

В Е С Т Н И К
ГРАЖДАНСКОГО
ПРАВА

Научный журнал. Основан в 1913 г. Издание возобновлено в 2006 г.

№ 3
2019
Том 19

7

Право на чужое поведение и право на его защиту

С.В. ТРЕТЬЯКОВ

137

Возникновение права собственности
на вновь создаваемое недвижимое имущество:
комментарий к ст. 219 ГК РФ

Р.С. БЕВЗЕНКО

192

Из практики Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (экспертные заключения по проектам федеральных законов «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации»; «О внесении изменений в статью 189 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»; «О внесении изменения в статью 1360 Гражданского кодекса Российской Федерации»; «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О пожарной безопасности»»; «О внесении изменения в статью 285 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»)



КонсультантПлюс
надежная правовая поддержка

В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

№ 3
2019
Том 19

Редакционный совет

Юрген БАЗЕДОВ
Беа ВЕРШРАЕГЕН
В.В. ВИТРИАНСКИЙ
Г.А. ГАДЖИЕВ
А.Г. ДОЛГОВ
В. ЕМ
И.С. ЗЫКИН
А.А. ИВАНОВ
А.С. КОМАРОВ
Хельмут КОЦИОЛЬ
П.В. КРАШЕНИННИКОВ
А.А. МАКОВСКИЙ (председатель)
Л.А. НОВОСЕЛОВА
Е.А. СУХАНОВ
В.В. ЧУБАРОВ
В.Ф. ЯКОВЛЕВ

Главный редактор

Е.А. СУХАНОВ

Зам. главного редактора

А.Е. ШЕРСТОБИТОВ

Ответственный редактор

М.Л. БАШКАТОВ

Редакционная коллегия

Райнер ВЕДДЕ, Е.В. ВЕРШИНИНА,
Ян ДВОРЖАК, А.В. ЕГОРОВ,
О.М. КОЗЫРЬ, А.Н. КУЧЕР,
А.А. МАКОВСКАЯ, Е.А. ПАВЛОВА,
С.В. САРБАШ, С.А. СИНИЦЫН,
С.В. ТРЕТЬЯКОВ, А.М. ШИРВИНДТ

Помощник ответственного редактора Д.С. Кочергин
Выпускающий редактор О.В. Виноградова
Дизайн: А.Г. Орлова
Верстка: ИП Резниченко А.С.
Интернет-поддержка: ИП Труфанов Е.А.

Отдел подписки: mvgr@mvgr.org

Журнал «Вестник гражданского права»
выходит три раза в полугодие.
«Вестник гражданского права» зарегистрирован
Федеральной службой по надзору
за соблюдением законодательства
в сфере массовых коммуникаций
и охране культурного наследия.
Рег. № ФС77-25484 от 14 августа 2006 г.

Учредители:
В. ЕМ, А.А. Маковский, Е.А. Суханов

Издатель: ООО «Издательский дом В. Ема»
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.
тел.: +7 (495) 649 18 06; www.mvgr.org

Перепечатка материалов из журнала
«Вестник гражданского права»
допускается только с согласия Издателя.
Ссылка на источник опубликования обязательна.
Издатель или Редакция не дают справок
и консультаций и не вступают в переписку.
Рукописи не возвращаются.
Учредитель, Издатель не несут ответственности
за содержание рекламы и объявлений.

Мнения, высказываемые в публикациях
авторов, не обязательно отражают
официальную точку зрения организации,
которые они представляют.

ISSN 1992-2043

Журнал «Вестник гражданского права»
включен в Перечень ведущих рецензируемых
научных журналов и изданий, в которых
должны быть опубликованы основные
научные результаты диссертаций
на соискание ученой степени
доктора и кандидата юридических наук

CIVIL LAW

R E V I E W

No. 3

2019
Vol. 19

Editorial Council

Jürgen BASEDOW
Bea VERSCHRAEGEN

V.V. VITRIANSKY
G.A. GADZHIEV
A.G. DOLGOV

V. EM

I.S. ZYKIN

A.A. IVANOV

A.S. KOMAROV

Helmut KOZIOL

P.V. KRASHENINNIKOV

A.L. MAKOVSKY (chairman)

L.A. NOVOSELOVA

E.A. SUKHANOV

V.V. CHUBAROV

V.F. YAKOVLEV

Editor-in-Chief

E.A. SUKHANOV

Deputy Editor-in-Chief

A.E. SHERSTOBITOV

Managing and Executive Editor

M.L. BASHKATOV

Editorial Board

Reiner WEDDE, E.V. VERSHININA,
Jan DVOŘÁK, A.V. EGOROV,
O.M. KOZYR, A.N. KUCHER,
A.A. MAKOVSKAYA, E.A. PAVLOVA,
S.V. SARBASH, S.A. SINITSYN,
S.V. TRETIAKOV, A.M. SHIRVINDT

Assistant to Executive Editor D.S. Kochergin
Production Editor O.V. Vinogradova
Design: A.G. Orlova
Layout: A.S. Reznichenko
Internet Support: E.A. Trufanov

Subscription Dep.: mvgp@mvgp.org

The Journal «Civil Law Review»
is being published three times
in a half of the Year.

«Civil Law Review» is registered
by the Federal Service for supervision
of legislation in mass communications
and cultural heritage protection (Russia).
Reg. No. FS77-25484 of August 14, 2006.

Founders:

V. Em, A.L. Makovsky, E.A. Sukhanov

Publisher: LLC «V. Em Publishing House»
119454, Moscow, Lobachevskogo st., 92,
building 2.
Phone: +7 (495) 649 18 06; www.mvgp.org

Reprint and republication of all the materials
of the Civil Law Review Journal are allowed
only with the consent of the Publisher.
The appropriate reference to the source
of publication is obligatory.

The Publisher and the Editor's office do not
render information and consultations and
do not enter into correspondence.
Manuscripts are not being returned.
The Founders and the Publisher are not
responsible for the content of advertisements
and announcements.

The opinions expressed in the publications
refer to the authors and do not necessarily
reflect the official view of the organizations
they represent.

ISSN 1992-2043

The Civil Law Review Journal
is included into the official governmental
List of leading peer-reviewed scientific
periodicals (Russia)

СОДЕРЖАНИЕ



ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

Право на чужое поведение и право на его защиту

С.В. Третьяков

7

Критерии разумности мер, принятых для уменьшения убытков

Ю.Ю. Грибкова

37

3D кадастр и концепция единого объекта недвижимости

Д.В. Третьякова

53

Понятие аудиовизуального произведения
и отдельные особенности его правового режима

И.А. Чумаков

96



ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО В КОММЕНТАРИЯХ

Возникновение права собственности на вновь создаваемое
недвижимое имущество: комментарий к ст. 219 ГК РФ

Р.С. Бевзенко

137

Пределы использования иска о восстановлении корпоративного контроля

Е.К. Зотова

154

Правовой статус информационного посредника

О.Н. Фомина

171

■

ПОЛИТИКА ПРАВА

Из практики Совета при Президенте Российской Федерации
по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства

Экспертное заключение по проекту федерального закона
«О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса
Российской Федерации»

194

Экспертное заключение по проекту федерального закона
«О внесении изменений в статью 189 части первой Гражданского кодекса
Российской Федерации»

200

Экспертное заключение по проекту федерального закона
«О внесении изменения в статью 1360 Гражданского кодекса
Российской Федерации»

204

Экспертное заключение по проектам федеральных законов
«О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации
и Федеральный закон «О пожарной безопасности» и «О внесении
изменения в статью 285 части первой Гражданского кодекса
Российской Федерации»

208

■

ИНОСТРАННАЯ НАУКА ЧАСТНОГО ПРАВА

Перспективы построения параллельных решений
при определении применимого права и международной подсудности
в сфере договорных обязательств

Д.А. Левина

214

TABLE OF CONTENTS



PROBLEMS OF CIVIL LAW

Claim-Rights and Legal Remedies in the Continental Private Law Theory

S.V. Tretyakov

7

Criteria of Reasonableness of Measures of Mitigation of Damage

Yu.Yu. Gribkova

37

3D Cadastre and the Concept of a Unified Real Property Unit

D.V. Tretyakova

53

The Concept of Audiovisual Work and Special Aspects
of Its Legal Regime

I.A. Chumakov

96



CIVIL LAW IN COMMENTARIES

Acquisition of a Property Right over a Newly Erected Immoveable Unit

R.S. Bevzenko

137

The Scope of a Claim for Recovery of Corporate Control

E.K. Zotova

155

Legal Status of the Internet Service Provider

O.N. Fomina

171



LEGAL POLICY

Current Papers of the Council for Codification and Improvement
of Civil Legislation Attached to the President of the Russian Federation

Expert Resolution on the Draft Bill “On Amendments to Part Four
of the Civil Code of the Russian Federation”

194

Expert Resolution on the Draft Bill “On Amendments to Article 189
of Part One of the Civil Code of the Russian Federation”

200

Expert Resolution on the Draft Bill “On Amendments to Article 1360
of the Civil Code of the Russian Federation”

204

Expert Resolution on the Draft Bills “On Amendments to the Land Code
of the Russian Federation and the Federal Law ‘On Fire Safety’”
and “On Amendments to Article 285 of Part One of the Civil Code
of the Russian Federation”

208



FOREIGN STUDIES IN PRIVATE LAW

Parallel Connecting Factors for Determining Applicable Law
and International Jurisdiction for Contractual Obligations

D.A. Levina

215

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

ПРАВО НА ЧУЖОЕ ПОВЕДЕНИЕ И ПРАВО НА ЕГО ЗАЩИТУ



С.В. ТРЕТЬЯКОВ,

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права
юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова,
профессор кафедры теории и истории частного права и кафедры международного
частного права Российской школы частного права

<https://doi.org/10.24031/1992-2043-2019-19-3-7-36>

В статье рассматривается проблема соотношения права требования и права на его защиту. Юридико-догматическая конструкция права на защиту вызывает особые трудности именно применительно к юрисдикционной защите права на чужое поведение. В работе анализируются генезис и различные теоретические модели права на защиту права на чужое поведение.

Ключевые слова: право на чужое поведение; притязание; право на защиту; иск; субъективное частное право.

CLAIM-RIGHTS AND LEGAL REMEDIES IN THE CONTINENTAL PRIVATE LAW THEORY



S.V. TRETYAKOV,

Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Civil Law
of the Faculty of Law of the Lomonosov Moscow State University,
Professor of the Department of Theory and History of Private Law and the Department
of Private International Law of the Russian School of Private Law

The paper analyses claim-rights and legal remedies in their mutual relationship. A special emphasis has been made on the continental private law theory, especially, German civil and procedural law doctrine of rights and remedies.

Keywords: claim-right; legal remedy; subjective right.

Вопрос о соотношении субъективного частного права и права на его защиту особенно интересен применительно к правам на чужое поведение. Среди других типов субъективных частных прав права на чужое поведение отличаются особой структурой, которая делает их более уязвимыми и поэтому требует обеспечить надежными механизмами юрисдикционной защиты.

Другие типы субъективных частных прав, например права на собственное поведение, права господства как их наиболее яркое проявление или вторичные (преобразовательные) права, предполагают, что интерес управомоченного реализуется прежде всего и главным образом его собственными действиями, возможность совершения которых и составляет содержание соответствующих правовых возможностей. Защита, особенно юрисдикционная защита, таких прав важна, но все же вторична по отношению к предоставленной управомоченному возможности собственного поведения.

Совершенно иначе обстоит дело с правами на чужое поведение. В данном случае интерес управомоченного может быть реализован при помощи поведения должника и зависит от активности последнего. Роль же собственной активности кредитора невелика, а главное, у него отсутствуют эффективные возможности своими действиями обеспечить беспрепятственную реализацию принадлежащего ему права. По этой причине связь между правом требования управомоченного и средствами его юрисдикционной защиты в случае прав на чужое поведение гораздо теснее, чем это имеет место относительно других разновидностей субъективных частных прав. В известном смысле возможности, предоставляемые субъекту права на чужое поведение посредством судебной защиты, компенсируют изначальную пассивность, отсутствие активных возможностей, которые характеризуют правовое положение носителя права на чужое поведение.

Более того, именно инициатива и диспозитивный характер предоставленного права на судебную защиту могут рассматриваться как проявления активного статуса кредитора, которые необходимо должны иметь место, когда речь идет о субъективном праве в техническом смысле слова.

Эта точка зрения имеет в теоретической литературе ряд авторитетных сторонников, среди которых нужно прежде всего назвать имена Августа Тона¹

¹ Thon A. Rechtsnorm und subjektives Recht: Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre. Weimar: Böhlau, 1878.

и Ганса Кельзена¹. Они исходят из того, что именно возможность обратиться за защитой нарушенного права в суд, т.е. добиться принудительного осуществления обязанности должника, есть то, что превращает объективную юридическую обязанность должника в субъективную и делает ее коррелятом субъективного права. В самом деле, то, будет ли обязанность фактически исполнена, если должник отказывается ее исполнить добровольно, зависит от того, обратится кредитор за защитой нарушенного права в суд или нет. Последнее решение зависит исключительно от его усмотрения, и кредитор не обязан его принимать. Следовательно, будет обязанность стандартом поведения для должника или нет, в конечном счете зависит от суверенного решения кредитора.

В этом смысле нарушенная стадия развития соответствующего правоотношения даже более интересна, поскольку в ней более четко получают отражение диспозитивность и инициатива управомоченного, без которых субъективное право не может существовать. В самом деле, на донарушенной стадии кредитор не в состоянии активно повлиять на реализацию своего интереса, все или почти все зависит от поведения и активности должника, в то время как в случае нарушения обязанности должником активность управомоченного приобретает первостепенное значение, как это и характерно для всех других видов субъективных частных прав. По этой причине интеграция права на защиту с правом на чужое поведение приобретает с теоретической точки зрения первостепенное значение, поскольку именно эта интеграция обеспечивает то, что право на чужое поведение приобретает характерные для субъективного права в техническом смысле слова черты.

Против рассматриваемой точки зрения в юридической литературе были высказаны некоторые возражения, которые можно резюмировать следующими основными тезисами: прежде всего утверждается, что право на судебную защиту имеет иного адресата, нежели право на чужое поведение². Если последнее направлено против обязанного субъекта, должника, то первое обращено к юрисдикционному органу. По этой причине необходимо отличать само материально-правовое (в случае прав на чужое поведение – чаще всего обязательственное правоотношение) от процессуального правоотношения, в рамках которого реализуется защита первого правоотношения. Это два различных правоотношения, которые не только отличаются друг от друга, но и относятся к разным подсистемам права: одно – к частному праву, а другое – к публичному³.

Второе обстоятельство, на которое обращали внимание критики права на защиту как элемента содержания защищаемого права, состоит в том, что в случае

¹ *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. Leipzig; Wien: Franz Deuticke, 1934.

² *Buchheim J.* Actio, Anspruch, subjektives Recht: Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. S. 103.

³ *Schulev-Steindl E.* Subjektive Rechte: Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts. Wien; New York: Springer, 2008. S. 36–38.

с правом на защиту кредитор не совершает распорядительных действий путем обращения за судебной защитой. Характерный признак распорядительных действий заключается в способности управомоченного своими действиями породить изменения в чужой и своей правовой сфере. Однако этого не происходит при предъявлении иска в суд, поскольку изменение прав и обязанностей станет результатом не самого обращения в суд, а лишь судебного решения в том случае, если иск будет удовлетворен¹. По этой причине скорее правильнее сказать, что обращение за судебной защитой если и порождает какие-либо обязанности, то только обязанность суда рассмотреть дело и вынести решение. Но опять-таки это не обязанность должника перед кредитором².

Для того чтобы лучше понять существо и логику рассматриваемых аргументов, необходимо обратиться к истории их возникновения. Дело в том, что подобное представление, основанное на резком разграничении материального частного права и права на его принудительное осуществление (право на иск, право на защиту), в принципе характерно исключительно для германоязычных правовых культур. И определяется эта взаимная автономия некоторыми историческими и социокультурными обстоятельствами, в которых формировалась германская правовая теория и практика. Позже значительная часть вот этого «дискурса демаркации» (т.е. господствующая в германоязычной теории твердая убежденность в необходимости строго отделять сферу материального права и юрисдикционные формы его принудительного осуществления друг от друга) перекочевала в отечественную правовую традицию. Идея была перенесена в отечественный правовой контекст главным образом усилиями процессуалистов как раз в ту эпоху, когда влияние германской юридической теории на отечественную было максимальным. Цивилисты – и тогда, и сейчас – реагируют на «дискурс демаркации» значительно сдержаннее.

При этом сама германская теория оказалась воспринята не полностью, а частично и фрагментарно. Связано это с двумя причинами. Во-первых, активный процесс рецепции германской юридической теории носил весьма интенсивный, но очень непродолжительный характер, поскольку был насильственно прерван установлением коммунистической диктатуры, относившейся к праву и правовой теории нигилистически. Во-вторых, германская теория сама находилась в процессе эволюции, и ее состояние «до 1917 г.» было лишь промежуточным этапом, после которого она развивалась дальше, но это развитие уже не «регистрировалось» отечественными теоретиками по вполне понятным причинам.

Несколько упрощая, можно сказать, что российская рецепция дискуссий, связанных с правом на иск и правом на защиту, зафиксировалась на уровне взглядов Конрада Хелльвига, признанного германского процессуалиста, известного,

¹ Schulev-Steindl E. Op. cit.

² Ibidem.

среди прочего, своей монографией «Притязание и право на иск» («*Anspruch und Klagerecht*»)¹. Указанная работа Хелльвига является, по всей вероятности, наиболее часто цитируемой германской монографией по рассматриваемому вопросу в отечественной доктрине.

Все вышесказанное заставляет обратиться к более обстоятельному анализу германской дискуссии по проблеме соотношения материального частного права и права на защиту. Необходимо сделать ряд предварительных замечаний терминологического характера. Строго говоря, термины «право на иск» и «право на защиту» не являются равнозначными. Само появление последнего понятия, как будет показано в дальнейшем, явилось специфическим ответом части теоретиков на некоторые проблемы описания взаимосвязи материального частного права и его принудительного осуществления. Более того, и само понятие «право на иск» многозначно, употребляется как в материально-правовом, так и в процессуальном смысле.

Проблема заключается в том, что выбор в пользу одного из этих терминов в его определенном значении сразу же имеет последствия с точки зрения принятия некоторых теоретических постулатов, которые разделяет одна часть доктрины и резко отвергает другая ее часть. Например, употребление термина «право на защиту», как будет еще показано ниже, влечет за собой необходимость принятия целого ряда посылок, связанных с определенным взглядом сторонников концепции «права на защиту» на соотношение материального частного права и гражданского процесса.

В подобных условиях очень сложно на уровне терминологии удержаться в рамках нейтрального языка описания, при помощи которого можно было бы просто описывать проблемы и альтернативные варианты их решения. Проблема состоит в том, что выбор термина сильно влияет на объективность описания. По этой причине нам придется изначально сделать важную оговорку. Довольно часто мы будем употреблять спорные термины через запятую, один после другого. Тем самым предпринимается попытка уйти от различий, свойственных альтернативным теориям, концентрируясь на описании фактов и проблем.

Развитие учения о праве на иск и праве на защиту в германоязычной доктрине можно с изрядной долей условности и упрощения разделить на несколько этапов. Это последовательное рассмотрение, к которому мы переходим, поможет реконструировать логику постановки и решения проблем соотношения материального частного права и гражданского процесса, юрисдикционной формы защиты частных прав.

Первый этап развития анализируемой проблемы связан с именами основателя современной германской цивилистической теории Фридриха Карла фон

¹ *Hellwig K. Anspruch und Klagerecht: Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht. Jena: Gustav Fischer, 1900.*

Савиньи и самого известного представителя пандектистики, зрелой и наиболее известной формы этой теории Бернхарда Виндшайда.

Савиньи, в отличие от своих предшественников, действовал в новой научной реальности, на формирование которой он сам и оказал решающее влияние. С некоторой долей условности можно сказать, что именно со времен Савиньи представление о частном праве как системе частных прав, правоотношений стало господствующим¹. Естественно, что новый теоретический статус понятия субъективного права в рамках цивилистики потребовал согласования его с другими ключевыми понятиями, в том числе и определения соотношения материального частного права и его принудительных судебных способов осуществления.

При этом необходимо иметь в виду по крайней мере два важных обстоятельства. Первый момент заключается в том, как, *каким образом* понятие субъективного частного права понималось в рамках новой парадигмы науки частного права XIX в. Субъективное частное право мыслилось как *господство воли* управомоченного². Второй момент является еще более значимым. Дело в том, что вся система частного права мыслится как система субъективных частных прав. Иными словами, первична не норма права, акт суверена, а система взаимных отношений индивидуальных волей в их связи друг с другом. При этом категория субъективного права носит системообразующий характер, пронизывает буквально всю область частного права, и не просто пронизывает, а организует все предметное поле регулирования частноправовых отношений. Самым очевидным проявлением этого является, например, то, как организованы структуры норм частного права. Нормы распределены по институтам частного права, а институты классифицируются по типам субъективных частных прав, в конечном счете, если использовать историческую терминологию, по типам *господства воли над различными объектами прав* со стороны управомоченного.

Иначе говоря, типы и разновидности субъективных частных прав, типы и виды господства воли управомоченного субъекта определяют базовые структуры частноправового регулирования. Это делает категорию субъективного частного права способом организации норм и институтов частного права. В известной степе-

¹ Вопрос о том, с какого момента можно говорить о появлении в цивилистической доктрине полноценного понятия субъективного права как догматической категории, является дискуссионным. См., например: *Fezer K.-H.* Teilhabe und Verantwortung: Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts. München: C.H. Beck, 1986. Однако одно очевидно: *господствующим* дискурсом догматическая фигура субъективного права могла стать лишь после Канта, т.е. как раз в эпоху Савиньи. См.: *Coing H.* Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Rechts» / *Coing H., Lawson F.H., Grönfors K.* Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit. Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner, 1959. S. 7–23.

² *Hofer S.* Freiheit ohne Grenzen?: Privatrechtstheoretische Diskussion im 19. Jahrhundert. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. S. 206; *Haferkamp H.-P.* Die Bedeutung der Willensfreiheit für die Historische Rechtsschule / *Lampe E.-J., Pauen M., Roth G. (Hrsg.)*. Willensfreiheit und rechtliche Ordnung. Berlin: Suhrkamp, 2008.

ни все частное право в объективном смысле становится способом обеспечения господства воли управомоченного субъекта в различных его вариантах.

Однако возникает одна существенная проблема: как такое представление о господстве воли в частном праве согласуется с идеей обеспечения, защиты и принудительного осуществления частных прав, которые являются задачей государственного судебного механизма защиты?

Именно эту задачу и начал решать Савиньи. Идея основателя исторической школы права заключалась в том, чтобы обнаружить элементы автономии воли и диспозитивности не только на нормальной стадии развития гражданского правоотношения, но и на «патологической» стадии его эволюции, после факта нарушения субъективных прав и неисполнения юридических обязанностей. По мысли Савиньи, вследствие нарушения субъективное частное право преобразуется в «право в боевом состоянии» (*das Kampfsrecht*)¹. Например, обязанность воздерживаться от нарушения чужого права собственности после факта незаконного завладения чужой вещью преобразуется в обязанность вернуть вещь собственнику, а право собственника требовать от других лиц воздерживаться от нарушения права собственности преобразуется в виндикационное притязание. С рассматриваемой точки зрения виндикационное притязание и представляет собой право собственности, но в его «боевом состоянии», преобразованное вследствие факта нарушения.

В основе рассматриваемой теоретической конструкции лежит несколько базовых постулатов. Во-первых, сам факт нарушения чужого субъективного права не способен привести к изменению правовых отношений субъектов, в отличие от их фактических отношений. Другими словами, право не исчезает и не способно прекратиться вследствие факта его нарушения. Нарушение представляет собой вопрос факта, а право относится к сфере нормативных явлений, на которые факты если и воздействуют, то лишь опосредованно. Прекратиться или видоизмениться право может только из нормативных оснований. Например, факт нарушения абсолютного запрета, направленного на защиту права собственности, не влечет прекращения действия этого запрета, а приводит к возникновению у нарушителя самостоятельной обязанности устранить нарушения. Характер обязанности (вернуть вещь собственнику или возместить убытки) определяется характером нарушения. Эта «новая» обязанность, возникшая вследствие нарушения, и представляет собой проявление феномена «права в боевом состоянии».

Во-вторых, Савиньи трактовал «право в боевом состоянии» не как абсолютно новую юридическую обязанность, основанием возникновения которой является исключительно факт правонарушения, а как превращенную форму нарушенной

¹ Savigny F.C. von. System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5. Berlin: Veit, 1841. См. также: Лурвич М.А. Право на иск. М.: Изд-во АН СССР, 1949; Крашенинников Е.А. К теории права на иск. Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 1995.

обязанности (и корреспондирующего ей субъективного частного права), которая не прекратилась, а просто трансформировалась под влиянием факта нарушения.

Следствием этой идеи трансформации субъективного права, видоизменения формы его проявления при сохранении его существа явилась возможность рассматривать сферу защиты субъективных частных прав, в том числе и принудительного их осуществления при помощи юрисдикционных способов защиты, как проявление принципа автономии воли. В самом деле, если субъективное право на нарушенной стадии представляет собой то же самое субъективное право, только видоизмененное вследствие факта его нарушения, то принципы автономии воли и диспозитивности можно рассматривать как основу эволюции соответствующих гражданских правоотношений на их нарушенной стадии, не только до факта нарушения, но и после такового.

Это в свою очередь позволяет в известной степени «маргинализировать» собственно юрисдикционный компонент защиты частных прав за счет акцентирования его частноправового автономного компонента. При подобной интерпретации юрисдикционная форма защиты может рассматриваться исключительно как своеобразный модус осуществления частных прав. Подобно тому, как самозащита гражданских прав или иные неюрисдикционные меры защиты частных прав, применяемые односторонними действиями субъектов частного права, представляют собой проявление принципа автономии воли и направлены на обеспечение реализации интереса управомоченного, так же и юрисдикционные меры защиты частного права фиксируют проявление частной инициативы, направленной на реализацию интереса управомоченного в особых условиях (после факта нарушения и в юрисдикционной форме).

Иными словами, основное в юрисдикционной стадии защиты частных прав составляет то, что это форма принудительного осуществления *частных прав*, а не то, что это *принудительная и процессуальная* форма осуществления частных прав. Рискую упростить ситуацию, для лучшего понимания рассматриваемой точки зрения можно предложить аналогию между юрисдикционными способами осуществления частного права и залоговым правоотношением. Залог, будучи частноправовым инструментом, направлен на создание дополнительных гарантий интереса кредитора. Именно реализации той же цели подчинены и задачи юрисдикционной формы осуществления частных прав. Действительно, в рамках юрисдикционной формы осуществления частных права применяется государственное принуждение, но это принуждение носит инструментальный характер применительно к воле субъекта нарушенного права, поскольку направлено на реализацию его частного интереса и зависит от его усмотрения. В этом смысле речь идет лишь об особой форме осуществления частного права.

Рассматриваемая точка зрения получила дальнейшее развитие в трудах Виндшайда. Виндшайд сконцентрировался на анализе различий между римским и современным частным правом в вопросе о соотношении материального част-

ного права и его принудительного осуществления посредством юрисдикционного механизма¹. Римское право, по мнению германского цивилиста, вообще было сфокусировано исключительно на юрисдикционном механизме защиты прав, а не на правовом регулировании на «донарушенной» стадии. Ключевым фактором был сам процесс, из которого и становился понятным характер материально-правовых отношений субъектов частного права. По этой причине римское понятие «*actio*» нельзя отождествлять с современным понятием иска как обращения в суд о защите права. Это гораздо более сложное понятие, в котором основное значение имеет материально-правовой компонент.

Поскольку для римского права именно решение претора предопределяло характер материального права, то и специальное средство (*actio*), при помощи которого деятельность претора (а потом и судьи) активировалась, не могло не обладать материально-правовым компонентом. В современном праве, однако, ситуация радикальным образом изменилась. Теперь основой деятельности суда на юрисдикционной стадии осуществления права является позитивное право, судьи применяют объективно существующие нормы права, стадии существования и защиты права окончательно отделились друг от друга.

По этой причине, полагает Виндшайд, то, что в римском праве фиксировалось термином «*actio*», в современных условиях правильнее передавать термином «притязание» (*das Anspruchs*). Если в римском праве материальное право и его юрисдикционные формы оказались слиты воедино, что и фиксировалось понятием «*actio*», в котором требование к должнику и к юрисдикционному органу слабо различались, то в современном праве ситуация меняется. Право мыслится как существующее до и независимо от процесса. Поэтому отношения кредитора и должника и отношения того же кредитора и юрисдикционного органа по защите против должника также разграничиваются. Виндшайда интересует исключительно материально-правовой компонент этого сюжета. Именно его он и передает с помощью понятия притязания. Притязание в этом смысле означает возможность управомоченного требовать определенного поведения. В понятии притязания хорошо отражается тот же компонент инициативы и самостоятельности управомоченного, который уже отмечался у Савиньи. Первичным и основным является «господство воли» управомоченного субъекта. Это господство получает различные формы выражения на различных этапах эволюции соответствующего правоотношения. Своеобразным общим знаменателем для всех этих этапов является право требовать от обязанного лица исполнения своей обязанности. Это право существует как на «донарушенной», так и на нарушенной стадии развития правоотношения, приобретая только различные формы. Таким образом, понятие притязания стало юридико-техническим выражением единства понятия субъективного права как «господства воли».

¹ Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf: Buddeus, 1856.

Как ни парадоксально это может прозвучать, но понятие притязания в том смысле, который ему придал Виндшайд, создало предпосылки для разделения материально-правовой и процессуальной перспектив исследования защиты права. Именно Виндшайд убедительно продемонстрировал, что римская постановка вопроса, в рамках которой материально-правовой и процессуальный элемент слиты воедино до степени неразличимости, объясняется исключительно историческими и институциональными условиями римского права и не имеет отношения к современным системам права. Поскольку понятие притязания у Виндшайда имеет прежде всего материально-правовую основу, то сам акцент исключительно на материальном праве создает перспективу развития автономного учения о праве на иск в процессуальном смысле. Ведь если отныне материально-правовые и процессуальные элементы не интегрируются в рамках единой теоретической конструкции, то, вероятно, должна появиться отдельная теоретическая конструкция процессуального элемента права на защиту, подобно тому, как появилась его материально-правовая «инкарнация», понятие притязания.

Слабой стороной теоретической конструкции Савиньи и Виндшайда было как раз игнорирование процессуально-правовой части проблемы. Если элемент господства воли управомоченного оказался весьма неплохо интегрированным в рамках рассматриваемой теории, то элемент взаимоотношений с судом вообще не получил в ней сколько-нибудь серьезной разработки. Первым на это обстоятельство обратил внимание Теодор Мутер. Мутер полагал, что римское *actio*, которое Виндшайд считал эквивалентом современного понятия притязания в контексте римской системы исков, на самом деле фиксирует право истца на действие претора (выдачу формулы) и назначение судьбы¹. И действительно, в рамках сугубо материально-правовой концепции *actio* не получил никакого теоретического описания процессуальный его компонент, фиксирующий взаимоотношения истца и юрисдикции. Соответственно, была создана предпосылка для теоретического разграничения частноправовых отношений между сторонами материального правоотношения и процессуальных отношений по защите материального права между субъектом нарушенного или оспариваемого права и государством.

Мутер полагал, что притязание истца в данном случае направлено не к должнику, а к суду². Логика рассуждения германского процессуалиста сводилась в основном к следующему: как уже отмечалось, сам по себе факт нарушения чужого субъективного права фактическими действиями другого лица не отражается и не должен отражаться на нормативном положении вещей. Другими словами, субъективное право как существовало до факта нарушения, так и про-

¹ Muther T. Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen. Eine Kritik des Windscheid'schen Buches, «Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts». Erlangen: Deichert, 1857. S. 35.

² Ibid. S. 39.

должает существовать. По мнению Мутера, вследствие нарушения меняется правовое положение управомоченного не столько в отношении обязанного, сколько в отношении публичной власти как гаранта защиты прав¹. С сугубо материально-правовой точки зрения притязание как было требованием к должнику до факта нарушения, так и осталось таковым после нарушения. Даже если материально-правовое притязание модифицировалось, изменилось по содержанию вследствие факта нарушения (например, право на действие трансформировалось в право на возмещение убытков), в *структурном отношении* никаких изменений ровным счетом не произошло. Право на действие, как и право на возмещение убытков – это права на чужое поведение, что предполагает основной акцент на деятельности должника. Удовлетворение интереса практически целиком зависит от активности должника. И в этом смысле не имеет значения, что право на действие одного содержания (например, право на передачу вещи) вследствие нарушения трансформировалось в право на действие другого содержания (например, право на возмещение стоимости вещи, подлежавшей передаче). Положение кредитора нисколько не упрочилось или не изменилось вследствие этого факта. Мутер иронизировал по этому поводу: одно «бессилие» (*die Ohnmacht*) сменилось на другое «бессилие»^{2,3}. Значит, полагает Мутер, упрочение позиции управомоченного следует искать не в отношении к обязанному, а в отношении к гаранту защиты прав. Именно публичная власть, обеспечивая принудительную защиту нарушенного права, превращает *die Ohnmacht* в *die Macht*.

Эти интересные рассуждения позволили начать реструктуризацию всего проблемного поля, в рамках которого шло обсуждение вопроса о соотношении субъективного частного права и процессуальной формы его реализации. Ключевым изменением правовой позиции кредитора после нарушения его права отныне могло считаться не появление у него новых правовых возможностей в отношении неисправного должника, а опосредованно, через возможность требовать от публичной власти приведения в действие государственно-принудительного механизма защиты нарушенного права. Это позволило перенести внимание с анали-

¹ Muther T. Op. cit. S. 42.

² Ibidem.

³ Тут необходимо сделать некоторый комментарий. Рудольф Зом именовал право на чужое поведение «бессилием». Этим он хотел продемонстрировать структурное отличие притязания от других видов субъективных частных прав – прав господства и преобразовательных (вторичных) прав. Последние предполагают удовлетворение интереса управомоченного в основном и главным образом с помощью его собственного поведения (фактического или юридического). В случае же с притязаниями управомоченный бессилён в том смысле, что от его собственной активности ничего или почти ничего не зависит. Именно по этой причине, как полагал Зом, притязания не следует квалифицировать как «господство воли», напротив, именно этого господства в данном случае нет: *die Ohnmacht* – это буквально «ohne Macht», т.е. «без власти», «без господства». См.: *Sohm R. Der Begriff des Forderungsrechts // Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart. 1877. Bd. 4. S. 457–474.*

за отношений сторон на анализ отношений между сторонами и юрисдикционным органом. Так впервые возникли предпосылки для формирования теории права на защиту и дуалистической теории соотношения материального права и его процессуальной формы осуществления¹.

Особый вклад в доказательство как раз этого последнего тезиса внес германский процессуалист Генрих Дегенкольб, основная работа которого и по сей день остается одной из самых цитируемых монографий, посвященных соотношению частного права и гражданского процесса². Дегенкольб обратил внимание на то, что гражданский процесс не является и не всегда может в принципе являться зеркальным отражением материального частного права. Существуют ситуации, когда гражданский процесс оказывается просто не в состоянии обеспечить вынесение решения, которое бы соответствовало внепроцессуальным материально-правовым отношениям сторон. Например, это имеет место в тех случаях, когда истцу не удается доказать наличие у него материального права, которое на самом деле ему принадлежит. В этом случае соображения сугубо процессуального характера (недоказанность права) приводят к тому, что результат работы юрисдикционного механизма защиты прав не соответствует характеру самого защищаемого права.

Даже если такого рода явления имеют место нечасто, полагает Дегенкольб, они тем не менее представляют собой легитимный результат работы процессуального права, который не соответствует материальному частному праву. Именно по этой причине нельзя полагать, что процесс является модусом осуществления материального субъективного частного права, ведь процессуальный результат может не совпадать с материально-правовым положением вещей.

Дегенкольб предложил иную теоретическую конструкцию для объяснения соотношения между материальным частным правом и гражданским процессом. Истец, предъявляя иск, лишь *утверждает*, что его право нарушено или оспаривается. То, будет утверждаемое истцом право (*behauptenes Recht*) защищено в судебном порядке или нет, является не предпосылкой, а результатом процесса, судебного разбирательства. По этой причине связь между процессом и материальным правом следует определить несколько иначе, чем это имело место в рамках материально-правовых теорий защиты прав.

Процесс, с его точки зрения, является формой защиты материального частного права *in abstracto*, обычно, как институт, но не в каждом конкретном гражданском процессе применительно к каждому конкретному нарушенному или оспариваемому праву. В случаях же недоказанности, судебной ошибки резуль-

¹ *Binder J.* Prozeß und Recht: Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Leipzig: Deichert, 1927. S. 116.

² *Degenkolb H.* Einlassungszwang und Urteilsnorm: Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877.

тат процесса является легитимным его завершением, но завершением, не соответствующим внепроцессуальному положению вещей.

Иными словами, право на защиту нарушенного материального субъективного права гарантирует управомоченному не защиту материального права в принципе, а защиту по определенным процессуальным правилам. Следование этим правилам может приводить к ситуации, в которой защита реально существовавшего и нарушенного права не может быть ими гарантирована. По этой причине право на защиту не может уже трактоваться как производное, превращенная форма или элемент защищаемого материального частного права, а скорее как право на процесс, который может привести, а может и не привести к принудительной защите этого материального права¹.

Именно так возникла знаменитая дуалистическая теория соотношения частного права и гражданского процесса. Суть ее как раз и заключается в признании возможности существования процессуального результата защиты материального права, который не соответствует этому самому материальному праву. При этом такой результат процесса признается вполне легитимным. По этой причине теоретически допустимым считается то, что материальное частное право вне процесса и это же материальное частное право как результат его защиты в процессе могут не совпадать друг с другом. Именно в этом и состоит существо дуализма – параллельного и в предельном случае независимого друг от друга существования материального права вне процесса и в рамках процесса.

Столь четкая и убедительная постановка проблемы не могла не повлиять на дальнейшее развитие теоретической разработки проблемы. В самом деле, если полагать, что результат процесса защиты права может легитимно не совпадать с самим защищаемым материальным правом, как оно существует вне процесса, и это может иметь место более или менее регулярно, то возникает вопрос: является ли защита права в материально-правовом смысле модусом его осуществления, как полагали Савиньи и Виндшайд? Ведь нельзя в процессе осуществлять то, чего нет вне процесса, и наоборот.

Еще более болезненный удар был нанесен Дегенкольбом по единому понятию субъективного частного права как господства воли. Ведь процесс перестал быть лишь «гарантией» осуществления материального права, его зеркальным отражением. Несоответствие материально-правового и процессуального результатов теоретически легитимировалось. На что же тогда имеет право субъект нарушенного или оспариваемого права в процессе?

Параллельно в германской юридической науке шел активный процесс теоретического обоснования автономии гражданского процесса и его независимости от материального права. Ключевую роль в этом процессе сыграл германский процессуалист Оскар Бюлов. Бюлов впервые предпринял попытку обосновать само-

¹ Degenkolb H. Op. cit. S. 11.

стоятельность гражданского процесса, который, по его мнению, не сводится лишь к форме принудительного осуществления нарушенного субъективного частного права, а представляет собой систему особых процессуальных правоотношений между участниками процесса и судом по поводу защиты материального права¹. Бюлов обратил внимание на то обстоятельство, что, возникнув как специфический способ защиты материального частного права, гражданский процесс порождает целый ряд проблем и отношений, которые касаются не столько самого материального частного права, сколько процессуального механизма его осуществления и защиты. Речь идет о регулировании институциональных аспектов системы защиты права (статус и компетенция судов, количество инстанций и т.п.), порядка доказывания нарушенного или оспариваемого материального права. Все эти вопросы касаются организации системы защиты прав и имеют лишь косвенное опосредованное отношение к принудительному осуществлению самого материального частного права. Именно по этой причине Бюлов и предлагал считать гражданский процесс автономным феноменом, причем феноменом, более связанным с публичным правом, нежели с частным, поскольку здесь речь идет о предоставляемой публичной властью защите частных прав. Бюлов не анализировал проблему соотношения материального частного права и процессуальной формы его защиты специально. Однако сам акцент на самостоятельности и публично-правовой природе права на защиту создал предпосылки для процессуальных интерпретаций юрисдикционных форм осуществления материального права.

В этом смысле в понимании соотношения материального частного права и гражданского процесса произошел определенный поворот. Ранее, как указывалось выше, модель юрисдикционной защиты права мыслилась больше по аналогии с самозащитой гражданских прав. Самозащита представляет собой волевою активность субъекта, который своими действиями обеспечивает защиту принадлежащего права. И в гражданском процессе субъект своими действиями инициирует и проводит в действие механизм судебной защиты своего права. Поэтому в рамках традиционной материально-правовой модели гражданского процесса он рассматривался как модус осуществления самого материального частного права действиями, активностью управомоченного.

Однако эта концепция плохо согласовывалась с автономным понятием гражданского процесса. В самом деле, если полагать, что гражданский процесс представляет собой особую форму взаимодействия публичной власти и инициатора защиты права (как и его процессуального оппонента), то сложно считать, что процесс представляет собой лишь форму реализации субъективного частного права.

Хотя Бюлов и не останавливался особо на анализе интересующих нас вопросов, тем не менее его теория, подчеркивающая и обосновывающая автономию процессуальной формы, оказала существенное влияние на дальнейшую дискус-

¹ Bülow O. Die Lehre von den Prozeßseinreden und die Prozeßvoraussetzungen. Gießen: Emil Roth, 1868.

сию по вопросу о соотношении материального частного права и юрисдикционных форм его осуществления.

Прежде всего сугубо процессуальный взгляд на природу юрисдикционного механизма приводит к пересмотру традиционного взгляда на проблему содержания права на иск. В самом деле, если процесс представляет собой исключительно систему правоотношений, а результатом его должно стать вынесение судебного решения, то имеет ли смысл утверждать, что право на процесс, на юрисдикционную форму защиты права существует до начала конкретного процесса? Если понимать право на иск (в процессуальном смысле) как публично-правовой феномен, то с содержательной точки зрения такое право представляет собой право на судебное разбирательство конкретного спора. Однако последнее право может возникнуть только уже после начала соответствующего конкретного процесса, иначе говоря, уже *после* предъявления иска¹.

Возможность предъявления иска с этой точки зрения следует рассматривать не как особое субъективное право публично-правового характера, а как часть правоспособности любого субъекта права. Ведь иск может предъявить далеко не только действительно управомоченный субъект (лицо, чье право в самом деле нарушено или оспаривается), а в принципе любой субъект права. Ответ на вопрос, принадлежит ли определенному лицу конкретное субъективное частное право, является не предпосылкой, а результатом судебного процесса. Соответственно, вряд ли имеет смысл трактовать право на иск в процессуальном смысле в качестве особого субъективного публичного права.

До факта предъявления иска существуют лишь абстрактная возможность предъявить иск *какого-либо содержания* и столь же абстрактная обязанность юрисдикционных органов осуществлять защиту прав *в принципе*. Первая возможность является скорее частью правоспособности субъектов права. Вторая же обязанность не имеет в качестве своего адресата того или иного субъекта, чье право нарушено или оспаривается. Это скорее обязанность перед государством обеспечивать защиту прав. Конкретное лицо становится субъектом соответствующего правоотношения только после обращения за защитой нарушенного или оспариваемого права. Вот с этого момента действительно обязанность юрисдикционного органа возникает перед определенным субъектом по конкретному делу.

Однако и здесь все не так просто, как кажется на первый взгляд. Если исходить из последовательно проведенной модели полной автономии гражданского процесса, которой придерживался Бюлов, то содержанием права истца к юрисдикционному органу в возникшем процессуальном правоотношении будет само судопроизводство, буквально, надлежаще проведенные процедуры, или право на то, что процедуры завершатся вынесением судебного решения².

¹ Bülow O. Op. cit.

² Ibidem.

В Е С Т Н И К
ГРАЖДАНСКОГО
ПРАВА

юридический журнал для профессионалов

Подписку на журнал Вы можете оформить на сайте: www.mvgp.org

Отдел подписки: тел. +7 (499) 391 46 61; e-mail: mvgp@mvgp.org

Периодичность выхода – 6 раз в год

СТОИМОСТЬ ПОДПИСКИ В РЕДАКЦИИ
на 2019 год

Один номер (выпуски № 1–3)	–	800 р.
Один номер (выпуски № 4–6)	–	1000 р.
Три номера (первое полугодие)	–	2400 р.
Шесть номеров (годовая)	–	5400 р.

В любом отделении Почты России по каталогам

Подписные индексы:

Роспечать: 36 771

Пресса России: 36 978

Почта России: П2208 (интернет-каталог)

Вподписном агентстве

«Урал-Пресс» в Вашем регионе www.ural-press.ru

Подписано в печать 11.07.2019. Формат 70x100 ¹/₁₆. Объем 15,75 п.л.

Цена свободная. Заказ №

Наш адрес: 119454, г. Москва, ул. Лобачевского, 92, корп. 2.

Для корреспонденции: 119454, г. Москва, «ИД В. Ема».

Тел. (495) 649-18-06 e-mail: mvgp@mvgp.org www.mvgp.org

ISSN 1992-2043



9 771992 204776 >

ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛИТЕРАТУРА

ИЗДАТЕЛЬСТВО «СТАТУТ»



+7 (495) 649-18-06



www.estatut.ru