

## 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»<sup>1</sup>. 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-

---

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

ленной монографии, поскольку только опровержимые знания есть истинные научные знания<sup>1</sup>.

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 надстро-ечного 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 поведения<sup>2</sup>.

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 возможности<sup>3</sup>.

---

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

<sup>2</sup> *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.

<sup>3</sup> *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 науку<sup>1</sup>. Заслужено можно считать, что объективным правом было признано то, что существует вне сознания и вне действительности, а в качестве долженствования или возможностей, адресованных всем<sup>2</sup>.

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.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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*»<sup>1</sup> буквально можно перевести как «преобразовательные», «образовательные», «оформляющие», «формирующие» права<sup>2</sup>. 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».

---

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

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

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

Теория наличия вторичных прав в российском праве поддерживается В.А. Беловым. Под его руководством А.Б. Бабаев написал диссертационное исследование, посвященное вторичным правам<sup>1</sup>.

Последним и новейшим диссертационным исследованием, посвященным вторичным правам, является работа А.А. Кравченко<sup>2</sup>.

Остальные мысли применительно к вторичным 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 досильное восполнение данного доктринального пробела, определение особенностей и условий действия вторичных прав на гражданское правоотношение, определение места вторичных 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 вторичных правах и их взаимосвязи с правоотношением. Раздел носит общий характер. Раздел 2 посвящен вторичным правам при отдельных правоотношениях, урегулированных ГК РФ. Этот раздел представляет собой особенную часть рассмотрения вторичных прав в гражданском праве. Поскольку исследованию подвергаются вторичные 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 вторичные права, – целями являются освещение сущности вторичных прав и квалификация отдельно взятых спорных правовых норм в тексте ГК РФ с позиции закрепления ими вторичных прав.

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

<sup>1</sup> *Бабаев А.Б.* Проблема вторичных прав в российской цивилистике: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

<sup>2</sup> *Кравченко А.А.* Вторичные 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.

## **РАЗДЕЛ 1**

# **ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О СЕКУНДАРНЫХ ПРАВАХ**



## ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ И МЕСТО СЕКУНДАРНЫХ ПРАВ В ПРАВООТНОШЕНИИ

Понятие «секундарные права» было введено Э. Зеккелем<sup>1</sup>. 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 гражданскому<sup>2</sup>. 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 время<sup>3</sup>.

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 истца<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Зеккель Э. Указ. соч.

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

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

<sup>4</sup> 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-правовой<sup>1</sup>.

Признается, что особая роль в становлении теории «вторичных прав» принадлежит Б. Виндшейду за разработку понятия правового притязания<sup>2</sup>.

Введение в юридический обиход понятия «правовое притязание» связано с определением субъективного права как признанной правопорядком воли, осуществляемой независимо от воли других лиц, — дозволенной воли<sup>3</sup>.

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 первоначальное<sup>4</sup>. 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 стороны<sup>5</sup>.

Выделение понятия вторичной нормы права позволило А. Тону признать существование и вторичных обязанностей — диктуемых сводом императивов обязанностей, существующих без корреспондирующих субъективных прав<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *Савини 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.

<sup>2</sup> *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.

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

<sup>4</sup> Там же. С. 104–107.

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

<sup>6</sup> *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. Тон 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 прав<sup>1</sup>. 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 прав<sup>2</sup>. 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 праве<sup>3</sup>. 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 наличие вторичных обязанностей не позволяет считать правильным вывод С.В. Третьякова о том, что вторичные права являются элементами субъективного права<sup>4</sup>.

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.

---

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

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

<sup>3</sup> Кравченко А.А. Вторичные права в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук.

<sup>4</sup> Третьяков С.В. Указ. соч.

Но в таком ракурсе неверно было бы отрицать наличие вторичных прав потому, что они не прижились в российской науке<sup>1</sup>. 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)<sup>2</sup>. 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 —

<sup>1</sup> Васнев В.В. Природа условного обязательства: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013.

<sup>2</sup> 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.