



В.Е. Карнушин

СЕКУНДАРНЫЕ ПРАВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:

общие вопросы теории, секундарные права
в Гражданском кодексе РФ



Вячеслав Карнушин

**Секундарные права в
гражданском праве Российской
Федерации: общие вопросы
теории, секундарные права
в Гражданском кодексе РФ**

«Статут»

2016

УДК 347
ББК 67.404.0

Карнушин В. Е.

Секундарные права в гражданском праве Российской Федерации:
общие вопросы теории, секундарные права в Гражданском кодексе
РФ / В. Е. Карнушин — «Статут», 2016

ISBN 978-5-8354-1282-2

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

© Карнушин В. Е., 2016
© Статут, 2016

Содержание

Введение	6
Раздел 1	10
Глава 1. Понятие и место секундарных прав в правоотношении	10
Глава 2. Проблема существования секундарных обязанностей	18
Глава 3. Осуществление секундарных прав и исполнение секундарных обязанностей. Соотношение с юридической сделкой	23
Конец ознакомительного фрагмента.	26

Вячеслав Евгеньевич Карнушин
Секундарные права в гражданском
праве Российской Федерации:
общие вопросы теории, секундарные
права в Гражданском кодексе РФ

© В.Е. Карнушин, 2016

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2016

* * *

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 представленной монографии, поскольку только опровержимые знания есть истинные научные знания².

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 надстроечного 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.

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

² Поттер К. Логика и рост научного знания. Избранные работы из книги: Логика и рост научного знания. М.: Прогресс, 1983.

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 поведения³.

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 возможности⁴.

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 науку⁵. Заслужено можно считать, что объективным правом было признано то, что существует вне сознания и вне действительности, а в качестве долженствования или возможностей, адресованных всем⁶.

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.

³ 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.

⁴ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.

⁵ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. пер. / Пер. С.В. Лезова, Ю.С. Пивоварова; отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. Вып. 1. М.: АН СССР ИНИОН, 1987.

⁶ 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 «секундарные права» (вторичные по отношению к субъективным). Понятие секундарных прав, быть может, не вполне удачное, поскольку введенный родоначальником теории секундарных прав Э. Зеккелем термин «*Gestaltungsrechte*»⁷ буквально можно перевести как «преобразовательные», «образовательные», «оформляющие», «формирующие» права⁸. Однако понятие «секундарные права» отражает именно вторичный и подчиненный субъективным правам (правоотношениям) характер секундарных прав. Секундарность означает зависимость от правоотношения. Обязанности с аналогичной природой не получили самостоятельного изучения в науке, что объясняет скудность доктринального материала по тематике «секундарных обязанностей».

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 правам⁹.

Последним и новейшим диссертационным исследованием, посвященным секундарным правам, является работа А.А. Кравченко¹⁰.

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 усиленное восполнение данного доктринального пробела, определение особенностей и условий действия секундарных прав на гражданское правоотношение, определение места секундарных прав в механизме правового регулирования.

⁷ Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2.

⁸ <https://translate.google.com/#de/ru/Gestaltung>

⁹ Бабаев А.Б. Проблема секундарных прав в российской цивилистике: Дис... канд. юрид. наук. М., 2006.

¹⁰ Кравченко А.А. Секундарные права в российском гражданском праве: Дис... канд. юрид. наук. М., 2016.

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 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. Зеккелем¹¹. 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 цивильному¹². Субъективные права цивильного права со стороны преторского права могли входить во взаимное противоречие, в этих случаях преторское право предоставляло возможность односторонней волей отказаться (возразить) против осуществления цивильного 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 время¹³.

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 истца¹⁴.

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-правовой¹⁵.

Признается, что особая роль в становлении теории «секундарных прав» принадлежит Б. Виндшейду за разработку понятия правового притязания¹⁶.

¹¹ Зеккель Э. Указ. соч.

¹² Бернгефт Ф., Колер И. Гражданское право Германии. СПб., 1910. С. 86–89.

¹³ Бартошек М. Римское право. Понятия, термины, определения: Пер. с чешск. М.: Юрид. лит., 1989. С. 123.

¹⁴ Барон Ю. Система римского гражданского права. В 6 кн. / Предисл. В.В. Байбака. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 265.

¹⁵ Савишны 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.

¹⁶ Третьяков С.В. Формирование концепции секундарных прав в германской цивилистической доктрине (к публикации русского перевода работы Э. Зеккеля «Секундарные права в гражданском праве») // Вестник гражданского права. 2007. № 2.

Введение в юридический обиход понятия «правовое притязание» связано с определением субъективного права как признанной правопорядком воли, осуществляемой независимо от воли других лиц, – дозволенной воли¹⁷.

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 притязающего лица. В свою очередь, возражению могло быть противопоставлено встречное возражение, отрицающее первоначальное¹⁸. Такие волеизъявления в одностороннем порядке могли привести к изменению правоотношения, основанного на первоначальном праве притязающего (истца).

А. Тон, рассматривая публичные и частные права, а также притязания, выделял секундарные права в качестве таковых, которые предоставляли дозволения в качестве последствий правонарушений при отсутствии каких-либо обязанностей с другой стороны¹⁹.

Выделение понятия секундарной нормы права позволило А. Тону признать существование и секундарных обязанностей – диктуемых сводом императивов обязанностей, существующих без корреспондирующих субъективных прав²⁰.

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

А. Тон не продвинулся дальше в анализе секундарных прав и обязанностей и рассматривал само субъективное право, в которое включались и секундарные права и обязанности.

В случае признания секундарного права правом в связи с нарушением существующего правоотношения концепция секундарных прав рискует стать суженной до охранительных секундарных прав²¹. 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).

Секундарные права являются бессодержательными с общественной стороны правами. По указанию П. Эртманна, назначение секундарного права состоит только в вызове возникновения и прекращения иных самостоятельных прав²². Таким образом, понятие секундарного 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 секундарном праве²³. Поведение секундарно-управомоченного лица лишь свидетельствует о реализации данного секундарного права. Поведение выступает лишь подтверждением того, что секундарное право было осуществлено.

Признание самостоятельности секундарных прав, а также наличия секундарных обязанностей не позволяет считать правильным вывод С.В. Третьякова о том, что секундарные права являются элементами субъективного права²⁴.

¹⁷ Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. 1: Общая часть: Пер. с нем. / Под ред. С.В. Пахмана. СПб., 1874. С. 82.

¹⁸ Там же. С. 104–107.

¹⁹ Тон А. Правовая норма и субъективное право. Исследования по общей теории права (часть третья) // Вестник гражданского права. 2012. № 3. С. 271–294.

²⁰ Тон А. Правовая норма и субъективное право. Исследования по общей теории права (часть пятая) // Вестник гражданского права. 2013. № 1. С. 241–280.

²¹ Кравченко А.А. К вопросу об определении правовой природы секундарных прав // Законодательство и экономика. 2015. № 2.

²² Эртманн П. О структуре субъективных частных прав // Вестник гражданского права. 2007. № 3.

²³ Кравченко А.А. Секундарные права в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук.

²⁴ Третьяков С.В. Указ. соч.

Правильнее говорить, что секундарные права имеют в качестве своей причины субъективное право (правоотношение), а также верным будет вывод о том, что секундарное право делает осуществление субъективного права (реализация правоотношения) обусловленным осуществлением секундарного права. Реализация прав и обязанностей ставится в зависимость от осуществления секундарных прав. Но в таком ракурсе неверно было бы отрицать наличие секундарных прав потому, что они не прижились в российской науке²⁵. Секундарные права независимо от распространения той или иной научной парадигмы существуют в правовом порядке 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. Зома, возражение (*exceptio*) ограничивало *condemnatio* (присуждение по иску)²⁶. В действительности ограничительный характер секундарных 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 экцепции, либо сама экцепция была заложена в основаниях права на иск. Поэтому секундарные права нельзя признавать возникающими в связи с дополнительными юридическими фактами. Дополнительные юридические факты могут преобразовать или прекратить правоотношение – секундарные 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 секундарных 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 секундарные права признаны производными от правоотношения. В отсутствие правоотношения причина секундарных прав и их производность выглядят сомнительными. Производность секундарных 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 – цель секундарных прав. Если нет цели, то нет и соответствующего средства.

В советской юридической науке проблематика секундарных прав рассматривалась в свете создания, изменения или прекращения правоотношения (а не только изменения)²⁷.

Особое значение имеет концепция М.М. Агаркова. Признанные Э. Зеккелем секундарные 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 фактами²⁸.

Рассмотрев существующие в советской юриспруденции точки зрения, А.Г. Певзнер разделил секундарные права на секундарные права, дающие возможность создать правоотношение, и на секундарные права, дающие возможность изменить или прекратить правоотношение²⁹.

²⁵ Васнев В.В. Природа условного обязательства: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013.

²⁶ 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.

²⁷ Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1961. С. 114.

²⁸ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 67–74.

²⁹ Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 116–117.

Далее А.Г. Певзнер отклонил взгляд о том, что секундарное 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 секундарных прав правомочиями не укладывается в случаи, когда секундарные 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 секундарное право³⁰. 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 секундарные права являются производными и в то же время самостоятельными возможностями. Если в отношении преобразовательных секундарных прав производный характер сомнению не подвергается – они производны от правоотношения, то сложным является вопрос, от чего могут быть производны создающие правоотношение секундарные права.

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

Таким образом, можно выделить следующие отличия секундарного 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; секундарное право представляет собой исключительно простейшую проекцию правовой нормы, закрепляющей это секундарное право, в психику субъекта. Общественного содержания у секундарного права не имеется. Имеются лишь факты, свидетельствующие о воле, реализованной в рамках секундарного права.

2. Секундарное 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. Секундарное право говорит об управомоченности по отношению к самому правоотношению, т. е. к обоим или нескольким субъектам правоотношения.

Второе выделенное отличие секундарного 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. Братушь попытался объяснить абсолютные права (право собственности прежде всего) как права на свои собственные действия, существующие вне правоотношений (без корреспондирующих обязанностей)³¹.

³⁰ 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.

³¹ Братушь 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.

Поэтому С.Н. Братусь признал секундарные права субъективными правами, так как они представляют собой права на собственное поведение³².

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 права³³.

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 собственности³⁴. 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 пользования объектом. Также выделялся элемент распоряжения, который понимался как возможность определять способы пользования³⁵. Примечательны все же другие мысли Н.М. Коркунова: под объектом правомочия понимались в самом общем виде силы³⁶. 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 пра-

³² Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. С. 9–13.

³³ 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.

³⁴ Гегель Г.В.Ф. Философия права. Философское наследие. Т. 113. М., 1990. С. 101–105.

³⁵ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. М., 2010. С. 217–219.

³⁶ Там же. С. 219–220.

воспособности (право составлять завещания, совершать договор, расторгнуть договор, произвести зачет и т. д.)³⁷.

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)³⁸. 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 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 правом³⁹.

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 секундарных прав. С.С. Алексеев полагал, что правоспособность является юридическим закреплением общественных связей и признавал наличие так называемых общих правоотношений, куда и включалась правоспособность⁴⁰. 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 правоотношения⁴¹. 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 секундарные права, правоспособность не образует никаких социальных связей. Отличие состоит в том, что правоспособность представляет собой лишь нормативную предпосылку, а секундарное право дает возможность воздействовать на правоотношение как на идеальную связь.

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

Отличительной особенностью секундарного права является то, что оно предоставляет возможность воздействовать на правоотношение, которая по своей императивности сильнее, чем императивность (требование или собственное поведение) при осуществлении субъектив-

³⁷ Агарков М.М. Указ. соч. С. 72.

³⁸ Там же. С. 71.

³⁹ Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. С. 3.

⁴⁰ Алексеев С.С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2. М.: Юрид. лит., 1981. С. 85, 102, 103.

⁴¹ Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1959. С. 9.

ного права. Секундарное 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 секундарного 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. Секундарное право предоставляет столько власти, сколько требуется для того, чтобы создать, изменить или прекратить правоотношение. В отдельных случаях предусмотренная судебная реализация секундарного права имеет лишь верификационный характер – устанавливаются лишь факты, подтверждающие наличие этого права.

Направленность секундарного 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 секундарных прав, назначение которых – только правоотношение.

В этом смысле секундарные 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 секундарные права, как и вся отрасль административного права, привнесены «извне», они являются важнейшим инструментом в механизме гражданско-правового регулирования. Секундарные права запускают в действие выделяемый в гражданском праве принцип диспозитивности. Каждое секундарное право закреплено в нормах права как признанная законодателем необходимость, вызванная общественно-экономической конкретикой. Отсюда выводом будет то, что каждое секундарное право подлежит самостоятельному рассмотрению, поскольку каждое будет обладать спецификой, в том числе в зависимости от правоотношения, на которое воздействует секундарное право.

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

Секундарное право производно от норм объективного права и производно либо способствует произведению 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 квиригским 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 секундарного права – *exceptio* является реакцией законодателя на закрепленную нормами права общественную связь (правоотношение).

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

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

5. Секундарное 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 секундарным правам, нельзя потребовать принудительного исполнения секундарного 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 секундарных прав будет показано, что некоторые секундарные права требуют судебного осуществления, но это не значит, что само секундарное 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 понятий⁴². 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 единство⁴³. 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»⁴⁴. Законы природы воспринимаются человеком как такая данность, которая носит абсолютный характер, полностью соответствующий 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 возможности, 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 соответствуют 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.

⁴² Гегель Г.В.Ф. Наука логики. СПб., 1997.

⁴³ Демченко Л.М. Гегель о философско-логических основаниях становления науки о праве. 2004.

⁴⁴ Гегель Г.В.Ф. Философия права. С. 56–58.

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 законодательстве имеется понятие публичного сервитута (ст. 23 Земельного кодекса РФ⁴⁵ (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 отвергнуть⁴⁶. 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.

Уровень императивного воздействия на участников обязательств выше, чем, например, в подотрасли вещного права или исключительных прав, потому что нормы обязательственного

⁴⁵ Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

⁴⁶ Андреев Ю.Н. Ограничения в гражданском праве России. СПб.: Юридический центр Пресс, 2011. С. 196.

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 собственных 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, – секундарных обязанностей, которые по своему содержанию схожи с секундарными правами, однако носят необходимый для их осуществления характер.

Воля обладателя секундарной обязанности оказывается подчиненной норме права, в которой содержится секундарная обязанность.

Неразрешенность вопроса о секундарных 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 прав⁴⁷.

В отношении обязательственных прав, т. е. нормативно закрепленных обязанностей, существует воззрение, что такого перечня быть не должно. Однако некоторыми авторами, в частности С.А. Сеницыным, данное воззрение признано несостоятельным⁴⁸.

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

⁴⁷ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2009. С. 144.

⁴⁸ Сеницын С.А. *Numerus clausus* и субъективные права: понятие, значение, взаимосвязь // Вестник гражданского права. 2014. № 2. С. 100–147.

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 секундарных 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 секундарных обязанностей можно признать законодательство. Уровень императивности гражданско-правовых норм при установлении таких обязанностей наивысший.

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 РФ⁴⁹ (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 РФ⁵⁰. 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 нужд⁵¹. Определение обязанного к заключению субъекта в обоих случаях проистекает из норм антимонопольного законодательства⁵². 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.

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

⁴⁹ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1 (ч. I). Ст. 14.

⁵⁰ Определение Верховного Суда РФ от 3 сентября 2013 г. № 5-КГ13-86 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 4.

⁵¹ 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.

⁵² *Кичик К.В.* Государственный (муниципальный) заказ России. Правовые проблемы формирования, размещения и исполнения: Монография. М.: Юстицинформ, 2012. С. 78.

является ограничением свободы договора⁵³. 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 последствий⁵⁴.

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).

При этом важно отграничивать данные секундарные обязанности от условий осуществления субъективных прав и секундарных прав. Суть секундарной 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 секундарной обязанности неверно.

⁵³ Татаркина К.П. Форма сделок в гражданском праве России: Монография. Томск: Изд-во Томск. гос. ун-т систем упр. и радиоэлектроники, 2012. С. 47.

⁵⁴ Там же. С. 202.

Глава 3. Осуществление секундарных прав и исполнение секундарных обязанностей. Соотношение с юридической сделкой

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

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

В связи с этим родоначальник теории секундарных прав Э. Зеккель указал, что секундарные права осуществляются при помощи односторонней сделки⁵⁵.

Общеизвестно, 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 секундарного права (его осуществления).

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

Западная юриспруденция полностью акцентировала внимание на волевой составляющей сделки.

Ф.К. фон Савиньи исходил из того, что правоотношение в целом – это господство личностной воли⁵⁶. В связи с этим сделками он признавал направленное на возникновение, изменение или прекращение правоотношения волеизъявление⁵⁷.

Несмотря на то что это воззрение имело множество последователей, 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)⁵⁸. Далее Цительманом произведено разделение волевых актов на те, которые порождают мотивы, затем волевые акты, порождающие действия (как средства), и волевые

⁵⁵ Зеккель Э. Указ. соч.

⁵⁶ Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I. С. 278.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Гримм Д.Д. Основы учения о юридической сделке. Пролегомены к общей теории гражданского права. Т. I. СПб., 1900. С. 102–108.

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 действий⁵⁹.

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 секундарных 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.

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 возможность⁶⁰.

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 бессознательном⁶¹.

Юнг выделил четыре эктопсихические функции: ощущение, мышление, чувства, интуиция. Далее он указал, что данные функции, находясь в сфере сознания, контролируются волей. Функциям психики сообразны и одноименные психические процессы.

⁵⁹ Там же. С. 111–112.

⁶⁰ Ешкеев М.И. Общая и социальная психология: Учебник для вузов. М.: Норма; Инфра-М, 1999. С. 246.

⁶¹ См.: Юнг К.Г. Аналитическая психология. Тавистокские лекции. Лондон, 1935.

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.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.