секундарное право является создающим секундарным правом.

Отмена дарения предусматривается также законодательством о несостоятельности (банкротстве) (п. 3 ст. 578 ГК РФ).

Пункт 4 ст. 578 ГК РФ устанавливает возможность предусмотреть договором секундарное право отмены дарения, если даритель переживет одаряемого.

Эта норма, равно как и другие, подчеркивает личный характер отношений, имеющих между дарителем и одаряемым. Отмена дарения в данном случае не требует судебного порядка. Связано это с самой невозможностью судебного порядка реализации права — отсутствием одаряемого как стороны обязательства. Данное секундарное право обусловлено юридическим фактом — событием — смертью одаряемого. С другой стороны, отмена дарения в данном случае отличается тем, что как таковое правоотношение отсутствует. Отмена дарения здесь является совершенно другим секундарным правом: оно порождает правоотношение по возврату дара. Другое формально-юридическое объяснение невозможно, потому что имеется очень длительный разрыв во времени. Одно правоотношение прекращает свое существование, другое начинает свое существование лишь при наступлении определенного юридического факта, а также реализации секундарного права.

Очевидно, что в психике субъектов все же связанность между собой ощущается, но эта связанность не обусловлена сознанием правовых

норм, т.е. имеется моральная связь – моральное отношение (такой же психический феномен, как и правоотношение).

Остальных вторичных прав в договорном правоотношении дарения не прослеживается.

Как видно из предыдущего анализа, вторичные права в договоре дарения отличаются тем, что все вторичные права безусловны от правонарушений, т.е. закреплены законодателем и существуют при регулятивных правоотношениях. Этот существенный признак отличает их от вторичных прав при купле-продаже, которые, как правило, возникают в рамках охранительного правоотношения.

Договор ренты имеет ярко выраженную социальную направленность¹. Социальная направленность всегда осложняет гражданское правоотношение публично-правовым интересом. Внедрение вторичных прав законодателем при помощи императивных норм в договорах ренты является необходимым, поскольку вторичные права являются подходящим инструментом (средством) достижения публичных, в том числе социальных, интересов. Другими словами, вторичные права «обслуживают» интерес, который не может быть достигнут при помощи субъективного права в рамках правоотношения.

Применимость и эффективность вторичных прав осложняются реальным характером договора ренты (п. 1 ст. 583 ГК РФ). В общих положениях о ренте не имеется никаких норм, закрепляющих вторичные права.

Сама рента как выплата денежных средств или содержания в иной форме является обременением земельного участка, предприятия, здания, сооружения или другого недвижимого имущества, переданного под ее выплату (п. 1 ст. 586 ГК РФ). Будучи обременением, рентный платеж обладает чертами вещного права для получателя ренты. В Законопроекте предлагается ввести отдельное вещное право – право вещной выдачи, согласно содержанию которого обладателю предоставлена возможность периодически получать от собственника недвижимой вещи имущественное предоставление в форме товара, денег, работ или услуг в определенном размере (объеме), а в случае неполучения такого предоставления – правомочие распорядиться этой вещью путем обращения на нее взыскания в порядке, предусмотренном для ипотеки (ст. 349 ГК РФ) (п. 1 ст. 305 ГК РФ в редакции Законопроекта).

Рентный платеж для получателя ренты является таким правом вещной выдачи. Исходя из того, что сам законодатель придает таким

¹ См. подробно: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Договоры о передаче имущества. 4-е изд., стереотип. М.: Статут, 2002. Кн. 2. С. 627.

правам характер вешных прав, все обязательство из договора ренты обладает низким уровнем динамики и опосредует в первую очередь экономические отношения потребления материальных благ.

Абсолютное постоянство рентного правоотношения все же не может отвечать интересам обеих сторон. Рентное обязательство в силу своей длительности или, напротив, срочности, зависящей, как правило, от длительности жизни получателя ренты, признается рисковым обязательством (алеаторным). В ФГК 1804 г. в ст. 1964 дано определение рискового договора, согласно которому рисковым договором является двустороннее соглашение, последствия которого в отношении как выгод, так и потерь зависят для всех сторон, или для одной, или для нескольких сторон от неизвестного события. Договор ренты прямо отнесен к таким договорам¹.

Такая позиция поддерживается не всеми авторами. В частности, Н.Г. Соломина, доказывая безрисковый для получателя ренты характер договора ренты, указывает, что получатель ренты не подсчитывает свои возможные убытки на случай своей скоростижной смерти, само обстоятельство четко определено и неизбежно (смерть получателя ренты), в связи с чем договор ренты имеет просто специфическое определение срока своего действия². Этот взгляд связан с субъективным пониманием риска как эмоционального переживания относительно наступления события в будущем. Позиция рискового характера договора оценивает обязательство с третьей стороны: риск понимается как некоторая неясность в наступлении события в будущем. Но даже принимая субъективный взгляд на риск, позиция не выдерживает критики, потому что смерть вовсе не является определенным событием — важен срок его наступления, равным образом срок действия обязательства ренты, который не определен и может прекратиться достаточно внезапно. Поэтому верным представляется относить ренту к рисковым обязательствам.

Рисковый характер обязательства и вещное обременение передаваемого имущества не могут в полной мере обеспечить меняющиеся интересы сторон, в связи с чем законодателем вводятся секундарные права, которые предназначены для уравнивания интересов сторон, поэтому ст. 592 ГК РФ предусматривает право плательщика на отказ от выплаты ренты путем ее выкупа.

Реализация данного секундарного права трансформирует рентное обязательство в обязательство по выплате всей суммы ренты, предусмотренной договором. Однако данное право в самом простейшем его

¹ Французский гражданский кодекс 1804 года / Пер. И.С. Перетерского. М.: Юридат, 1941.

² Соломина Н.Г. К вопросу о недостатках правовой конструкции договора ренты // Право и экономика. 2013. № 2. С. 17–22.

закреплении могло бы быть опасным для получателя ренты, поэтому оно имеет свои законодательные пределы.

Реализация права должна быть совершена не позднее чем за три месяца до прекращения выплаты ренты, если более длительный срок не предусмотрен договором ренты. Отсюда вытекает, что право имеет отложенный срок реализации. С момента волеизъявления до непосредственного изменения правоотношения должно пройти не менее трех месяцев. Также право ограничено необходимостью выплаты всей выкупной суммы получателю ренты. Такое ограничение может означать не просто трансформацию рентного обязательства в обязательство по выкупу ренты, но и полное прекращение правоотношения. Право на отказ плательщика ренты от исполнения обязательства делает его безрисковым для плательщика ренты и увеличивает риски для получателя ренты непомерным образом, в особенности с наличием правила о ничтожности условия, отменяющего данное право (п. 3 ст. 592 ГК РФ). В науке предлагается данное вторичное право исключить, заменив на правило о возможности прекращения договора ренты по соглашению сторон¹.

Единственное ограничение этого права содержится в абз. 2 п. 3 ст. 592 ГК РФ, согласно которому договором может быть предусмотрено, что право на выкуп постоянной ренты не может быть осуществлено при жизни получателя ренты либо в течение иного срока, не превышающего 30 лет с момента заключения договора.

Существенным образом отличается право на выкуп ренты, предоставленное получателю ренты. В отличие от вторичного права плательщика ренты право получателя ренты возникает только в связи с правонарушениями, т.е. это охранительное вторичное право. Перечень нарушений плательщика ренты не исчерпывающий и дает возможность сторонам предусмотреть иные основания выкупа ренты для ее получателя. Однако даже это обстоятельство не может нивелировать безусловное регулятивное вторичное право плательщика ренты отказаться от выплаты ренты.

Договор постоянной ренты за счет такого законодательного распределения вторичных прав является примером того, как вторичные права могут внести дисбаланс в интересы сторон. За счет этого получается, что постоянная рента — способ экономического присвоения имущества, а не способ получения рентных платежей — экономического дохода в понимании К. Маркса².

¹ Дерюга Н.Н. Договор ренты: некоторые проблемы правопонимания // Российский следователь. 2011. № 15. С. 13–14.

² Маркова О.А. Договор ренты в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2002.

Выражаясь бытовым языком, постоянная рента за счет безусловного секундарного права плательщика ренты становится инструментом «черных» риелторов в процессе обмана не сведущих в законодательстве граждан.

Совершенно иные положения предусмотрены в договоре пожизненной ренты. Договор действительно обеспечивает интересы гражданина — получателя ренты.

В нем нет такого безусловного секундарного права плательщика ренты на отказ от исполнения договора, как предусмотренное в ст. 592 ГК РФ.

Единственное основание для расторжения договора пожизненной ренты установлено в ст. 599 ГК РФ. Договор пожизненной ренты также расторгается в связи с реализацией охранительного секундарного права, предоставленного получателю ренты. Право может быть реализовано в случае существенного нарушения договора плательщиком ренты.

Понятие существенного нарушения плательщика ренты не раскрывается в ст. 599 ГК РФ. Согласно абз. 4 п. 2 ст. 450 ГК РФ существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

В связи с этим в науке высказываются точки зрения о том, что при определении существенности оценке поддается значительность экономического расхождения между тем, на что сторона рассчитывала при заключении договора, и тем, что она получила в действительности¹.

При рассмотрении данной нормы неизбежно указание на то, что существенность и доктринальное понятие значительности так или иначе являются оценочными понятиями².

А.Г. Карапетов предпринял попытку выделить из судебной практики те факторы, которые признаются существенным нарушением договора³. Совершенно верно то, что при оценке этого понятия в судах царит полный беспорядок, а также то, что определение существенности нарушения вообще относится к области судейского усмотрения⁴.

¹ Миронец Е.Е. Изменение и расторжение договора по гражданскому законодательству РФ: Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2002. С. 124.

² Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М.: Статут, 2010. С. 291.

³ Карапетов А.Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2007. С. 334.

⁴ Там же.

Представляется правильным, что использование оценочных понятий в гражданском праве на современном этапе вообще крайне нежелательно. Любые используемые понятия должны быть таковыми, чтобы была возможность их единообразного толкования судебной практикой.

Не может являться задачей суда поиск справедливости, поскольку суд — это правоприменительный орган. Справедливость должна быть заложена в самих правовых нормах. Наличие оценочных понятий для суда — это пища для размышления, результат которого часто приводит к нарушению самим судом определенных субъективных или вторичных прав.

В отношении договора пожизненной ренты это означает расплывчатость возможности использования вторичного права получателя ренты на отказ от ренты путем выкупа. Общее содержание норм § 3 гл. 33 ГК РФ, в частности наличие императивной нормы, закрепляющей вторичное право получателя ренты, в целом свидетельствует о законодательном обеспечении интересов получателя ренты. Институт пожизненной ренты — противоположность института постоянной ренты.

Исходя из такого духа закона следует полагать, что существенность нарушения договора пожизненной ренты плательщиком ренты должна трактоваться в пользу получателя ренты, логика закона состоит в том, чтобы отдавать приоритет именно этой стороне обязательства.

Судебная практика признает существенным нарушением, например, невыплату рентной платы¹, неоказание помощи получателю ренты, неприобретение лекарств и продуктов питания для получателя ренты², неоплату коммунальных платежей, непроизведение текущего ремонта в квартире³. Приведенные примеры свидетельствуют о том, что от плательщика ренты требуется активное, прежде всего экономическое, поведение в отношении получателя ренты. Отсутствие данного поведения является существенным нарушением.

В юридическом плане это означает то, что плательщиком ренты не исполняется юридическая обязанность по договору ренты, т.е. существенность нарушения в договоре пожизненной ренты можно свести к неисполнению обязанности плательщика ренты из договора ренты.

¹ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 4 июля 2013 г. № 33-9868/2013.

² Апелляционное определение Ростовского областного суда от 22 октября 2012 г. по делу № 33-11684.

³ Определение Санкт-Петербургского городского суда от 21 июня 2012 г. № 33-8214/2012.

При этом важны и намерения плательщика ренты — не исполнять обязанность по внесению рентной платы. Кроме того, в силу того, что обязанность по внесению рентной платы является длящимся правоотношением, следует признать, что существенным нарушением не может являться однократное невнесение рентной платы или прочие однократные бездействия плательщика ренты. В этом случае возможно действие вторичных прав в охранительных правоотношениях, предусмотренных в ст. 599 ГК РФ.

Договор пожизненного содержания с иждивением устанавливает еще более жесткие условия для плательщика ренты, являясь разновидностью договора пожизненной ренты. В нем также не предусмотрено вторичных прав для плательщика ренты, а существующие вторичные права для получателя ренты еще более просты в реализации за счет того, что обязанность плательщика ренты еще больше расширена и от него требуется не только непосредственное имущественное участие в жизни получателя ренты, но и участие неимущественное, в том числе организационное (ст. 602 ГК РФ).

Помимо вторичного права на отказ от ренты путем выкупа предусмотрено также право требования получателя ренты вернуть недвижимое имущество, переданное в обеспечение пожизненного содержания (ст. 605 ГК РФ).

Пожизненное содержание с иждивением — пример договора, в котором обеспечивается интерес экономически слабой стороны — получателя ренты. Это договор личного характера, который является единственным рентным обязательством, существовавшим в советское время по ГК РСФСР 1964 г.¹ Этим объясняется низкий потенциал динамики этого правоотношения, который в противовес наблюдается в постоянной ренте.

Среди обязательств о передаче имущества в собственность следует рассматривать доверительное управление имуществом.

В настоящее время доверительное управление имуществом сконструировано как обязательство — договор доверительного управления имуществом (гл. 53 ГК РФ).

Даже в системе англо-американского права имеются воззрения о том, что доверительная собственность есть обязательство владеть и управлять собственностью в интересах других лиц².

Э. Джэнкс указывает, что предметом доверительного управления (владения и управления) является собственность³. В силу того, что

¹ *Цыбуленко З.И.* Рента и пожизненное содержание с иждивением // Российская юстиция. 1997. № 6, 7.

² *Джэнкс Э.* Английское право. М., 1947. С. 318.

³ Там же. С. 318, 322.

данный институт заимствован из англо-американской системы права, его правовая природа схожа и в российской цивилистике. Это некое подобие собственности, основанное на договоре. С этих позиций весьма правильным будет рассмотрение договора доверительного управления имуществом в числе договоров о передаче имущества в собственность.

В законе имеется прямая оговорка о том, что передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности на имущество доверительному управляющему (п. 1 ст. 1012 ГК РФ). Но тем не менее думается, что распорядительные правомочия доверительного управляющего в отношении имущества учредителя управления самым непосредственным образом сближают правомочия доверительного управляющего с собственническими правомочиями. Рассмотрение данного договора в рамках договоров о передаче имущества во владение и пользование неверно, поскольку сам договор доверительного управления предполагает прежде всего наиболее рациональное и совершенное в интересах собственника определение юридической судьбы имущества учредителя управления с целью увеличения его стоимости (п. 2 ст. 1012 ГК РФ).

Обязательство доверительного управления создано в интересах учредителя управления, в то же время оно носит доверительный по отношению к доверительному управляющему характер. Доверительный управляющий является индивидуальным предпринимателем или коммерческой организацией либо в случае законного режима доверительного управления гражданином (п. 1 ст. 1015 ГК РФ). В любом случае предполагается высокий уровень профессионализма доверительного управляющего, что требует и повышенного уровня ответственности от доверительного управляющего, и предоставления некоторых гарантий и законодательных привилегий более слабой стороне — учредителю управления. Такие гарантии могут обеспечиваться введением вторичных прав, однако отечественный законодатель крайне скудно предоставляет такие гарантии (что, между прочим, говорит о статичности обязательства и приближении его к вещно-правовому режиму).

В ст. 1024 ГК РФ указаны основания прекращения договора доверительного управления (обязательства по доверительному управлению имуществом). Названная статья отличается весьма низким уровнем юридической техники и некоторой непоследовательностью¹. Основанием прекращения обязательства является отказ выгодопри-

¹ Михеева Л.Ю. Доверительное управление имуществом. Комментарий законодательства // СПС «КонсультантПлюс». 2001. С. 80.

обретателя от выгод по договору, если договором не предусмотрено иное (абз. 3 п. 1 ст. 1024 ГК РФ). В данном случае секундарное право предоставлено третьему лицу – выгодоприобретателю по договору. Выгодоприобретатель не всегда присутствует в договоре (п. 1, 2 ст. 1012 ГК РФ). Предоставление данного права третьему лицу объяснимо, потому что договор доверительного управления имуществом заключается в интересах выгодоприобретателя. Но с другой стороны, выгодоприобретатель может и отсутствовать, что предполагает существование обязательства в интересах учредительного управления. Применительно к этому случаю законодатель прямо не устанавливает права на безусловный отказ от договора доверительного управления, предоставленного учредителю управления. Однако абз. 6 п. 1 ст. 1024 ГК РФ предусматривает отказ учредителя управления от договора по иным причинам, чем та, которая указана в абз. 5 п. 1 данной статьи. Формулировка абзаца наводит на мысль о том, что причины все же должны быть. Тем не менее в судебной практике данное секундарное право ограничивается лишь обязанностью выплатить доверительному управляющему вознаграждение¹. Правильнее было бы заключить основания для отказа от договора доверительного управления как для учредителя управления, так и для выгодоприобретателя в одном абзаце пункта. Расположение нормативного материала в разных абзацах диктуется существованием абз. 5 п. 1 ст. 1024 ГК РФ.

Абзац 5 п. 1 упомянутой статьи предусматривает отказ доверительного управляющего или учредителя управления от осуществления доверительного управления в связи с невозможностью для доверительного управляющего лично осуществлять доверительное управление имуществом. Данное право предоставлено как доверительному управляющему, так и учредителю управления. Право является секундарным, но обусловленным от невозможности доверительного управляющего лично осуществлять доверительное управление имуществом.

Доверительное управление осуществляется лично доверительным управляющим (п. 1 ст. 1021 ГК РФ). В случае невозможности такого осуществления предоставлено право, причем обеим сторонам договора.

Также в связи с личным характером доверительного управления у доверительного управляющего имеется секундарное право поручить осуществление определенных действий другому лицу в случае, если доверительный управляющий вынужден к этому в силу обстоятельств для обеспечения интересов учредителя управления или выгодоприобрета-

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 3 сентября 2015 г. № Ф05-11608/2015 по делу № А40-165585/13.

теля и не имеет при этом возможности получить указания учредителя управления в разумный срок (п. 2 ст. 1021 ГК РФ). Это вторичное право — мера оперативного воздействия, но не связанная с правонарушениями.

При помощи такого права происходит изменение правоотношения в части отклонения от указаний учредителя управления.

Возвращаясь к праву на отказ, обусловленному невозможностью осуществлять доверительное управление доверительным управляющим, не совсем понятно, зачем такое обусловленное право предоставлено учредителю управления, если у него уже имеется безусловное право, предусмотренное абз. 6 п. 1 ст. 1024 ГК РФ. Единственный плюс для учредителя управления в использовании обусловленного права состоит в том, чтобы не платить доверительному управляющему вознаграждение.

Пункт 2 ст. 1024 ГК РФ устанавливает необходимость уведомления за три месяца до прекращения договора (иной срок может быть установлен договором) в случае реализации права на отказ.

§ 6. Вторичные права при договорах по передаче имущества во владение и пользование

Договор аренды уже не относится к тем видам договоров, которыми имущество передается в собственность. Договор аренды является самым распространенным договором о передаче имущества во владение и пользование. Широта его использования объясняется тем, что договор аренды может быть использован для регулирования совершенно разных случаев предоставления совершенно разного вида имущества во владение и пользование в совершенно разных пределах.

Высокая степень связанности лиц договором аренды объясняется также и наличием свойств вещных прав у договора аренды (ст. 617 ГК РФ). Арендное обременение имущества психологически всегда влияет на стоимость отчуждения имущества, что означает необходимость разрешения возникающих вопросов, связанных с арендованным имуществом, непосредственно между сторонами обязательства — арендатором и арендодателем.

В такой ситуации оборотоспособности объектов прав, обремененных арендой, способствуют вторичные права, вводимые законодателем «сверху».

Первой обращающей на себя внимание статьей, предусматривающей наличие вторичного права, является ст. 612 ГК РФ. Данная статья касается ответственности арендодателя за переданное имущество.

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

Из ее названия вытекает то, что предусмотренные секундарные права будут иметь правоохранительный характер, так как любая ответственность является охранительным правоотношением.

В п. 1 ст. 612 ГК РФ предусмотрено такое же, как и во многих других случаях, секундарное право выбора, предшествующее осуществлению субъективных и секундарных прав, предусмотренных в статье.

Норма права императивна, что не предполагает возможности изменения правомочий, предоставляемых арендатору в случае нарушения арендодателем обязательства о предоставлении имущества определенного качества, хотя существуют воззрения о возможности ограничения или расширения перечня правомочий в силу принципа свободы договора¹.

Секундарным правомочием из имеющихся является только требование о расторжении договора аренды, которое осуществляется в судебном порядке. В этом смысле проявляется отличительная особенность правоотношения аренды в целом. На этом и последующих примерах будет наглядно показано, что секундарные права в договоре аренды, имеющие в качестве последствия прекращение договора аренды, требуют судебного порядка реализации. Иными словами, это не меры оперативного воздействия.

В целях сравнительного анализа интерес представляет абз. 6 п. 1 ст. 612 ГК РФ: «Арендодатель, извещенный о требованиях арендатора или о его намерении устранить недостатки имущества за счет арендодателя, может без промедления произвести замену предоставленного арендатору имущества другим аналогичным имуществом, находящимся в надлежащем состоянии, либо безвозмездно устранить недостатки имущества». Здесь видно, что законодатель признает мерой оперативного воздействия арендатора права требования, предусмотренные в абз. 3 п. 1 вышеупомянутой статьи. Причем из системной взаимосвязи абз. 3 и 6 п. 1 ст. 612 ГК РФ вытекает то, что мерой оперативного воздействия не является требование о соразмерном уменьшении арендной платы. Это вполне объяснимо, поскольку соразмерность уменьшения арендной платы – это требование, которое не носит бесспорный характер в силу оценочного понятия соразмерного уменьшения арендной платы. Такая «соразмерность» может определяться судом.

Некоторую терминологическую ясность вносит использование законодателем понятий в гл. 34 ГК РФ в части прекращения арендного обязательства: повсеместно используется понятие «расторжение дого-

¹ *Пьянкова А.Ф.* Толкование норм о договоре аренды в контексте Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 3. С. 24–29.

вора» и лишь в одном случае используется понятие «односторонний отказ от исполнения договора аренды» (п. 2 ст. 610 ГК РФ).

Это видно и при анализе части первой ГК РФ. Законодатель разграничивает понятия отказа от исполнения обязательства и расторжения договора. Ранее подтверждением этого служил п. 3 ст. 450 ГК РФ, согласно которому в случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон, договор считается соответственно расторгнутым или измененным¹.

В связи с принятием Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ п. 3 ст. 450 ГК РФ утратил силу с 1 июня 2015 г. Тем же самым Законом введена в действие ст. 450.1 ГК РФ, которая именуется «Отказ от договора (исполнения договора) или от осуществления прав по договору».

При анализе данной статьи ранее уже указывалось, что она предполагает внесудебный порядок реализации вторичного права на отказ от исполнения обязательства, тем не менее в статье имеется указание о том, что договор считается измененным или расторгнутым с момента получения уведомления об отказе от исполнения договора (п. 1, 2). Иными словами, в одном месте все-таки встречается совместное использование понятий «расторжение договора» и «односторонний отказ от исполнения договора».

Логически речь идет об одном и том же, когда говорится о требовании о расторжении договора и об отказе от исполнения договора: требование о расторжении договора — это судебный порядок реализации права на отказ от договора. Расторжение договора — это в большей мере технический термин, в юридической плоскости обозначающий прекращение договорного правоотношения. Расторжение договора — это последствие волеизъявления об отказе от договора. Рассматривая правоотношение, понятие «расторжение договора» не отражает такой сути, как прекращение правоотношения.

Общепризнано, что законодательством договор рассматривается как сделка и как правоотношение. Когда речь идет о расторжении договора, законодатель ведет речь о договоре-сделке, когда же о прекращении договора — то о прекращении договорного правоотношения.

Разумеется, крайне непоследовательно понимать расторжение договора как прекращение договора-сделки, потому что договор-сделка неизменен с момента совершения, что еще раз подчеркивает то, что термин является техническим.

¹ См., например: Желонкин С.С., Смирнов В.И. Отказ от исполнения обязательства как односторонняя сделка // Право и экономика. 2015. № 1. С. 46–51.

Именно поэтому в интересах единообразного использования терминов в доктрине представляется правильным признать использование такого понятия, как судебная реализация секундарного права на прекращение правоотношения.

Следовательно, применительно к договору аренды расторжение договора в судебном порядке и будет означать прекращение договорного правоотношения аренды.

Другую разновидность секундарного права на расторжение договора представляет собой право на отказ от договора аренды, заключенного на неопределенный срок (ст. 610 ГК РФ). Это право возможно лишь в том случае, если в договоре срок не указан или прямо сказано, что договор заключен на неопределенный срок.

Данное секундарное право аналогично секундарному праву плательщика ренты по договору постоянной ренты. Секундарное право имеет отсроченный эффект. Можно сказать, что после осуществления секундарного права требуется наступление еще одного юридического факта – события, истечение определенного промежутка времени, установленного ст. 610 ГК РФ или в соответствии с ней договором. Этот срок выступает как ограничением секундарного права, так и элементом общего юридического состава (куда входит данное секундарное право), приводящего к динамике, к прекращению правоотношения аренды. Из нормы ст. 610 ГК РФ (равно как и из ранее рассмотренной нормы ст. 592 ГК РФ) усматривается некоторая «слабость» данного секундарного права. Оно хотя бы и существует в качестве императивной нормы, тем не менее ограничение за счет дополнительного юридического факта делает его слабее по сравнению с теми секундарными правами, осуществление которых приводит к динамике правоотношения мгновенно с момента того, как волеизъявление воспринято противоположной стороной. Эта слабость обозначена сниженным уровнем императивности данной нормы. Само секундарное право установлено императивной нормой, но срок для предупреждения о прекращении договора аренды может быть изменен договором или законом, что означает диспозитивность. Можно прийти к выводу о том, что гипотеза (принимая ранее изложенные положения о том, какой частью правовой нормы устанавливаются секундарные права) данной правовой нормы носит некоторый смешанный характер – императивно-диспозитивный.

Нарушение обязанности по капитальному ремонту также содержит секундарное право выбора, на котором специально не следует останавливаться (п. 1 ст. 616 ГК РФ). Интерес все же представляет одно из предоставляемых правомочий, доступных после осуществления права выбора, а именно право произвести капитальный ремонт, предусмо-

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

тренный договором или вызванный неотложной необходимостью, и взыскать с арендодателя стоимость ремонта или зачесть ее в счет арендной платы. Производство капитального ремонта нельзя назвать субъективным правом – в рамках арендного правоотношения производство капитального ремонта стороной, на которой не лежит данная обязанность по договору или закону, является фактическим действием – юридическим фактом, который приводит к возникновению правоотношения по возмещению убытков или стоимости произведенного ремонта. Производство капитального ремонта является ничем иным, как реальным ущербом в понимании ст. 15 ГК РФ. Арендатор несет расходы, осуществляя ремонт, который не должен осуществлять по договору (закону), но вынужден из-за нарушения обязанности арендодателя, его бесхозяйного поведения.

Аргументом против признания производства капитального ремонта субъективным правом является и то, что арендатор ничего не требует от арендодателя, а осуществляет собственные активные действия.

Что касается вторичности данного права, то требуется дополнительный анализ для подтверждения или опровержения вторичности права на производство капитального ремонта.

Целесообразно проанализировать этапы развития складывающихся простейших односторонних правоотношений в рамках сложного арендного правоотношения. В первую очередь имеется заключенный договор, в котором предусмотрена или не предусмотрена, но имеется в силу п. 1 ст. 616 ГК РФ обязанность арендодателя по производству капитального ремонта. Затем происходит ее нарушение – бездействие арендодателя, появляется лишь первое основание для возникновения охранительного правоотношения – правонарушение. После этого арендатор осуществляет или не осуществляет право выбора (вторичное). В случае неосуществления права выбора можно сказать, что правонарушение арендодателя теряет свой смысл и правоотношения не возникает. В случае осуществления выбора, падающего на производство капитального ремонта своими силами, возникает охранительное правоотношение. В рамках уже охранительного правоотношения арендатор производит своими силами капитальный ремонт. На основании этого он в дальнейшем требует возмещения убытков или стоимости произведенного ремонта. Из этого видно, что производство капитального ремонта требуется для продолжения охранительного правоотношения по возмещению стоимости произведенного ремонта или по возмещению убытков. Без этого действия охранительное правоотношение не возникает вообще. Также прослеживается то, что производство капитального ремонта не преобразует само по себе охранительное правоотношение.

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/uchebniki.shtml>

Охранительное правоотношение возникло в связи с правонарушением арендодателя, а также осуществлением секундарного права выбора, но оно не может продолжаться, если не будет произведено фактических действий – дополнительного юридического факта.

Итак, производство капитального ремонта как юридический факт не является осуществлением некоторого секундарного права, потому что не носит никакого преобразовательного смысла.

В этом состоит специфика секундарного права выбора арендатора при нарушении обязанности по производству капитального ремонта арендодателем: арендатору предоставлены как правомочия, так и возможность (неправильно именовать ее правом) осуществить собственные действия.

Обращая внимание на проблему с другого ракурса, законодатель устанавливает способ самозащиты права – производство капитального ремонта – фактические действия арендатора.

Произведя подобный анализ и снова вернувшись к праву выбора, было допущено то, что в случае неосуществления выбора охранительного правоотношения не возникает. Но так ли это и, самое главное, почему?

Думается, что можно допустить две позиции на этот счет: признавая выбор секундарным правом, его осуществление становится необязательным для субъекта. Стало быть, неосуществление выбора не должно приводить к динамике правоотношения, но, допустив прекращение правоотношения в случае непроизводства такого выбора, динамика все же имеется в сфере правоотношений. В таком случае нужно признать, что бездействие, выражающееся в неосуществлении выбора, является юридическим фактом, прекращающим охранительное правоотношение.

Можно допустить и другую позицию: бездействие является одним из вариантов поведения и во всех случаях, в которых закон говорит о выборе, управомоченной стороне всегда предоставлен непоименованный вариант поведения – бездействие. В этом случае выбор приобретает характер секундарной обязанности, поскольку он неизбежен.

При последней позиции пришлось бы признавать все случаи законодательного предоставления выбора секундарными обязанностями. Правильно ли это?

Думается, что все же предпочтительнее выглядит первый взгляд, потому что в секундарном праве основу составляет воля, сильная и властная воля, направленная на правоотношение. В бездействии нет никакого волевого поведения, нет никакой воли и властности. Частный случай бездействия хотя и приводит к динамике правоотношения (его

прекращению), тем не менее общего не имеет ничего с вторичным правом или обязанностью, потому что волевой элемент отсутствует напрочь.

Обширный анализ показывает сближение производства капитального ремонта с возможностью принять все товары по договору купли-продажи, если они не соответствуют условию об ассортименте, за тем изъятием, что принятие товаров прекращает правоотношение.

По этой причине принятие товаров возможно признавать вторичным правом (хотя все же это несколько поспешно), а производство капитального ремонта, которое неспособно самостоятельно что-то прекратить, следует относить к фактическим действиям.

Права на расторжение договора аренды (ст. 619, 620 ГК РФ) уже отмечались в ходе изложения и не представляют собой ничего такого, что требовало бы отдельного внимания. Это вторичные права с судебным порядком реализации, приводящие к прекращению арендного правоотношения и являющиеся охранительными правами.

Статья 621 ГК РФ устанавливает преимущественное право на заключение договора на новый срок. Как и все остальные преимущественные права, данное право является вторичным.

Такое право подробно рассмотрено применительно к договору коммерческой концессии.

Некоторый интерес представляют последствия досрочного прекращения договора аренды для договоров субаренды (ст. 618 ГК РФ). В случае заключения соглашения о расторжении договора аренды такое соглашение, объединяющее волю на прекращение арендного правоотношения, могло бы расцениваться как осуществление коллективного вторичного права, направленного на прекращение договора субаренды. В случае если договор аренды расторгается в одностороннем порядке, то судебная реализация вторичного права на расторжение договора аренды может также пониматься как вторичное право в отношении правоотношения субаренды.

Но все же думается, что имеются некоторые препятствия к такой оценке. В вторичном праве важна направленность воли. Правоотношение является обозримой целью. В случае, когда происходит досрочное расторжение договора аренды, воля сторон или одной стороны далеко не всегда прямо направлена на прекращение договора субаренды. Такое прекращение — исторически сложившаяся и законодательно закреплённая особенность субаренды, основанная еще на римском принципе, согласно которому никто не может передать прав больше, чем сам имеет (*nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet*).

В отношении отдельных видов аренды не предусмотрено никаких особых вторичных прав. Ранее упоминалось о вторичной обя-

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

занности арендатора на выбор имущества в договорах финансовой аренды (ст. 665 ГК РФ). Такая обязанность с трудом отвечает признакам секундарности, поскольку она возникает в корреспонденции праву требования противоположной стороны. Преобразовательный смысл этой обязанности касается лишь объекта аренды и продавца имущества, но не содержания правоотношения, в связи с этим секундарный смысл этой обязанности сомнителен, так как эта обязанность существует внутри правоотношения, а не «над» ним, подобно другим секундарным правам или обязанностям.

Договор найма жилого помещения, регулируемый гл. 35 ГК РФ, является институтом жилищного права – подотрасли гражданского права¹. Жилищное право – это та часть гражданского права, которая теснейшим образом переплетена с административным правом, что объясняется прежде всего комплексностью жилищного законодательства, регулирующего отношения различной отраслевой принадлежности (ст. 4 ГК РФ).

Пользование жилыми помещениями частного или публичного жилищного фонда, бесспорно, относится к жилищному праву и к праву гражданскому как более крупному структурному элементу системы российского права.

Отсюда вполне правильно допускать то, что отношения владения и пользования жилым помещением за плату (п. 1 ст. 671 ГК РФ) являются гражданско-правовыми.

В договоре найма жилого помещения имеется схожий набор секундарных прав: расторжение договора (ст. 678 ГК РФ), преимущественное право заключения договора на новый срок (ст. 684 ГК РФ).

Правоотношение по владению и пользованию жилым помещением возникает между нанимателем и наймодателем (ст. 671 ГК РФ), соответственно секундарные права, приводящие к изменению данного правоотношения, должны воздействовать прежде всего на содержание правоотношения, т.е. на владение и пользование жилым помещением.

В связи с этим представляет интерес секундарное право нанимателя на вселение временных жильцов (ст. 680 ГК РФ). Временные жильцы приобретают право несамостоятельного пользования жилым помещением, не становятся субъектами правоотношения найма жилого помещения, однако их вселение осуществляется на основании властного распоряжения нанимателя, согласованного с постоянно проживающими с ним гражданами (коллективного секундарного права), потому что правоотношение найма все же меняется – меняется не

¹ Вишневецкая И.С., Селиванова Е.С. Жилищное право: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2011.

его субъектный состав, а происходит видоизменение содержания прав и обязанностей: появляется обязанность нанимателя и постоянно проживающих с ним лиц, а также наймодателя претерпевать пользование жилым помещением временными жильцами.

Осуществляется данное вторичное право по уведомлению наймодателя, которое лишь представляет собой форму отражения воли нанимателя, не зависит от воли наймодателя, но порождает дополнительное правоотношение между временными жильцами и нанимателем, от нарушения которого должен воздерживаться наймодатель.

Договор безвозмездного пользования (ссуды) (гл. 36 ГК РФ) представляет собой одну из немногих поименованных в ГК РФ безвозмездных сделок.

В нем содержатся те же самые вторичные права: расторжение договора как охранительное вторичное право каждой из сторон (ст. 692, 698 ГК РФ), безусловное регулятивное вторичное право на отказ от договора безвозмездного пользования (ст. 699 ГК РФ). Последнее право имеет некоторую особенность: если договор заключен на неопределенный срок, то право предоставлено как ссудодателю, так и ссудополучателю. Если договор заключен на определенный срок, то право предоставляется только ссудополучателю. Такие нормы прямо говорят о предназначении института права в целом, ссудополучатель находится в более выгодном положении и волен прекращать договорные правоотношения в любом случае, в отличие от ссудодателя.

Такие вторичные права вносят некоторые административно-социальные элементы в гражданское право. В договоре найма в любом случае больше защищается наниматель, в договоре безвозмездного пользования — ссудополучатель.

Чем вызван подобный перекося в такой безвозмездной сделке, как безвозмездное пользование, на современном этапе господства рыночной экономики сказать сложно, однако содержание норм гл. 36 ГК РФ говорит лишь о том, что безвозмездное пользование скорее передается ссудополучателю вовсе не для его блага, а для того, чтобы переложить обязанности по содержанию и, в частности, по осуществлению капитального ремонта на ссудополучателя.

Безвозмездное пользование предполагает активное поведение ссудополучателя, уход за вещью, что иногда может становиться обременительным, по этой причине законодатель с целью снижения содержательного бремени предоставляет исключительно ссудополучателю вторичное право на отказ даже от срочного договора ссуды.

Отдельным обязательством, по которому вещи передаются во владение, является обязательство из договора хранения (ст. 47 ГК РФ). По договору хранения одна сторона (хранитель) обязуется хранить

вещь, переданную ей другой стороной (поклажедателем), и возвратить эту вещь в сохранности. Это древнейшее обязательство, известное еще римскому праву (*depositum*). Данное обязательство не отличается особой динамикой в силу своей специфики и длительности. В хранении присутствуют определенные распорядительные правомочия хранителя. Он может пользоваться вещью, если это необходимо для сохранности вещи (ст. 892 ГК РФ). Также хранитель может предоставить пользование вещь третьим лицам. Такое пользование зависит от свойств вещи. Предоставление в пользование осуществляется посредством реализации секундарного права хранителя. Это распорядительное правомочие хранителя находится за пределами правоотношения хранения. Вводя вещь в некоторый ограниченный оборот (предоставляя пользование хранимыми вещами третьим лицам), хранитель реализует свое секундарное правомочие распоряжения вещь в ограниченных пределах, вводя ее в имущественный оборот. Данное секундарное право прямо не закреплено законом, однако оно вытекает из формулировки ст. 892 ГК РФ. Это секундарное право не оказывает никакого преобразовательного воздействия на правоотношение хранения, в то время как оно создает правоотношения между хранителем и третьими лицами, которым вещь предоставлена в пользование.

Аналогичное распорядительное правомочие возможно при хранении вещей с обезличением (ст. 890 ГК РФ). Хранитель может пользоваться и распоряжаться данными вещами, при этом существо самого правоотношения хранения останется неизменным, поскольку в силу этого правоотношения хранитель обязан вернуть поклажедателю лишь обусловленное количество вещей определенного качества (ст. 890 ГК РФ). Такое обязательство фактически полностью тождественно обязательству из договора займа. При этом при заемном обязательстве указывается, что вещи, определенные родовыми признаками, передаются заемщику в собственность. В случае с иррегулярным хранением прямого указания на этот счет не имеется, однако это напрямую вытекает из существа обязательства. В обоих случаях распорядительные правомочия хранителя (заемщика) вытекают прежде всего из права собственности на вещи определенного качества (определенные родовыми признаками).

В силу фидуциарного характера договора хранения предполагается, что вещь будет находиться у конкретного хранителя, а именно у того, с которым поклажедатель заключил договор. По общему правилу передача вещи третьему лицу не допускается, однако в силу обстоятельств (которые не определены законом) хранитель может передать вещь на хранение третьему лицу, что будет означать изменение правоотношения

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

хранения при помощи реализации вторичного права (ст. 895 ГК РФ). В этом случае необходимо последующее уведомление владельца хранения хранителем. Что это за обстоятельства, закон не уточняет. На практике возникают случаи, когда хранителем передаются вещи третьему лицу без согласия владельца вещей. Такая сделка по передаче вещи третьему лицу признается ничтожной¹. На эту практику указывает Ю.Н. Андреев². В.С. Ем по этому поводу отмечает, что оснований для применения ст. 168 ГК РФ не имеется, поскольку должны применяться специальные положения ст. 895 ГК РФ³. С учетом изложенных положений относительно вторичных прав видно, что ст. 895 ГК РФ имеет диспозитивную норму, закрепляющую вторичное право хранителя передать вещь третьему лицу. Данное вторичное право обусловлено обстоятельствами, отсюда на практике следует прежде всего исследовать обстоятельства, которые привели к передаче вещи третьему лицу, а не признавать сделку недействительной в силу недопустимости распоряжения вещью по обязательству из договора хранения.

Обязательство хранения предусматривает еще несколько вторичных прав, общий анализ которых показывает законодательное обеспечение имущественных интересов владельца. Вторичные права, даже те, которые предоставляются хранителю, в большей мере связаны с достижением целей хранения, выражающихся в сохранении ценности хранимой вещи.

В п. 2 ст. 893 ГК РФ имеется вторичное право продать вещь в случае ее порчи или угрозы порчи. Данная норма направлена на то, чтобы владелец не понес никакого имущественного ущерба в случае, если вещь в натуре сохранить невозможно. Осуществление вторичного права на продажу вещи, с одной стороны, является распорядительным правомочием хранителя, с другой стороны, трансформирует обязательство хранения в заемное обязательство. Данное вторичное право близко по своему экономическому эффекту к ситуации с предоставлением отступного (ст. 409 ГК РФ) или новацией долга (ст. 414 ГК РФ), однако юридическое существо все же отлично, поскольку хранитель может продать вещь исключительно по своему независимому волеизъявлению, а не по соглашению с владельцем.

Также обязательство из договора хранения закрепляет вторичные права хранителя, которые служат лишь общественным интересам.

¹ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 ноября 2007 г. № 13856/07 по делу № А56-22503/2006.

² Андреев Ю.Н. Механизм гражданско-правовой защиты. М.: Норма; Инфра-М, 2010. С. 153.

³ Ем В.С. О новом законодательном взгляде на ничтожность и оспоримость сделок // Кодификация российского частного права 2015. С. 155.

Согласно п. 2 ст. 894 ГК РФ, если принятые на хранение с ведома и согласия хранителя вещи, указанные в абз. 1 п. 1 данной статьи, стали, несмотря на соблюдение условий их хранения, опасными для окружающих либо для имущества хранителя или третьих лиц и обстоятельства не позволяют хранителю потребовать от поклажедателя немедленно их забрать либо он не выполняет это требование, эти вещи могут быть обезврежены или уничтожены хранителем без возмещения поклажедателя убытков. Поклажедатель не несет в таком случае ответственности перед хранителем и третьими лицами за убытки, причиненные в связи с хранением этих вещей.

Такое право снова касается правомочия распоряжения, при этом уничтожение опасных вещей как реализация правомочия распоряжения приводит к прекращению правоотношения хранения.

Иного характера секундарное право предусмотрено в п. 2 ст. 899 ГК РФ. Право относится к распорядительному правомочию хранителя. Это право продажи вещи в том случае, если поклажедатель отказывается взять ее обратно или уклоняется от этого. Данное право уже существует при охранительном правоотношении, поскольку просрочка возврата вещи, вызванная действиями кредитора (поклажедателя), является правонарушением.

Имеется некоторая неясность в части отнесения к правонарушениям просрочки кредитора (ст. 406 ГК РФ). Законодательством нарушение сроков осуществления права относится к правонарушениям¹. Тем не менее данное правонарушение не может быть связано с нарушением обязанностей, поскольку у кредитора в силу его правового статуса не может быть обязанностей перед должником. Поэтому на этот счет выдвигается идея применимости «мягких» долженствований к обязанностям кредиторов. Так, А.В. Егоров указывает, что весьма плохо, что в доктрине не существует разделения обязанностей на основные и «кредиторские»².

Но здесь ответ представляется правильным искать в самих субъективных правах. Каждое субъективное право имеет свои пределы осуществления. Предел осуществления права означает его определенность. В том числе эта определенность касается и сроков существования прав. Право поклажедателя забрать хранимую вещь у хранителя в силу своего существа является срочным правом. Это не ограничение прав, срок существования данного права — это предел его осуществления, его естественная граница как обязательственного права требования.

¹ *Егорова М.А.* Истечение срока действия основания обязательства как основание его прекращения // Юрист. 2012. № 21. С. 28–32.

² *Егоров А.В.* Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 241–274.

Определенность предела осуществления права сроком в договорных правоотношениях хранения достигается волеизъявлением самих сторон. Срок возврата вещи может либо быть определен точно, либо быть прекращаемым востребованием вещи поклажедателем (ст. 889 ГК РФ). Последний случай никак не может быть отнесен к ст. 899 ГК РФ. Просрочка возможна, только если срок так или иначе определен, вытекает из существа обязательства или хотя бы является разумным сроком¹.

Логически предел осуществления права может быть выражен как обязанность с пассивным содержанием не преступить (не превысить) данный предел. Именно поэтому законодатель исходит из того, что просрочка кредитора является правонарушением.

В силу схожей природы обязанностей кредитора и обязанностей должника не видится особых противоречий в установлении одинаковых последствий за нарушение обязанностей как кредитора, так и должника. По этой причине с воззрениями А.В. Егорова в части невозможности установления неустойки за нарушение кредиторской обязанности следует не согласиться².

При продаже вещи в результате реализации вторичного права обязательство хранения преобразуется в денежное обязательство хранителя перед поклажедателем — обязанность выплатить вырученную от продажи сумму за вычетом платы, причитающейся хранителю, а также расходов на продажу вещи.

Вторичная обязанность изменить условия хранения предусмотрена в п. 1 ст. 893, а также в специальной норме ст. 910 ГК РФ для хранения на товарном складе. Данная вторичная обязанность при ее осуществлении самым незначительным образом влияет на правоотношение — она меняет его в части обязанности хранителя хранить вещь в определенных условиях.

Различия между вторичными обязанностями товарного склада и простого хранителя состоят в том, что хранитель обязан предварительно уведомить поклажедателя, а товарный склад уведомляет поклажедателя после того, как были приняты меры по сохранению вещи.

При этом в п. 1 ст. 893 ГК РФ указано, что после уведомления хранитель обязан дождаться ответа поклажедателя. Данный ответ поклажедателя значительным образом ослабляет преобразовательный характер вторичной обязанности. Уведомление о необходимости изменения условий хранения и последующий ответ поклажедателя

¹ *Сарбаи С.В.* Время и место исполнения обязательства // *Хозяйство и право.* 2004. № 12 (Приложение).

² *Егоров А.В.* Указ. соч.

могут рассматриваться как договор — двусторонняя сделка. Такое положение закона может приводить к выводу о том, что воли одной стороны недостаточно для изменения правоотношения. Между тем в абз. 2 п. 1 ст. 893 ГК РФ предусмотрен крайне редкий (возможно, единственный для ГК РФ) случай преобразования секундарной обязанности хранителя в секундарное право: если изменение условий хранения необходимо для устранения опасности утраты, недостачи или повреждения вещи, хранитель вправе изменить способ, место и иные условия хранения, не дожидаясь ответа поклажедателя. Такое преобразование говорит против признания договорного характера уведомления и ответа на него и в пользу признания обязанности, предусмотренной в п. 1 ст. 893 ГК РФ, секундарной.

Данная обязанность прежде всего служит целям сохранения хранимых вещей и не предполагает необходимости волеизъявления поклажедателя, которое может быть несвоевременным. Эта секундарная обязанность, преобразуемая в секундарное право, усиливает функции договора хранения и в то же время устанавливает повышенные требования к хранителю как заботливому и добросовестному субъекту правоотношения.

Законодательством более не предусматривается секундарных прав и обязанностей в правоотношении хранения.

§ 7. Секундарные права при договорах выполнения работ, оказания услуг

Договоры подрядной группы представляют собой иную обширную разновидность договорных обязательств, представленных в части второй ГК РФ. Данная группа правоотношений отличается в целом от обязательств по передаче имущества тем, что обязательство по выполнению работ представляет собой постоянно меняющуюся в экономическом плане сущность. Выполнение работ, оказание услуг представляют собой всегда некий процесс, в отличие от договоров по передаче имущества в собственность или пользование. В последних случаях всегда имеет место вещная сделка в составе правоотношения — передача имущества¹.

В договоре подряда имеется схожая вещная сделка по передаче результата работ заказчику, но суть этих договоров все же иная — они

¹ См.: *Василевская Л.Ю.* Вещные сделки по германскому праву: методология гражданско-правового регулирования: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2004. Критика теории существования вещных сделок содержится в работе: *Скловский К.И.* Сделка и ее действие (2-е изд.). Комментарий главы 9 ГК РФ (понятие, виды и форма сделок. Недействительность сделок). М.: Статут, 2015.

опосредуют экономические отношения производства материальных благ и их обмена, в то время как договоры о передаче имущества не предназначены для регулирования экономических отношений производства, ограничиваясь лишь отношениями обмена.

Вторичные права в договоре подряда довольно разнообразны и необычны. Имеются также вторичные права – правозащитные меры (меры оперативного воздействия)¹. В первую очередь обращают на себя внимание п. 2, 3 ст. 715 ГК РФ. Согласно п. 2 указанной статьи, если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков.

Анализ этой нормы не только говорит о специфичном условии осуществления вторичного права, но и показывает сущность самого подрядного правоотношения в том, что для заказчика помимо результата работы имеет также значение и сам процесс выполнения работ. Возможность реализации вторичного права на отказ от договора подряда обусловлена субъективным предположением заказчика о том, что работа выполняется медленно и что окончание ее к сроку становится невозможным. Иначе говоря, как такового наличного правонарушения еще не имеется, имеется лишь презумпция будущего нарушения, что усиливает значение и роль применения вторичного права заказчика.

Судами возможность реализации данного права сужается, критерий явности заменяется критерием формальной доказанности факта медлительности подрядчика². Если заказчик не доказал невозможность выполнения работ в срок, то теряется возможность выразить односторонний отказ от договора подряда. На практике предпосылки осуществления данного права, таким образом, становятся недоказуемыми³. Подрядчик, выступая профессионалом в определенной сфере, своими фактическими действиями может лишить заказчика возможности реализации вторичного права.

Вряд ли такой подход судебной практики удачен. Думается, что замысел законодателя состоял прежде всего в побудительном воздействии данной нормы на психику (поведение) подрядчика за счет понимания наличия властной возможности заказчика. Норма права должна способствовать скорейшему выполнению работ по договору

¹ Южанин Н.В. Односторонние правозащитно-обеспечительные меры // Юрист. 2014. № 22. С. 12–18.

² Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 19 декабря 2005 г. по делу № А28-4614/2005-112/25.

³ Постановление ФАС Уральского округа от 11 марта 2010 г. № Ф09-1396/10-С4 по делу № А60-22108/2009-С1.

подряда, поэтому слишком поспешен вывод судебной практики о том, что заказчик обязан доказать невозможность выполнения работ в срок. Правильнее было бы вменять в бремя доказывания такую медлительность подрядчика, которая при прочих равных условиях приводила или могла привести к нарушению сроков выполнения работ.

Схожее секундарное право, вытекающее из контрольного правоотношения между заказчиком и подрядчиком, урегулировано п. 3 ст. 715 ГК РФ. Согласно названной норме, если во время выполнения работы станет очевидным, что она не будет выполнена надлежащим образом, заказчик вправе назначить подрядчику разумный срок для устранения недостатков и при неисполнении подрядчиком в назначенный срок этого требования отказаться от договора подряда либо поручить исправление работ другому лицу за счет подрядчика, а также потребовать возмещения убытков. Иными словами, речь идет не о сроках, а о качестве выполнения работ.

В данном пункте содержится дополнительное секундарное право, которое изменяет правоотношение и по своей сути является охранительным. Это секундарное право реанимирующего воздействия направлено на восстановление нарушенного правоотношения подрядчиком. Речь идет о праве заказчика назначить разумный срок для устранения недостатков.

Помимо назначения разумного срока нормой права подразумевается, само собой, веление заказчика устранить допущенные недостатки. Конечно, в этом случае полный возврат в рамки ненарушенного регулятивного обязательства невозможен, поскольку нарушения уже имели место, однако правовые нормы в определенной мере способствуют уменьшению экономических потерь от некачественной работы подрядчика.

Это именно право, не осуществив которое, подрядчик может отказаться от договора подряда либо поручить исправление работ другому лицу за счет подрядчика, а также потребовать возмещения убытков — воспользоваться другими секундарными правами.

Но интерес представляет здесь именно то, что если веление устранить недостатки было заявлено заказчиком, то он сам связан установленным сроком и не может отказаться от договора до истечения данного разумного срока. Может показаться, что данное право представляет собой право требования к заказчику, однако это не так, поскольку указанное право носит преобразовательный характер — оно создает особое восстановительное правоотношение. Подрядчик же обязан выполнять работу качественно не в силу данного веления, а в силу договорной обязанности, это же секундарное право лишь властно направляет деятельность неисправного подрядчика. Договорная обязанность качественно вы-

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

полнять работу существует с момента заключения договора, но нарушается, возникает охранительное правоотношение. Вторичное право состоит в том, чтобы повторно заставить исполнить неисполненную обязанность. Именно в этом суть восстановительного правоотношения.

Схожим вторичным правом является право на отказ от договора подряда, предусмотренное ст. 717 ГК РФ. Диспозитивная норма названной статьи предусматривает безусловное вторичное право заказчика отказаться от договора подряда. На практике именно наличие (отсутствие) причины для отказа служит основанием для отграничения ст. 717 ГК РФ от п. 3 ст. 715 ГК РФ. Если такая причина имеется – ненадлежащее исполнение подрядчиком своих обязательств, то применяется п. 3 ст. 715 ГК РФ, если такой причины не имеется – то ст. 717 ГК РФ¹. Для заказчика, само собой разумеется, более экономически целесообразным является такой отказ, который вызван правонарушением подрядчика, – в этом случае у самого заказчика возникает право на возмещение убытков. В случае если заказчик произвольно отказывается от договора, то применяется ст. 717 ГК РФ и заказчик сам обязан возместить убытки подрядчику, размер которых определяется в соответствии со ст. 717 ГК РФ (не более разницы между стоимостью всей работы и стоимостью выполненной работы).

Вторичное право, предусмотренное ст. 717 ГК РФ, делает экономический оборот несколько нестабильным. Предоставленное заказчику право необъяснимо с позиции логики.

Право, предоставленное заказчику, приведено в качестве примера защиты гражданских прав в статье А.А. Кравченко. Это право реализуется в рамках регулятивного правоотношения, но в то же время не названо мерой защиты, поскольку меры защиты, как и меры ответственности могут реализовываться только в охранительных правоотношениях².

Но что может защищать данное право? Оно ведь абсолютно безусловно. Заказчик не является более слабой экономической стороной по договору подряда, напротив, правильнее признавать более слабым подрядчика. А.Г. Карапетов с экономических позиций успешно обосновал необходимость исключения данной нормы права из закона³.

¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 12 апреля 2010 г. по делу № А57-2271/2009.

² *Кравченко А.А.* Соотношение мер защиты и мер ответственности как способов защиты субъективных гражданских прав // Российский юридический журнал. 2015. № 2. С. 94–104.

³ *Карапетов А.Г.* Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11. С. 24–80; № 12. С. 24–73.

Единственно возможным оправданием существования ст. 717 в тексте ГК РФ является ее диспозитивный характер¹. Но в любом случае на практике это создает сложности обеспечения баланса интересов сторон. Секундарное право явно навязано сверху и является правом-привилегией заказчика, которое делает деятельность подрядчика еще более рискованной. Возмещаемые в качестве последствий реализации данного секундарного права убытки никоим образом фактически не покрывают реальных убытков подрядчика от отказа заказчика.

Имеется судебная практика, которая исключает применение ст. 717 ГК РФ в случае, если в договоре установлены основания для отказа от договора подряда заказчиком в связи с виновными действиями подрядчика². Но эта практика не основана на законе, поскольку с позиции регулятивных и охранительных правоотношений отказы от договоров различны, поэтому единственным возможным случаем неприменения ст. 717 ГК РФ является прямое исключение ее действия при заключении договора подряда.

В сравнении с этой нормой секундарные права подрядчика выглядят блекло. Так, в ст. 716 ГК РФ предусмотрена секундарная обязанность подрядчика приостановить работу и уведомить заказчика об обстоятельствах, ухудшающих качество работы, перечисленных в п. 1 названной статьи. И лишь в случае бездействия заказчика, связанного с неустранением препятствий для качественного выполнения работ подрядчиком в срок, установленный договором (или разумный срок), подрядчик может отказаться от договора подряда. Обязательное уведомление является юридически значимым сообщением³. Неисполнение данной секундарной обязанности подрядчиком влечет невозможность ссылаться на то, что работы выполнены некачественно по причинам, указанным в п. 1 ст. 716 ГК РФ (п. 2 данной статьи). Эта норма подчеркивает законодательное положение подрядчика: установлена презумпция, что он является профессионалом не только в области выполняемых работ, но также и в области правовых норм, потому что императивные нормы закона, в том числе ГК РФ, требуют лишь знания и соблюдения.

В судебной практике еще более негативной выглядит позиция судов, обязывающая подрядчика обращаться в суд с требованием о рас-

¹ Романова В.В. Право заказчика на отказ от исполнения договора на строительство энергетического объекта и обеспечение интересов подрядчика // Гражданское право. 2011. № 4. С. 38–43.

² Например, определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 мая 2009 г. № ВАС-5349/09 по делу № А76-7696/2008-27-50; постановление ФАС Уральского округа от 18 марта 2009 г. № Ф09-1282/09-С4 по делу № А76-7696/2008-27-50.

³ Евстигнеев Э.А. Правовая природа юридически значимых сообщений // Вестник гражданского права. 2012. № 5. С. 37–65.

торжении договора на основании п. 3 ст. 716 ГК РФ, применительно к подрядам для государственных и муниципальных нужд¹. В настоящее время это никак не может быть признано верным по причине существования ст. 450.1 ГК РФ.

Обращение в суд с подобным требованием вообще лишает деятельность подрядчика экономического смысла. Несколько странно выглядит ч. 19 ст. 95 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»: поставщик (подрядчик, исполнитель) вправе принять решение об одностороннем отказе от исполнения контракта по основаниям, предусмотренным ГК РФ для одностороннего отказа от исполнения отдельных видов обязательств, если в контракте было предусмотрено право заказчика принять решение об одностороннем отказе от исполнения контракта.

Так, императивная норма ст. 716 ГК РФ благодаря перу законодателя превращается в право, лишь допускаемое законом и необходимое для специального закрепления в контракте. Это представляется еще более недопустимым ограничением прав подрядчика.

Части 20, 21 ст. 95 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» все же предусматривают внесудебный порядок реализации права на отказ, однако ввиду ч. 19 данной статьи право на отказ вообще теряет свой смысл в качестве императивного законодательного инструмента подрядчика — меры оперативного воздействия.

Далее в ст. 719 ГК РФ предусмотрено право подрядчика приостановить исполнение в случае неисполнения встречных обязанностей заказчика по предоставлению материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи. Статья 719 ГК РФ — прямое продолжение и развитие ст. 328 ГК РФ применительно к договору подряда. Договор подряда, в котором обязанность обеспечения материалами, оборудованием, технической документацией (ст. 704 ГК РФ) лежит на заказчике, — классический пример обусловленности основного обязательства обязательством встречным. В этом случае подрядчик наделен реанимирующим правом по отношению к заказчику.

Наличие данного права в тексте закона естественно в силу природы подрядного обязательства, но, с другой стороны, снова подчеркивает некоторое привилегированное положение заказчика: подрядчик должен допускать простой из-за бездействия заказчика, ведь всякое

¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 июля 2012 г. № 5761/12 по делу № А40-152307/10-69-1196.

секундарное право воздействует на правоотношение в целом, т.е. экономические бедствия терпит и сам подрядчик, а не только заказчик.

Пункт 2 ст. 719 ГК РФ предусматривает такое же право на односторонний отказ от исполнения договора подряда при наличии обстоятельств, указанных в п. 1 данной статьи. При этом под обстоятельствами понимаются лишь нарушения заказчика. Право приостановить исполнение подрядчиком не является обстоятельством и существует изолированно от права на отказ от исполнения договора подряда¹.

Особым секундарным правом следует признать право, предусмотренное п. 6 ст. 720 ГК РФ: если иное не предусмотрено договором подряда, при уклонении заказчика от принятия выполненной работы подрядчик вправе по истечении месяца со дня, когда согласно договору результат работы должен был быть передан заказчику, и при условии последующего двукратного предупреждения заказчика продать результат работы, а вырученную сумму, за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести на имя заказчика в депозит в порядке, предусмотренном ст. 327 ГК РФ.

Право продажи результата работы третьему лицу безусловно является субъективным по своей природе, однако данное субъективное право не входит в качестве структурного элемента в состав правоотношения строительного подряда. Поэтому оно носит преобразовательный характер по отношению к подрядному правоотношению.

Норма права диспозитивна, и такое право может быть вовсе исключено².

С точки зрения содержательной следует понимать, что в условиях рыночной экономики реализация данного права не так проста, поэтому правило о том, что разница между суммой продажи и суммой причитающихся платежей подлежит перечислению на депозит нотариуса, является, конечно, правильным, но на практике крайне сложно реализуемым.

И без того сложная для реализации норма права осложнена еще больше тем, что подрядчик должен удерживать результат работ в течение месяца (ст. 359 ГК РФ), а затем предупредить заказчика о предстоящей продаже. При этом обстоятельства, перечисленные в п. 6 ст. 720 ГК РФ (срок удержания и двукратное уведомление), являются не дополнительными юридическими фактами по отношению к секундарному праву (подобно праву на односторонний отказ от договора аренды, аренды,

¹ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 26 февраля 2013 г. № Ф03-190/2013 по делу № А51-2382/2012.

² *Карпетов А.Г., Бевзенко Р.С.* Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 9. С. 6–106.

которое имеет отсроченное действие), а обуславливают само вторичное право. Иными словами, выходит довольно странная ситуация, по которой кредитор (заказчик) оказывается в более выгодном положении по сравнению с подрядчиком. Кредитор допускает просрочку принятия исполнения, что уже трансформирует регулятивное правоотношение в охранительное (о чем свидетельствует и положение ст. 406 в гл. 25 ГК РФ); далее хронологически вместо того, чтобы предоставить подрядчику какое-либо вторичное право, законодатель устанавливает еще три обстоятельства, которые подрядчик (должник) должен выполнить для реализации права продажи результата работы. Это еще раз подчеркивает привилегированное положение заказчика в правоотношении подряда. Хотя такое право и имеет внесудебную реализацию, тем не менее называть его мерой оперативного воздействия неверно.

Ничем не примечательные и типичные охранительные вторичные права содержатся в ст. 723 ГК РФ – вторичное право заказчика на выбор варианта поведения в случае нарушения обязанности подрядчика по качественному выполнению работ и последующие права требования к подрядчику. Единственное указание можно сделать о том, что данная норма права диспозитивна и заказчику могут быть предусмотрены другие права, в том числе те, которые регламентированы, например, ст. 737 ГК РФ в отношении бытового подряда.

Общие положения о договоре подряда применяются и к специальным подрядным правоотношениям.

Остановиться следует лишь на особенностях, предусмотренных специальными нормами ГК РФ.

В первую очередь обращает на себя внимание вторичное право на расторжение договора бытового подряда в связи с непредоставлением информации подрядчиком заказчику (абз. 2 п. 2 ст. 732 ГК РФ). Данное вторичное право осуществляется в судебном порядке¹. Право осуществляется уже в рамках охранительных правоотношений, поскольку возникает в связи с нарушением подрядчиком обязанности по предоставлению информации. Правоотношение бытового подряда складывается между экономически неравными субъектами. Здесь подрядчик является профессионалом и более сильным субъектом, сведущим в определенных сферах ремесла. Именно таким социально-экономическим положением вызвано наличие в тексте закона данного вторичного права.

Подобные вторичные права содержатся в законодательстве о защите прав потребителей. Права предоставлены потребителю, так как

¹ Каранетов А.Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. С. 309.

они стимулируют исполнителей услуг (подрядчиков) доводить до потребителя всю необходимую информацию¹.

Данные вторичные права в Законе РФ «О защите прав потребителей» представляют собой более сильные меры воздействия на исполнителя. Их реализация внесудебная, что означает то, что они должны относиться к мерам оперативного воздействия. Статья 12 указанного Закона предусматривает, что в случае непредставления потребителю информации о товаре, работе, услуге потребитель может отказаться от исполнения договора. Отказ от договора отличается внесудебным порядком реализации. В настоящее время, как уже указывалось, общей нормой служит ст. 450.1 ГК РФ.

В случае обнаружения недостатков в выполненных работах заказчику предоставлены права, предусмотренные ст. 737 ГК РФ. Пункт 1 данной статьи имеет отсылочную норму к ст. 723 ГК РФ, которая уже рассматривалась с позиции содержания вторичных прав.

Специфические вторичные права предусмотрены в договоре строительного подряда. Согласно п. 3 ст. 743 ГК РФ подрядчик, обнаруживший в ходе строительства не учтенные в технической документации работы и в связи с этим необходимость проведения дополнительных работ и увеличения сметной стоимости строительства, обязан сообщить об этом заказчику.

При неполучении от заказчика ответа на свое сообщение в течение 10 дней, если законом или договором строительного подряда не предусмотрен для этого иной срок, подрядчик обязан приостановить соответствующие работы с отнесением убытков, вызванных простоем, на счет заказчика. Заказчик освобождается от возмещения этих убытков, если докажет отсутствие необходимости в проведении дополнительных работ.

Обязанность сообщить заказчику о неучтенных работах сама по себе не может быть признана вторичной, поскольку ее реализация не приводит к преобразованию каких-либо правоотношений. Сообщение о дополнительных работах является юридическим фактом, входящим в юридический состав. В совокупности с другими юридическими фактами (неполучением ответа заказчика в течение 10 дней после сообщения) данный юридический факт приводит к возникновению вторичной обязанности приостановить выполнение работ, что является преобразованием сроков существования правоотношения.

В настоящее время подобное сообщение подрядчика является самостоятельным по смыслу ГК РФ юридическим фактом — юридически значимым сообщением (ст. 165.1 ГК РФ). Юридически значимые со-

¹ Кратенко М.В. Защита прав потребителей услуг: справочник. М.: Проспект, 2010. С. 20.

общения в настоящее время признаются юридическими поступками¹. Также существует позиция, что они занимают промежуточное место между сделками и юридическими поступками (сделкоподобные действия в германской доктрине)².

Сообщение подрядчика вместе со сроком, установленным договором, или сроком, предусмотренным п. 3 ст. 743 ГК РФ, образуют систему юридических фактов, которые обуславливают существование секундарной обязанности по приостановке подрядчиком выполнения работ.

Неисполнение данной обязанности влечет негативные для подрядчика последствия, в частности по невозможности получения оплаты выполненных работ (п. 4 ст. 743 ГК РФ).

Секундарная обязанность приостановить работу изменяет правоотношение лишь в части изменения сроков выполнения данной работы, однако изменение стоимости работ (изменение денежного обязательства) в случае обнаружения дополнительных работ возможно лишь в случае согласия на то заказчика.

Даже при таком согласии заказчика у подрядчика имеется секундарное право отказаться от выполнения данных работ, если данные работы не будут входить в сферу профессиональной деятельности подрядчика или не могут быть выполнены по не зависящим от него причинам (п. 5 ст. 743 ГК РФ).

Два схожих и уравнивающих друг друга секундарных права содержатся в ст. 744 ГК РФ. Согласно п. 1 названной статьи заказчик вправе внести изменения в техническую документацию и смету в том случае, если измененный объем дополнительных работ не увеличивает общей стоимости выполненных работ более чем на 10%.

Схожее право предоставлено подрядчику: подрядчик вправе требовать изменения сметы не более чем на 10% в случае, если увеличение стоимости работ произошло по не зависящим от него причинам (п. 3 ст. 744 ГК РФ). В отличие от права заказчика право подрядчика реализуется только в судебном порядке в соответствии со ст. 450 ГК РФ.

Разница в порядке реализации секундарных прав ставит одну сторону (заказчика) в более привилегированное положение. Существование таких секундарных прав говорит в пользу того, что подрядчик выступает более сильной стороной (в экономическом смысле), которая ослабляется при помощи законодательных норм. Договор строительного подряда выступает наглядным примером того, каким образом секундарные права имплементированы в метод гражданско-правового регулирования, ка-

¹ Родионова О.М. К вопросу о гражданско-правовой природе юридически значимых сообщений // Юрист. 2015. № 14. С. 4–8.

² Евстигнеев Э.А. Указ. соч.

ким образом гражданское право достигает юридического равенства экономически или по прочему социальному критерию неравных субъектов.

Пункт 3 ст. 745 ГК РФ предусматривает право на отказ от исполнения договора подряда при встречном неисполнении обязательств. Данная норма права, как уже указывалось, получила воплощение в общей норме ст. 328 ГК РФ.

Других специальных норм в параграфах гл. 37 ГК РФ, посвященных отдельным видам договора подряда, не имеется.

В рамках договорных правоотношений по выполнению научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ не предусмотрено никаких специфических секундарных прав.

Односторонний отказ от договора возмездного оказания услуг предусмотрен ст. 782 ГК РФ. Секундарное право предоставлено как заказчику, так и исполнителю. Норма императивна и изменению не подлежит. Наличие секундарных прав в договорах возмездного оказания услуг предопределено объектом этого договора — услугами. Услуги как специфический объект отличаются тем, что процесс их оказания неразрывен с процессом их потребления. Оказание и потребление услуг — это деятельность, которая подвергается оценке обоими субъектами правоотношения. В связи с тем, что зачастую на практике крайне сложно выделить объективные критерии оценки качества такой деятельности, сторонам обязательства должны быть предоставлены секундарные права, которые были бы просты в реализации и безусловны от правонарушений.

В то же время законодатель предусматривает определенный экономический механизм защиты стороны, которая не изъявляла одностороннего отказа от договора возмездного оказания услуг. Здесь нужно отметить, что у исполнителя имеется право на возмещение расходов в связи с отказом заказчика, а применительно к заказчику законодатель указывает, что исполнитель обязан возместить заказчику причиненные убытки, вызванные таким отказом.

Отсюда вытекает вывод, что осуществление права исполнителя на односторонний отказ является правонарушением. Но такой вывод неверен, потому что никакая реализация права не может быть правонарушением. М.А. Егорова толкует данную норму так, что позитивное обязывание возместить расходы или убытки не относится непосредственно к одностороннему отказу от договора возмездного оказания услуг. В связи с этим она признает, что существует некоторое отдельное охранительное правоотношение, автономное от права на односторонний отказ¹.

¹ Егорова М.А. Односторонний отказ от исполнения гражданско-правового договора. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2010. С. 43.

Обязанность возместить убытки либо расходы установлена при помощи обязывания субъектов к определенному активному поведению, однако такое обязывание нельзя назвать автономным. Обязывание обуславливает существование вторичного права, само по себе наличие нормы, закрепляющей вторичное право, обуславливает существование обязывающей правовой нормы, предписывающей необходимость возмещения. Реализация вторичного права на отказ не поставлена в прямую хронологическую зависимость от исполнения обязанности, т.е. исполнитель или заказчик может отказаться от договора в любом случае, на основании чего у противоположной стороны будет иметься право на возмещение расходов, убытков. Право требовать возмещения расходов, убытков не следует понимать как право, существующее в рамках охранительного правоотношения. Охранительное правоотношение возникает только в связи с правонарушением, что убедительно доказано в докторской диссертации Д.Н. Кархалева¹. Здесь нарушения не имеется, а имеется регулятивное правоотношение, автономное от вторичного права на отказ.

Против признания такого правоотношения регулятивным выступает терминология закона — отказ исполнителя приводит к праву заказчика требовать возмещения убытков. Как известно, на законодательном уровне возмещение убытков возможно только в связи с правонарушениями (ст. 15 ГК РФ), что снова наводит на мысль, что отказ исполнителя является нарушением прав заказчика.

Использование понятия «убытки» вызывает дискуссии и другой направленности. А.Г. Карапетов и Р.С. Бевзенко отмечают, что в силу отсутствия явного указания на императивность нормы стороны могут установить возмещение не всех убытков, а лишь реального ущерба или фактически понесенных расходов².

Представляется правильным признать, что ответ на вопрос о диспозитивности, а также о характере возникающего правоотношения по возмещению убытков прежде всего кроется в низкой юридической технике данной нормы.

В первую очередь нужно остановиться на понятии «убытки». Убытки в ст. 782 ГК РФ вовсе не должны пониматься как результат правонарушения. Возмещение убытков соответственно возможно не только в рамках охранительного правоотношения. В диссертационном исследовании О.И. Кучеровой наглядно доказано, что российский законодатель практикует использование понятия убытков в экономическом смысле — как любые имущественные поте-

¹ Кархалев Д.Н. Указ. соч.

² Карапетов А.Г., Бевзенко Р.С. Указ. соч. С. 61.

ри лица. В этом же диссертационном исследовании показано, что возмещение убытков за правомерные действия происходит в рамках регулятивных правоотношений¹. Под убытками в экономическом смысле понимается «отрицательная разница между валовым доходом (выручкой) и всеми издержками хозяйствующего субъекта»². Представляется правильным именно в таком смысле понимать п. 2 ст. 782 ГК РФ.

Поскольку экономическое понятие убытков законодательно не определено, возникает вопрос о том, можно ли допустить диспозитивность правовой нормы в части возможностей сторон установить меньший или больший размер возмещаемых убытков.

Судебная практика, отметив императивность данной нормы, указала на невозможность взимания никаких установленных договором платежей (неустоек)³. Формулировка нормы закона говорит в пользу того, что норма права является императивной. Существование данного обязывания вместе с нормой, закрепляющей вторичное право, также указывает на то, что норма императивна, так как по общему правилу вторичные права могут устанавливаться только законом.

Несмотря на это, все же определенный уровень свободы должен предоставляться сторонам в части договорного определения понятия «убытки». Представляется правильным предоставить такую возможность сторонам, поскольку законодательное определение ст. 15 ГК РФ явно не подходит к ст. 782 ГК РФ, так как дано применительно к убыткам за неправомерные действия.

Такое договорное определение, с одной стороны, оградит заказчика от необоснованных отказов исполнителя, защитив его экономические интересы, и, с другой стороны, не даст возможности устанавливать непомерный размер неустоек и штрафов, которые даже никоим образом не подпадают под понятие убытков в экономическом смысле. При разрешении споров судам скорее следует руководствоваться экономическим пониманием убытков (отличным от понятий неустоек и штрафов) и соответствующим порядком определения таких убытков, установленных в договорах возмездного оказания услуг.

В отсутствие договорного определения понятия убытков или порядка определения убытков в договоре возмездного оказания услуг

¹ Кучерова О.И. Указ. соч.

² Платов Н.В. Возмещение убытков в гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001.

³ Незнамов А.В. Платеж в связи с расторжением договора в одностороннем порядке // Закон. 2015. № 7. С. 158–174.

понятие убытков в п. 2 ст. 782 ГК РФ в любом случае должно опираться на понятие расходов в п. 1 данной статьи.

Далее по тексту ГК РФ следует обязательство из договора перевозки, которое в случае возникновения уже лишено высокого уровня динамики (так как связано с передвижением в пространстве), что предопределяет отсутствие вторичных прав в тексте нормативного материала. Отсутствие динамики правоотношения перевозки связано с самим смыслом перевозочной деятельности. Перевозка как деятельность представляет собой некоторую целостность, включающую в себя пункт отправления, непосредственно само движение и пункт назначения. Изменение хотя бы одного из элементов этой деятельности в одностороннем властном порядке (при помощи вторичных прав) может сделать всю деятельность невозможной, поэтому закон снабжает перевозчика наиболее благоприятными условиями осуществления такой деятельности: отсутствием динамики правоотношений перевозки, пониженной ответственностью перевозчика¹ и другими привилегиями по сравнению со своими контрагентами.

Обращает на себя внимание наличие вторичных прав в обязательстве транспортной экспедиции (гл. 41 ГК РФ). В транспортной экспедиции предусмотрено вторичное право на отказ от договора транспортной экспедиции (ст. 806 ГК РФ). Право предоставлено каждой из сторон, при этом право является обусловленным. Согласно абз. 1 ст. 806 ГК РФ любая из сторон вправе отказаться от исполнения договора транспортной экспедиции, предупредив об этом другую сторону в разумный срок. Из данной нормы вытекает то, что реализация вторичного права на отказ поставлена в зависимость от двух юридических фактов – предупреждения стороны и истечения разумного срока.

Предупреждение стороны является юридически значимым сообщением. Текст статьи дает повод считать, что, как и всякое юридически значимое сообщение (ст. 165.1 ГК РФ), предупреждение стороны влечет правовые последствия, а именно возникновение вторичного права на отказ от договора транспортной экспедиции. Между тем само юридически значимое сообщение к прекращению договора не приводит, требуется дополнительное волеизъявление, сделанное в рамках вторичного права. В данной норме законодатель не предусматривает форму такого отказа применительно к транспортной экспедиции, однако в связи с наличием общей нормы ст. 450.1 ГК РФ руководствоваться следует именно этой нормой.

¹ Дудченко А.В. Гражданско-правовая ответственность по договорам перевозки груза и пассажира: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

Схожая с регулированием договора возмездного оказания услуг норма содержится в абз. 2 ст. 806 ГК РФ: сторона, заявившая о расторжении договора, обязана возместить другой стороне убытки, связанные с расторжением договора. Здесь снова речь идет об убытках как мере гражданско-правовой ответственности.

Однако ситуация с предложенным экономическим толкованием понятия «убытки» усугубляется дополнительными последствиями расторжения договора транспортной экспедиции.

Согласно п. 5 ст. 6 Федерального закона от 30 июня 2003 г. № 87-ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности»¹ в случае одностороннего отказа от исполнения договора транспортной экспедиции клиент или экспедитор возмещает другой стороне убытки, вызванные расторжением договора, и уплачивает штраф в размере 10% суммы понесенных экспедитором или клиентом затрат.

В научной публицистике ст. 806 ГК РФ весьма непротиворечиво рассматривается в контексте ответственности из договора транспортной экспедиции².

Е.В. Оболенкова указывает, что речь идет о неустойке, которая ставит под сомнение правомерность одностороннего отказа от договора транспортной экспедиции³.

Однако такой подход нельзя признать верным, потому что ставится под сомнение правомерность секундарного права. Н.В. Морозова, именуя право на отказ субъективным правом, указывает, что подход законодателя не отвечает сущности субъективного права⁴.

Из теоретической невероятности признания права на односторонний отказ правонарушением вытекает то, что понятие убытков в ст. 806 ГК РФ, а также понятие штрафа в п. 5 ст. 6 Федерального закона «О транспортно-экспедиционной деятельности» используются в нетипичном для этих понятий смысле. Неверным представляется и расположение п. 5 ст. 6 Федерального закона «О транспортно-экспедиционной деятельности» в гл. 3, которая именуется «Ответственность экспедитора и клиента». Юридическое понимание убытков и штрафа в данных статьях не выглядит вполне уместным. Следует снова обратить внимание на п. 5 ст. 6 вышеуказанного Закона, а имен-

¹ Федеральный закон от 30 июня 2003 г. № 87-ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности» // Парламентская газета. 2003. 3 июля. № 120.

² Давыдова О.В. Транспортная экспедиция // Торговля: бухгалтерский учет и налогообложение. 2007. № 5.

³ Оболенкова Е.В. Имущественные последствия одностороннего отказа от исполнения обязательства // Журнал российского права. 2009. № 8.

⁴ Морозова Н.В. Правовое положение клиента по договору транспортной экспедиции // Транспортное право. 2004. № 4.

но на порядок определения штрафа – его размер составляет 10% от произведенных затрат. Понятие «произведенные затраты» является юридически нейтральным и имеет экономический смысл. Введенный законодателем штраф, размер которого, нужно сказать, невелик, вряд ли можно назвать ответственностью, так как он не отвечает экономическим признакам гражданско-правовой ответственности. Десять процентов – это примерно введенный размер обесценивания произведенных экспедитором или клиентом затрат. В совокупности с убытками по ст. 806 ГК РФ данные экономические выплаты призваны лишь нормализовать экономический оборот. Исходя из этого квалификация понятия «убытки» как убытков, определенных в ст. 15 ГК РФ, а также понятия «штраф» как неустойки, определенной в ст. 330 ГК РФ, не вполне корректна. Эти понятия могут использоваться для удобства, однако вряд ли верно полагать, к примеру, возможность снижения такой «неустойки» в порядке ст. 333 ГК РФ.

Секундарные права в договорах на оказание фактических и юридических действий. К договорам на оказание фактических и юридических действий относятся договоры поручения, комиссии и агентирования, регулируемые соответственно гл. 49, 51, 52 ГК РФ. Договоры по своей социально-экономической сути относятся к договорам оказания услуг, даже несмотря на то, что развитие данные договоры получили от различных правовых институтов в Древнем Риме. Прародителем этих договоров был договор поручения (*mandatum*), в то время как договоры оказания услуг составляли самостоятельную группу – *locatio-conductio operarum* и *locatio-conductio operis* (подряд).

В договоре поручения секундарные права носят специфический характер. Таким секундарным правом следует признать возможность назначения заместителя (п. 1 ст. 976 ГК РФ). Поручение ведения дел поверенного заместителю осуществляется в порядке передоверия (ст. 187 ГК РФ). В этом случае у доверителя имеется такое же секундарное право отвести заместителя, избранного поверенным (п. 2 ст. 976 ГК РФ). Поверенный в случае наличия заместителя отвечает за его действия, однако происходит исполнение обязательств третьим лицом (ст. 313 ГК РФ).

Сам факт назначения заместителя (избрания заместителя), как правило, основан на договорных отношениях между поверенным и заместителем. В само же правоотношение поручения включается обязанное третье лицо, т.е. секундарное право избрать заместителя является правом, создающим обязанность заместителя перед доверителем. В любом случае доверитель может своим властным волеизъявлением прекратить данную обязанность заместителя (третьего лица).

Совершенно иная ситуация предусмотрена в абз. 1 п. 3 ст. 976 ГК РФ: здесь заместитель — полноценное лицо в обязательстве с множественностью лиц. При этом, думается, наступает солидарная множественность лиц в обязательстве (ст. 322, 326 ГК РФ).

Далее, безусловное право на отказ от договора поручения представлено и доверителю, и поверенному (п. 2 ст. 977 ГК РФ).

В отношении коммерческого поручительства действует правило, согласно которому требуется предварительное уведомление стороны, намеренной отказаться от договора поручения.

Уведомление подобного рода является юридически значимым сообщением (как и в других подобных случаях), влекущим начало течения срока, по истечении которого возможна реализация секундарного права. Само уведомление еще не может расцениваться как реализация секундарного права.

В договоре комиссии секундарные права предусмотрены в ст. 995 ГК РФ. Комиссионер вправе отступать от указаний комитента — это означает, что он может произвольным образом (без согласия комитента) менять содержание своей обязанности действовать определенным образом. Например, могут меняться критерии поиска контрагентов по сделке, места заключения сделок и т.д., но вопреки указаниям комитента.

В таком случае необходимо уведомление комитента о совершенных комиссионером отступлениях (п. 1 ст. 995 ГК РФ). В п. 2, 3 упомянутой статьи установлены последствия отступления от указаний комитента касательно цены продажи и покупки имущества.

Случай удержания причитающихся комиссионеру сумм предусмотрен в ст. 997 ГК РФ (ст. 410 ГК РФ). Такой случай удержания представляет собой секундарное право комиссионера.

В договоре комиссии предусмотрены секундарные права обеих сторон отказаться от договора комиссии (ст. 1002 ГК РФ).

При этом отказ комитента от договора комиссии именуется отменой комиссионного поручения (ст. 1003 ГК РФ).

Здесь, подобно договору оказания услуг, действует правило, согласно которому комитент обязан возместить убытки комиссионера, связанные с отменой комиссионного поручения. Поскольку отмена комиссионного поручения является правомерным действием, совершаемым в рамках секундарного права, убытки, как и в ранее приданном им понимании, должны пониматься исключительно в экономическом смысле.

Далее действует соответствующее правило о том, что комитент должен уведомить комиссионера не позднее чем за 30 дней о предстоящем прекращении договора, если договор комиссии заключен на

неопределенный срок. Норма права односторонне диспозитивна — она позволяет устанавливать более длительный срок ожидания реализации вторичного права после уведомления комиссионера. Примечательно, что абз. 2 п. 2 ст. 1003 ГК РФ указывает на то, что комитент должен возместить комиссионеру расходы вплоть до прекращения договора, а также выплатить комиссионное вознаграждение за совершенные комиссионером сделки.

Отсюда весьма наглядно видно, что речь идет именно о расходах, а не об убытках как мере ответственности.

Законодатель пытается разграничить данные понятия в зависимости от того, имеют ли они непосредственную связь с выполнением самого комиссионного поручения. В случае наличия такой непосредственной связи законодатель использует понятие «расходы», в случае отсутствия такой связи с самим комиссионным поручением законодатель говорит об убытках.

Пункт 3 ст. 1003 ГК РФ определяет юридическую судьбу имущества комитента, оставшегося у комиссионера после отмены поручения.

Что касается комиссионера, то он вправе отказаться лишь от договора комиссии, заключенного на неопределенный срок с предварительным уведомлением комитента не позднее чем за 30 дней до предполагаемой даты прекращения договора (п. 1 ст. 1004 ГК РФ).

На практике может возникнуть вопрос: может ли комиссионер передумать об отказе от договора комиссии после направления уведомления и до истечения установленного отменительного (пресекающего) срока? Представляется правильным признать то, что комиссионер даже после уведомления может реанимировать договор комиссии, однако для этого нужны некоторые активные действия, например направление уведомления о том, что договор сохраняет свою силу.

С этих позиций весьма странным выглядит то, что закон возлагает на комитента обязанность распорядиться находящимся у комиссионера имуществом комитента в течение 15 дней с момента получения уведомления комиссионера (п. 2 ст. 1004 ГК РФ). Данный срок по закону в два раза короче пресекающего срока. Это объясняется лишь тем, что законодателем последовательно проводится в жизнь концепция, согласно которой вторичное право воздействует на правоотношение комиссии, в то время как вещный эффект достигается иными способами, в частности дополнительным правоотношением, по которому комитент обязан распорядиться имуществом, находящимся у комиссионера (что означает соответствующее право требования комиссионера на определенное поведение комитента в отношении его собственного имущества, находящегося у комиссионера).

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

За неисполнение данной обязанности комиссионер может либо сдать имущество на хранение за счет комитента, либо продать имущество по наиболее выгодной для комитента цене.

Комиссия — это наиболее узконаправленный из всех трех договоров договор — действия комиссионера заключаются только в совершении сделок.

Агентирование, напротив, представляет собой договор наиболее широкого спектра действия — он охватывает не только юридические, но и фактические действия, совершаемые агентом.

При всей широте нормативного регулирования агентского договора в нем не предусмотрено никаких секундарных прав, за исключением права каждой стороны на отказ от агентского договора, заключенного на неопределенный срок (п. 3 ст. 1005, ст. 1010 ГК РФ).

§ 8. Секундарные права при финансовых договорах

Финансовыми договорами с экономических позиций обычно именуются договоры займа, кредита, банковского счета, банковского вклада. Общим для всех данных договоров выступает то, что объектом являются денежные средства.

Основным договором является договор займа. Именно из договора займа развились все прочие денежные обязательства. По своему смыслу договоры кредита, банковского вклада представляют собой разновидности договора займа.

Отдельным способом кредитования является договор факторинга (финансирования под уступку денежного требования). Договор факторинга развился из особой разновидности кредита. Это произошло в конце XIX — начале XX вв. во время развития рыночных отношений на Западе. Особое развитие факторинговые операции получили в период экономического роста и увеличения инфляции в конце XX в.¹

Связано это с деятельностью по обороту товаров, работ, услуг, предоставляемой торговцами. Поскольку оплата за данную деятельность зачастую происходила не сразу, а лишь в течение определенного после передачи товара или услуги времени, у лиц торговых сословий возникала резкая потребность в деньгах, которую восполняли факторы при условии предоставления денежного требования клиента к контрагентам торговца, которые получали товары, работы, услуги².

¹ Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 439.

² Комаров А.С. Финансирование под уступку денежного требования (глава 43) // Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 2: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. С. 436.

В любом случае факторинг представляет собой разновидность кредита, хотя в ГК РФ и выделен в особую главу – гл. 43.

В первую очередь следует остановиться именно на родовом для всех денежных обязательств договоре – договоре займа. Договор займа урегулирован гл. 42 ГК РФ. В нем имеется специфика в части существования вторичных прав.

Договор займа представляет собой срочное обязательство. Именно срок этого обязательства может быть изменен при помощи реализации вторичного права. Диспозитивная норма п. 2 ст. 810 ГК РФ предусматривает возможность возврата суммы займа досрочно. Возврат суммы займа представляет собой не что иное, как вторичное право. Правоотношение займа состоит в односторонней обязанности заемщика вернуть полученную от займодавца сумму займа в обусловленный договором срок. Реализуя свое вторичное право на возврат, заемщик меняет срок существования правоотношения – он прекращает его досрочно. Такое изменение возможно только в договорах беспроцентного займа. Право введено, так как не меняет экономического смысла договора беспроцентного займа. Договор беспроцентного займа представляет собой редкий случай оказания особого доверия заемщику, а также не направлен на предоставление какой-либо имущественной выгоды займодавцу. Отсюда законодателем и введено данное вторичное право. Осуществление этого права экономически нейтрально, не приносит никакого неравенства в статус сторон обязательства и не дает никаких привилегий заемщику или займодавцу.

Другой разновидностью является такое же вторичное право гражданина-потребителя, предусмотренное абз. 2 п. 2 ст. 810 ГК РФ. Наличие права гражданина вернуть сумму займа досрочно, несомненно, в правовом положении делает его более сильной стороной обязательства. Такая снабжаемая правом сила обусловлена слабым экономическим статусом гражданина по сравнению с займодавцем. Тем не менее данное право ограничено необходимостью уведомления заемщиком займодавца не позднее чем за 30 дней до предполагаемой даты возврата, если более сокращенный срок не предусмотрен договором. Рассматриваемое вторичное право – социальный инструмент в тексте гражданского законодательства. Данная норма права введена Федеральным законом от 19 октября 2011 г. № 284-ФЗ¹. Ее рассматривают как норму – гарантию прав потребителей². На примере этой нор-

¹ Федеральный закон от 19 октября 2011 г. № 284-ФЗ «О внесении изменений в статьи 809 и 810 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2011. 21 октября. № 237.

² Кратенко М.В. К вопросу о реформе законодательства о защите прав потребителей // Судья. 2014. № 1. С. 18–23.

мы видно нетипичное воздействие на гражданское правоотношение, привнесенное извне, самим законодателем, можно сказать, законодателем привносится дополнительная заботливость об экономическом статусе потребителя.

Еще один случай досрочного возврата суммы займа – возврат займа при утрате займодавцем обеспечения заемного обязательства (ст. 813 ГК РФ). Данный случай не является секундарным правом, потому что здесь речь идет о уже существующем субъективном праве займодавца требовать возврата суммы займа. При определенных в ст. 813 ГК РФ обстоятельствах данное субъективное право может быть осуществлено досрочно, никаких секундарных прав в этой норме права не наблюдается. То же самое касается досрочной реализации права на возврат займа при использовании денежных средств не в соответствии с целью займа при целевом займе (ст. 814 ГК РФ).

Внимания заслуживает ст. 812 ГК РФ, закрепляющая право на оспаривание договора займа по безденежности. Названная статья содержит процессуальные нормы права и касается доказательств, которые используются при установлении безденежности займа.

В качестве последствий оспаривания устанавливается незаключенность договора займа (п. 3 ст. 812 ГК РФ). Эта статья служит поводом к признанию существования отдельного иска (способа защиты права) о незаключенности договора. Однако верным представляется то, что заключенность или незаключенность договора исследуется судом по своей инициативе с целью определения наличия или отсутствия правоотношений и основания их возникновения¹. Требование о признании договора незаключенным носит вспомогательный и фактовый характер и не касается вопросов права. Поэтому нельзя признать верным подход Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, отменяющего судебные постановления при установлении судами по собственной инициативе договоров незаключенными и при заявлении требований о недействительности договоров².

Вопросы возникают и в связи с неопределенным в российском гражданском законодательстве соотношении понятий незаключенности и недействительности сделок (договоров). Д.О. Тузов посвятил статью проблеме «несуществования» сделок. В статье рассмотрены два подхода: согласно первому незаключенность и недействительность следует разграничивать; согласно второму недействительность и незаключенность следует отождествлять. Анализируя российское законодательство

¹ Курбатов А.А. Признание договоров незаключенными как следствие невосполнимости и их существенных условий // *Гражданское право*. 2011. № 3. С. 60–65.

² Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 мая 2002 г. № 1663/01 // *Вестник ВАС РФ*. 2002. № 9.

и судебную практику, Д.О. Тузов пришел к выводу о том, что несуществующая сделка (незаключенный договор) совпадает в правовой плоскости с недействительностью¹.

С таким воззрением следует отчасти согласиться. Не вдаваясь в доказательства с опорой на нормы права и судебную практику, нужно отметить, что незаключенность представляет собой лишь частный случай ничтожности. В частности, недостижение согласия по всем существенным условиям договора приводит к незаключенности договора, но в то же время достигается и противоречие закону в части определения договора того или иного вида.

Применительно к договору займа следует отметить следующее: если по закону для его заключения требуется передача вещей, определенных родовыми признаками (реальный характер договора займа), то соответственно непередача таких вещей будет одновременно означать несуществование договора займа как правового основания, а также противоречие законодательному определению договора займа как реального договора (т.е. ничтожность, определенную специальными правилами о незаключенности).

Отсюда в доктринальном плане к случаям незаключенности договора нужно отнести все сказанное в отношении вторичного права на оспаривание ничтожных сделок. Установление безденежности займа — это установление факта и соответственно пресечение возникших неправовых отношений по возврату суммы займа и причитающихся процентов. Поэтому в силу установления такого факта не происходит реализации никаких вторичных прав материального гражданского права.

Определенная последовательная тенденция прослеживается при регулировании отношений из договора кредита. Статья 821 ГК РФ предусматривает отказ от предоставления или получения кредита. Право кредитора отказаться от предоставления кредита обусловлено обстоятельствами, свидетельствующими о том, что сумма кредита не будет возвращена в срок. Право заемщика обусловлено направлением уведомления кредитору (ст. 450.1 ГК РФ). Оба права схожи тем, что могут быть осуществлены только до срока выдачи кредита.

Это подтверждает позицию о том, что вторичное право, реализуемое вне судебного порядка, как правило, не имеет вещного эффекта. Оно прекращает правоотношение, которое возникло, но не связано с товарооборотом в действительной сфере. Хотя в целом сам вещный эффект и не признан в настоящем монографическом исследовании имеющим непосредственное значение для правоотношения,

¹ Тузов Д.О. О понятии «несуществующей» сделки в российском гражданском праве // Вестник ВАС РФ. 2006. № 10.

в качестве общего правила все же можно отметить, что вторичные права, реализуемые в судебном порядке имеют воздействие на имущественную фактическую сферу, связанную с движением товаров, работ, услуг¹.

При рассмотрении вторичного права заемщика на отказ от получения кредита, предусмотренного п. 2 ст. 821 ГК РФ, следует указать на диспозитивный характер нормы права, закрепляющей данное вторичное право, так как в ней содержится оговорка «если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или кредитным договором». М.А. Егорова указывает, что диспозитивность касается как самого существа права, т.е. его можно отменить, так и срока его осуществления². Такой размытый предел вторичного права – от его полной отмены до возможности включения данного права уже после получения кредита – является одним из проявлений договорной свободы. Концептуально правильнее выглядела бы норма права, которая, с одной стороны, не допускала бы возможности отмены данного вторичного права заемщика и, с другой стороны, не допускала бы возможности включения данного вторичного права после предоставления кредита, поскольку по общему правилу вторичное право, имеющее опосредованный вещный эффект, должно осуществляться через суд, т.е. надлежащим способом защиты могло бы быть требование о расторжении кредитного договора.

В договоре факторинга никаких специфических вторичных прав законодатель не предусматривает. Это объясняется тем, что в рамках факторинговых операций должны достигаться максимальная стабильность и своевременность движения финансов от агентов к клиентам. Договоры факторинга носят предпринимательский характер, и в связи с этим у законодателя нет никаких посторонних мотивов устанавливать некоторые привилегии за счет предоставления вторичных прав той или иной стороне обязательства.

В финансовых обязательствах довольно четко прослеживается определенная черта вторичных прав в части определения субъекта, которому они предоставляются. Они предоставляются гражданам, законодатель при помощи этого инструмента придает гражданам законодательную силу и уравнивает экономически и фактически неравное положение с предпринимателями.

В этом несложно убедиться, исследуя договор банковского вклада.

В такой его разновидности, как вклад до востребования (п. 1 ст. 837

¹ *Оболонкова Е.В.* Односторонний отказ от исполнения обязательства: научно-практическое исследование. С. 14.

² *Егорова М.А.* Односторонний отказ от исполнения гражданско-правового договора. С. 41.

ГК РФ), единственным основанием прекращения обязательства выступает реализация вторичного права.

Причем в отношении граждан вторичное право на выдачу вклада по первому требованию закреплено даже в отношении срочных вкладов (п. 2 ст. 837 ГК РФ). В отношении юридических лиц право требовать возврата вклада может быть ограничено договором.

При определении вторичных прав нужно иметь в виду, что само право требования на возврат вклада не является вторичным, а представляет собой простое право требования (субъективное право) к банку. Тем не менее хотя бы прямо такое вторичное право не закреплено в законе, вторичное право сопутствует данному субъективному праву требования. Его направленность — прекращение договора (договорного правоотношения) банковского вклада.

Можно признать существование данного вторичного права как правомочия субъективного права требования на возврат вклада. Ситуация складывается подобная с правомочием распоряжения, включенного в состав права собственности. Эффект от осуществления данного права касается не только прекращения правоотношения, но также и фактической возвратности денежных средств, вложенных во вклад. При рассмотрении других обязательственных институтов аналогичные права встречались, акцент делался на них лишь как на субъективных правах, и не обращалось внимания на их вторичность. Связано это с тем, что законодатель не придает особого значения урегулированию динамики правоотношения, указанию на его прекращение, интерес вызывает лишь материально-правовая сфера. Поэтому, рассматривая данные субъективные права как права требования, не было совершено никакой ошибки, поскольку их существо — это право требования. Наличествующий эффект на правоотношение присутствует, но ослаблен за счет одновременности реализации субъективного права с вторичным.

Определенным доказательством может служить следующее. Законодатель разграничивает понятия «вклад» и «проценты на вклад» (ст. 834, 838 ГК РФ). Таким же образом следует разграничивать понятия возврата вклада и выплаты процентов на вклад. Закон говорит о требовании вернуть лишь вклад, а не вклад и проценты на вклад (п. 2 ст. 837 ГК РФ). При этом при реализации права требования на возврат суммы вклада происходит изменение и в правоотношении, по которому на сумму вклада начисляются проценты. Согласно п. 3 ст. 837 ГК РФ в случаях, когда срочный либо другой вклад, иной, чем вклад до востребования, возвращается вкладчику по его требованию до истечения срока либо до наступления иных обстоятельств, указанных в договоре банковского вклада, проценты по вкладу выплачиваются в размере, соответствующем размеру процентов, вы-

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

плачиваемых банком по вкладам до востребования, если договором не предусмотрен иной размер процентов. Эта норма права выступает подтверждением того, что у права требования вернуть вклад имеется некоторый посторонний, не свойственный субъективному праву эффект – прекратить или изменить правоотношение по начислению процентов на вклад. Этот эффект и есть эффект от реализации секундарного права.

Следующей разновидностью финансовых обязательств является договор банковского счета. Обязательство из банковского счета имеет организационно-распорядительный характер и связано с выполнением распоряжений клиента в отношении безналичных денежных средств, содержащихся на банковском счете. Сам банковский счет представляет собой упорядоченный набор цифр, предназначенный для отражения размера безналичных денежных средств, в отношении которых у клиента имеются права требования к банку.

Е.А. Суханов указывает, что у банка с клиентом имеются лишь обязательно-правовые связи. Вопрос о том, кому принадлежат безналичные денежные средства на счете, не имеет юридического смысла, потому что они не существуют как физически осязаемые вещи¹. Но коль скоро это признать верным, вопрос о принадлежности денежных средств вообще может потерять смысл. Л.А. Лунц успешно показал, что деньги как вещи не имеют никакой ценности вовсе, имеет значение лишь номинальная стоимость купюр². Иначе говоря, право собственности на наличные деньги также не будет соответствовать праву собственности на физические вещи, так как любая физическая вещь имеет определенную ценность. Деньги фактически удостоверяют права требования к эмитенту (Банку России).

Тем не менее, учитывая даже почти полное отсутствие черт, присущих праву собственности, в договоре банковского счета предусматривается возможность распоряжения безналичными денежными средствами клиентом (п. 2 ст. 845 ГК РФ). Всякое распорядительное правомочие обладает чертами секундарности. Другое дело, что оно будет обусловлено правом требования к клиенту (по оплате определенной денежной суммы), тем не менее здесь также имеется определенный уровень секундарности, сходный с правом требования возратить вклад в договоре банковского вклада. Распоряжение денежными средства-

¹ Суханов Е.А. Банковский счет (глава 45) // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть вторая) / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М.: МЦФЭР, 1996.

² Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства. Юридическое исследование / Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2004.

ми не приводит к прекращению правоотношения банковского счета, поскольку само правоотношение носит организационный характер в части обслуживания клиента и выполнения его распоряжений. В части снятия и зачисления денежных средств на счет правоотношение банковского счета носит имущественный характер, именно здесь и имеется данное вторичное право клиента распоряжаться денежными средствами.

В гл. 45 ГК РФ подавляющее большинство норм права посвящено распоряжению клиента в отношении денежных средств, находящихся на счете.

Вторичное право содержится в ст. 859 ГК РФ, в соответствии с которой договор банковского счета может быть расторгнут по заявлению клиента в любое время. Нужно отметить, что в статье используется понятие «расторжение». На основе анализа общих норм, а также специальных норм ГК РФ было показано, что расторжение договора предполагает судебный порядок, но не может осуществляться в рамках одностороннего волеизъявления. Отсюда правильным будет вывод о том, что в ст. 859 ГК РФ речь идет об одностороннем отказе клиента от договора банковского счета, а не о расторжении. Используемое словосочетание «расторгается по заявлению клиента в любое время» является результатом низкой юридической техники законодателя и не соответствует действующим общим нормам ГК РФ об отказе от договора (ст. 450.1 ГК РФ).

Таким недостатком отличаются и новые п. 1.1, 1.2 ст. 859 ГК РФ, которые используют понятие расторжения договора как последствия одностороннего отказа от его исполнения.

Право банка на односторонний отказ от исполнения договора банковского счета является обусловленным юридическими фактами, предусмотренными п. 2 ст. 859 ГК РФ.

Других вторичных прав в правоотношении банковского счета не предусмотрено. Об элементах вторичности можно говорить при любых распорядительных операциях клиента и банка в отношении безналичных денежных средств. Так, в силу п. 2 ст. 845 ГК РФ банк может использовать имеющиеся на счете денежные средства, гарантируя право клиента беспрепятственно распоряжаться этими средствами. Использование денежных средств возможно только в форме распоряжения, поэтому в статье также идет речь о распоряжении денежными средствами банком. В отношении договора банковского счета такое распоряжение допустимо, однако в отношении, например, банковского вклада такое распоряжение ограничено невозможностью перечисления денежных средств, находящихся на депозитном счете, третьим лицам (п. 3 ст. 834 ГК РФ).

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

В главе, посвященной расчетам (гл. 46 ГК РФ), также значительная часть норм посвящена распорядительным действиям клиентов, что уже означает определенный элемент секундарности при расчетах определенными средствами.

Секундарное право распоряжения денежными средствами может порождать множество правовых связей между клиентом и третьими лицами. В то же время данное правомочие распоряжения не меняет существа правоотношения банковского счета. В этой части распорядительные правомочия банка и клиента в отношении денежных средств, находящихся на счете, близки к распорядительным правоотношениям хранения (ст. 895 ГК РФ), при которых хранитель может отдать вещь в пользование, если это необходимо для сохранности вещи.

К финансовым сделкам следует относить договор страхования, поскольку обязательства из договора страхования имеют денежное или как минимум ценностное выражение. Страхование играет важнейшую роль в народно-хозяйственной жизни общества, общая его цель — снизить опасность наступления тех или иных неблагоприятных последствий.

Особое значение в правоотношении страхования имеет страховой интерес. Именно страховой интерес признается объектом страхования¹. Причем интерес всегда приобретает некоторое имущественное свойство. Даже в личном страховании интерес состоит в получении определенной выплаты. В дополнение к этому в личном страховании интерес состоит в том, чтобы страховой случай не наступил².

В этой части страховое обязательство должно отличаться особой стабильностью и надежностью, неизменным образом способствовать защите застрахованного интереса. Секундарные права в этой части могут служить дополнительным инструментом обеспечения защиты страхового интереса, а также приводить к возможности оперативно изменить правоотношение, если интерес меняется. Именно поэтому в ГК РФ предусмотрены такие случаи изменения правоотношения.

Пункт 1 ст. 955 ГК РФ говорит о возможности заменить застрахованное лицо по договорам страхования ответственности в любое время по одностороннему волеизъявлению страхователя. При этом требуется лишь письменное уведомление страховщика. Застрахованное лицо является третьим лицом в договоре страхования ответственности

¹ *Серебровский В.И.* Избранные труды по наследственному и страховому праву. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2003. (Классика российской цивилистики.)

² *Брагинский М.И.* Договор страхования. С. 54; *Фогельсон Ю.Б.* Страхование: теоретические основы и практика применения: Монография. М.: Норма; Инфра-М, 2012. С. 126.

(ст. 430 ГК РФ) (таков подход судебной практики). Однако у третьего лица (застрахованного лица, выгодоприобретателя) по договору страхования отсутствует право требования¹. По причине отсутствия непосредственных правовых связей между должником (страховщиком) и третьим лицом (застрахованным лицом) воздействие вторичного права на субъектный состав правоотношения не будет иметь места. Правильнее признать то, что вторичное право воздействует на объект страхования – страховой интерес страхователя. При его изменении он имеет право поменять застрахованное лицо, поскольку страхование ответственности застрахованного лица может просто потерять для страхователя смысл.

В свете психологической концепции правоотношения нужно отметить, что объект страхового правоотношения будет выступать как представление о возможной утрате имущества, об ухудшении здоровья личности или о возможной утрате жизни. Интерес в этой концепции выступает как предпосылка правоотношения. Поэтому выражение о том, что объектом страхования выступает имущественный интерес, верно лишь отчасти, поскольку страхование в этом случае не понимается как правоотношение. Тем не менее изменение данной предпосылки правоотношения – страхового интереса неизбежно ведет к изменению и самого объекта страхового правоотношения – представления о возможной утрате того или иного блага. При всем этом интерес страхователя следует понимать в субъективном смысле как психическую причину к нежеланию утратить вещь, здоровье или жизнь².

Поэтому верным будет следующее выражение: вторичное право воздействует на объект правоотношения страхования, изменяя тем самым правоотношение страхования в связи с изменением предпосылки правоотношения – страхового интереса.

Применительно к договору страхования жизни или здоровья изменение застрахованного лица возможно лишь с согласия застрахованного лица и страховщика (п. 2 ст. 955 ГК РФ). Такой подход, очевидно, связан с рисковым характером договора личного страхования, который означает необходимость просчета возможности наступления страхового случая страховщиком в отношении конкретного застрахованного лица. Этим объясняется необходимость согласия страховщика. Что касается согласия застрахованного лица, то объясняется это тем, что договор личного страхования заключается в пользу застрахован-

¹ Бартош В.М. К вопросу о классификационной принадлежности договора страхования риска гражданской ответственности // Юридический мир. 2002. № 9; Козин А.Е. Страхование ответственности // Юридическая и правовая работа в страховании. 2007. № 3.

² Серебровский В.И. Указ. соч.

ного лица (ст. 934 ГК РФ). Этот договор полностью подпадает под категорию договора в пользу третьего лица, поскольку у застрахованного лица имеется право требования к страховщику (абз. 2 п. 1 ст. 934 ГК РФ). Поэтому замена третьего лица означала бы лишение третьего лица права требования, что невозможно без согласия данного третьего лица. Именно поэтому замена застрахованного лица путем реализации секундарного права не допускается законом.

При этом законодатель идет еще дальше: в случае, если застрахованное лицо указало выгодоприобретателя и договор заключен в его пользу, заменить такого выгодоприобретателя можно лишь с согласия застрахованного лица (абз. 1 ст. 956 ГК РФ).

В договоре имущественного страхования замена выгодоприобретателя возможна при помощи секундарного права страхователя. Почему это так, объяснить сложно. Ответ, возможно, кроется в том, что имущественный интерес выгодоприобретателя не является достаточным для того, чтобы спрашивали его согласия.

Договор личного страхования, заключенный в пользу застрахованного лица, преследует несколько интересов: интерес страхователя, интерес застрахованного лица не потерять здоровье или жизнь и интерес застрахованного лица получить страховую сумму в случае страхового случая.

В случае же с выгодоприобретателем нужно отметить, что у него имеется лишь один интерес — интерес получить страховую выплату (остальные интересы не имеют юридического смысла). Видимо, интерес выгодоприобретателя не представляется столь значимым, и допускается возможность его замены односторонним волеизъявлением страхователя, которое в свою очередь диктуется интересом страхователя.

Применительно к секундарным правам в договорах страхования с участием выгодоприобретателя нужно отметить, что при замене выгодоприобретателей происходит уже изменение субъектного состава, а не только объекта страхования.

Соответственно ограничением секундарного права выступает то, что выгодоприобретатель уже не может быть заменен другим лицом после того, как он выполнил какую-либо из обязанностей по договору страхования или предъявил страховщику требование о выплате страхового возмещения или страховой суммы (абз. 2 ст. 956 ГК РФ). Это также вполне объяснимо с той стороны, что секундарные права по своему общему правилу меняют само правоотношение, а не экономическое существо.

Также в договоре страхования предусмотрено право страхователя на односторонний отказ от исполнения договора страхования

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

(п. 2 ст. 958 ГК РФ) (вторичное право). Право ограничено теми случаями, когда у страхователя уже не имеется страхового интереса в страховании в силу объективных причин (п. 1 ст. 958 ГК РФ). Предоставление вторичного права на отказ даже в случае, предусмотренном п. 1 названной статьи, означало бы лишь дополнительную необходимость в волеизъявлении страхователя в той ситуации, когда страхового интереса уже не может существовать, так как уже не существует объекта материального мира, утраты которого опасался бы страхователь.

§ 9. Вторичные права при договорах о передаче интеллектуальных прав

Исключительное право представляет собой абсолютное субъективное право. В силу снабжаемого ему законом имущественного свойства исключительное право оборотоспособно, равным счетом оборотоспособны правомочия пользования в том или ином объеме результатом интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Оборотоспособность исключительного права и правомочий, входящих в его состав, обеспечивается при помощи гражданско-правовых договоров.

Договору об отчуждении исключительного права посвящена ст. 1234 ГК РФ. По своей юридической природе договор напоминает договор купли-продажи вещей, однако в силу специфической природы объекта в его регулировании имеются значительные отличия, в частности, в законе не идет речи о применимости отдельных положений гл. 30 ГК РФ к договору об отчуждении исключительного права, что не означает невозможность применения этих норм по аналогии¹.

По своему смыслу договор подходит к понятию консенсуальных договоров, однако в силу диспозитивной нормы права исключительное право на результат интеллектуальной деятельности переходит к приобретателю в момент заключения договора (п. 4 ст. 1234 ГК РФ).

Правовой режим вторичных прав при договоре об отчуждении исключительного права отвечает общетеоретическим положениям, высказанным в отношении судебной и внесудебной реализации вторичных прав. Согласно абз. 1 п. 5 ст. 1234 ГК РФ при существенном нарушении приобретателем обязанности выплатить правообладателю

¹ *Нетбай Е.М.* Договор об отчуждении исключительного права по законодательству Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010.

в установленный договором об отчуждении исключительного права срок вознаграждение за приобретение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (подп. 1 п. 2 ст. 450 ГК РФ) прежний правообладатель вправе требовать в судебном порядке перевода на себя прав приобретателя исключительного права и возмещения убытков, если исключительное право перешло к его приобретателю.

Как видно из нормы, здесь не говорится о расторжении договора, но тем не менее требуется судебный порядок, потому что речь идет о возврате исключительного права правообладателю. Думается, что в данном случае судебный порядок излишен, поскольку результат интеллектуальной деятельности нематериален, в связи с чем не может быть никакого вещного эффекта, а также акта передачи исключительного права. Судебный порядок логично установить лишь в том случае, если переход исключительного права был зарегистрирован в связи с тем, что исключительное право на отдельные результаты интеллектуальной деятельности подлежит регистрации (ст. 1232 ГК РФ).

Рассматриваемое секундарное право является охранительным и возникает лишь в случае нарушения по выплате вознаграждения со стороны приобретателя исключительного права. Судебная практика трактует данное право как отдельный непоименованный в ст. 12 ГК РФ способ защиты права (п. 13.4 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹).

При всем изложенном не следует понимать в качестве секундарного права право требования перевода исключительного права на правообладателя, поскольку право требования является субъективным правом. Секундарное право состоит в возможности преобразовать правоотношение, а именно создать его. Секундарное право заключается в порождении дополнительного охранительного правоотношения, в рамках которого будет существовать субъективное право требования перевода исключительного права. Возможно, исключительно судебный порядок защиты права требует не самого секундарного права, а права требования передачи исключительного права. Обратное понимание секундарного права привело бы к неверному выводу о том, что все права требования, рассмотренные, в частности, ко многим обязательствам в части второй ГК РФ, могли бы быть признаны се-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6.

вторичными. Это неверно, поскольку задача вторичного права зачастую состоит в порождении охранительного правоотношения (без обращения в суд такое порождение во многих случаях невозможно)¹.

Абзац 2 п. 5 ст. 1234 ГК РФ традиционно понимается как односторонняя сделка по отказу от договора² и применяется в том случае, если исключительное право не перешло к приобретателю.

Здесь снова наличествует вторичное право. Вторичное право состоит в отказе от договора, прекращении соответственного договорного правоотношения и порождении охранительного правоотношения по возмещению убытков. При этом в вышеупомянутом абзаце довольно наглядно данные права разведены. Во втором предложении указано: «Договор прекращается по истечении тридцатидневного срока с момента получения приобретателем уведомления об отказе от договора, если в этот срок приобретатель не исполнил обязанность выплатить вознаграждение». В этом предложении не идет речи о возмещении убытков, говорится только о прекращении договора. Очевидно, требование о возмещении убытков заявляется в отдельном судебном порядке.

При квалификации абз. 2 п. 5 ст. 1234 ГК РФ, в частности второго предложения этого абзаца, возникает вопрос о том, когда законодатель предполагает реализацию вторичного права. Если признать, что реализация происходит в момент уведомления, то вторичное право будет иметь отсроченный эффект действия, наступающий через 30 дней. Если признать, что уведомление носит лишь смысл юридически значимого сообщения, порождающего срок, по истечении которого может быть реализовано вторичное право, то нужно допустить, что помимо уведомления по истечении 30-дневного срока потребуется некое действие правообладателя, свидетельствующее об окончательном отказе от договора и о прекращении обязательства.

Представляется верным первое положение, поскольку закон не обязывает правообладателя к каким-либо действиям, кроме уведомления. Договор прекращается по истечении 30-дневного срока после получения уведомления. Истечение данного срока является дополнительным юридическим фактом, требующимся наряду с реализацией вторичного права для прекращения договора.

В таком случае выплата вознаграждения со стороны приобретателя исключительного права должна также получить объяснение.

¹ При наличии дополнительного юридического факта – правонарушения. Как ранее указывалось, произвольное преобразование регулятивного правоотношения в охранительное при помощи вторичного права невозможно.

² Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Односторонние и многосторонние сделки // Вестник ВАС РФ. 2012. № 7. С. 30–50.

Его выплата сохраняет действие договора, даже несмотря на то, что нарушение срока исполнения обязательства уже произошло. Такая конструкция не может быть объяснена иначе как при помощи тех же описываемых секундарных прав. Это крайне редкий случай (случай подтверждения обязательства), когда секундарное право состоит в преобразовании охранительного правоотношения в регулятивное. Секундарное право заключается не столько в самой выплате вознаграждения, сколько в преобразовательной возможности данного акта — происходят прекращение охранительного правоотношения и повторное возникновение (восстановление) регулятивной обязанности правообладателя передать исключительное право на результат интеллектуальной деятельности. Единственным свидетельством выражения воли приобретателя признается в данном случае выплата вознаграждения.

Вообще говоря, такого рода реанимирующие секундарные права могли бы быть очень полезными в гражданско-правовых нормах. Они помогли бы нормализовать гражданский оборот и уменьшить количество споров, поскольку такие права прежде всего направлены на мирное урегулирование споров и, самое главное, на неюрисдикционную форму реализации гражданских правоотношений.

Следующая группа обязательств — лицензионные обязательства. Их суть в том, что результат интеллектуальной деятельности используется в тех объеме, пределах и теми способами, которые предусмотрены договором (лицензионным договором) (ст. 1235 ГК РФ).

По смыслу секундарные права должны носить охранительный характер, быть предоставлены лицензиару и направлены на оперативное пресечение действий лицензиата по неправомерному пользованию результатом интеллектуальной деятельности.

Между тем таких мер оперативного воздействия сам закон прямо в отношении лицензионных договоров не предусматривает. Имеется секундарное право лицензиара на отказ от исполнения лицензионного договора, которое дается лицензиару в случае, если лицензиат нарушает свою обязанность по выплате лицензионного вознаграждения (п. 4 ст. 1237 ГК РФ). Указанный пункт обладает довольно низким уровнем юридической техники и не вполне согласуется со вновь введенной ст. 450.1 ГК РФ: с одной стороны, речь идет об отказе от исполнения договора, с другой стороны, в пункте говорится не о возможности взыскания убытков лицензиаром, вызванных расторжением договора, т.е. согласно ст. 450 ГК РФ. Второе предложение вносит некоторую ясность, устанавливая порядок такого отказа: договор прекращается по истечении 30 дней с момента получения уведомления об отказе от договора. Иначе говоря, порядок аналогичен порядку отказов от договора по отчуждению исключительного права. В этой норме также

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

имеется «реанимирующее вторичное право», позволяющее лицензиату вернуть договор в стадию регулятивных правоотношений в случае допущенной просрочки по выплате вознаграждения.

Несмотря на то что не предусматривается вторичных прав в отношении лицензионных договоров, вторичные права предоставлены в целом правообладателям. Согласно подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ защита исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации осуществляется, в частности, путем предъявления в порядке, предусмотренном ГК РФ, требования о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним, а также к иным лицам, которые могут пресечь такие действия. Данное требование можно рассматривать как вторичное право, однако о его природе нужно сказать несколько слов.

Пресечение действий, нарушающих исключительное право, означает лишь пресечение некоторых общественных отношений, которые не являются правоотношениями, так как нарушающие действия не могут быть содержанием какого-либо права. Такое правомочие является вторичным правом, способным породить охранительное правоотношение по возмещению убытков или выплате компенсации. В данном требовании фактически заложено требование подп. 1 п. 1 ст. 1252 ГК РФ о признании права, однако само требование о признании права нельзя считать реализуемым в рамках вторичного права, поскольку признание существования интеллектуального права не порождает никаких новых правоотношений и не меняет имеющихся правоотношений.

Формулировка подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ, позволяющая заявлять требования к другим лицам, а не только к самому нарушителю, имеет практическую значимость. В комментариях к ГК РФ указано, что предъявление таких требований возможно к хостинг-провайдерам, владельцам социальных сетей, регистраторам доменных имен, распространителям рекламы и т.д. (сфера субъектов не ограничивается пространством сети Интернет)¹. Теоретически предъявление требования о пресечении действий третьим лицам направлено так или иначе на правонарушителя. Эффектом данного вторичного права в любом случае будет порождение охранительного правоотношения между правообладателем и правонарушителем.

¹ Павлова Е.А., Калятин В.О., Корнеев В.А. Вводный научный комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // СПС «Консультант-Плюс». 2015. С. 12.

Особым механизмом пресечения действий, связанных с нарушением лицензионных прав, является отказ лицензиара от договора открытой лицензии. Отказ возможен полностью или частично. В силу того, что открытые лицензии предоставляются на основании договоров присоединения, лицензиар может избирательным образом отказаться от отдельных договоров, в частности от тех, в рамках которых произошло нарушение пределов прав пользования результатами интеллектуальной деятельности и условий открытых лицензионных договоров.

Право на отказ предоставлено заказчику по договору авторского заказа (п. 3 ст. 1289 ГК РФ).

Других специфических секундарных прав в части четвертой ГК РФ при регулировании договоров об отчуждении исключительных прав и лицензионных договоров не предусматривается.

Существует ряд прав, секундарных по своей природе, касающихся оспаривания предоставления правовой охраны средствам индивидуализации (ст. 1512, 1535 ГК РФ). Результатом реализации данных прав является прекращение исключительного права. Такой механизм возможен лишь в отношении тех прав, которые требуют государственной регистрации, которые возникают с момента государственной регистрации и соответствующим образом прекращаются с момента аннулирования свидетельства об исключительном праве и записи в соответствующем реестре. С точки зрения гражданского права речь идет лишь о прекращении исключительного права на зарегистрированное средство индивидуализации.

Далее следует рассмотреть договор, которому явно не место в части второй ГК РФ. Это договор коммерческой концессии. В силу специфического объекта данный договор следовало бы расположить в части четвертой ГК РФ. Законодателем он расположен в части второй ГК РФ, потому что объединяет в своем объекте не одно определенное исключительное право на отдельный результат интеллектуальной деятельности, а весь комплекс этих прав, определенный, но не исчерпывающийся ст. 1027 ГК РФ.

Договор коммерческой концессии в международном праве именуется договором франчайзинга. В силу широкой практики применения и значительных теоретических наработок для полного его рассмотрения потребовалось бы написание отдельной монографии. В настоящей работе, посвященной секундарным правам, нужно отметить лишь то, что непосредственно касается рассматриваемой проблематики. К договору коммерческой концессии применяются правила о лицензионных договорах (п. 4 ст. 1027 ГК РФ).

Право на отказ от договора коммерческой концессии обладает спецификой. От бессрочного договора может отказаться любая сторона

при предварительном уведомлении за шесть месяцев до предполагаемого отказа (п. 1 ст. 1037 ГК РФ).

В отношении срочного договора предусмотрено уникальное положение: каждая из сторон договора коммерческой концессии, заключенного на определенный срок или без указания срока его действия, во всякое время вправе отказаться от договора, уведомив об этом другую сторону не позднее чем за 30 дней, если договором предусмотрена возможность его прекращения уплатой денежной суммы, установленной в качестве отступного (абз. 2 п. 1 ст. 1037 ГК РФ).

Отказ от срочного договора, исходя из такой формулировки, предоставляется лишь в том случае, если договором предусмотрена выплата отступного. При рассмотрении отступного было отмечено, что его выплата прекращает обязательство, оно может быть предусмотрено в соглашении, была дана квалификация этого соглашения. В случае с коммерческой концессией ситуация несколько отличается. В научной публицистике указывается, что этот случай является законодательно установленным случаем факультативного обязательства¹.

Учитывая, что соглашение об отступном является лишь условием договора коммерческой концессии, допустить конструкцию факультативного обязательства к этому случаю возможно. Однако нужно отметить, что это уже не совсем то отступное, которому была дана квалификация при рассмотрении ст. 409 ГК РФ применительно к конструкции факультативного обязательства. В данном отступном нет никакой вынужденной меры. Отступное в абз. 2 п. 1 ст. 1037 ГК РФ — это лишь фактическое действие по исполнению обязательства. Норма права абз. 2 п. 1 названной статьи действительно по своей сути является факультативным обязательством. Вторичное право состоит здесь в том, что любой из сторон предоставлено право заменить основное исполнение факультативным. В этом плане реализацией вторичного права следует признать именно уведомление, сделанное за 30 дней до отступного. Реализация вторичного права трансформирует обязанности по исполнению в силу договора в обязанности по выплате отступного. Само отступное служит уже исполнением в рамках факультативной обязанности. В то же время исполнение обязанности по внесению отступного прекращает обязательство, однако данное исполнение происходит уже в рамках вторичной обязанности.

Имеется все же серьезное отличие от факультативного обязательства, предусмотренного ст. 308.2, 320.1 ГК РФ. В факультативном

¹ Бычков А. В чем различия между альтернативным и факультативным обязательствами. Судебная практика спорных вопросов // Финансовая газета. 2013. № 43. С. 8–9.

обязательстве должник при реализации секундарного права меняет предмет исполнения, однако у кредитора не имеется прямого права требования факультативного исполнения, что конечно же означает привилегию должника. Также обязанность произвести факультативное исполнение можно расценивать как секундарную обязанность – она прекращает обязательство и существует вне правоотношения.

В случае с коммерческой концессией представляется правильным допустить то, что после получения уведомления (получения волеизъявления в рамках секундарного права) у противоположной стороны появляется право требовать не основного исполнения, так как обязательство уже изменено, а лишь выплаты отступного. Такой подход не меняет заменительной (факультативной) сути обязательства, однако не подпадает под предложенное ГК РФ понятие факультативного обязательства и его исполнения. Здесь выплата отступного существует в рамках отдельного возникшего правоотношения, по которому у должника имеется обязанность выплатить отступное, а у кредитора – соответствующее право требования от должника.

При этом должником может выступать как правообладатель, так и пользователь.

Также секундарные права предоставлены правообладателю в п. 1.1 ст. 1037 ГК РФ. Эти права существуют уже в рамках охранительных правоотношений. При этом их реализация осложнена необходимостью требования (уведомления) пользователя об устранении нарушений. Уведомление играет роль юридически значимого сообщения и также направлено на восстановление обязательства. Если пользователь восстановит обязательство, устранив нарушения, в том числе выплатив вознаграждение в случае его неуплаты, то обязательство превращается из охранительного в регулятивное. Аналогичные правила действуют и в отношении лицензионных договоров.

Еще одно секундарное право – это право преимущественного заключения договора коммерческой концессии. Преимущественное право в данном случае является секундарным правом – привилегией пользователя и в то же время ограничением договорной свободы правообладателя (ст. 1035 ГК РФ).

Преимущество права не стоит все же понимать как секундарное право само себе. Его суть состоит в преобразовании. Согласно п. 2 ст. 1035 ГК РФ, если правообладатель отказал пользователю в заключении договора коммерческой концессии на новый срок, но в течение года со дня истечения срока договора с ним заключил с другим лицом договор коммерческой концессии, по которому предоставлены те же права, какие были предоставлены пользователю по прекратившемуся договору, на тех же условиях, пользователь вправе потребовать по

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

своему выбору в суде перевода на себя прав и обязанностей по заключенному договору и возмещения убытков, причиненных отказом возобновить с ним договор коммерческой концессии, или только возмещения таких убытков. Замена нового пользователя прежним пользователем и является реализацией этого вторичного права. Само по себе повторное заключение договора правообладателем с осознанием невозможности заключения договора с другим пользователем не происходит в рамках реализации какого-либо права – это лишь проявление ограниченной правоспособности, ограничения свободы договора.

Опять же применительно к концепции психологического правоотношения преимущественное право как вторичное право можно признать в том, что правообладатель уже связан с пользователем правоотношениями, у пользователя имеется вторичное право, способное подавить волю правообладателя в рамках преддоговорных отношений с другими лицами. Строго говоря, как уже ранее отмечалось в отношении права преимущественной покупки доли в общей долевой собственности, такое право преимущественного заключения договора не должно расцениваться как право.

Помимо прочего в п. 2 ст. 1035 ГК РФ предусмотрено право выбора, которое состоит либо в выборе права перевода на себя прав и обязанностей пользователя и требования возмещения убытков, либо в выборе только права требования возмещения убытков.

Других вторичных прав при договорах об отчуждении прав на результаты интеллектуальной деятельности не предусмотрено.

§ 10. Вторичные права при внедоговорных обязательствах, регулируемых ГК РФ

Под внедоговорными обязательствами следует понимать не только обязательства деликтные и возникающие из неосновательного обогащения, но и обязательства, возникающие из односторонних сделок, в частности публичное обещание награды, публичный конкурс, проведение игр и пари.

Также к внедоговорному обязательству можно отнести обязательства в рамках действий в чужом интересе без поручения.

С действий в чужом интересе без поручения и следует начать рассмотрение внедоговорных обязательств.

Действия в чужом интересе без поручения (*negotiorum gestio*) были известны еще и в римском праве. *Gestor* – лицо, действующее в чужом интересе, в случае ведения определенного дела вело его как собствен-

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

ное дело *gestio*. В случае одобрения действий они получали характер *negotiorum gestio*. Уже в римском праве действовали правила о том, что такими действиями не должны признаваться действия, совершенные при необходимости (не должно быть никакой публичной или договорной обязанности на том, кто совершает эти действия)¹.

Согласно п. 1 ст. 980 ГК РФ действия без поручения, иного указания или заранее обещанного согласия заинтересованного лица в целях предотвращения вреда его личности или имуществу, исполнения его обязательства или в его иных непротивоправных интересах (действия в чужом интересе) должны совершаться исходя из очевидной выгоды или пользы и действительных или вероятных намерений заинтересованного лица и с необходимой по обстоятельствам дела заботливостью и осмотрительностью.

Из определения видно, что действия носят социальный характер и имеют ярко выраженную моральную составляющую.

Действия совершаются не в рамках правоотношения, это лишь фактические общественные отношения. Но у данных действий имеется особенность – они могут приводить к возникновению правоотношений.

Возникновение правоотношений возможно в том случае, если лицо, в интересах которого совершены действия, одобрит данные действия (ст. 982 ГК РФ). В этом случае одобрение будет являться совершенным в рамках секундарного права, которое породит соответствующие договорные правоотношения (правоотношения поручения)².

Общим правилом действий в чужом интересе без поручения является то, что они не признаются правомерными без согласия (они юридически безразличны). Закон устанавливает лишь некоторые исключения из этого правила. Согласно п. 2 ст. 983 ГК РФ действия с целью предотвратить опасность для жизни лица, оказавшегося в опасности, допускаются и против воли этого лица, а исполнение обязанности по содержанию кого-либо – против воли того, на ком лежит эта обязанность. В этом случае даже без одобрения действий возникает правоотношение, по которому лицо, в интересах которого совершены действия, должно возместить убытки (ст. 984 ГК РФ).

Во-первых, такие социально ориентированные действия должны признаваться совершенными в рамках секундарного права. Секундарное право порождает правоотношение по возмещению убытков.

¹ Римское частное право: Учебник. С. 515.

² Кравченко А.А. К вопросу об определении правовой природы секундарных прав. С. 49–52.

Во-вторых, правоотношение по возмещению убытков не является охранительным правоотношением и убытки здесь снова не должны пониматься как мера ответственности. Это лишь правоотношение по возмещению имущественных потерь¹.

Секундарными правами в рассматриваемом институте должны признаваться право на совершение социально необходимых действий, которые порождают регулятивное правоотношение по возмещению убытков, а также право заинтересованного лица одобрить иные действия, не подпадающие под действия, о которых говорится в п. 2 ст. 983 ГК РФ.

Остальные нормы права непосредственным образом не могут быть отнесены к рассматриваемой проблематике секундарных прав.

В институте публичного обещания награды секундарных прав не имеется. В ст. 1056 ГК РФ предусмотрено право отмены публичного обещания награды. Данное право нельзя признать секундарным, потому что оно никоим образом не связано с правоотношением.

Право можно было бы признать секундарным, если бы оно допускалось в том случае, если обещающее награду лицо было бы наделено правом отменить объявление в том случае, когда оно уже было выполнено каким-либо третьим лицом. Но на это содержится прямой запрет в п. 1 ст. 1056 ГК РФ. Размещение публичного обещания, его отмена, изменение не создают никаких правоотношений. Правоотношения возникают при фактическом выполнении третьим лицом условий предоставления публичной награды.

Сами фактические действия, подпадающие под условия выплаты награды, не должны пониматься как реализация секундарного права, потому что эти действия не основаны на самостоятельной воле, они не могут признаваться реализацией секундарного права, так же как и акцепт на оферту, по той же самой причине: воля акцептанта полностью подчинена воле оферента.

Правила о публичном конкурсе схожи с правилами о публичном обещании награды и содержатся в гл. 57 ГК РФ. Правоотношений при размещении объявления о публичном конкурсе не возникает. Правоотношения возникают лишь в том случае, если лицо уже выполнило условия конкурса. Правоотношения состоят в выплате награды и в передаче результатов работ победителем конкурса организатору конкурса. Таким образом, правоотношения возникают лишь с победителем конкурса у организатора конкурса.

Имеется право лица изменять условия конкурса или отменить его в течение первой половины установленного для представления работ срока (ст. 1058 ГК РФ). Такое право само по себе тоже не может быть

¹ Садиков О.Н. Указ. соч. С. 178.

признано секундарным, потому что не воздействует на правоотношения, однако в силу абз. 1 п. 3 ст. 1058 ГК РФ в случае изменения условий конкурса или его отмены лицо, объявившее о конкурсе, должно возместить расходы, понесенные любым лицом, которое выполнило предусмотренную в объявлении работу до того, как ему стало или должно было стать известно об изменении условий конкурса и о его отмене.

Возмещение расходов происходит в рамках правоотношения, которое нельзя относить к охранительным. Условиями возникновения данного правоотношения являются изменение условий или отмена конкурса и выполнение третьим лицом работы, предусмотренной первоначальными условиями о конкурсе. В таком ракурсе право на изменение или отмену конкурса можно признать условным секундарным правом, которое в большей мере будет удовлетворять интересам не организатора конкурса, а участника, поскольку порождаемое правоотношение составляет одностороннюю правовую связь организатора и участника конкурса, в котором обязанным будет выступать организатор конкурса, реализовавший секундарное право.

Случай, пожалуй, единственный для гражданского законодательства. Направленность секундарного права так или иначе предполагает возможность порождения правоотношения при наличии дополнительного условия, однако в отличие от многих секундарных прав данное право не представляет собой право-привилегию, а, напротив, ставит обладателя права (организатора права) в ограниченное дополнительной обязанностью положение.

Секундарное преимущественное право содержится в ст. 1060 ГК РФ. Данное право трансформирует правоотношение, возникшее из конкурса, в договорное правоотношение по использованию произведения. Правоотношение по выплате награды изменяется в правоотношение, которое проистекает в рамках лицензионного договора. Данное преимущественное право схоже с преимущественным правом на заключение договора на новый срок, которое было рассмотрено в рамках договора коммерческой концессии.

В правоотношениях из игр и пари предусмотрено лишь одно секундарное право — право на отказ организатора игр от их проведения или перенос игр. Данное право порождает право участников требовать возмещения реального ущерба, что также не должно расцениваться как охранительное правоотношение (п. 3 ст. 1063 ГК РФ). Данное право на отказ является разновидностью права на отказ от договора, так как отношения между организатором игр и пари и участниками строятся на договорных началах (договор присоединения) (п. 1 ст. 1063 ГК РФ).

К сожалению, в силу ст. 1062 ГК РФ требования участников игр и пари лишены исковой защиты права, что не позволяет уяснить все

многообразии практических ситуаций, возникающих в данной сфере, а также практику реализации вторичного права на перенос игр или их отмену¹.

Рассмотрение же всех правоотношений, возникающих из игр и пари, в том числе в виртуальном пространстве, потребует написания отдельной монографии.

В отношении деликтных обязательств нужно отметить то, что в силу судебной реализации данных правоотношений вторичные права в этом случае основаны на принципах римской *exceptio*. Должник вправе доказывать отсутствие состава гражданского правонарушения, вину потерпевшего и иные обстоятельства, которые могут освободить причинителя вреда от ответственности или снизить размер ответственности.

В правоотношениях по возврату неосновательного обогащения вторичных прав не предусмотрено.

§ 11. Вторичные права в наследственных правоотношениях

Вопрос о вторичных правах в наследственных правоотношениях имеет особую актуальность прежде всего в связи с тем, что не имеется четкого единообразного понимания наследственного правоотношения.

Признается, что наследование является универсальным правопреемством, в ходе которого имущественный правовой статус наследодателя полностью занимает его наследниками. Вопросы возникают в связи с тем, что права наследника и наследодателя понимаются как некоторые отдельные права, существующие вне правоотношения.

А.Г. Певзнер рассматривал право на принятие наследства как право собственными односторонними действиями создать правоотношение для себя и другого лица².

С.С. Алексеев отмечал, что права на принятие наследства находятся в процессе формирования и являются промежуточной стадией на пути к формированию субъективного права³.

¹ *Архипов В.В.* Виртуальная собственность: системные правовые проблемы в контексте развития индустрии компьютерных игр // Закон. 2014. № 9. С. 69–90; *Савельев А.И.* Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 127–150.

² *Певзнер А.Г.* Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав. С. 19.

³ *Алексеев С.С.* Односторонние сделки в механизме гражданского правового регулирования // Антология уральской цивилистики. 1925–1989. М.: Статут, 2001. С. 65–66.

Е.Н. Киминчижи прямо указывает, что право наследования является секундарным и связывает волей наследодателя всех третьих лиц¹.

Е.В. Вавилин выделил механизм реализации субъективного права на принятие наследства, выделив шесть стадий: «1) стадия предпосылок; 2) стадия формирования субъективного права; 3) стадия осознания субъектом своего права и его уяснение (понимание); 4) процедурная (юридическая) стадия реализации субъективного права; 5) стадия юридического и фактического осуществления права, т.е. получения материального или нематериального блага от реализации права; 6) факультативный элемент – стадия защиты нарушенного права (механизм защиты права)»².

В свете концепции психического понимания правоотношения из выделенных стадий к самому правоотношению относится только стадия представления (осознания) субъективного права. Все предшествующие стадии непосредственного отношения к правоотношению не имеют. Процесс осуществления права в действительности является не стадией, а перенесением психического состояния в общественную сферу.

А.В. Трапезникова разделяет процесс наследования на два этапа. Первый этап составляет промежуток времени после смерти наследодателя (открытие наследства) и длится до момента принятия наследства. На данном этапе, по ее мнению, имеется два правоотношения: по факту открытия наследства и по принятию наследства, первое из которых носит абсолютный характер, существует не более шести месяцев и прекращается возникновением правоотношений по принятию наследства или отказу от него. Правоотношение по принятию наследства (отказу от наследства) вслед за Н.С. Кирилловой А.В. Трапезникова считает односторонней сделкой, порождающей юридические права и обязанности, а следовательно, являющейся самостоятельным правоотношением по принятию наследства.

Второй этап составляет промежуток от принятия наследства до оформления прав на него, на котором могут возникать совершенно разные правоотношения по погашению долгов наследодателя, исполнению завещания и т.д.³

¹ Киминчижи Е.Н. Право наследования как секундарное право // Наследственное право. 2010. № 4. С. 17–19.

² Вавилин Е.В. Механизм осуществления права на принятие наследства // Наследственное право. 2009. № 1.

³ Трапезникова А.В. Наследственное правоотношение: концепция и суть // Наследственное право. 2012. № 4. С. 22–25; Кириллова Н.С. Наследственное правоотношение: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 56.

А.А. Кирилловых указывает, что принятие наследства является односторонней сделкой, правоотношение наследования характеризуется неполным субъектным составом¹.

И.Б. Рябцева при помощи конструкции вторичных прав пришла к выводу о том, что наследственное правоотношение представляет собой единое, не имеющее в своей структуре отдельных стадий, абсолютное правоотношение, возникающее в момент осуществления одним из наследников права на принятие наследства и продолжающееся до возникновения у наследников права на оформление наследственных прав, содержанием которого являются право наследников на наследство и корреспондирующая ему обязанность неопределенного круга лиц не нарушать данное право².

В таком многообразии мнений нужно выделить некоторые определенные черты наследственного правоотношения.

В законодательстве наследование понимается как универсальное правопреемство от наследодателя к наследникам (ст. 1110 ГК РФ). В этом понимании наследованию даже не всегда придается статус правоотношения. Е.В. Кулагина указывает, что «под наследованием понимается переход имущества умершего (его наследства, наследственного имущества) к другим лицам в порядке универсального правопреемства, т.е. в неизменном виде, как единое целое и в один и тот же момент, если из правил ГК не следует иное (п. 1 ст. 1110 ГК)»³. Однако нужно понимать, что понятие правопреемства не исключает правоотношений, складывающихся в процессе правопреемства. В самом общем виде правопреемство определено, в частности, Б.Б. Черепахиным: «Правопреемство есть переход субъективного права (в широком смысле — также правовой обязанности) от одного лица (праводателя) к другому (правопреемнику) в порядке производного правоприобретения (в соответствующих случаях — производного приобретения правовой обязанности)»⁴. Б.Б. Черепашин не рассматривал правопреемство как правоотношение, но это не означает, что данное правоотношение отсутствует. Рассматривая правопреемство при наследовании, Б.Б. Черепашин указывал, что для перехода прав и обязанностей по наследству необходимо накопление состава юридических фактов⁵. Но коль

¹ Кирилловых А.А. Юридическая природа наследования и наследственное правоотношение // Наследственное право. 2015. № 3. С. 37–40.

² Рябцева И.Б. Наследственное правоотношение: некоторые проблемы теории и практики: Дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2009.

³ Российское гражданское право: Учебник. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. С. 622.

⁴ Черепашин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. М.: Госюридлит, 1962.

⁵ Там же.

скоро это так, и в силу того, что юридический факт – это предпосылка к возникновению правоотношения, наличие правоотношений в правопреемстве нельзя отвергать.

Правоотношения по правопреемству складываются между правоодателем и правоприобретателем. В силу этого правоотношения правоодатель обязуется передать правоприобретателю отчуждаемое субъективное право, обязанность или их совокупность.

Отсюда нужно сказать то, что правоотношение при правопреемстве является относительным. Абсолютные правоотношения не могут входить в состав правоотношений при правопреемстве. Такими чертами должно обладать и наследственное правоотношение, искать которое нужно в самом наследственном правопреемстве.

Наследственное правоотношение состоит в одномоментной обязанности наследодателя по передаче всех прав и обязанностей наследникам. Иначе говоря, некорректно будет выглядеть позиция о том, что с момента открытия наследства возникает абсолютное правоотношение. Нужно всегда иметь в виду, что абсолютная правовая связь характеризуется определенным управомоченным субъектом и неопределенным (не имеющим значения для права) пассивно обязанным кругом субъектов. В наследственном правоотношении круг лиц, противостоящих наследодателю, но претендующих на вступление в наследство, может быть неизвестен по факту, но в правовом смысле этот круг определен и его составляют наследники по закону или по завещанию (общее правило содержится в настоящее время в ст. 1116 ГК РФ).

Отличительная черта наследственного правоотношения заключается в том, что оно является очень протяженным во времени и существует поочередно в сознании наследодателя и после его смерти в сознании наследников. Правильнее даже говорить о том, что в сознании наследодателя оно вообще существовать не может, так как к моменту его возникновения наследодателя уже нет.

Между тем в сознании наследников правоотношение возникает как правоотношение относительное по отношению к наследодателю. Это правоотношение, объектом которого является наследственная масса или ее доли (части). Наследственное правоотношение – это всегда правоотношение, имеющее объектом наследственную массу.

Из числа наследственных правоотношений надлежит исключить абсолютные правоотношения по владению и пользованию наследственной массой, поскольку они непосредственным образом не связаны с правопреемством. Это правоотношения, сообразные с правоотношением собственности.

Факт открытия наследства ни в коей мере нельзя рассматривать как вторичное право, поскольку смерть наследодателя никогда не зависит от воли наследодателя. Поэтому на данном этапе искать вторичные права не представляется верным.

Открытие наследства все же является юридическим фактом, которым порождается наследственное правоотношение, состоящее в переходе прав наследодателя к наследникам. С момента открытия наследства до его принятия права на наследственную массу остаются как бы в «подвешенном состоянии». Наследственная масса — это то, в отношении чего Б. Виндшейд признал наличие бессубъектных прав¹. В отличие от многих других случаев перехода прав, где субъективные права одномоментно прекращаются у одного субъекта и возникают у другого, в наследственных правоотношениях права и обязанности наследодателя прекращаются, затем проходит определенный законом срок (шесть месяцев) и права возникают у наследников на основании принятия наследства.

Наследственное правоотношение состоит в обязанности наследодателя передать все имущественные права и обязанности своим наследникам пропорционально их долям. Наследники соответствующим образом имеют право требования аналогичного содержания.

Вопрос состоит в том, что принятие наследства квалифицируют как вторичное право. Соответственно подача заявления нотариусу по месту открытия наследства или иные действия свидетельствуют о том, что вторичное право было осуществлено (ст. 1153 ГК РФ). Принятие наследства, безусловно, содержит в себе распорядительные элементы. В то же время правильнее признать, что принятие наследства — это субъективное право, корреспондирующее обязанности наследодателя передать наследство наследникам.

На данном этапе квалификации наследственного правоотношения возникают самые большие сложности. Признавая правоотношение психической связью с представлением в психике субъектов правоотношения о субъективном праве или обязанности, при наследственном правоотношении выходит, что представления в психике обязанного субъекта (наследодателя), обязанного передать все имущество наследника, уже не имеется, поскольку его нет с момента открытия наследства. Но, с другой стороны, имеется вполне четкое представление наследников о праве на наследство по закону или завещанию, а также представление о связанности с умершим наследодателем, т.е. о правовой связи, в силу которой наследники становятся управомоченными.

¹ Виндшейд Б. Указ. соч. С. 108–112.

При жизни наследодателя как у наследников, так и у наследодателя имеется представление о данном правоотношении, однако не как о наличном, а лишь как о будущем. В рамках такого представления круг наследников не определен, поскольку наследодатель волен составить завешание и определить круг наследников.

Наследственное правоотношение — это единственное правоотношение, в котором управомоченным субъектам (наследникам) противостоит уже несуществующий субъект права¹. В данном правоотношении имеется лишь два представления: представление о праве на принятие наследства и представление о правовой связи с наследодателем. Представления об обязанности здесь не имеется, поскольку оно может иметься только у самого наследодателя.

Право на принятие наследства не является секундарным. Правильнее говорить, что данное право состоит в требовании принять наследство, т.е. это относительное субъективное право. Принятие наследства как таковое является юридическим фактом, прекращающим правоотношение наследования. Ситуация имеет сходство с прекращением обязательств исполнением. Реализация права требования принятия наследства состоит в принятии наследства, которым наследственное правоотношение прекращается. Конечно, в принятии наследства, как и во всяких распорядительных правомочиях, имеется элемент секундарности, поскольку происходит прекращение правоотношения, однако для признания данного права секундарным в полном объеме имеется один очень существенный контраргумент. Секундарное право всегда зависит от определенного правоотношения и обусловлено им. В случае признания права на принятие наследства секундарным упускается из виду то, что данное секундарное право будет существовать вне всякой привязки к какому-либо правоотношению. В таком случае для какого-либо правоотношения вообще не останется места.

В пользу того, что принятие наследства является некоторым секундарным правом, говорит тот факт, что у наследников имеется право на отказ от наследства (ст. 1157 ГК РФ). Право на отказ от наследства совершается в те же самые сроки, что и право принятия наследства. Отсюда можно предположить, что данные права являются однотипными по своей юридической природе. Поскольку право на отказ является секундарным правом, делается вывод о секундарности права на принятие наследства.

В такой ситуации, исследуя лишь нормативный материал, вряд ли удастся дать правильный ответ о том, являются ли права на принятие

¹ Мусаев Р.М. Некоторые особенности прав наследника на принятие наследства // Нотариус. 2013. № 1. С. 36–38.

наследства и право на отказ от наследства антиномиями или, напротив, они являются тождественными по своему правовому смыслу.

Ответ, очевидно, скрывается за пределами правовых норм и самих правоотношений и находится в области экономики и идеи приоритетности права частной собственности, а также целей наследования вообще.

Цель и назначение наследования довольно ясно были определены еще в римском частном праве. Наследование понималось не просто как переход имущества, но и как переход самой души наследодателя к наследникам¹. Наследование служит всегда цели сохранения права частной собственности, а также свободы распоряжения своим имуществом. Задача состоит в том, чтобы имущество лиц после их смерти не имело неопределенной юридической судьбы. Именно в этих целях законодательством подробно регламентируются очереди наследников.

Отдельные законодательства вводят с целью определенности юридической судьбы наследственной массы конструкцию наследственного договора, которому дается приоритет перед наследованием по завещанию и по закону. Наследственный договор заключается между наследодателем и наследниками².

Даже из приведенных немногочисленных доводов видно, что законодательство всеми способами содействует сохранности имущества в рамках семейных и близких родственных отношений, а также преемственности в имуществе.

Отсюда вытекает довольно конкретный правовой вывод: право принятия наследства является ординарным субъективным правом, которое предполагается к реализации во всех случаях наследования. В праве принятия наследства нет ничего, что говорило бы о преобразовании некоего юридического существа — наследственного правоотношения, отсюда признавать его вторичность в полном объеме некорректно. С другой стороны, совершенным антиподом выглядит право на отказ от наследства. Это право уже экстраординарное и властное. Мотивы отказа всегда находятся вне обыденного мотивационного порядка людей: это могут быть и мотив заботы о других наследниках, и нежелание принимать наследство в связи с большим количеством долгов, и другие мотивы.

Именно поэтому право на отказ от наследства следует рассматривать как вторичное право, осуществление которого прекращает пра-

¹ *Дождев Д.В.* Римское архаическое наследственное право. М., 1993. С. 3; *Виноградова О.Ю.* Становление и развитие института наследственных правоотношений // *Нотариус.* 2009. № 5. С. 18–20.

² *Баринев Н.А., Блинков О.Е.* Наследование в международном частном праве и сравнительном правоведении // *Наследственное право.* 2013. № 1. С. 33–40.

воотношение для конкретного наследника и меняет правоотношение для других наследников в части изменения объекта наследования по причине перехода к ним долей наследственной массы от отказавшегося наследника.

В некоторых исследованиях в рамках наследственного правоотношения выделяется второй этап¹. К примеру, В.В. Корнюхин указывает, что второй этап наследования начинается с момента реализации права на принятие наследства и завершается приобретением наследства². Следует отметить, что в законодательстве приобретение наследства не выделяется в качестве юридически-значимого обстоятельства.

Приобретение наследства – это процедурный этап, знаменующий принятие наследства. Приобретение наследства подтверждается свидетельством о праве на наследство. Свидетельство о праве на наследство (ст. 1162 ГК РФ) является одновременно и правоустанавливающим, и правоудостоверяющим документом. Правоотношения с момента принятия наследства никоим образом уже не меняются по общему правилу. По своей сути правоотношения на данном этапе уже представлены правоотношениями собственности, обязательственными правоотношениями, однако наследственное правоотношение к этому моменту уже прекратилось.

Поэтому для дальнейшего рассмотрения секундарных прав в наследственном правоотношении нужно учитывать сроки его существования.

При учете этих сроков существования у секундарных прав при наследственном правоотношении наблюдается одна замечательная тенденция. Они могут возникать в силу определенных фактов либо без них, но их реализация всегда будет касаться самого наследственного правоотношения.

Одним из центральных прав является право на отказ от наследства. Его реализация возможна в течение срока, установленного для принятия наследства (шесть месяцев). Допускается реализация данного права даже после того, как наследство было принято (п. 2 ст. 1157 ГК РФ). В этом случае изменению будет подвергаться круг наследников по закону или по завещанию. Право будет оказывать ретроспективный эффект (*ex tunc*). Несомненно, законодатель придает этому праву немало власти, поскольку оно имеет опосредованный вещный эффект и связано с перераспределением имущества между лицами (наследниками).

¹ Лиманский Г.С. Наследственное правоотношение: общие теоретико-методологические проблемы учения // Наследственное право. 2007. № 1.

² Корнюхин В.В. Наследственные правоотношения и роль правоохранительных органов России в их реализации: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004.

Отказ от права на наследство не может быть впоследствии изменен или взят обратно (п. 3 ст. 1157 ГК РФ).

Концептуально законодатель подходит к осуществлению права на отказ как к односторонней сделке, требующей надлежащего волеизъявления. Кроме того, учитывая описанное выше назначение наследования, отказ от наследства имеет и социальное значение. Об этом свидетельствует п. 4 ст. 1157 ГК РФ, согласно которому отказ от наследства несовершеннолетнего, недееспособного или ограниченно дееспособного может быть совершен только с предварительного разрешения органа опеки и попечительства. В отличие от сделок здесь речь не идет о согласии законных представителей, что означает особую роль, придаваемую законодателем этому праву.

Отказ от наследства допускается и в том случае, если наследник совершил действия, свидетельствующие о принятии наследства, но имеет волю отказаться от наследства за пределами установленного срока. Однако в этом случае вторичное право требует судебной реализации, поскольку влечет непосредственный вещный эффект (п. 2 ст. 1157 ГК РФ), а также потому, что в рамках суда требуется выяснение уважительности причин пропуска срока, установленного для принятия наследства.

Отказ от наследства предполагается двух видов: безусловный и с указанием лиц, в пользу которых совершается отказ¹. В последнем случае право на отказ имеет больше направленности и конкретики, поскольку отказывающимся наследником самостоятельно определяются субъекты наследования.

В то же время отказ от наследства не допускается с оговорками и условиями (п. 2 ст. 1158 ГК РФ). Е.А. Останина указывает сделки по отказу от наследства в качестве примера сделок, которые не могут быть совершены под отлагательным или отменительным условием². Поскольку сделка по отказу от наследства выступает содержанием вторичного права, данное ограничение следует понимать как предел осуществления права на отказ от наследства.

Ограничение права на направленный отказ от наследства содержится в п. 1 ст. 1158 ГК РФ.

Еще одно искусственно введенное ограничение вторичного права на отказ от наследства введено судебной практикой: согласно ему наследник, принимающий наследство по закону, не вправе отказаться от наследства, переходящего к нему при безусловном отказе от наследства

¹ Основы наследственного права России, Германии, Франции / Ю.Б. Гонгало, К.А. Михалев, Е.Ю. Петров и др.; под общ. ред. Е.Ю. Петрова. М.: Статут, 2015. С. 199.

² Останина Е.А. Зависимость правовых последствий сделки от отлагательного и отменительного условий: Научно-практическое пособие. С. 82.

другого наследника (подп. «в» п. 46 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании»). Позиция высшей судебной инстанции, очевидно, основана на расширительном толковании п. 2 ст. 1158 ГК РФ, согласно которому отказ от наследства в пользу лиц, не указанных в п. 1 данной статьи, не допускается. При этом эта позиция нашла подтверждение в постановлении Конституционного Суда РФ от 23 декабря 2013 г. № 29-П «По делу о проверке конституционности абзаца первого пункта 1 статьи 1158 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина М.В. Кондрачука»¹.

Однако такое ограничение неверно и такое расширительное толкование п. 2 ст. 1158 ГК РФ недопустимо, поскольку в нем идет речь о направленном праве на отказ от наследства². Чем обусловлено ограничение права на отказ от наследства наследника по закону, к которому перешла часть наследства в связи с отказом другого наследника от наследства, непонятно, поскольку такое ограничение делает статус наследников различным. Отказ от наследства в отношении других наследников так или иначе будет означать перераспределение долей наследственной массы между ними. Стало быть, почему-то один из наследников может это сделать, а другой, находящийся в таком же положении, но уже после изъявленного первым наследником права на отказ, — нет. Фактически получается, что право на отказ от наследства требует еще и первоочередного своего осуществления.

Осуществление права на отказ от наследства должно быть явно выражено, чему законодателем посвящена ст. 1159 ГК РФ, устанавливающая форму (способы) отказа от наследства. Предусмотрен фактически только один способ — подача заявления нотариусу. При этом в случае направления данного заявления по почте требуется свидетельствование подписи на заявлении в нотариальном порядке.

Далее в законодательстве о наследовании предусмотрен целый ряд вторичных прав, существующих в правоотношении наследования по завещанию.

Завещание признается односторонней сделкой, порождающей в составе с другим юридическим фактом — смертью наследодателя на-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 декабря 2013 г. № 29-П «По делу о проверке конституционности абзаца первого пункта 1 статьи 1158 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина М.В. Кондрачука» // *Собрание законодательства РФ*. 2014. № 1. Ст. 79.

² *Булаевский Б.А. и др.* Наследственное право / Отв. ред. К.Б. Ярошенко. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 192 (автор раздела — К.Б. Ярошенко); *Кирилловых А.А.* Прием наследства и отказ от него: правовые позиции и некоторые проблемы правоприменительной практики // *Законодательство и экономика*. 2015. № 4. С. 26–35.

следственное правоотношение. Завещание отменяет наследование по закону и поэтому имеет преобразовательный характер. ГК РФ довольно подробно регламентирует наследование по завещанию: устанавливается форма завещания, действуют принципы свободы завещания, тайны завещания, устанавливаются основания отмены, изменения завещания, признания его недействительным, имеются правила о завещательном отказе и завещательном возложении. Все эти правила, содержащиеся в гл. 62 ГК РФ, касаются формирования будущего наследственного правоотношения. В нормах упомянутой главы заложена будущая форма наследственного правоотношения. По причине того, что правоотношения еще не существует, нельзя говорить о возможности существования вторичных прав на этапе формирования воли, определяющей будущее правоотношение. Вторичные права в этом случае будут касаться преобразования данного наследственного правоотношения, возникшего из завещания (и смерти наследодателя).

В качестве особых условий завещания могут выступать завещательный отказ и завещательное возложение. Завещательный отказ возлагает на наследников исполнение определенной обязанности имущественного характера в пользу определенных лиц (ст. 1137 ГК РФ). Завещательное возложение имеет схожее с завещательным отказом содержание, однако имущественная обязанность (или неимущественная обязанность), возлагаемая на наследников, должна отвечать общественно полезной цели (ст. 1139 ГК РФ).

Применительно к правоотношениям, порождаемым завещательным отказом, предусмотрено вторичное право отказа. Данное право предоставлено отказополучателю (ст. 1160 ГК РФ). Право является вторичным и представляет собой разновидность распорядительного правомочия. При наличии завещательного отказа отказополучатель является управомоченной стороной (конструкция имеет сходство с договором в пользу третьего лица). Законодателем прямо предусмотрено, что к отношениям между наследником и отказополучателем (кредитором) применяются правила ГК РФ об обязательствах (п. 3 ст. 1137 ГК РФ). В связи с этим право на отказ представляет собой отказ от права требования кредитора (отказополучателя). Отказ от права требования предполагает безусловное освобождение обязанной стороны от исполнения и не предполагает действий стороны, в пользу которой он совершается¹. Концепция отказа от права заложена и развита в английском праве (*concept of waiver*). В российском законодательстве су-

¹ Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут, 2014. С. 97; Береева Н. Механизмы *no waiver* и *waiver of right* в материально-правовом и процессуальном аспектах внешнеторговых споров // Правоведение. 2012. № 6.

шествует неопределенность в отношении возможности отказа от права вообще. Имеется норма права, гласящая о том, что отказ от осуществления прав не влечет прекращения этих прав (п. 2 ст. 9 ГК РФ). Отказ представляет собой лишь отказ от определенного поведения в рамках предоставленного и осознаваемого права. В связи с отсутствием каких-либо норм права, регламентирующих отказ от права в российском законодательстве, делается вывод о том, что такой отказ допускается и представляет собой одностороннюю сделку¹. В этом случае право на отказ от права будет действительно вторичным.

Вопрос заключается в следующем. Формулировка ст. 1160 ГК РФ прямо не говорит о том, что отказополучатель отказывается от своего права. Речь идет лишь об отказе получения завещательного отказа. Применительно к этому случаю (что касается также и принятия наследства и отказа от принятия наследства) нужно сказать, что речь идет именно об отказе от права и изменении правоотношения, поскольку осуществление такого отказа явно свидетельствует о прекращении права получения завещательного отказа. После волеизъявления уже нельзя получить данное имущественное право по завещательному отказу.

Применительно к наследованию можно сделать следующее замечание. Осуществление прав очень тесно связано с самим существованием прав. Права буквально привязаны к срокам осуществления. То же самое касается и преобразовательных возможностей — они направлены на сами права (по-другому быть не может в силу природы вторичного права). Отказ от принятия наследства является правом, по такому же смыслу отказ отказополучателя от принятия завещательного отказа является также правом.

В гл. 64 ГК РФ закрепляются и другие права, которые непосредственным образом не касаются наследственного правопреемства и наследственного правоотношения. Эти права предусмотрены при правоотношениях, возникающих уже после принятия наследства. Такие правоотношения не следует относить к наследственным².

Уже после выдачи свидетельства о наследстве за наследниками закрепляется ряд преимущественных прав. Установлено преимущественное право наследника на получение в собственность вещи, которая находилась в общей долевой собственности наследника и наследодателя (ст. 1168 ГК РФ). Данное право носит преобразовательный характер, так как трансформирует общую долевую соб-

¹ *Бойко Т.С.* Отказ от права и воздержание от осуществления права: российский и англо-американский подходы // Закон. 2012. № 3. С. 133–145.

² Гражданское право. В 3 т. Т. 3 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1999. С. 545; *Лиманский Г.С.* Указ. соч.

ственность в индивидуальную. Это вторичное право прекращает правоотношение общей долевой собственности между наследниками. Данное право существует вне правоотношения и направлено на относительные правовые связи между участниками общей долевой собственности. При этом поиск корреспондирующей этому праву обязанности и признание данного права субъективным правом, влекущим признание наследственного правоотношения абсолютным, здесь неуместны, поскольку налицо именно преобразовательный характер этого права¹. О.Е. Блинков и С.Е. Никольский пытаются объяснить данное право как такое, которое не предоставлено никаким другим наследникам, а также третьим лицам, доказывая тем самым абсолютный характер этого права. Однако не учитывается то, что абсолютные права существуют в рамках абсолютного правоотношения, которое имеет определенную длительность существования и представляет собой некоторую статическую стабильность по пользованию объектом этого абсолютного права. Преимущественное право наследника, напротив, является властным инструментом, преобразующим правоотношение общей долевой собственности. По своему существу данное право аналогично преобразовательному существу права преимущественной покупки, однако здесь еще больше выдержан преобразовательный элемент. Точнее даже будет сказать, что преимущественное право наследника исчерпывается своим преобразовательным содержанием. Преобразование состоит в прекращении множественности лиц в правоотношении общей долевой собственности и возникновении правоотношения индивидуальной собственности. Никакого иного содержания у преимущественного права наследника не имеется, что свойственно именно вторичным правам, а не субъективным правам.

Такое же преимущественное право предусмотрено п. 2 ст. 1168 ГК РФ. Преимущественное право установлено в отношении наследника, постоянно пользовавшегося неделимой вещью. Разновидность этого права предусмотрена п. 3 ст. 1168 ГК РФ – преимущественное право приобретения в индивидуальную собственность жилого дома, в котором проживал наследник.

Еще одна разновидность преимущественного права предусмотрена ст. 1169 ГК РФ – право получения предметов обычной домашней обстановки и обихода.

Нужно отметить, что преимущественное право состоит не в получении данных вещей, а в преимущественном перед другими наслед-

¹ Блинков О.Е., Никольский С.Е. Преимущественные права в наследственном праве России и зарубежных стран: Монография. М.: Юрист, 2006. С. 125.

никами положения, позволяющем выделить данные вещи из наследственной массы.

Предоставление преимущественного права одному или нескольким наследникам могло бы создать несправедливость в экономических отношениях сторон. В случае, если имущество, о преимущественном праве на которое заявит наследник, несоразмерно по стоимости с его долей в наследстве, остальные наследники получают другое имущество из состава наследства или им предоставляется иная компенсация, в том числе выплата соответствующей денежной суммы (ст. 1170 ГК РФ)¹.

Компенсация ограничивает данное преимущественное право. Причем в силу п. 2 ст. 1170 ГК РФ выплата компенсации должна предшествовать осуществлению преимущественного права наследника.

Иных вторичных прав при наследственном правоотношении ГК РФ не предусматривает.

¹ Блинков О.Е., Бутова Е.А. Общая собственность наследников: актуальные проблемы теории и практики // Наследственное право. 2015. № 1. С. 21–24.

ГЛАВА 3. КЛАССИФИКАЦИЯ СЕКУНДАРНЫХ ПРАВ

Простейшее философское определение классификации сводится к тому, что классификация является делением понятий, произведенным для целей науки или практической деятельности¹.

В одной философской работе указано, что понятие классификации используется по меньшей мере для обозначения (деления) уже сложившейся системы понятий, а также для самого процесса создания системы понятий². Наука гражданского права в области систематизации вторичных прав сейчас, похоже, может использовать только второе значение классификации.

Как таковая разработанная в доктрине права система вторичных прав отсутствует, монографических исследований, посвященных вторичным правам, всего два – оба представляют собой диссертационные исследования. Одно из них – диссертационное исследование А.Б. Бабаева³, другое, новейшее, – А.А. Кравченко⁴. Лишь в последнем исследовании имеется классификация вторичных прав.

А.А. Кравченко предложил классифицировать вторичные права на одномоментные и неодномоментные, т.е. все рассмотренные вторичные права предлагается включать в данную классификацию⁵. Такая классификация в свете исследования неприемлема хотя бы потому, что в рамках исследования вторичные права, не приводящие к непосредственному результату, например вторичные права отсроченного действия, признаны существующими сами по себе, правовой срок является лишь дополнительным и необходимым юридическим фактом, приводящим к динамике правоотношения.

На основе проведенной работы можно предпринять попытку построения классификации вторичных прав, основываясь на общеизвестных логических законах.

Основа всякой классификации состоит в том, что классифицируемые понятия должны полностью исчерпывать объем понятия классифицируемого.

¹ Лосский Н.О. Логика. Ч. 1. Обелиск, 1923. С. 131.

² Субботин А.Л. Классификация. М., 2001. С. 9.

³ Бабаев А.Б. Проблема вторичных прав в российской цивилистике: Дис. ... канд. юрид. наук.

⁴ Кравченко А.А. Вторичные права в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук.

⁵ Там же. С. 12.

1. В связи с этим основным делением прежде всего следует назвать выделение вторичных обязательств. Вторичная обязанность и вторичное право являются понятиями, в полной мере заполняющими объем некоторого общего понятия, которое можно условно именовать вторичным правовым средством, приводящим к динамике правоотношения.

В работе довольно наглядно и на примерах доказано существование вторичных обязательств.

2. Далее при рассмотрении вторичных прав и обязанностей было установлено, что вторичные права могут приводить к правовому эффекту как самостоятельно, так и при помощи дополнительных юридических фактов, предшествующих или последующих за вторичным правом. Отсюда логичным выглядит деление вторичных прав на обусловленные и необусловленные. Выделяя такую классификацию, нужно иметь в виду, что вторичное право всегда будет взаимообусловлено с возможным или наличным правоотношением. Но поскольку правоотношение находится в психической сфере, критерием классификации вторичных прав на обусловленные и необусловленные будет выступать обусловленность некоторыми фактами, находящимися в сфере действительности, например сроком, определенным поведением стороны (например, предварительным уведомлением с последующим ожиданием действий противоположной стороны).

3. При рассмотрении отдельных вторичных прав было выяснено, что некоторые из них требуют лишь судебной реализации (например, право на расторжение договора). Вторичные права, требующие судебного порядка реализации, несомненно, слабее вторичных прав, которые такого порядка не требуют. Элемент снабжаемой вторично-управомоченной стороне власти в реализуемых в судебном порядке вторичных правах значительно ниже, чем в вторичных правах, которые такой судебной реализации не требуют (например, можно сравнить отказ от исполнения договора и расторжение договора). В начале исследования был установлен критерий внесудебной и самостоятельной реализации вторичных прав. Отсюда может выглядеть сомнительным выделение в качестве вторичных прав тех прав, которые требуют судебного порядка осуществления. Однако природа обеих возможностей одинакова. Различается лишь степень снабжаемой власти. Поэтому правильным выглядит отнесение судебно-реализуемых прав к вторичным. Такие права можно именовать «слабыми вторичными правами» или «подтвержденными вторичными правами», т.е. вторичные права можно разделить на подтвержденные и непод-

твержденные. Неподтвержденные не требуют судебного порядка реализации.

4. Вторичные права следует классифицировать в зависимости от эффекта, который они оказывают на правоотношение. Это могут быть правопрекращающие, правоизменяющие и правообразующие вторичные права.

5. Одним из важнейших критериев классификации должно выступить разделение вторичных прав в зависимости от классификации правоотношений. Прежде всего здесь нужно отметить то, что вторичные права могут формироваться только при гражданских правоотношениях, поскольку именно они предстают антиподом свободы, заложенной в гражданских правоотношениях. Вторичные права посягают на эту самую свободу, воздействуя на нее со своих властных позиций, которыми снабжается частный субъект – обладатель вторичного права.

При понимании правоотношения как идеальной правовой связи основным делением будет разделение вторичных прав на вторичные права при абсолютных и относительных правоотношениях.

Несмотря на то что в науке высказываются соображения, отвергающие наличие вторичных прав при абсолютных правоотношениях, с такими соображениями нельзя согласиться. Примером вторичных прав при абсолютных правоотношениях служит вторичное право отказа от права собственности.

Подавляющее большинство вторичных прав формируется при правоотношениях относительных.

Несколько неверным выглядит выделение вторичных прав при имущественных и неимущественных правоотношениях. Такое разделение сделано П.Ю. Костиным. В отношении этого деления хотелось бы выдвинуть возражение. Имущественная правовая связь отличается от неимущественной лишь психическим представлением об объекте правовой связи, однако существо данной правовой связи никоим образом не меняется¹. П.Ю. Костин признает в то же время, что объектом вторичного права выступает субъективное право. Между тем классификация происходит уже в зависимости от объекта субъективного права, а не в зависимости от объекта вторичного права.

Намного более обоснованным с этих позиций является разделение вторичных прав на существующие при абсолютных правоотношениях и существующие при относительных. В этом случае действи-

¹ Костин П.Ю. Имущественный и неимущественный характер вторичных прав // Юрист. 2014. № 11. С. 37–41.

тельно можно сказать, что у вторичного права различный объект. Абсолютное субъективное право качественным образом отличается от относительного. Абсолютное субъективное право как психическое представление о некоторой возможности предполагает возможность независимо от противостоящего ему обязанного субъекта. Обычно указывается, что абсолютному субъективному праву противопоставлен неопределенный круг пассивно обязанных субъектов. Этот круг субъектов не определен и не имеет значения для права, но сама по себе неопределенность немыслима для сознания субъекта. В сознании субъекта так или иначе прослеживается относимость к конкретному субъекту права, даже в абсолютных правоотношениях. Этот конкретный субъект права (пассивно обязанный конкретно определенный субъект) не имеет никакого значения для абсолютных правоотношений. При воздействии на такое правоотношение происходит изменение абсолютного субъективного права, неопределенный круг пассивно обязанных субъектов никоим образом не меняется при помощи реализации вторичного права.

Другое дело при относительных правоотношениях: при реализации вторичного права юридически значимое, имеющее правовые последствия воздействие оказывается на обоих или нескольких определенных субъектов права. Субъекты относительных правоотношений либо приобретают, либо теряют субъективные права и обязанности, также они могут претерпевать изменения субъективных прав и обязанностей.

В зависимости от назначения правоотношений последние делятся на регулятивные и охранительные. Вторичные права могут существовать как в охранительных, так и в регулятивных правоотношениях. Следует лишь заметить один выявленный в ходе исследования момент: вторичные права в охранительных правоотношениях в законодательном тексте часто располагаются вблизи самого нарушения, приводящего к возникновению охранительного правоотношения.

Наконец, нужно отметить, что вторичные права могут быть классифицированы по разновидностям, снабжаемым им законодателем в зависимости от выделяемых правоотношений, в зависимости от самого характера этих прав. По данному критерию производилось рассмотрение вторичных прав в настоящем монографическом исследовании. Нужно отметить, что данный критерий является внешним и всецело зависит от законодателя. Сюда можно отнести права преимущественные, права в вещных, права в обязательственных, права в наследственных правоотношениях, права выхода из обществ с ограниченной ответственностью и т.д. согласно структу-

Вернуться в каталог учебников

<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>

ре монографического исследования. Данные права рассмотрены, им дана научная характеристика, однако все же нужно признать, что классификация деления вторичных прав на законодательные виды основана на внешней критерии, всецело зависящем от законодателя.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Рассмотрение общих теоретических положений и практического воплощения секундарных прав в ГК РФ можно считать завершённым. Статьи ГК РФ наглядно доказывают то, что какая бы то ни было система секундарных прав отсутствует, поэтому даже само изложение материала может показаться эклектическим. Такое предположение все же касается только раздела второго монографии: в нем используется внешний критерий деления секундарных прав — почти полное следование законодательному изложению материала в ГК РФ.

В какой-то мере изложение материала напоминает структуру учебника по гражданскому праву под редакцией Е.А. Суханова¹. Но в то же время структура работы немного упрощена в связи с тем, что основным делением правоотношений признано деление их на абсолютные и относительные.

Современные диссертационные исследования используют в качестве своей структуры структуру правоотношений: отдельные главы посвящаются субъектам, правам и обязанностям сторон, объектам, основаниям возникновения того или иного правоотношения, ответственности из нарушений в области тех или иных регулятивных правоотношений. Следовать такой структуре в проделанном монографическом исследовании было невозможно по причине того, что секундарное право лишено всего того, что наличествует в правоотношении. У секундарного права вообще нет как таковой структуры, это значительно более простая правовая сущность, чем субъективное право.

Если проводить аналогию с поведенческим аспектом субъективного права, то секундарное право можно назвать правом на свои собственные действия, на собственное активное поведение². Но, как было выяснено в самом начале исследования, поведенческий аспект в секундарном праве отсутствует, поведение служит лишь индикатором воли, выраженной в секундарном праве. Поведение в рамках секундарного права — это лишь средство для того, чтобы показать наличие определенной преобразовательной воли. Сама же суть секундарного права такая же идеальная, как и суть субъективного права, существующего в сознании мыслящего субъекта.

Простота секундарного права выражается в том, что не имеется никакой корреспондирующей обязанности. Основания возникновения

¹ Российское гражданское право: Учебник. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. Т. 2: Обязательственное право.

² *Алексеев С.С.* Общая теория права. С. 118.

вторичного права всегда различны и требовали отдельного рассмотрения применительно к каждому праву, содержащемуся в нормах статей ГК РФ, при этом законом часто устанавливаются и вторичные права, не имеющие каких-либо оснований (безусловные вторичные права). Такое же различие наблюдается и при установлении вторично-управомоченных субъектов гражданского права. У вторичного права нет никакого другого объекта, кроме гражданского правоотношения. И наконец, вторичное право нельзя нарушить, потому что оно осуществляется всегда мгновенно. Если допустить некоторую философскую фикцию, то вторичное право можно признать осуществляемым вне временных процессов. Выраженное и познанное волеизъявление — это лишь результат вторично-осуществленной воли. Невозможность нарушения вторичного права говорит о невозможности существования мер защиты и мер ответственности за нарушение вторичных прав.

Все это определяет структуру проделанного исследования, которая коренным образом отличается от структуры какого-либо социально-правового явления со стороны правоотношения.

Автор выражает надежду на то, что данный труд не останется незамеченным. Разумеется, он далек от идеала. Однако это можно назвать лишь позитивным для современной юридической науки моментом. Возможно, недостаточность или прочие недостатки настоящего исследования сподвигнут ученых к написанию отдельного труда, посвященного вторичным правам и лишенных выявленных в ходе прочтения недостатков.

Напоследок нужно всегда иметь в виду, что категория вторичного права привнесена в российский правовой обиход из германской юриспруденции. Развитие данной категории российской доктриной может оказать негативный эффект на развитие законодательства и более четкое понимание доктрины, поскольку привнесет тот самый плюрализм взглядов, сложности в квалификации тех или иных явлений. Е.А. Суханов применительно к вещным и распорядительным сделкам сделал соответствующий вывод: «Употребление же этих категорий в значении, понятном только авторам соответствующих работ, без нужды осложняет и запутывает ситуацию: ведь такие понятия неизвестны действующему законодательству и, следовательно, не могут иметь реального практического значения, а по существу становятся некими умозрительными конструкциями, с помощью которых можно обосновывать очередные теоретические изыски и парадигмы»¹.

¹ Суханов Е.А. О видах сделок в германском и в российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2.

Это замечание, несомненно, верно, однако верность эта имеет исключительно практический уклон. Действительно, для законодательства вообще может быть поспешным использование тех или иных научных выводов, наработок, достижений, однако представляется правильным, что доктрина в любом случае должна идти на несколько шагов впереди законодательства и судебной практики. Она должна носить вспомогательный и прогрессивный по отношению к практике характер, поскольку в конечном счете развитие общества происходит исключительно через научные достижения в той или иной сфере общественных наук.

Вернуться в каталог учебников

Создание и продвижение сайтов

Уникализация (рерайт) дипломных и курсовых работ

Материалы по менеджменту и экономике:
- для самообразования топ-менеджеров;
- для повышения квалификации преподавателей;
- для рефератов и контрольных.

Дистанционное обучение созданию сайтов

Узнайте стоимость написания студенческой работы на заказ
<http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml>

Вячеслав Евгеньевич КАРНУШИН

**СЕКУНДАРНЫЕ ПРАВА
В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:
ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ, СЕКУНДАРНЫЕ ПРАВА
В ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ РФ**

НАПИСАНИЕ на ЗАКАЗ и переработка:

1. Дипломы, курсовые, рефераты, чертежи...
 2. Диссертации и научные работы
 3. Школьные задания
- Онлайн-консультации
Любая тематика, в том числе ТЕХНИКА
Приглашаем авторов

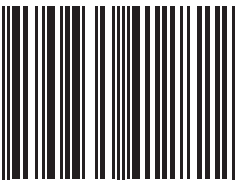
УЧЕБНИКИ, ДИПЛОМЫ, ДИССЕРТАЦИИ -
На сайте электронной библиотеки по экономике и
праву
www.учебники.информ2000.рф.

Тел./факс: +7(495) 049-18-00

E-mail: book@estatut.ru

www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-1282-2



9 785835 412822

Вернуться в каталог учебников
<http://учебники.информ2000.рф/учебники.shtml>